

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 915

(Ano XI)

(20/07/2019)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2019

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.

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

COLUNISTA DA SEMANA



[Inverdades em torno do IBS](#)

17/07/2019 04:30 | Kiyoshi Harada..... 04

ARTIGOS

[O princípio da presunção de inocência na visão do STF: é chegada a hora de decidir o caráter \(não\) perpétuo dos antecedentes criminais](#)

19/07/2019 | Valdinei Cordeiro Coimbra..... 09

[O grupo econômico na Reforma Trabalhista](#)

19/07/2019 | Leandro Fernandez Teixeira..... 67

[Os meios de prova no processo de aposentação do segurado especial](#)

19/07/2019 | Douglas da Costa Salgado..... 75

[Execução de taxas condominiais: possibilidade de inclusão de taxas condominiais vincendas no procedimento de execução de título extrajudicial](#)

19/07/2019 | Christian Eising Oenning..... 128

[Justiça restaurativa no Brasil: novos caminhos para a resolução de conflitos e a desjudicialização](#)

18/07/2019 | Priscila de Miranda Nascimento..... 139

[Regularização fundiária de territórios quilombolas e a Defensoria Pública como custos vulnerabilis](#)

18/07/2019 | Polliana de Araújo Rocha 157

[Constituição cidadã e o princípio da fraternidade](#)

18/07/2019 | Matheus de Almeida..... 192

[A equiparação salarial na Reforma Trabalhista](#)

17/07/2019 | Leandro Fernandez Teixeira..... 208

[Autoestima policial como instrumento de socorro da morte social e enfrentamento da criminalidade](#)

17/07/2019 | Eduardo Paixão Caetano..... 219

[A morosidade no procedimento de adoção no Brasil](#)

17/07/2019 | Hêmmyllye Karoliny Monjardim Carneiro.....236

<u>Metodologia da pesquisa e a análise econômica do Direito: fundamentos de uma abordagem consequencialista da investigação jurídica</u>	
15/07/2019 Leandro Fernandez Teixeira.....	289
<u><i>Penhora de direitos em contrato de alienação fiduciária - imprescindibilidade de prévia anuência do credor</i></u>	
15/07/2019 Lincoln Nolasco.....	332
<u><i>Auxílio reclusão: política pública voltada para família do encarcerado</i></u>	
15/07/2019 Jilia Diane Martins.....	341
<u><i>O seguro garantia como mecanismo de aprimoramento das licitações públicas e combate à corrupção</i></u>	
15/07/2019 Jose Kaerio Franca Lopes.....	361

INVERDADES EM TORNO DO IBS

KIYOSHI HARADA: Advogado em São Paulo (SP). Mestrado em Teoria Geral do Processo pela Universidade Paulista (2000). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

Sob o impulso das inverdades em torno do IBS a PEC nº 45/19, de autoria do Deputado Baleia Rossi, está ganhando incrível velocidade na tramitação perante a Câmara dos Deputados. Já foi aprovada na CCJ e aguarda deliberação da Comissão Especial para seguir ao Plenário logo após a aprovação da reforma previdenciária, segundo declarações do Presidente Rodrigo Maia. Após a passagem da reforma previdenciária, segundo as previsões do momento, o divórcio entre o Executivo e o Legislativo irá se acentuar, com a elaboração de agenda legislativa alheia aos planos do governo, inclusive, da proposta de reforma tributária em elaboração, o que é de suma gravidade por excluir o principal condutor e executor da política financeira do Estado. Tudo está caminhando como se estivéssemos em um sistema parlamentar de governo.

Para camuflar a quebra do princípio federativo com a excessiva centralização do poder de tributação em mãos da União seus defensores, notadamente, aqueles ligados ao Centro de Cidadania Fiscal, onde nasceu a proposta de reforma radical do sistema tributário, apregoam que o IBS é um imposto nacional porque regido

pela lei complementar de caráter nacional e tem o produto de sua arrecadação partilhado entre os entes federados.

Nada mais equivocado. Lei complementar que atua no âmbito nacional deve limitar-se à edição de normas gerais, como acontece com o Código Tributário Nacional. E a lei complementar referida na PEC nº45/19 é exatamente aquela que cria o IBS tendo, portanto, caráter de lei complementar que atua no âmbito privativo da União tal como acontece com a previsão de instituição, por lei complementar, do imposto sobre grandes fortunas de competência federal.

Para vender a imagem de autonomia dos entes políticos regionais e locais sustentam que os Estados e os Municípios têm a faculdade de reduzir as alíquotas do IBS. Nada mais inverídico! Pergunto, qual o governador ou o prefeito que irá reduzir alíquotas? E mais, o que essa faculdade de reduzir alíquotas tem a ver com a autonomia político-administrativa que decorre da autonomia financeira? Será que a redução de arrecadação aumenta a autonomia dos Estados e dos Municípios?

Esse tipo de argumentação ilógica tem confundido a mente de alguns estudiosos que alegam não enxergar qualquer inconstitucionalidade na PEC nº 45/19. É uma pena!

Sustentam virtudes que na realidade o IBS não tem, como as adiante examinadas:

a) Vedação de conceder incentivos fiscais do IBS;

Ora, a Constituição vigente veda os incentivos fiscais unilaterais do ICMS. No entanto as guerras fiscais continuam. Se a proibição constitucional vigente não está surtindo efeito não há razão para supor que nova proibição venha acabar com as guerras fiscais.

b) O IBS é não cumulativo de incidência plurifásica e cobrado por fora;

Ora, a cobrança por fora que traz transparência ao fenômeno da tributação só é compatível com a incidência monofásica. E mais, a virtude de um imposto não repousa no caráter cumulativo ou não cumulativo, mas na menor carga tributária. O antigo IVV, então conhecida como imposto de incidência em cascata, tinha um peso tributário menor do que o atual ICMS não cumulativo até o final do ciclo de comercialização. É preferível, por exemplo, a COFINS cumulativa com alíquota de 3% do que a complicada COFINS não cumulativa com alíquota de 7,6% que bateu record de arrecadação nos primeiros meses de sua vigência.

c) O IBS é tributado no destino;

Veste-se um santo e desveste outro, punindo os Estados produtores. Por que jogar fora o sistema atual de tributação na origem com a utilização de alíquotas interestaduais diferenciadas, conforme o Estado de destino e que vem dando certo em termos de equilíbrio na arrecadação dos entes da Federação? Por acaso há alguma proibição constitucional de algo dar certo?

d) O novo sistema tributário tem um longo prazo de adaptação.

O inusitado prazo de dez anos de transição para a substituição definitiva do atual sistema tributário pelo novo sistema, longe de configurar uma virtude, vem revelar incertezas, dúvidas e dificuldades do IBS, um imposto complexo e de difícil operacionalização. Outros cinquenta anos são previstos para as compensações entre as unidades federadas representando uma matéria prima para as judicializações intermináveis que poderá chegar a cem anos de discussões.

e) Simplificação do sistema tributário com a fusão de tributos federais com impostos, estadual e municipal.

A complexidade de um sistema tributário não reside na quantidade de tributos

Com a entrada em vigor do novo sistema, com absoluta certeza, irá aumentar a carga tributária e a carga burocrática, e duplicar demandas judiciais para solucionar novos problemas que virão à tona inexoravelmente.

De fato, o IBS é gerido por um Comitê Gestor formado por representantes da União, dos 27 Estados e dos representantes de mais 5.550 Municípios, dotado de poder normativo e de representação judicial. Só de pensar na expressão “Comitê Gestor” já espanta qualquer estudioso que tenha conhecimento das infundáveis normas despejadas periodicamente e em escala industrial pelo Comitê Gestor do SIMPLES. Se elas forem reunidas em um só volume certamente pesará no mínimo três quilos.

Parece óbvio que para tornar minimamente exequível a regulamentação do IBS e a representação judicial, a União irá se impor nesse triunvirato representado pelo Leão e dois outros pequeninos roedores. Aliás, não faz muito sentido Estados e Municípios terem o mesmo número de representantes da União que, ao final, acabarão sendo nomeados pelo Presidente da República dada a notória dificuldade de Estados e Municípios elegerem os seus representantes. Outrossim, o exercício da representação judicial pelo Comitê Gestor de forma coordenada pelas Procuradorias Fiscais das três entidades políticas é uma utopia que salta aos olhos. Isso só pode ter sido coisa de quem nunca advogou na vida! Já é difícil encontrar um consenso entre três advogados na condução de uma única ação. Imagine-se, então, milhares de processos envolvendo o complicado IBS.

Uma reforma tributária radical, como a proposta pela PEC sob comento, não pode ser feita apenas por economistas que podem contribuir com suas ideias criativas e mirabolantes a serem implementadas ao logo das décadas, mas quem tem que dar a formatação jurídica são os conhecedores do direito como um todo e que tenham vivência prática.

O sistema tributário nacional é um microsistema inserido dentro do sistema constitucional. Nenhum outro ramo do direito contém tantos princípios constitucionais como o Direito Tributário. São incontáveis os princípios tributários enumerados pela Constituição, todos eles voltados para a preservação da forma federativa do Estado; para a proteção dos direitos e garantias fundamentais; para a proteção da liberdade religiosa; para a proteção da saúde financeira do Estado; para zelar pela harmonia entre os três entes políticos; para a redução de desigualdades regionais; para a manutenção da unidade nacional etc.

Por tudo isso é preciso urgentemente repensar a reforma tributária em discussão no Congresso Nacional.

Se inúmeras propostas de reforma ficaram paralisadas no Congresso Nacional por vários lustros não há razão para, repentinamente, procurar aprovar a PEC sob exame a toque de caixa no pior momento político-econômico, caracterizado pela notória desarmonia entre os Poderes Executivo e Legislativo, de um lado, e de profunda recessão econômica que vem castigando duramente os agentes produtores de riqueza que não podem, nem devem ser perturbados com problemas adicionais decorrentes da convivência de dois sistemas tributários distintos por longos dez anos. Acrescente-se que a proposta em discussão na Câmara dos Deputados não guarda qualquer semelhança com nenhuma das propostas apresentadas até hoje e represadas no Parlamento Nacional. Nenhuma delas tumultua tanto o sistema tributário vigente, como esta em tramitação na Câmara dos Deputados.

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA VISÃO DO STF: É CHEGADA A HORA DE DECIDIR O CARÁTER (NÃO) PERPÉTUO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA: 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 de Direito Penal e Orientação de Monografia. Advogado. Delegado de Polícia da PCDF (aposentado)¹.

RESUMO: trata-se de artigo que tem por objetivo demonstrar a visão do Supremo Tribunal no tratamento do princípio da presunção de inocência ao longo destes quase trinta anos, da nova ordem constitucional, bem como a divergência entre o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que entende pelo caráter perpétuo dos antecedentes criminais e do Supremo Tribunal Federal (STF), cujo posicionamento está inclinado para o caráter temporário. Neste sentido, foi analisado alguns casos importantes que demandaram o STF na apreciação princípio da presunção de inocência. O trabalho foi finalizado com um prospectivo no sentido de que a Corte Suprema definirá pelo caráter temporário dos antecedentes criminais, assim como fez o legislador em relação à agravante da reincidência penal.

¹ Já exerceu os cargos de Coordenador da Polícia Legislativa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (COPOL/CLDF), Advogado exercendo o cargo de Assessor de Procurador-Geral da CLDF. Chefe de Gabinete da Administração do Varjão-DF. Chefe da Assessoria para Assuntos Especiais da PCDF. Chefe da Assessoria Técnica da Cidade do Varjão - DF; Presidente da CPD/CGP/PCDF. Assessor Institucional da PCDF. Secretário Executivo da PCDF. Diretor da DRCCP/CGP/PCDF. Diretor-adjunto da Divisão de Sequestros. Chefe-adjunto da 1ª Delegacia de Polícia. Assessor do Departamento de Polícia Especializada - DPE/PCDF. Chefe-adjunto da DRR/PCDF. Analista Judiciário do TJDF. Agente de Polícia Civil do DF. Agente Penitenciário do DF. Policial Militar do DF.

Palavras-chave: Casos difíceis. Supremo Tribunal. Aborto. Anencefalia. Execução Provisória. Pena. Antecedentes. Perpetuidade. Temporariedade.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2 . O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL E SEU RECONHECIMENTO UNIVERSAL. 3. A IRRADIAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PARA OUTRAS ÁREAS DO DIREITO – ALGUNS CASOS DIFÍCEIS. 4. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CASO DIFÍCIL AINDA NÃO PACIFICADO. 5. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA LIMITANDO O AMBITO DE APLICAÇÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS E A DIVERGÊNCIA QUANTO A SUA (NÃO) PERPETUIDADE. 6. CONCLUSÃO. 7 REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

No ano vindouro comemoraremos 30 (trinta) anos de Constituição Federal, cuja interpretação e guarda, compete ao nosso Supremo Tribunal Federal, também conhecido de Tribunal Constitucional, com competência para julgamento de matérias eminentemente constitucional, salvo as hipóteses de competência originária estabelecidas na Constituição.

A Constituição Federal é o ápice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que as demais espécies de normas a ela se submetem. Sendo assim, as normas já existentes ao tempo da sua inauguração ou foram recepcionadas ou foram revogadas tacitamente. Já as novas normas devem se adequar ao texto constitucional, sob pena de serem julgadas inconstitucionais, não só em ação direta

de inconstitucionalidade, como também de forma difusa, por qualquer juiz ou tribunal que seja provocado a analisar a matéria que esteja contrária à Carta Magna.

Segundo o professor Luís Roberto Barroso, ao discorrer sobre as transformações do direito constitucional contemporâneo ensina que três marcos fundamentais se destacam: o histórico, o filosófico e o teórico. Este último, refere-se às transformações que sofreu a hermenêutica jurídica:

[...] com o surgimento de um conjunto de ideias identificadas como *nova interpretação constitucional*. Nesse ambiente, foram afetadas premissas tradicionais relativas ao papel da norma, dos fatos e do intérprete, bem como foram elaboradas ou reformuladas categorias como a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação como técnica de decisão e a argumentação jurídica.

De fato, na vigência da nova ordem constitucional, em que o legislador constituinte formatou a Constituição tendo como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana, inerente a um Estado democrático de direito, elencando um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, seria natural o surgimento de demandas junto ao Supremo Tribunal Federal no sentido de interpretar a legislação infraconstitucional, sob a ótica da nova Constituição, especialmente nos casos do direito punitivo.

Assim, vários foram os casos difíceis submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, especialmente aqueles que conflitaram com o princípio da presunção de inocência, os quais serão aqui rememorados, sem muito

aprofundamento, mas de pronto, observa-se que os casos penais difíceis normalmente estão em confronto com alguma garantia constitucional expressa ou implícita na Constituição.

No entanto, o objetivo principal deste trabalho é, após discorrer sobre o princípio da presunção de inocência, considerando a interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal, tratar dos antecedentes criminais, instituto de direito penal aferido na primeira fase da dosimetria da pena (art. 59, CP), especialmente pela divergência encontrada nos tribunais e na doutrina penal brasileira, no tocante à adoção do sistema da perpetuidade, o que, *in tesi*, conflita com alguns princípios constitucionais, estando afeto a sua Repercussão Geral no RE 593.818 RG2, à relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso.

O tema talvez não seja daqueles casos difíceis enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal, no entanto é de grande relevância não só acadêmica, mas também jurídica, pois influenciará em milhares de casos penais que aguardam julgamento e quiçá até mesmo nos casos em execução, uma vez que os antecedentes criminais influenciam na dosagem da pena, mais especificamente na primeira fase, na fixação da pena-base, com reflexos nas demais fases da dosimetria.

Para se chegar ao objeto do trabalho, será necessário fazer um resgate do princípio da presunção da inocência, uma vez que teve influência na definição não só da reincidência, mas também na definição de maus antecedentes criminais.

2 Recurso pautada para 13/02/2018.

2. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL E SEU RECONHECIMENTO UNIVERSAL

O princípio da presunção de inocência expresso na Constituição Federal com a dicção de que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória" (Art. 5, inc. LVII, CF), não encontra resistência doutrinária e jurisprudencial quanto a sua aplicação no âmbito criminal. Em regra, as discussões sobre a presunção de inocência estão relacionadas com a inversão do ônus da prova em matéria penal, as cautelares que podem restringir a liberdade do indivíduo, a execução provisória da pena, a reincidência e os maus antecedentes.

O princípio da presunção de inocência surgiu em favor do indivíduo contra as ações do Estado, especialmente na esfera penal, em face do seu *jus puniendi*. Isso porque a partir da ocorrência do delito, o Estado, com sua força soberana, passa a buscar a autoria e materialidade, utilizando-se de todos os recursos legais disponíveis entre eles, a busca e apreensão domiciliar, prisões cautelares, quebra de sigilos (fiscal, bancário, telefônico, correspondência), investigações diversas com aparato policial incluindo a realização de perícias variadas, enfim, tudo que for legal e possível para a identificação do autor e a coleta das provas suficientes para desencadear uma condenação, demandando ações no âmbito policial, Ministério Público e Poder Judiciário.

Neste sentido, o princípio da presunção de inocência surge para limitar a ação do Estado. Segundo Bento³, o princípio da presunção de inocência desdobra-se em três momentos necessários para a investigação científica, quais sejam:

[...] **primeiro**, quanto ao tratamento dispensado ao cidadão submetido a uma investigação policial, onde deve ser preservado o estado inicial em que se encontrava antes do início da persecução penal, qual seja inocente; **segundo** momento, quanto à utilização das prisões provisórias que, dependendo do caso, pode refletir como uma antecipação de pena; e **terceiro** momento, quanto à valoração de provas na instrução criminal, implicando até em absolvição plena do que em absolvição por insuficiência de provas, que poderá ser uma ação civil de indenização pelo cometimento do pretense crime, e reiniciando a fase probatória.(sem negrito no original)

Além disso, o princípio da presunção de inocência configura um direito constitucional fundamental, ou seja, está inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa (art. 5.º). Do ponto de vista intrínseco é um direito de natureza predominantemente processual, com repercussões claras e inequívocas no campo probatório, das garantias e de tratamento do acusado. No entanto, cuida-se de uma presunção *iuris tantum*, significando dizer que admite prova em sentido contrário. Assim, uma das consequências imediata da presunção de inocência é a vinculação de todos (poderes públicos e particulares)⁴.

3 BENTO, Ricardo Alves. Presunção de inocência no Direito Processual Penal Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin. 2007. p. 26.

4 GOMES, Luiz Flávio. Sobre o Conteúdo Processual Tridimensional do Princípio da Presunção de Inocência. Revista dos Tribunais | vol. 729 | p. 377 | Jul / 1996. Disponível em: <<http://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&sruid=i0ad6007a00000149c064763f21bdc1ea&docguid=I70973f30f25011dfab6f01000000000&hitguid=I70973f30f25011dfab6f01000000000&spos=10&epos=10&td=262&context=12&startChunk=1&endChunk=1?>>>. Acesso em: 02 jan. 2015.

A doutrina aponta que o princípio da presunção de inocência surgiu em 1215, com a Magna Carta *Libertatum*, imposta ao rei inglês João-sem-terra⁵, representando uma vitória da liberdade e a valorização da pessoa em relação ao Estado, uma vez que no seu art. 39, reconheceu que os "homens livres devem ser julgados pelos seus pares e de acordo com a lei da terra [distanciando progressivamente da crença de que os homens deveria ser julgados pelo Ser superior, entidade divina], como ditame originário da presunção de inocência, do contraditório, da ampla defesa, e da proibição de provas ilícitas"⁶ Mas, também é certo que alguns autores registram que a presunção de inocência remonta ao direito romano.⁷

A presunção de inocência surge em reação a um processo penal de caráter inquisitivo, que vigorou em certo período da história da humanidade, onde o direito penal foi utilizado "como instrumento de perseguição, com prisões com base em boatos, condenações infundadas baseadas em revanchismo ou oportunismo dos que manipulavam o poder"⁸, ou seja, época de um direito penal inquisitivo em que

5 RAMOS, Gisela Gondin. O princípio da presunção de inocência. In: Interesse público, v. 15, n. 77, jan./fev. Belo Horizonte: Forum: 2013. p. 173-181

6 BENTO, Ricardo Alves. Presunção de inocência no Direito Processual Penal Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin. 2007. p. 27.

7 Merecendo destaque a obra de Maurício Morais, que realizou um profundo estudo a respeito da presunção de inocência com vista à elaboração legislativa e as decisões judiciais, perpassando o período da inexistência da presunção de inocência até a sua inscrição na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 1-94.

88 BATISTI, Leonir. Presunção de inocência. Apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009.

vigorava o segredo e o emprego da tortura, contrariando os ditames da dignidade humana, pregado nos ensinamentos de Cesare Beccaria, na sua obra "Dos Delitos e das Penas" (1764), tempo em que criticou ferrenhamente as acusações secretas, os juramentos, a tortura e a pena de morte, propondo a humanização das penas e a sua proporcionalidade, além de sugerir a introdução de um tratamento humano aos processados⁹. Dizia Beccaria: "um homem não pode ser tido como culpado antes que a sentença do juiz o declare; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas que tal proteção lhe foi dada".¹⁰

A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, uma das treze colônias inglesas na América e datada de 12 de janeiro de 1776, já contemplava institutos que reforçaram a presunção de inocência, uma vez que abarcava "o direito de defesa nos processos criminais, bem como julgamento célere por júri imparcial, posto que ninguém seria privado de sua liberdade, exceto por lei da terra ou julgamento de seus pares"¹¹, ou seja, havia um abrandamento da norma, pela presunção de que possivelmente o cidadão poderia ser inocente de imputações feitas em face da sua pessoa.

9 BONESANA, Cesare (Beccaria). *Dos delitos e das Penas*. Trad. Alexis Augusto Couto Brito, São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 22-50.

10 BECCARIA, Cesare. *Op. citatum*, p. 63.

11 BENTO, Ricardo Alves. *Presunção de inocência no Direito Processual Penal Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 37.

Com a eclosão da Revolução Francesa, pela primeira vez, o princípio da presunção de inocência foi positivado no art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, com a dicção de que: "Todo o homem presume-se inocente enquanto não houver sido declarado culpado; por isso, se julgar indispensável a sua prisão: todo rigor necessário, empregado a efetuar, deve ser severamente reprimido pela lei"¹². Neste sentido, "fica evidenciada a clara intenção dos revolucionários iluministas em estabelecer outro eixo para o processo penal, qual seja, a abolição da presunção de culpa e a fixação da presunção de inocência para todos os imputados", conforme afirma Moraes¹³. Assim, a Declaração Francesa acabou por influenciar que o indivíduo investigado pela prática de crime, no decurso do processo ou do inquérito policial deveria ser tratado com o mínimo de dignidade, evitando-se sua submissão a institutos ou condições que o equiparasse como culpado¹⁴.

A partir daí, a tutela normativa da presunção de inocência passa a ter um caráter universal, pois foi reproduzido em diversos documentos internacionais¹⁵,

12 ANTUNES, Flávio Augusto. Presunção de inocência e direito penal do inimigo. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013. p. 44.

13 MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 77.

14 BENTO, Ricardo Alves. Presunção de inocência no Direito Processual Penal Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin. 2007. p. 39.

15 ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à Constituição brasileira. Revista Liberdades - nº 4 - maio-agosto de 2010. Disponível em: <http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/5/_artigo2.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2015.

sendo que na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), adotada nas Organizações das Nações Unidas (ONU), trouxe em seu artigo 11 que: "todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa". Já O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, estabeleceu no seu art. 14, item 2, que "toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa". Mas antes disso, na Europa, em 1950, a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos¹⁶ trouxe no seu art. 6º, item 2, a regra de que "qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada". Por sua vez, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, (Pacto de São José da Costa Rica), carrega consigo que "toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa".

Agora mais recente, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, ratificado pelo Brasil no Decreto¹⁷ n. 4.388, de 25 de setembro de 2002, criado para julgar os crimes de guerra, agressão, contra a humanidade e de genocídio, assim

16 GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO DE DIREITO COMPARADO (GDCC). Conselho da Europa. Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html>>. Acesso em: 21 mar. 2015.

17 BRASIL, Presidência da República Federativa. *Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 10 maio 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=712.26785>>. Acesso em: 21 mar. 2015.

como os crimes contra o próprio tribunal, também contemplou o princípio da presunção de inocência, na medida em que no seu art. 66, garantiu que:

1. Toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável.
2. Incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado.
3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável.

Como se pode ver, os documentos internacionais apontados, utilizam-se das expressões "delito" ou "infração", gênero da espécie crime, o que justifica a sua utilização na esfera criminal, sem nenhum questionamento, especialmente, com o instituto da prisão que deve ser sempre o último instrumento coercitivo a ser utilizado pelo Estado. E é neste sentido que a nossa Constituição somente autoriza a prisão por ordem judicial (prisão pena e cautelares), salvo a prisão em flagrante (art. 5º, inc. LXI), demonstrando que, mesmo antes de uma sentença penal condenatória definitiva, é possível a prisão de alguém, o que em tese, tornam as prisões cautelares (preventiva e temporária) como constitucionais, implicando dizer que o princípio da presunção de inocência é flexibilizado dentro da sua própria órbita de aplicação que é o direito criminal, o que não impede a sua análise nas outras esferas do direito conforme passamos a discorrer.

3. A IRRADIAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA PARA OUTRAS ÁREAS DO DIREITO – ALGUNS CASOS DIFÍCEIS.

O teor literal do texto constitucional de que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória" (Art. 5, inc. LVII, CF), não dá margem a garanti-lo em áreas extrapenal, uma vez que está ligado à exigência de uma "sentença penal" condenatória definitiva.

Ocorre que no Brasil, o princípio da presunção de inocência acabou por irradiar para outras áreas do direito. Seria isso, uma característica genuinamente brasileira? Cremos que não! E isso foi demonstrado em uma sentença datada de 1290, em Portugal, quando a presunção de inocência foi acatada em caso característico de direito civil:

Conta-se que certa pessoa, João Perez, dizia-se credor de Garcia Estevez em quatro maravedis, dívida esta negada por Garcia Estevez, pelo que, João Perez, desafiou-o a jurar nos Santos Evangelhos, ou que ele o faria. Marcado o dia de julgamento, somente Garcia Estevez, o suposto devedor, apareceu. Como não comparecera o suposto credor, Garcia Estevez pediu ao julgador que o liberasse do juramento. O julgador assim decidiu (douvos em juyzo deste juramento por quite) pondo fim ao processo, absolvendo Garcia Estevez. [...] A sentença de absolvição é datada de agosto de 1290¹⁸.

Como dito anteriormente, os documentos internacionais que contemplaram o princípio da presunção de inocência, utilizaram das expressões "delito" ou "infração", sendo que para nós, delito pode ser civil ou penal, apesar de ser mais

18 BATISTI, Leonir. Presunção de inocência. Apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009. p. 29.

comum sua utilização na esfera penal. Da mesma forma ocorre com a expressão “infração” que pode ser penal ou civil, a exemplo das infrações administrativas, bem como a referência expressa na Lei de Introdução do Código Penal (Decreto-lei n. 3.914/41), que no seu artigo 1º previu que: "Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção[...]; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples [...]19.

Em ensaio sobre o ilícito penal e ilícito civil, José de Castro Meira, após resgatar a origem dos termos *maleffcium*, *flagitum*, *fraus*, *facinus*, *peccatum*, *probum*, *crimen* e *delictuma*, conclui que: "a palavra delito, portanto, tem originalmente uma compreensão bastante ampla, não se prestando apenas à definição da ilicitude penal". Diz ainda, que a palavra ilícito corresponde "a torto, em italiano, e a entuerto, em espanhol, expressões que, por si sós, deixam clara a ideia do que não é certa, torcido, contrário ao direito"20. Cita ainda que "há delitos que gozam de escusa absolutória, sem que percam o seu caráter ilícito, como também se multiplicam as infrações administrativas e disciplinares, sancionadas pela lei com pena, sem que se revistam de natureza delituosa".

19 BRASIL, Presidência da República. Lei de introdução do Código Penal. Decreto-lei n. 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em: 21 mar. 2015.

20 MEIRA, José de Castro. O ilícito civil e o ilícito penal. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181275/000390322.pdf?sequence=3> >. Acesso em: 21 mar. 2015.

Mas não vamos nos prender à elucidação das palavras delito, ilícito, infração, seja de natureza civil ou penal, optaremos por acatar a divisão em ilícito civil (administrativo e eleitoral) e ilícito penal, sendo certo que, em regra, um ilícito exclusivamente civil, não comporta responsabilização penal, o que torna inviável a aplicação do princípio da presunção de inocência, que no texto constitucional brasileiro deixa claro tratar-se de princípio de direito criminal.

Por outro lado, muitas condutas que constituem ilícito penal (crime ou contravenção), também são condutas responsabilizadas na esfera civil, administrativa, trabalhista, eleitoral, as quais apesar de serem instâncias independentes, sofrem influência imediata da esfera criminal. Daí que o Código de Processo Penal previu que a sentença penal condenatória serve como título executivo judicial para promoção da ação civil *ex-delito* (art. 63, CPP), estabelecendo, ainda, que quando o juiz criminal decide pela condenação, fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido (art. 387, IV)²¹.

Ressalte-se que o Código Penal prevê como efeito extrapenal da condenação, a perda do cargo, função pública ou mandato eletivo, incapacidade do exercício do pátrio poder, tutela ou curatela e a inabilitação para dirigir veículo (art. 92), não sendo eles automáticos, exigindo que sejam motivadamente declarados na

21 BRASIL, Presidência da República Federativa. *Código de Processo Penal - CPP - Decreto-Lei nº 3.689, 3.10.1941*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=712.20072>>. Acesso em: 21 mar. 2015.

sentença. Além disso, existem crimes que tem como efeito automático da condenação a perda do cargo público (não exigindo que sejam declarados na sentença criminal), a exemplo dos crimes de tortura, previsto na Lei n. 9.455/97 (§7º do art. 1º) e os crimes previsto na Lei n. 12.850/2013 que define a organização criminosa (art. 2º, §6º). Mas todos estes efeitos condenatórios apontados exigem que a sentença penal tenha transitado em julgado.

Daí que surge a irradiação do princípio da presunção de inocência para outras áreas do direito, pois como aplicar qualquer destes efeitos condenatórios, se a sentença criminal ainda não transitou em julgado? Desta forma a doutrina do Direito Administrativo sancionador vem adotando o princípio da presunção de inocência, uma vez que esta seara do direito é muito similar ao direito criminal, cabendo ao Estado o ônus da prova, que irá ilidir a presunção de inocência.

Mattos²² para justificar a aplicação do princípio da presunção de inocência no direito administrativo disciplinar, faz um relato histórico deste princípio desde o seu surgimento com os ideais da Revolução Francesa (1789-1799) até os dias atuais, passando pelos principais documentos internacionais, antes mencionados.

Segundo ele:

O processo disciplinar atinge também um *status* de realidade permanente, onde o Estado assume a obrigação de estabelecer o princípio da certeza, através da apuração da verdade. Sendo certo, que a verdade está abrigada na prova, pois sem ela, não

²² MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Tratado de Direito Administrativo Disciplinar. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 77-85.

há plausibilidade para se levar a efeito uma punição disciplinar²³.

A presunção de inocência no Direito Administrativo é tão sólida que foi reconhecida expressamente no art. 20 da Lei n. 8.429/92, que trata da improbidade administrativa, ao dispor que: “a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”. Neste ponto, Mattos esclarece que:

[...] Em nome da segurança jurídica, o art. 20 assenta que a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos do **acusado só se efetivam após o trânsito em julgado da sentença condenatória**. Essas penas estão contidas no art. 12, aplicáveis aos agentes públicos condenados por ato de improbidade administrativa. Os efeitos dessa condenação refletem-se na esfera administrativa e política do agente público, **não sendo lícito considerar-se culpado antes do trânsito em julgado da sentença** (art. 5º, LVII, da CF) quem quer que seja, ainda mais quando se trata de privações políticas e funcionais”. A prudência exige que a perda desses fundamentais direitos somente se efetive após o esgotamento de todos os recursos cabíveis, para que não se puna o agente público antes que a Justiça possa considerá-lo, em definitivo, inocente ou culpado da acusação que lhe é desferida ou mande arquivar a ação por qualquer vício processual. **O Estado Democrático de Direito não permite a aplicação de graves sanções, com a condenação preliminar do acusado, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória**, tendo em vista a possibilidade de reversibilidade do que foi determinado: [...] **(negritei)**²⁴

Também na área de concursos públicos, onde se analisa a vida pregressa de candidatos, tem se reconhecido o princípio da presunção de inocência, de forma que

23 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Op. cit. p. 79.

24 MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O Limite da Improbidade Administrativa: O Direito dos Administrados dentro da Lei nº 8.429/92. 3ª. ed, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006. p.734-736.

simples anotações relacionadas à prática de delitos, sejam em inquéritos policiais, sejam em ações penais, sem condenações com trânsito em julgado, não tem servido para afastar candidatos dos concursos públicos, conforme já manifestou o Supremo Tribunal Federal, nos julgados abaixo:

[...] I - Viola o princípio constitucional da presunção da inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, a exclusão de candidato de concurso público que responde a inquérito ou ação penal sem trânsito em julgado da sentença condenatória. Precedentes. II - Agravo regimental improvido. (RE 559135 AgR, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 20/05/2008)²⁵ **No mesmo sentido:** ARE 733.957-AgR, rel. min. **Celso de Mello**, decisão monocrática, julgamento em 6-12-2013, *DJE* de 12-12-2013 e **AI 855.448**, rel. min. **Luiz Fux**, decisão monocrática, julgamento em 31-5-2012, *DJE* de 6-6-2012;

[...] O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento no sentido de que a eliminação do candidato de concurso público que esteja respondendo a inquérito ou ação penal, sem pena condenatória transitada em julgado, fere o princípio da presunção de inocência. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 741101 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 28/04/2009) ²⁶

No RE 634.224/DF, o STF decidiu que "A exclusão de candidato regularmente inscrito em concurso público, motivada, unicamente, pelo fato de haver sido instaurado, contra ele, procedimento penal, sem que houvesse, no entanto, condenação criminal transitada em julgado, vulnera, de modo frontal, o postulado

25 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 559135 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 20/05/2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000089663&base=baseAcordaos>>. Acesso em 03 abr. 2015.

26 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI 741101 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 28/04/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000087982&base=baseAcordaos>>. Acesso em 03 abr. 2015.

constitucional do estado de inocência, inscrito no art. 5º, inciso LVII, da Lei Fundamental da República” 27.

No entanto, em virtude da independência das instancias (penal e administrativa), o fato de não existir ainda uma sentença penal condenatória, não impede a instauração de processo administrativo disciplinar (**MS 21.545**, voto do Rel. Min. **Moreira Alves**, julgamento em 11-3-1993, Plenário, *DJ* de 2-4-1993.)²⁸ **No mesmo sentido:** AI 747.753-AgR, Rel. Min. **Ayres Britto**, julgamento em 14-9-2010, Segunda Turma, *DJE* de 28-10-2010.²⁹

Ainda, no tocante a irradiação do princípio da presunção de inocência para outras áreas do direito, vale lembrar que em agosto de 2008 o Supremo Tribunal Federal julgou a ADPF N. 144, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) 30, distribuída ao Ministro Celso de Melo, que, entre várias questões, postulava

27 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ministro Celso de Melo. RE 634.224/DF. Administrativo. Investigação social. Vida pregressa do candidato. Presunção Constitucional de Inocência . Concurso Público. Aplicabilidade, julgado em 14 de março de 2011, decisão publicada no DJe de 21.3.2011. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 16 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=6.34173&seo=1>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

28 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS 21.545, voto do Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 11-3-1993, Plenário, DJ de 2-4-1993. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85545>>. Acesso em: 05 jan. 2015.

29 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. AI 747.753-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 14-9-2010, Segunda Turma, DJE de 28-10-2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=616063>>. Acesso em: 02 jan.2015.

30 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 144. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2008, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-02 PP-00342 RTJ VOL-00215- PP-0003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000165287&base=baseAcordaos>. Acesso em: 18 abr. 2015.

que fosse declarada, a não-recepção de alguns dispositivos da Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, que dispõe sobre as hipóteses de inelegibilidade no Brasil.

Para a AMB, a exigência do trânsito em julgado impedia a Justiça Eleitoral reconhecer a inelegibilidade de muitos candidatos já condenados criminalmente, sem trânsito em julgado, ou com representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político. Argumentava-se que o vasto arsenal de recursos e a morosidade natural do processo penal brasileiro, acabava por tornar a inelegibilidade praticamente uma norma inócua, peticionando para afastar a exigência do trânsito em julgado, para que a Justiça Eleitoral pudesse considerar a sentença condenatória em processo criminal, independentemente do seu trânsito em julgado, como fato impeditivo de elegibilidade.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, em uma posição contramajoritária, considerou improcedente a pretensão da autora, concluindo entre outras questões que seria perfeitamente constitucional a norma que exige o trânsito em julgado para considerar o candidato inelegível, pois em consonância com o princípio da presunção de inocência que irradia para o campo do direito eleitoral.

Registrou-se no voto do Relator Ministro Celso de Melo, que “somente os eleitores dispõem de poder soberano e de legitimidade para rejeitar, pelo exercício do direito de voto, candidatos ímprobos, desonestos e moralmente desqualificados”,

ou seja, não se admitindo que a vida pregressa dos candidatos seja mantida em sigilo e inacessíveis aos cidadãos.

Ressaltou o conflito ideológico entre o valor da presunção de inocência e o desvalor do postulado autocrático que privilegia a onipotência do Estado, que, segundo o relator, se revelou muito nítido na Itália, utilizando os ensinamentos de Antônio Magalhães Gomes Filho, rememorando as três escolas que surgiram a partir do século XIX:

A Escola Clássica, cujos maiores expoentes foram FRANCESCO CARRARA E GIOVANNI CARMIGNANI, que sustentavam, inspirados nas concepções iluministas, o dogma da presunção de inocência, a que se seguiram os adeptos da **Escola Positiva**, como ENRICO FERRI e RAFFAELE GAROFALO, que preconizavam a ideia de que é mais razoável presumir a culpabilidade das pessoas, e, a refletir o espírito do tempo" (Zeitgeist) que tão perversamente buscou justificar visões e práticas totalitárias de poder, **a Escola Técnico-Jurídica**, que teve, em EMANUELÉ CARNEVALE e em VINCENZO MANZINI, os seus corifeus, responsáveis, dentre outros aspectos, pela formulação da base doutrinária que deu suporte a uma noção que prevaleceu ao longo do regime totalitário fascista - a noção de que não tem sentido nem é razoável presumir-se a inocência do réu!!!

Relembrou que a Constituição brasileira de 1988, fundada em bases democráticas, é contrária ao absolutismo do Estado e a força opressiva do poder, em face do contexto histórico que justificou, em nosso processo político, a ruptura com paradigmas autocráticos do passado que:

[...] baniu, por isso mesmo, no plano das liberdades públicas, qualquer ensaio autoritário de uma inaceitável hermenêutica de submissão, somente justificável numa perspectiva "*ex parte principis*", cujo efeito mais conspícuo, em face da posição daqueles que presumem a culpabilidade do réu, ainda que para

fins extrapenais, será a virtual esterilização de uma das mais expressivas e historicamente significativas conquistas dos cidadãos, que é a de jamais ser tratado, pelo Poder Público, como se culpado fosse!

Afirmou, em seu voto, que presunção de inocência, embora historicamente vinculada ao processo penal, também irradia os seus efeitos, sempre em favor das pessoas, contra o abuso de poder e a prepotência do Estado, demonstrando ainda que a irradiação da presunção de inocência ocorre ainda em outros países, ou seja, que não é criação brasileira, citando a Corte Portuguesa:

[...] o Tribunal Constitucional português, examinando a validade jurídica de certo diploma normativo, declarou-o inconstitucional na parte em que determinava a perda total, pelo servidor, de sua remuneração, em decorrência de suspensão preventiva resultante da mera instauração de processo disciplinar, sequer concluído.

Esse julgamento, realizado em 1990 (Acórdão n. 198/90, Relator Conselheiro Monteiro Diniz, "in" "Acórdãos do Tribunal Constitucional", vol. 16/473), acha-se consubstanciado em decisão assim ementada: I - O princípio da presunção de inocência do arguido é, no seu núcleo essencial, aplicável ao processo disciplinar. II - Este princípio ilegítima a imposição de qualquer ônus ou restrição de direitos ao arguido que representem a antecipação de condenação. III - é, pois, inconstitucional a norma que consente a perda total de vencimento do funcionário desligado ao serviço em virtude de processo disciplinar, por se traduzir na antecipação de um quadro de efeitos semelhantes ao da pena disciplinar de demissão. [...].

Alertou sobre a relevância da coisa julgada, uma vez que propicia a estabilidade das relações sociais e a superação dos conflitos, consagrando a segurança jurídica, "que traduz, na concreção de seu alcance, valor de transcendente

importância política, jurídica e social, a representar um dos fundamentos estruturantes do próprio Estado democrático de direito”.

Importa salientar que o a presunção de inocência foi tratada na ADPF n. 144, não como regra, mas como princípio constitucional. Se fosse regra, estaria limitada ao direito penal, o que impediria a sua irradiação para o direito eleitoral. Já os princípios, por serem “mandamentos de otimização”, que segundo Alexy “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”, ou seja, que podem ser satisfeitos em graus variados, que além de depender de possibilidades fáticas, também dependem das possibilidades jurídicas³¹, ou seja, o seu alcance é bem maior do que as regras.

Neste sentido concluiu o STF que a presunção de inocência “projeta-se para além de uma dimensão estritamente penal, alcançando quaisquer medidas restritivas de direitos, independentemente de seu conteúdo, ainda que em sede administrativa”, julgando improcedente a ADPF N. 144.

Ocorre que, em 16 de dezembro de 2012, o Supremo Tribunal Federal foi novamente demandado a se manifestar sobre o princípio da presunção de inocência, quando julgou conjuntamente as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 (Partido Popular Socialista) e nº 30 (Conselho Federal da OAB) e da Ação Direta de

31 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2014, p. 90.

Inconstitucionalidade nº 4578 (a Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL). As ações declaratórias foram julgadas procedentes, ou seja, considerados como constitucionais os dispositivos da Lei Complementar n. 135, de 04 de junho de 2010 (Lei da Ficha Limpa), enquanto que a ação de inconstitucionalidade foi considerada improcedente. A relatoria foi do Ministro Luiz Fux.

A mudança da composição da Corte Suprema, com o ingresso dos Ministros Luiz Fux, Dias Toffoli e Rosa Weber, bem como a pressão popular à época, foi suficiente para mudança de entendimento pela flexibilização do princípio da presunção de inocência, com o entendimento de que não se estendia ao direito eleitoral, especificamente à Lei da Ficha Limpa, passando a admitir na análise de vida pregressa de candidatos, a consideração da existência de condenação judicial não definitiva, a rejeição de contas, a renúncia abusiva ou perda de cargo.

Neste segundo julgado, observamos que o STF deixou passar a oportunidade de utilização da técnica de sopesamento (ponderação) de Robert Alexy, especialmente na discussão sobre o princípio da presunção de inocência *versus* princípio da moralidade administrativa, apesar de o Ministro Ricardo Lewandowski, durante os debates, ter alertado ao pleno que estavam diante de uma hipótese de ponderação de valores de mesma natureza constitucional e do mesmo nível, ou seja, estavam diante de um “direito individual a ser sopesado contra um direito coletivo, que também tem abrigo na Constituição, e que se espria por vários dispositivos da Constituição, a começar pelo artigo 37, caput, que fala da moralidade”, no entanto,

sua voz não foi suficiente para a utilização da técnica do sopesamento de Robert Alexy³².

Assim, podemos afirmar que o princípio da presunção de inocência, apesar de o seu texto literal demonstrar que foi cunhado para a área criminal, observamos que a jurisprudência e a doutrina brasileira, acabou por entender que ele se irradia para outras esferas do direito, especialmente para o Direito Administrativo, vindo expressamente previsto na Lei de Improbidade Administrativa, no entanto, no plano do direito eleitoral, o Supremo mudou seu entendimento, para prestigiar a Lei da Ficha Limpa, atendendo aos reclames popular, o que em tese, foge à regra do papel contramajoritário do STF.

4. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. CASO DIFÍCIL AINDA NÃO PACIFICADO.

Outro importante tema que vem incomodando a comunidade jurídica, especialmente aqueles que lidam nas defesas criminais, diz respeito à possibilidade (ou não) da execução provisória da pena, em virtude da recente guinada na jurisprudência do STF, que rompeu com o precedente estabelecido no HC N. 84.078/MG (05/02/2009), de relatoria do Ministro Eros Grau, ocasião em que declarou ofensiva ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade a

32 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2014, p. 91-103.

execução provisória da pena de prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

A mudança de orientação do STF, decisão de plenário, (ADCs n. 43 e 44) entendeu que o art. 283 do CPP não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância. Além disso o Plenário virtual reafirmou, em sede de repercussão geral (Tema nº 925) no sentido de que:

[...] a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, a Constituição Federal. (ARE nº 964.246/SP, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 25/11/16)

Ressalte-se que referido ARE n. 964246/SP de relatoria do Ministro Teori Zavascki, foi julgado após a decisão do HC n. HC 126292, em 17/02/2016, também de sua relatoria em que concluiu no mesmo sentido.

No entanto, em que pese estas duas decisões, uma delas em repercussão geral, com força obrigatória, a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado, parece não ter se pacificado, em face das seguintes indagações: a) essa decisão pode retroagir para alcançar fatos passados? b) Essa decisão deve ser aplicada obrigatoriamente a todos os casos já julgados pelos tribunais de segunda instância, mesmo naqueles casos em que a decisão de primeira e segunda instância tenham garantido ao acusado o direito de recorrer em liberdade até o trânsito em julgado? c) Essa decisão não contraria o princípio da dignidade humana diante do

estado de coisas inconstitucionais³³ do Sistema Penitenciário brasileiro, alvo da ADPF n. 347?

No tocante a sua retroatividade, já existem vozes em sentido contrário, a exemplo dos professores Rene Ariel Dotti e Luiz Flávio Gomes³⁴, os quais entendem que "*Nenhuma lei, leia-se, nenhuma norma, nenhum direito penal novo (ainda que fruto da jurisprudência da Corte Máxima) pode retroagir, salvo para beneficiar o réu*".

Em matéria tributária, que se aproxima do direito penal, o professor Luís Roberto Barroso³⁵, ao discorrer sobre a mudança da Jurisprudência do STF, assim concluiu:

Eventual decisão do STF que modifique entendimento anterior e consolidado da própria Corte em relação ao crédito de IPI, produzindo resultado equivalente à majoração do tributo, somente poderá ter efeitos prospectivos (ex nunc). A conclusão decorre da incidência dos princípios constitucionais da segurança jurídica, da confiança legítima e da boa-fé, bem como da regra da irretroatividade tributária, já que a alteração de entendimento da Corte sobre o mesmo conjunto legislativo equivale à edição de nova norma.

33 A expressão "estado de coisas inconstitucionais" foi utilizada na Corte Constitucional da Colômbia, na Sentencia T-153/98. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 12 jun. 2017.

34 DOTTI. Rene Ariel. GOMES. Luiz Flávio. Execução provisória da pena logo após a decisão de 2º grau: irretroatividade da mudança jurisprudencial do STF desfavorável ao réu. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI243522,61044-Execucao+provisoria+da+pena+logo+apos+a+decisao+de+2+grau> > . Acesso em 21 jul. 2017.

35 BARROSO. Luís Roberto. Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em Matéria Tributária . Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos Temporais das Decisões Judiciais (PARECER). Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/parecer_mudanca_da_jurisprudencia_do_stf.pdf. Acesso em 02 jul. 2017.

Assim, sem aprofundar no assunto, parece ter razão àqueles que entendem que a nova orientação do STF, sobre a execução provisória da pena, não deve retroagir para alcançar fatos passados.

No tocante às outras duas indagações, vale citar as recentes manifestações ocorridas no julgamento do HC 136.72036, de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, em que concedeu parcialmente a ordem para que o paciente pudesse aguardar em liberdade o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, justificando que o magistrado de primeira instância condicionou o início da execução da pena ao trânsito em julgado da sentença condenatória e que tal direito foi mantido pelo TJPB, portanto não poderia o STJ negar um direito que lhe tinha sido conferido desde a primeira instância, sem contestação pelo Ministério Público.

O Relator afirmou que a decisão da Corte, sobre a possibilidade de execução provisória da pena, tomada por maioria, tem sido interpretada de forma equivocada por juízes e membros do MP, nos seguintes termos:

A partir da decisão do STF, a qual, por decisão majoritária, restringiu o princípio constitucional da presunção de inocência, prisões passaram a ser decretadas, após a prolação de decisões de segundo grau, de forma automática, na maior parte das vezes, sem qualquer fundamentação idônea. Esse retrocesso jurisprudencial, de resto, como se viu, mereceu o repúdio praticamente unânime dos especialistas em direito penal e processual penal, em particular daqueles que militam na área acadêmica.

36 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 872. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo.htm> >. Acesso em 15 ago. 2017.

Disse ainda o relator que seria teratológico que o Tribunal determinasse a prisão depois de julgado o recurso de apelação, sem que o titular da ação penal incondicionada tivesse recorrido contra a decisão que facultou ao acusado aguardar em liberdade até o trânsito em julgado da decisão condenatória:

Com a devida vênia, ousou manifestar ainda a minha perplexidade diante da guinada jurisprudencial do STF com relação à prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, sobretudo porque ocorreu logo depois de termos assentado, na ADPF 347 e no RE 592.581, que o sistema penitenciário brasileiro encontra-se em situação falimentar.

Na ocasião do julgado, os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, que antes julgaram favorável à execução provisória da pena, demonstraram nítida intenção de mudança de posicionamento, o que em tese sugere um novo prospectivo para uma futura decisão, caso o Pleno do STF tenha que se manifestar novamente sobre o tema, acreditando-se que os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Lewandowski, continuariam votando contra a execução provisória da pena, talvez com o reforço dos Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, o que já seria suficiente para uma nova mudança de entendimento, ressaltando que não se sabe ainda o posicionamento do Ministro Alexandre de Moraes, que substitui o saudoso Ministro Teori Zavaski, que era favorável à execução provisória da pena.

No dia 23 de agosto do corrente ano, o Ministro Lewandowski novamente se manifestou sobre o tema no HC 145.953, entendendo que:

A antecipação do cumprimento da pena, na espécie, somente poderia ocorrer mediante um pronunciamento específico e justificado que demonstrasse, à saciedade, e com base em

elementos concretos, a necessidade da prisão preventiva, o que, aliás, foi rechaçado explicitamente pelo magistrado sentenciante, ao dispor que a custódia cautelar do condenado não se afigura necessária, posto que ausentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal”.³⁷

Por fim, uma vez discorrido sobre o princípio da presunção de inocência apontando alguns casos difíceis de enfrentamento do tema, passamos a tratar dos antecedentes criminais e sua perpetuidade ou não, uma vez que, também será alvo de decisão pela corte no RE 593.818 RG, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso.

5. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA LIMITANDO O AMBITO DE APLICAÇÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS E A DIVERGÊNCIA QUANTO A SUA (NÃO) PERPETUIDADE.

O Código Penal brasileiro no seu artigo 59, prevê oito circunstâncias judiciais para fixação da pena base, dentre elas os antecedentes criminais. No entanto, não trouxe o seu conceito, assim como não estabeleceu um prazo prescricional para a extinção dos seus efeitos, deixando essa tarefa para a doutrina e a jurisprudência.

Em regra a doutrina entende que os antecedentes criminais dizem respeito aos dados atinentes à vida pregressa do réu na seara criminal, ou seja, os

³⁷ MIGALHAS. Ministro Lewandowski: Tribunal não pode ordenar prisão se juiz sentenciante garante apelação em liberdade. Disponível em: <
<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI264236,51045-Ministro+Lewandowski+Tribunal+nao+pode+ordenar+prisao+se+juiz> >. Acesso em 25 agosto. 2017.

fatos e acontecimentos que envolvem o seu passado criminal, bons ou ruins. Nas lições de Cleber Masson³⁸, seria “como o ‘filme’ de tudo o que ele fez ou deixou de fazer antes de envolver-se com o ilícito penal, desde que contidos em sua folha de antecedentes”.

Rogério Greco³⁹, entende que os antecedentes criminais

[...] dizem respeito ao histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência. Entendemos que, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência, somente as condenações anteriores com trânsito em julgado, que não sirvam para forjar a reincidência, é que poderão ser consideradas em prejuízo do sentenciado, fazendo com que sua pena-base comece a caminhar nos limites estabelecidos pela lei penal.

A jurisprudência Supremo Tribunal evoluiu no tocante ao conceito de maus antecedentes, pois antes considerava que inquéritos e ações penais em curso eram considerados maus antecedentes (HC 84.088/MS), posteriormente foram surgindo novas orientações até culminar com o entendimento de que “ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição de antecedentes criminais” (RE 591054, Relator Min. Marco Aurélio).

38 MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado – Parte geral – vol.1 / Cleber Masson. – 9.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. Versão Ebook.

39 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume I / Rogério Greco. – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017. Versão Ebook.

No julgamento do RE 591.054/SC40, também de relatoria do Ministro Marco Aurélio, consignou-se a existência de semelhante movimento na doutrina no sentido de que somente podem ser valoradas como maus antecedentes as decisões condenatórias irrecorríveis e que tal orientação estaria em consonância com a moderna jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, assim como da recomendação por parte do Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, segundo a qual o Poder Público deve abster-se de prejudicar o acusado.

Relembrou-se o verbete n. 444 da Súmula do STJ, que dispõe que “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”, asseverando que, uma vez admitido pelo sistema penal brasileiro o conhecimento do conteúdo da folha penal como fator a se ter em conta na fixação da pena, a presunção deve militar em favor do acusado.

Registrou conflitar com ordem jurídica, considerar para a majoração da pena-base, os processos que tenham resultado na aceitação de proposta de transação penal (Lei 9.099/1995, art. 76, § 6º); na concessão de remissão do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) em procedimento judicial para apuração de ato infracional,

40 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 591.054/SC. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28591054.NUME.+OU+591054.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zujbzte> >. Acesso em 12 jun. 2017.

com aplicação de medida de caráter reeducacional; na extinção da punibilidade, entre outros.

Por fim, as condenações por fatos posteriores ao apurado, com trânsito em julgado, não são aptas a desabonar, na primeira fase da dosimetria, os antecedentes para efeito de exacerbação da pena-base. A incidência penal só serve para agravar a pena quando ocorrida antes do cometimento do delito, independentemente de a decisão alusiva à prática haver transitado em julgado em momento prévio, pois deve ser considerado o quadro existente na data da prática delituosa. A ementa ficou assim formatada:

PENA – FIXAÇÃO – ANTECEDENTES CRIMINAIS – INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO – DESINFLUÊNCIA. Ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais. (RE 591054, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-037 DIVULG 25-02-2015 PUBLIC 26-02-2015)

Neste julgado, foi uma boa oportunidade do Supremo analisar a questão da temporariedade dos antecedentes, no entanto, restou consignado que o transcurso do quinquênio previsto no art. 64, I, do CP, referente à reincidência, que adota o sistema temporal, não seria óbice ao acionamento do art. 59 do mesmo diploma, ou seja, prevalecia ainda o sistema da perpetuidade dos antecedentes.

Assim, a falta de definição do prazo para os antecedentes criminais, a exemplo da reincidência (art. 64, I, do CP), o Superior Tribunal de Justiça fixou o entendimento majoritário pela perpetuação dos maus antecedente, enquanto que

no Supremo Tribunal Federal vem se adotando o sistema da temporariedade para os maus antecedentes, a exemplo do HC 119200 de relatoria do Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 11/02/2014, do qual agregamos os seguintes julgados:

STF - Habeas corpus. 2. Homicídio qualificado-privilegiado. Condenação. 3. Aumento da pena em sede de recurso especial. Entendimento no sentido de que o período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP, refere-se à reincidência, mas, com relação ao registro de antecedentes, esses prolongam-se no tempo, devendo ser considerados como circunstâncias judiciais em desfavor do réu. 4. Registro de uma condenação anterior, por contravenção (dirigir sem habilitação), transitada em julgado em 28.6.1979. Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. **Aplicação do princípio da razoabilidade.** 5. Ordem concedida para restabelecer a decisão proferida pelo TJ/RJ nos autos da Apelação n. 2006.050.02054, que manteve a pena-base fixada pelo Juiz-Presidente do Tribunal do Júri e, assim, reconheceu a prescrição da pretensão executória. (HC 110191, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 23/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-083 DIVULG 03-05-2013 PUBLIC 06-05-2013)

STF - EMENTA Recurso ordinário em habeas corpus. Processual Penal. Interposição contra julgado em que colegiado do Superior Tribunal de Justiça não conheceu da impetração, ao fundamento de ser substitutivo de recurso ordinário cabível. Constrangimento ilegal não evidenciado. Entendimento que encampa a jurisprudência da Primeira Turma da Corte. Precedente. Dosimetria. Fixação da pena-base acima do mínimo legal em decorrência de maus antecedentes. Condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos. Pretensão à aplicação do disposto no inciso I do art. 64 do Código Penal. Penas ainda não extintas. Constrangimento ilegal inexistente. Recurso não provido. 1. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto ao cabimento do habeas corpus encampou a jurisprudência da Primeira Turma da Corte no sentido da inadmissibilidade do habeas corpus que tenha

por objetivo substituir o recurso ordinário (HC nº 109.956/PR, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 11/9/12), o que resultou no seu não conhecimento. 2. Quando o paciente não pode ser considerado reincidente, diante do transcurso de lapso temporal superior a cinco anos, conforme previsto no art. 64, I, do Código Penal, **a existência de condenações anteriores não caracteriza maus antecedentes. Precedentes.** 3. No caso as condenações anteriores consideradas pelas instâncias ordinárias para fins de valoração negativa dos antecedentes criminais do ora paciente ainda não se encontram extintas. 4. Recurso não provido. (RHC 118977, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, **Primeira Turma**, julgado em 18/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-067 DIVULG 03-04-2014 PUBLIC 04-04-2014)

STF - Habeas corpus. 2. Tráfico de entorpecentes. Condenação. 3. Aumento da pena-base. Não aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06. **4. Período depurador de 5 anos estabelecido pelo art. 64, I, do CP. Maus antecedentes não caracterizados. Decorridos mais de 5 anos desde a extinção da pena da condenação anterior (CP, art. 64, I), não é possível alargar a interpretação de modo a permitir o reconhecimento dos maus antecedentes. Aplicação do princípio da razoabilidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana. 5. Direito ao esquecimento.** 6. Fixação do regime prisional inicial fechado com base na vedação da Lei 8.072/90. Inconstitucionalidade. 7. Ordem concedida. (HC 126315, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, **Segunda Turma**, julgado em 15/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-246 DIVULG 04-12-2015 PUBLIC 07-12-2015) Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO PRETÉRITA CUMPRIDA OU EXTINTA HÁ MAIS DE 5 ANOS. UTILIZAÇÃO COMO MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES DA SEGUNDA TURMA. ORDEM CONCEDIDA. I - Nos termos da jurisprudência desta Segunda Turma, condenações pretéritas não podem ser valoradas como maus antecedentes quando o paciente, nos termos do art. 64, I, do Código Penal, não puder mais ser considerado reincidente. Precedentes. II - Parâmetro temporal que decorre da aplicação do art. 5º, XLVI e XLVII, b, da Constituição Federal de 1988. III – Ordem concedida para determinar ao Juízo da origem que afaste o aumento da pena

decorrente de condenação pretérita alcançada pelo período depurador de 5 anos. (HC 142371, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, **Segunda Turma**, julgado em 30/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-124 DIVULG 09-06-2017 PUBLIC 12-06-2017)

Neste sentido, a Corte Suprema, visando dar segurança jurídica ao tema, definirá a questão no julgamento do RE n. 593.818-RG/SC, de relatoria do Min. Luís Roberto Barroso, em que foi reconhecida a Repercussão Geral, sendo que da análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal, extraímos alguns fundamentos que revelam importantes justificativas para fixação da tese da temporariedade para os maus antecedentes, seguindo-se a mesma ótica da reincidência, senão vejamos:

- a) Não se poderia fazer uma interpretação *in malam partem*, para permitir a perpetuação dos maus antecedentes diante da omissão do legislador em estabelecer um prazo para sua consideração;
- b) A perpetuação de efeitos que a lei não prevê fere os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da razoabilidade e do caráter socializador da reprimenda penal.
- c) A perpetuação dos maus antecedentes fere o direito ao esquecimento;
- d) Se o legislador contemplou a prescrição para a reincidência que é mais grave, com maior razão justifica a sua aplicação para os maus antecedentes, que são menos grave.

- e) Considerar negativamente condenações já alcançadas pelo período depurador da reincidência como maus antecedentes, gera um juízo moral muito subjetivo e pessoal para afirmar que a personalidade do paciente é desvirtuada pela habitualidade criminosa.

Sendo assim, o conceito de maus antecedentes não poderia ser mais amplo do que o de reincidência, uma vez que se fosse essa a intenção do legislador, os maus antecedentes figurariam como causa de aumento de pena (3ª fase) e não como circunstância judicial (1ª fase) que são menos graves do que as agravantes (2ª fase), sendo que com esta mesma razão, não se poderia justificar que o direito ao esquecimento deva ter um prazo maior do que o período depurador da reincidência.

O argumento de alguns julgados do STJ, inclusive já utilizado pela Ministra Carmem Lúcia, de que a limitação dos maus antecedentes no tempo caracterizaria a violação ao princípio da igualdade, uma vez que não se poderia tratar um ex-condenado tal qual um criminoso primário que nunca cometeu um crime, se mostra fragilizado diante dos argumentos dos demais Ministros da Suprema Corte, especialmente porque utiliza-se de uma garantia individual para prejudicar o réu em favor do Estado-acusador.

Por outro lado, a falta de definição dos maus antecedentes pelo legislador, bem como a sua limitação no tempo, nos possibilita, com base no arcabouço penal brasileiro extrair algumas situações esdruxulas, senão vejamos:

- a) **Situação primeira:** Fulano, no ano 1965 foi condenado ao crime de porte ilegal de drogas para consumo pessoal a uma pena de 6 meses de detenção (art. 16, da Lei 6.368/65), cumpriu sua pena, pagou sua dívida com a sociedade, pena esta que foi extinta, tendo já passado o período depurador para fins de reincidência. Em janeiro 2017, após 52 anos do primeiro fato, resolveu sonegar o imposto de renda, sendo processado ao crime do art. 1º, inc. I, da Lei n. 8.137/90, cuja pena é de 2 a 5 anos de reclusão. O juiz ao julgá-lo, se adotar o posicionamento do STJ, deverá afastar a reincidência, mas aumentar a pena base e certamente aplicará um aumento de aproximadamente 4 meses, o que seria mais grave do que a pena do atual crime de porte de drogas para consumo pessoal (art. 28, da Lei n. 11.343/06), que não mais possui pena privativa de liberdade. **Pergunta-se:** não haveria aqui uma dupla punição pelo fato anterior, muitos anos atrás? Não estaria esta regra em conflito com a proibição constitucional de pena de caráter perpétuo?
- b) **Situação segunda:** Beltrano condenado definitivamente por uma contravenção penal, tão logo transitou em julgado a condenação, pratica um crime. Não será considerado reincidente, por falta de previsão legal, pois não há no art. 63 do Código Penal essa previsão, assim como não há no art. 7º da Lei de Contravenções Penais. No

entanto, seguindo a orientação do STJ, será considerado possuidor de maus antecedentes pelo resto de sua vida?

- c) **Situação terceira:** Cicrano que cumpria pena por um delito qualquer, durante a execução penal praticou um crime de lesões corporais leve, contra um colega de cela. Crime doloso, que nos termos da Lei n. 7.210/84 caracteriza falta grave, que poderá regredir o seu regime, bem como perder os dias remidos em até 1/3, no entanto, apesar de não existir um prazo previsto em lei sobre a prescrição das faltas disciplinares, os tribunais tem aplicado o menor prazo prescricional previsto no art. 109, do Código Penal, para prescrever a falta disciplinar, a exemplo da prescrição para as contravenções penais, cuja LCP foi omissa na sua previsão. **Pergunta-se:** se para as faltas disciplinares, que são menos graves do que os maus antecedentes, a jurisprudência admite prescrição, qual a razão de não adotar o prazo prescricional para os maus antecedentes? Da mesma forma, se para as contravenções penais, que contemplam penas menos graves (prisão simples e/ou multa), a jurisprudência admite a prescrição, por qual razão não adotar a prescrição para os maus antecedentes que podem gerar penas muito mais graves do que a prisão simples das contravenções?

- d) **Situação quarta:** uma pessoa cumpre três meses de pena por um crime culposos, passados cinco anos da extinção de punibilidade, volta a ser primário, pratica um crime de homicídio doloso qualificado (reclusão de 12 a 30 anos), não será difícil imaginar que na dosimetria da pena o juiz lhe exasperará a pena-base em mais de um ano por força dos maus antecedentes. **Pergunta:** qual a lógica de dar um aumento de pena a um crime doloso, por força de um crime culposos, cuja pena já foi cumprida, extinta e depurada? Existe razoabilidade nisso?
- e) **Situação quinta:** duas pessoas praticam uma infração penal de menor potencial ofensivo (Lei n. 9.099/95), em concurso de agentes. Submetidos a julgamento, a primeira aceita a transação penal, portanto sua conduta não constará da certidão de antecedentes criminais (art. 66, art. 76, L. 9099/95), se praticar um novo crime (de maior potencial ofensivo) não será considerado reincidente, bem como possuidor de maus antecedentes. A segunda pessoa, por acreditar na sua inocência, não aceita a transação penal, vai a julgamento, no entanto, é condenado. Se praticar um novo crime ou uma contravenção penal será considerada reincidente, e eternamente possuidor de maus antecedentes, na visão do STJ. **Pergunta-se:** existe razoabilidade ou proporcionalidade neste tratamento diferenciado

causado pela legislação? Não pode o Judiciário interpretar o direito para corrigir essas distorções?

Eventual argumento de que a reincidência foi contemplada com o período depurador para evitar, além do agravamento da pena, a aplicação dos demais efeitos decorrentes do seu reconhecimento, não deve prosperar, pois ambos os institutos, geram aumento de pena e também impedem outros benefícios previsto em lei.

Se o Supremo Tribunal entende que "*Ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais*". (RE 591054) e no Superior Tribunal de Justiça restou sumulado que "*é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*" (Sumula 444, STJ), parece contraditório analisar os maus antecedentes de maneira restrita e, ao mesmo tempo, defender a sua perpetuidade. Ademais, o critério trifásico adotado pelo nosso Código Penal constitui uma escala progressiva de gravidade. Assim, não teria cabimento a reincidência perdurar apenas por um determinado período e os maus antecedentes, menos grave, durarem para sempre.

Aceitar esse efeito estigmatizante dos maus antecedentes é pactuar com o etiquetamento combatido pela criminologia crítica, colocando o condenado de outrora por toda a sua vida à margem da sociedade, ou seja, seria o próprio Estado interferindo na sua ressocialização. E neste sentido, vale lembrar o voto do saudoso

Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Vicente Cernicchiaro, adotado em 1993, após a nova ordem Constitucional:

Direito Penal. Reincidência. Antecedentes. O art. 61, I do CP determina que, para efeito da reincidência, não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração anterior houver decorrido período superior a cinco anos. **O dispositivo se harmoniza com o Direito Penal e a Criminologia modernos. O estigma da sanção criminal não é perene. Limita-se no tempo. Transcorrido o tempo referido, evidenciando-se a ausência de periculosidade, denotando, em princípio, criminalidade ocasional. O condenado quita sua obrigação com a Justiça Penal. A conclusão é válida também para afastar os antecedentes. Seria ilógico afastar expressamente a agravante e persistir genericamente para recrudescer a sanção aplicada** [RHC nº 2.227-2 MG, 6ª T., STJ, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 29/03/93, p. 5.268.]

Ressalta-se que os efeitos deletérios dos maus antecedentes, caso não sejam limitados no tempo, poderão impedir perpetuamente a regeneração daquele que os possui, inclusive com impedimento de participar de determinados concursos públicos, pois segundo o STJ "[...] *nada há de imoral no ato administrativo que, calcado em expressa regra editalícia, já dantes conhecida, impede o ingresso, nas fileiras da Polícia Militar, de candidato com antecedentes criminais*" (RMS 33.183/RO, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/11/2013, DJe 21/11/2013). No mesmo sentido (AgRg no RMS 39.580/PE, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 18/02/2014).

Por outro lado, parece injusto considerar um réu possuidor de maus antecedentes, com apenas uma condenação anterior, após o período depurador da

reincidência e não considerar aqueles que possuem um extensa folha penal, com dezenas de inquéritos em andamento, diversos processos penais sem trânsito em julgado, conforme pacífico entendimento dos Tribunais Superiores.

Vale trazer à baila os ensinamentos do professor Ney Moura Teles:

O passado das pessoas não é indicador de seu futuro, nem um rosário de crimes indica, necessariamente, sua continuidade. Por isso, não se pode aceitar que aquele que já cometeu crime, só por isso, deverá merecer maior censura se vier a cometer outro crime. [...] Fixar pena com base no passado do agente é o mesmo que fixá-la com fundamento em sua raça, na religião que professa, na cor de seus olhos ou de sua pele, ou na textura de seus cabelos. É fixá-la com base em elemento completamente dissociado do fato criminoso por ele praticado. Os antecedentes, por isso, num direito penal de cariz democrático – o direito penal do fato –, não podem influir na determinação da qualidade e da quantidade de pena, da reprimenda, da resposta penal. Lamentavelmente, o art. 59 do Código Penal a eles faz expressa referência, mas tal referência colide frontalmente com o princípio da culpabilidade, daí por que os juízes, no momento da fixação da pena, não devem considerá-los enquanto circunstância judicial que prejudique o agente do crime.

O Direito Penal moderno é um direito penal do fato e o agente deve ser punido pelo que efetivamente praticou e não pelo que ele foi. A consideração sobre os antecedentes não deveria influir de maneira a exasperar a pena-base do agente, transpondo os limites estipulados por sua culpabilidade no caso concreto submetido a julgamento. Sustentar o contrário significa estabelecer dupla punição, por força do reconhecimento de maus antecedentes.

O argumento de que os maus antecedentes se esvaziariam caso o STF venha manter a tese da temporariedade dos antecedentes é de pobreza franciscana,

pois o conceito de maus antecedentes foi evoluindo paulatinamente até chegarmos ao entendimento prevalente nos tribunais, a exemplo da Súmula 444 do STJ, que proíbe a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.

Neste sentido, ainda para efeitos de maus antecedentes, poderia ser consideradas as condenações com trânsito em julgado, que não fossem utilizadas como reincidência (casos de dupla reincidência), a condenação anterior à contravenção penal, sem ser alcançada pelo período depurador da reincidência. As condenações sem trânsito em julgado, mas já esgotados os recursos de segunda instância, tendo em vista a possibilidade de cumprimento da pena provisoriamente, fixado pelo STF em Repercussão Geral. As condenações transitadas em julgado que venham a ocorrer no curso da respectiva ação penal, conforme vem apontando alguns julgados.

Interessante observar que após as decisões no Supremo Tribunal Federal, alguns julgados mais recentes nas duas turmas criminais do STJ, paulatinamente, vem flexibilizando a perpetuação dos maus antecedentes, senão vejamos:

STJ (5ª Turma, por **unanimidade**) [...]1. O e. Ministro Dias Toffoli concedeu ordem de Habeas Corpus em favor do ora agravante, determinando a este Relator a realização de nova dosimetria da pena com o afastamento da valoração negativa do vetor judicial dos maus antecedentes. 2. **Nessa linha de raciocínio "as condenações alcançadas pelo período depurador não caracterizam maus antecedentes"** (RHC 118.977/MS, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 4/4/14 e HC 110191/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 6/5/13). 3. Dosimetria da pena refeita,

com aplicação do redutor do § 4º, do art. 33 da Lei n. 11.343.06 e alteração do regime prisional, em atendimento à ordem do Supremo Tribunal Federal. 4. Agravo parcialmente provido. (OF no AgRg no AREsp 981.437/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, **QUINTA TURMA**, julgado em 04/05/2017, DJe 10/05/2017)

STJ (6ª Turma, por **unanimidade**) [...] Embora o Supremo Tribunal Federal ainda não tenha decidido o mérito do RE n. 593.818 RG/SC - que, em repercussão geral já reconhecida (DJe 3/4/2009), decidirá se existe ou não um prazo limite para se considerar uma condenação anterior como maus antecedentes, no caso, firme na ideia que subjaz à temporalidade dos antecedentes criminais, **deve ser relativizado o único registro penal anterior do acusado, tão antigo, de modo a não lhe imprimir excessivo relevo a ponto de ensejar o reconhecimento de maus antecedentes** e de impedir a incidência da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. 5. Recurso especial não provido. (REsp 1478425/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, **SEXTA TURMA**, julgado em 14/03/2017, DJe 22/03/2017)

STJ (6ª Turma, por **unanimidade**) [...] 2. As condenações atingidas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem, em princípio, o reconhecimento dos maus antecedentes. 3. **Contudo, à luz do princípio da razoabilidade, tendo em conta que a pena imposta, relativa ao delito que gerou a valoração negativa dos antecedentes, foi cumprida há mais de 16 anos deve ser, excepcionalmente, afastado o trato negativo da vetorial.** [...] 5. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício para reduzir as penas a 1 ano e 1 mês de detenção e 75 dias-multa. (HC 354.361/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, **SEXTA TURMA**, julgado em 22/11/2016, DJe 07/12/2016)

STJ (6ª Turma, por **unanimidade**) [...] 3. Em regra, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a utilização de condenações cujo cumprimento ou extinção da pena se deu em lapso superior a 5 anos. 4. **A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça tem afastado a negativa dos antecedentes, relativizando os efeitos das sentenças condenatórias pelo excessivo decurso do tempo.** 5. **A interpretação da lei penal não pode conduzir à aplicação**

em que à reprimenda se imprima caráter perpétuo, nos termos do art. 5º, XLVII, b, da Constituição Federal. 6. Ante a exígua pena imposta na ocasião (1 ano de reclusão e 10 dias-multa) e o trânsito em julgado da condenação utilizada, datada de 27/8/2001, necessário afastar a negatização dos maus antecedentes, reduzindo a pena a 7 meses de detenção e 11 dias-multa. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido para reduzir a pena a 7 meses de detenção e 11 dias-multa. (REsp 1559511/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 25/10/2016)

Cumpre ressaltar ainda que penalistas de peso compartilham deste entendimento a exemplo de Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho⁴¹, a família Delmanto⁴²; Cezar Roberto Bitencourt⁴³; José Antônio Paganella Boschi⁴⁴, entre outros, valendo destacar, por extremamente relevante, a lição do professor Paulo Queiroz⁴⁵:

Como vimos, autores há que entendem que, retomando a condição de primário, em razão do decurso do prazo de cinco [anos] sem praticar novo delito, poder-se-á, não obstante, usar tal condenação como maus antecedentes. Também aqui, no entanto, **há clara ofensa ao princípio da legalidade, pois, se, com o decurso do prazo, cessa a reincidência, principal**

41 CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO. Salo de. Aplicação da Pena e Garantismo. p. 52, 3ª ed., 2004, Lumen Juris.

42 DELMANTO, Celso. DELMANTO, Roberto. DELMANTO JUNIOR, Roberto. DELMANTO, Fábio M. de Almeida. Código Penal Comentado. 9. ed. rev., atual, e ampl. — São Paulo : Saraiva, 2016. Versão Epub.

43 BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal : parte geral 1. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 2015. Versão Epub.

44 BOSCHI, José Antonio Paganella. Das Penas e seus Critérios de Aplicação. 6ª ed., 2000, Livraria do Advogado: RS. p. 168.

45 QUEIROZ, Paulo. Direito Penal – Parte Geral. 4ª ed., 2008, Lumen Juris: Rio de Janeiro. p. 342-343.

forma de maus antecedentes, ela não pode ser aproveitada para outros fins, frustrando a finalidade da lei, até porque o acessório (maus antecedentes) deve seguir a sorte do principal (a reincidência). Mais: os maus antecedentes acabariam assumindo caráter perpétuo. (negritamos)

O entendimento exposto, tem como supedâneo principal a vedação das penas de caráter perpétuo, vez que condenação anterior não pode ser utilizada indefinidamente para majorar outra sem qualquer limite. Aliás, a se entender pela consideração de condenação pretérita como maus antecedentes independentemente de lapso temporal, cria-se uma pena que ultrapassa até mesmo o prazo máximo prescricional previsto no Brasil de 20 (vinte) anos, lembrando-se ser a prescritibilidade regra em nosso ordenamento jurídico.

Para finalizar o trabalho, visando demonstrar a tendência no Supremo Tribunal Federal para um prospectivo no resultado do RE 593.818 RG, analisamos voto a voto, em vários julgamentos em sede de habeas corpus no STF, restando assim consolidado:

Voto dos Ministros do STF		
Valoração dos antecedentes criminais decorrentes de penas já extintas há mais de cinco anos para exasperar a pena-base a partir de 23/04/2013		
Turmas/Julgado	Ministro	Sim/Não/Ausente
2ª Turma - RHC 110.191/RJ 23/04/2013	Ricardo Lewandowski	Não
	Celso de Melo	Não
	Gilmar Mendes	Não
	Cármem Lúcia	Não

	Teori Zavaski (falecido)	Não
1ª Turma - RHC 119.200/PR 11/02/2014	Marco Aurélio	Não
	Dias Toffoli	Não
	Luiz Fux	Não
	Rosa Weber	Não
	Roberto Barroso	Não
1ª Turma - RHC 118.977/MS 18/03/2014	Dias Toffoli	Não
	Marco Aurélio	Ausente
	Luiz Fux	Ausente
	Rosa Weber	Não
	Roberto Barroso	Não
2ª Turma - HC 126315/SP 15/09/2015	Gilmar Mendes	Não
	Dias Toffoli	Não
	Carmem Lúcia	Sim
	Teori Zavascki(falecido)	Sim
	Celso de Mello	Não
2ª Turma - HC 130500 / RJ 24/11/2015	Dias Toffoli	Não
	Teori Zavascki	Ausente
	Celso de Mello	Não
	Gilmar Mendes	Não
	Cármem Lúcia	Sim
2ª Turma - HC 130613 / RJ 24/11/2015	Dias Toffoli	Não
	Gilmar Mendes	Não
	Celso de Mello	Ausente

	Cármem Lúcia	Sim
	Teori Zavascki	Ausente
2ª Turma - <u>HC 132600</u> / ES 19/04/2016	Dias Toffoli	Não
	Gilmar Mendes	Não
	Celso de Mello	Ausente
	Cármem Lúcia	Ausente
	Teori Zavascki	Não
2ª Turma - <u>HC 128153</u> / SP 10/05/2016	Dias Toffoli	Não
	Gilmar Mendes	Não
	Celso de Mello	Ausente
	Cármem Lúcia	Não
	Teori Zavascki	Não
2ª Turma - <u>HC 137173</u> / SP 04/10/2016	Gilmar Mendes	Não
	Ricardo Lewandowski	Não
	Celso de Mello	Ausente
	Edson Fachin	Não
	Dias Toffoli	Não
2ª Turma - <u>HC 138802</u> 25/04/2017	Gilmar Mendes	Não
	Ricardo Lewandowski	Não
	Celso de Mello	Não
	Edson Fachin	Não
	Dias Toffoli	Não
2ª Turma HC 142371 30/05/2017	Gilmar Mendes	Não
	Edson Fachin	Não
	Dias Toffoli	Não

	Ricardo Lewandowski	Não
	Celso de Mello	Não

Com base na tabela acima, é possível aferir que a maioria dos Ministros das duas turmas do Supremo Tribunal Federal já julgaram contra a manutenção do sistema de perpetuação dos maus antecedentes. Só não se sabe ainda, quanto ao voto do Ministro Alexandre de Moraes, sendo que em relação à Ministra Carmen Lúcia, encontramos oscilação nos seus votos, a depender do caso concreto, motivo pelo qual, é possível acreditar que o Supremo Tribunal irá firmar a tese contra a manutenção do sistema de perpetuação dos maus antecedentes.

6. CONCLUSÃO

Vimos que o princípio da presunção de inocência é uma garantia constitucional que tem reconhecimento universal em diversos tratados internacionais e que a sua flexibilização é possível até mesmo no âmbito penal, na medida em que o legislador constituinte admite a prisão cautelar judicial, bem como a prisão em flagrante.

Foi possível ainda vislumbrar que o princípio da presunção de inocência, apesar de característica eminentemente penal, no Brasil, foi irradiado para outras áreas do direito, em especial, para o direito administrativo. No tocante ao direito eleitoral, o julgamento da ADPF n. 144, de relatoria do Ministro Celso de Melo, foi incisivo na sua irradiação para esta área, no entanto, posteriormente, o Supremo mudou sua orientação, quando do julgamento conjunto das ADC's n. 29 e 30 e ADI

n. 4578, ocasião em que para prestigiar a pressão social, fez valer os dispositivos da Lei Complementar n. 135 (Lei da Ficha Limpa), para tornar inelegível, condenados por órgão colegiados, sem o trânsito em julgado.

Na sequência o princípio da presunção de inocência sofre mais uma derrota, com a decisão do Supremo Tribunal entendendo ser possível a execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado, nos casos de recursos para o STJ e STF, rompendo o entendimento fixado no precedente do HC N. 84.078/MG (05/02/2009), vindo no ARE n. 964246/SP de relatoria do Ministro Teori Zavaski, julgado após a decisão em habeas corpus (HC 126292), passado a entender pela possibilidade de execução provisória da pena, em Repercussão Geral, o que em tese, torna referida decisão de observância obrigatória, em face do art. 927, do NCPC, aplicável ao processo penal subsidiariamente.

No entanto, mesmo com essa decisão, identificamos que em breve o Supremo deverá se manifestar novamente sobre a questão da execução provisória da pena, tendo em vista o surgimento de algumas indagações, tais como: a) essa decisão pode retroagir para alcançar fatos passados? b) Essa decisão deve ser aplicada obrigatoriamente a todos os casos já julgados pelos tribunais de segunda instância, mesmo naqueles casos em que a decisão de primeira e segunda instância tenham garantido ao acusado o direito de aguardar em liberdade até o trânsito em julgado? c) Essa decisão não contraria o princípio da dignidade humana diante do

estado de coisas inconstitucionais⁴⁶ do Sistema Penitenciário brasileiro, alvo da ADPF n. 347, pendente de julgamento, mas que já surtiu efeitos em liminar, culminando com a criação das audiências de custódia em todo o território nacional, visando a redução de prisões cautelares?

Na sequência, estudamos que em virtude do princípio da presunção de inocência, o Supremo Tribunal Federal definiu que inquéritos e processos penais em curso não podem ser aferidos como maus antecedentes para exasperar a pena na primeira fase da dosimetria, seguindo a mesma lógica da reincidência criminal.

Com base na pesquisa jurisprudencial, foi possível constatar que no Superior Tribunal de Justiça, em virtude da omissão do legislador em definir o prazo máximo para considerar os antecedentes criminais, fixou a tese do sistema da perpetuidade, mas que no Supremo Tribunal Federal, o posicionamento é pelo sistema da temporariedade, seguindo a mesma ótica da reincidência, que adota o prazo quinquenal. Também, verificou-se que os julgados mais recentes do STJ demonstraram uma tendência leve de mudança de posicionamento na mesma linha do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, acreditamos e torcemos que o Supremo Tribunal Federal modifique seu posicionamento decidindo que a execução provisória da pena, seja a exceção,

⁴⁶ A expressão “estado de coisas inconstitucionais” foi utilizada na Corte Constitucional da Colômbia, na Sentença T-153/98. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 12 jun. 2017.

privilegiando o princípio constitucional da presunção de inocência, resultado de vitória do cidadão que remonta a 1215, bem como adote o sistema da temporariedade, tão logo sejam pautado RE 593.818 RG, encerrando de vez a divergência, pois assim, trará segurança jurídica a todos.

7. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2014, p. 90.

ANTUNES, Flávio Augusto. Presunção de inocência e direito penal do inimigo. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013. p. 44.

ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à Constituição brasileira. Revista Liberdades - nº 4 - maio-agosto de 2010. Disponível em: <http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/5/_artigo2.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2015.

BARROSO. Luís Roberto. Mudança da Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em Matéria Tributária . Segurança Jurídica e Modulação dos Efeitos Temporais das Decisões Judiciais (PARECER). Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/parecer_mudanca_da_jurisprudencia_do_stf.pdf. Acesso em 02 jul. 2017.

BATISTI, Leonir. Presunção de inocência. Apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal. Curitiba: Juruá, 2009.

BENTO, Ricardo Alves. Presunção de inocência no Direito Processual Penal Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin. 2007. p. 26.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal : parte geral 1. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Saraiva, 2015. Versão Epub.

BONESANA, Cesare (Beccaria). Dos delitos e das Penas. Trad. Alexis Augusto Couto Brito, São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 22-50.

BOSCHI, José Antonio Paganella. Das Penas e seus Critérios de Aplicação. 6ª ed., 2000, Livraria do Advogado: RS. p. 168.

BRASIL, Presidência da República Federativa. *Código de Processo Penal - CPP - Decreto-Lei nº 3.689, 3.10.1941*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=712.20072>>. Acesso em: 21 mar. 2015.

_____, Presidência da República Federativa. *Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 10 maio 2010. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=712.26785>>. Acesso em: 21 mar. 2015.

_____, Presidência da República. Lei de introdução do Código Penal. Decreto-lei n. 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em: 21 mar. 2015.

_____, Supremo Tribunal Federal. AI 741101 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 28/04/2009. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000087982&base=baseAcordaos> >. Acesso em 03 abr. 2015.

_____, Supremo Tribunal Federal. AI 747.753-AgR, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 14-9-2010, Segunda Turma, DJE de 28-10-2010. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=616063> >.
Acesso em: 02 jan.2015.

_____, Supremo Tribunal Federal. Ministro Celso de Melo. RE 634.224/DF. Administrativo. Investigação social. Vida pregressa do candidato. Presunção Constitucional de Inocência . Concurso Público. Aplicabilidade, julgado em 14 de março de 2011, decisão publicada no DJe de 21.3.2011. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 16 nov. 2011. Disponível em:
<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=6.34173&seo=1>>. Acesso em: 02 fev. 2015.

_____, Supremo Tribunal Federal. MS 21.545, voto do Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 11-3-1993, Plenário, DJ de 2-4-1993. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85545>>.
Acesso em: 05 jan. 2015.

_____, Supremo Tribunal Federal. RE 559135 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 20/05/2008. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000089663&base=baseAcordaos>>. Acesso em 03 abr. 2015.

_____, Supremo Tribunal Federal. RE 591.054/SC. Relator Ministro Marco Aurélio. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28591054.NUME.+OU+591054.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/zujbzte>>. Acesso em 12 jun. 2017.

_____, Supremo Tribunal Federal. ADPF 144. Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2008, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-02 PP-00342 RTJ VOL-00215- PP-0003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000165287&base=baseAcordaos>. Acesso em: 18 abr. 2015.

_____, Supremo Tribunal Federal. Informativo n. 872. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo.htm> >. Acesso em 15 ago. 2017.

CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO. Salo de. Aplicação da Pena e Garantismo. p. 52, 3^a ed., 2004, Lumen Juris.

COLOMBIA. Corte Constitucional da Colômbia, na Sentencia T-153/98. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-153-98.htm>. Acesso em: 12 jun. 2017.

DELMANTO, Celso. DELMANTO, Roberto. DELMANTO JUNIOR, Roberto. DELMANTO, Fábio M. de Almeida. Código Penal Comentado. 9. ed. rev., atual, e ampl. — São Paulo : Saraiva, 2016. Versão Epub.

DOTTI. Rene Ariel. GOMES. Luiz Flávio. Execução provisória da pena logo após a decisão de 2º grau: irretroatividade da mudança jurisprudencial do STF desfavorável ao réu. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI243522,61044-Execucao+provisoria+da+pena+logo+apos+a+decisao+de+2+grau> > . Acesso em 21 jul. 2017.

GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO DE DIREITO COMPARADO (GDDC). Conselho da Europa. Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Disponível em: < <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos->

internacionais-dh/tidhregionais/conv-tratados-04-11-950-ets-5.html >. Acesso em: 21 mar. 2015.

GOMES, Luiz Flávio. Sobre o Conteúdo Processual Tridimensional do Princípio da Presunção de Inocência. Revista dos Tribunais | vol. 729 | p. 377 | Jul / 1996. Disponível em: <

<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a00000149c064763f21bdc1ea&docguid=I70973f30f25011dfab6f010000000000&hitguid=I70973f30f25011dfab6f010000000000&spos=10&epos=10&td=262&context=12&startChunk=1&endChunk=1?>>. Acesso em: 02 jan. 2015.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte geral, volume I / Rogério Greco. – 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017. Versão Ebook.

MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado – Parte geral – vol.1 / Cleber Masson. – 9.ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. Versão Ebook.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O Limite da Improbidade Administrativa: O Direito dos Administrados dentro da Lei nº 8.429/92. 3ª. ed, Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006. p.734-736.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Tratado de Direito Administrativo Disciplinar. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 77-85.

MEIRA, José de Castro. O ilícito civil e o ilícito penal. Disponível em: <
[http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181275/000390322.pdf?sequenc
e=3](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181275/000390322.pdf?sequenc
e=3) >. Acesso em: 21 mar. 2015.

MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro:
análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para decisão judicial.
Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 77.

QUEIROZ, Paulo. Direito Penal – Parte Geral. 4^a ed., 2008, Lumen Juris: Rio de
Janeiro. p. 342-343.

RAMOS, Gisela Gondin. O princípio da presunção de inocência. In: Interesse público, v.
15, n. 77, jan./fev. Belo Horizonte: Forum: 2013. p. 173-181

O GRUPO ECONÔMICO NA REFORMA TRABALHISTA

LEANDRO FERNANDEZ TEIXEIRA: Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região. Mestre em Relações Sociais e Novos Direitos pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo JusPodivm/BA. Diretor de Prerrogativas da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da Sexta Região — AMATRA VI (gestão 2018/2020). Professor. Membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho (IBDT).

Resumo: O presente trabalho destina-se ao exame dos contornos jurídicos do instituto do grupo econômico sob a égide da Lei n.º 13.467/17.

Sumário: 1 O grupo econômico no Direito do Trabalho: compreensão. 2 Abrangência da solidariedade no grupo econômico. 3 Ônus da prova. 4 Conclusões.

1 O grupo econômico no Direito do Trabalho: compreensão

Em sua redação original, o art. 2º, §2º, da CLT previa somente a figura do **grupo econômico por subordinação**, caracterizado pela existência de um ente definidor de estratégias e planejamento de atuação das demais empresas, exercendo, em relação a elas, direção, controle ou administração.

Editada trinta anos depois da CLT, a Lei n.º 5.859/73 (Lei do Trabalho Rural), em seu art. 3º, §2º, considerando a existência de novos arranjos empresariais, passou a admitir o **grupo econômico por coordenação**, em que não é possível vislumbrar a existência de comando por parte de qualquer das suas empresas integrantes, mas, em verdade, de autonomia entre elas. Eis a redação do dispositivo:

Art. 3º, § 2º Sempre que uma ou mais empresas, embora tendo cada uma delas personalidade jurídica própria,

estiverem sob direção, controle ou administração de outra, ou ainda quando, mesmo guardando cada uma sua autonomia, integrem grupo econômico ou financeiro rural, serão responsáveis solidariamente nas obrigações decorrentes da relação de emprego.

Ao longo dos anos, embora não sem divergências em todos os graus de jurisdição, adquiriu prestígio a visão de acordo com a qual seria possível o reconhecimento do grupo por coordenação em âmbito urbano, tendo em vista a multiplicidade de modalidades de organização dos agentes de mercado.

Conquanto o posicionamento revele-se o mais adequado para percepção da atuação integrada de empresas na dinâmica econômica atual, a literalidade do art. 2º, §2º, da CLT afigurava-se, para parcela relevante da jurisprudência, como um obstáculo à sua admissão. Vide, a propósito, a ementa do E-ED-RR 214940-39.2006.5.02.0472, sob a relatoria do Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, julgado em 22/05/2014, em que a SDI-I do TST firmou seu entendimento no sentido da admissibilidade apenas do grupo por subordinação na seara urbana:

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. CONFIGURAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO. ART. 2º, § 2º, DA CLT. EXISTÊNCIA DE SÓCIOS EM COMUM. A interpretação do art. 2º, § 2º, da CLT conduz à conclusão de que, para a configuração de grupo econômico, não basta a mera situação de coordenação entre as empresas. É necessária a presença de relação hierárquica entre elas, de efetivo controle de uma empresa sobre as outras. O simples fato de haver sócios em comum não implica por si só o reconhecimento do grupo econômico. No caso, não há elementos fáticos que comprovem a existência de hierarquia ou de laços de direção entre as reclamadas que autorize a responsabilidade solidária. Recurso de Embargos conhecido por divergência jurisprudencial e desprovido (E-ED-RR 214940-39.2006.5.02.0472, Relator Ministro Horácio Raymundo de Senna Pires, Data de Julgamento: 22/05/2014, Subseção I

Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 15/08/2014).

Examinando a nova redação do art. 2º, §2º, celetista, verifica-se que o legislador reformista decidiu uniformizar o tratamento da matéria em âmbito rural e urbano, consagrando texto bastante assemelhado ao contido no art. 3º, §2º da Lei n.º 5.859/73.

Assim, diante da novel disciplina legal, não há dúvidas quanto à possibilidade de reconhecimento, no tocante às relações de trabalho urbanas, do grupo econômico por subordinação e do grupo econômico por coordenação⁴⁷.

Para caracterização de qualquer das modalidades, exige o art. 2º, §3º, da CLT a demonstração da existência concomitante de “interesse integrado”, “efetiva comunhão de interesses” e “atuação conjunta das empresas dele integrantes”.

A diretriz hermenêutica segundo a qual deve o intérprete assumir a premissa de que a lei não veicula expressões inúteis imporá à jurisprudência o desafio da definição de sentidos jurídicos distintos a locuções que, *a priori*, revelam significado idêntico ou muito assemelhado.

Com efeito, diante do reconhecimento, em dado caso concreto, da existência de “atuação conjunta” de duas ou mais empresas, como negar haver entre elas “interesse integrado” e “efetiva comunhão de interesses”?

Corre-se o risco, aqui, do empenho de esforços interpretativos para a construção de uma distinção artificial de significados entre as locuções.

Registramos, por relevante, que a “efetiva comunhão de interesses” não deve ser compreendida como exigência de “comunhão total” de interesses entre as

⁴⁷ **Enunciado n.º 05, item I, da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho:** I. A Lei 13.467/2017 reconheceu expressamente a figura do grupo econômico trabalhista por coordenação (art. 2º, §2º) e estabeleceu requisitos subjetivos (interesse integrado e comum) e objetivos (atuação conjunta) para a caracterização do grupo, a serem verificados no caso concreto pelo juízo (art. 2º, §3º).

empresas do grupo, mas de comunhão parcial, relativa ao alcance de propósitos gerais para a prosperidade do agrupamento. Raciocínio diverso, no sentido da restrição da configuração do grupo econômico estritamente em casos de integral comunhão de interesses entre os seus membros, ensejará, na prática, o aniquilamento da figura.

Houve por bem o legislador, ainda, positivando orientação extraída da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho no sentido de que a simples circunstância da identidade total ou parcial de sócios de empresas não é suficiente para o reconhecimento da existência de grupo econômico.

Conquanto não consista em elemento definidor, por si só, da configuração do grupo, é inegável que a identidade (parcial ou total) de sócios trata-se de relevante indício de sua existência, que não pode ser desconsiderado pelo Judiciário Trabalhista. O tema será retomado adiante, quando da abordagem a respeito do ônus probatório sobre a matéria.

Por fim, consignamos que o reconhecimento da existência do grupo econômico prescinde de qualquer elemento formal, sendo irrelevante a natureza do instrumental jurídico manejado para sua composição. A configuração do grupo opera-se no plano fático, independentemente da roupagem jurídica utilizada.

2 Abrangência da solidariedade no grupo econômico

A substituição, no art. 2º, §2º, da CLT da locução "*serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis*" por "*serão responsáveis solidariamente pelas obrigações decorrentes da relação de emprego*" imporá interessante debate na Justiça do Trabalho acerca dos efeitos jurídicos da configuração do grupo econômico.

A redação original do dispositivo da CLT foi claramente influenciada pela dicção do art. 1º48, parágrafo único, da Lei n.º 435/37, que aludia expressamente à ideia de empregador único.

A partir de tal noção, o Judiciário Trabalhista construiu a interpretação de acordo com a qual o grupo econômico como um todo seria o empregador (empregador único), de modo a reconhecer a existência de solidariedade passiva (em relação à satisfação dos créditos do trabalhador) e ativa (quanto à possibilidade de exigência de prestação de serviços por parte do obreiro) no contexto da relação jurídica de emprego.

O entendimento veio a ser consagrado na Súmula n.º 129 do Tribunal Superior do Trabalho: "*A prestação de serviços a mais de uma empresa do mesmo grupo econômico, durante a mesma jornada de trabalho, não caracteriza a coexistência de mais de um contrato de trabalho, salvo ajuste em contrário*".

A admissão da tese de que todas as empresas do grupo constituem-se, em verdade, em um único empregador envolve uma série de desdobramentos sob as perspectivas do direito material (possibilidade de equiparação salarial entre funcionários diretamente vinculados a empresas distintas, desde que prestem serviços para o grupo, e de transferência de empregados entre empresas do grupo, com *accessio temporis*, por exemplo) e do direito processual (possibilidade de direcionamento da execução para empresas do grupo que não participaram da fase

48 Art. 1º Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial ou comercial, para efeitos legislação trabalhista serão solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Parágrafo único. Essa solidariedade não se dará entre as empresas subordinadas, nem diretamente, nem por intermédio da empresa principal, a não ser para o fim único de se considerarem todas elas como um mesmo empregador.

de cognição, entendimento predominante a partir do cancelamento da Súmula n.º 20549 do TST).

Ocorre que, como visto, o referido dispositivo legal deixou de contar com uma redação que sugira a existência de uma solidariedade ampla, dual, passando a indicar que a solidariedade entre as empresas do grupo refere-se apenas às "*obrigações decorrentes da relação de emprego*" (solidariedade passiva, portanto).

A literalidade do dispositivo aponta para o abandono da tese do empregador único, limitando-se a solidariedade dos membros do grupo à satisfação dos créditos dos trabalhadores de cada uma das empresas.

3 Ônus da prova

Como regra geral, compete ao autor a comprovação dos fatos constitutivos do direito (CLT, art. 818, inciso I; CPC/15, art. 373, inciso I).

A regra, entretanto, não pode conduzir a situações de difícil ou impossível atendimento do encargo probatório, sob pena de negativa, na prática, do direito fundamental ao acesso efetivo à justiça.

Precisamente por isso, em tais circunstâncias, a ordem jurídica assegura a possibilidade de distribuição do ônus da prova pelo Juiz em parâmetros diversos dos critérios estáticos fixados nos mencionados dispositivos legais, conforme se depreende da leitura do art. 818, §§1º a 3º, da CLT e do art. 373, §§1º e 2º, do CPC/15.

O raciocínio é perfeitamente aplicável quando em discussão a configuração do grupo econômico.

49 Súmula nº 205 do TST. GRUPO ECONÔMICO. EXECUÇÃO. SOLIDARIEDADE (cancelada) - O responsável solidário, integrante do grupo econômico, que não participou da relação processual como reclamado e que, portanto, não consta no título executivo judicial como devedor, não pode ser sujeito passivo na execução.

Com efeito, não há dúvidas quanto à excessiva dificuldade (e, muitas vezes, impossibilidade fática) de comprovação, pelo trabalhador, da existência de atuação conjunta entre as empresas do afirmado grupo.

A prova testemunhal nem sempre será capaz de oferecer esclarecimentos precisos quanto à distinção entre um vínculo contratual específico (para, por exemplo, a prestação de certos serviços, por prazo delimitado) e a existência do nível de comunhão de interesses e atuação integrada típico do grupo econômico.

A prova documental pode assumir considerável relevância, no particular, demonstrando, por exemplo, a existência de controle acionário e participação nas deliberações das empresas, em conformidade com um planejamento estratégico comum, e a criação de pessoas jurídicas novas por dada empresa, com objeto social direcionado ao atendimento de necessidades daquela.

Assim, apresentados pelo reclamante indícios da existência do grupo econômico, será plenamente possível a aplicação do art. 818, §§1º a 3º, celetista para a atribuição, pelo Juiz do Trabalho, considerando a aptidão probatória, aos supostos integrantes do grupo do ônus de demonstrar os termos e limites da sua relação empresarial.

Um exemplo de tais indícios é a identidade (total ou parcial) de sócios, a qual, embora não seja fator suficiente para o reconhecimento do grupo econômico (CLT, art. 2º, §3º), trata-se de relevante indicativo da existência de uma gestão compartilhada e orientada a finalidades comuns.

No mesmo sentido, a propósito, é o **Enunciado n.º 05, item II, da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho:**

“Nas hipóteses restritas de aplicação do parágrafo 3º do artigo 2º da CLT, a mera identidade de sócios entre as empresas integrantes, embora não baste à caracterização do grupo econômico, constitui indício que autoriza a inversão ou

redistribuição do ônus da prova, nos termos do art. 818 § 1º da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017. Incumbe então ao empregador o ônus de comprovar a ausência de interesses integrados, da comunhão de interesses e/ou da atuação conjunta das empresas. Aplicação dos princípios da aptidão para a prova e da paridade de armas em concreto (isonomia processual)".

4 Conclusões

A Lei n.º 13.467/17 promoveu relevantes alterações no regime jurídico do grupo econômico no Direito do Trabalho. Diante da novel disciplina legal, não há dúvidas quanto à possibilidade de reconhecimento, no tocante às relações de trabalho urbanas, do grupo econômico por subordinação e do grupo econômico por coordenação.

Relativamente à responsabilidade no grupo, o art. 2º, §2º, da CLT deixou de contar com uma redação que sugira a existência de uma solidariedade ampla, dual, passando a indicar que a solidariedade entre as empresas do grupo refere-se apenas às "*obrigações decorrentes da relação de emprego*" (solidariedade passiva, portanto). A literalidade do dispositivo aponta para o abandono da tese do empregador único, limitando-se a solidariedade dos membros do grupo à satisfação dos créditos dos trabalhadores de cada uma das empresas.

A alteração legislativa, como se observa, demandará novas reflexões pelos operadores do Direito do Trabalho no cotidiano de interpretação/aplicação da nova disciplina quanto à figura do grupo econômico.

OS MEIOS DE PROVA NO PROCESSO DE APOSENTAÇÃO DO SEGURADO ESPECIAL

DOUGLAS DA COSTA SALGADO:

Acadêmico de Direito no Centro
Universitário Metropolitano da Amazônia
– UNIFAMAZ.

SEMÍRAMES DE CÁSSIA LEÃO LOPES^{50**}

(Orientadora)

Resumo: Os Segurados Especiais integram uma categoria de segurados da Previdência Social cuja informalidade de seu trabalho vem acarretando uma série de obstáculos na concessão de benefícios previdenciários na via administrativa, junto ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, principalmente no tocante à comprovação do tempo na atividade rurícola. Os meios de prova aceitos administrativamente estão restritos a um rol de documentos previstos na Lei nº 8.213/91 e na Instrução Normativa nº 47, do INSS, porém dado o caráter informal da atividade rural e a insuficiência do rol, os segurados especiais não conseguem comprovar todos os requisitos legais exigidos, o que leva à inobservância de seus direitos e a demandarem no Poder Judiciário para suprir essa carência de provas por meios alternativos. Diante dessa conjuntura, a presente pesquisa objetiva analisar a relevância e necessidade de provar a condição de segurado especial e o tempo do labor rural, bem como o posicionamento da jurisprudência pela aceitação de outros meios de prova, a fim de garantir a proteção social dessa categoria de segurados, efetivando o seu direito fundamental à Previdência Social.

Palavras-chave: Previdência Social. Direito Fundamental. Segurados Especiais. Informalidade. Meios de Prova.

^{50**}Orientadora, Docente do Centro Universitário Metropolitano da Amazônia – UNIFAMAZ.

Abstract: The Special Insureds belong to a category of Social Security insured whose informality of their work has been causing a series of obstacles in the granting of social security benefits in the administrative way, with the National Institute of Social Security (INSS), mainly regarding the proof of time in the activity food. The evidence accepted administratively is restricted to a list of documents provided for in Law No. 8,213 / 91 and Normative Instruction No. 47 of the INSS, but given the informal nature of the rural activity and the insufficiency of the role, the special insureds can not prove all legal requirements required, which leads to non-compliance with their rights and to demand in the Judiciary to meet this lack of evidence by alternative means. Given this situation, the present study aims to analyze the relevance and necessity of proving the condition of a special insured and the time of rural labor, as well as the positioning of jurisprudence by the acceptance of other means of proof, in order to guarantee the social protection of this category of insured persons, effecting their fundamental right to Social Security.

Keywords: Social Security. Fundamental right. Special Insured. Informality. Means of proof.

Sumário: Introdução. 1. O direito fundamental à Previdência Social. 2. A aposentadoria do segurado especial – o caráter informal da atividade rural e a sua função social. 3. Os meios de prova admitidos na comprovação da atividade rural para fins de aposentação. 3.1. Prova Documental. 3.2. Prova testemunhal. 3.3. Prova extemporânea. 4. O posicionamento jurisprudencial acerca da comprovação do tempo rural e da qualidade de segurado especial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Ao deparar-se com as histórias de vida contadas pelos trabalhadores rurais, os quais exercem sua atividade com ênfase na subsistência própria e de sua família, ou seja, em regime de economia familiar, compondo a categoria, hoje existente,

dos segurados especiais, pode-se perceber dificuldades sempre presentes, como estações chuvosas, época de cultivar e de colher, recursos arcaicos, entre outros que impõem a cada dia obstáculos e variáveis que afetam o seu trabalho e o seu modo de viver.

Esses segurados, nos primórdios da legislação previdenciária, não eram cobertos pelo legislador ordinário, que só ditava normas/regras sobre o tratamento dispensado ao trabalhador urbano, passando por muitos anos em condição de esquecimento e excluídos da Previdência Social.

A primeira norma legislativa a tratar com peculiaridade do trabalhador rural foi o Estatuto do Trabalhador Rural (Lei nº 4.214/1963)⁵¹, o qual trouxe a definição legal de quais pessoas poderiam revestir-se dessa categoria, como deveria ser feito o contrato de trabalho para eles, assim como, as anotações na, então criada, Carteira Profissional do Trabalhador Rural. Em outras palavras, o Estatuto do Trabalhador Rural veio predizer a figura do Segurado Especial, trazida na Constituição de 1988⁵² e pela Lei 8.213/1991⁵³, ressaltando que ambas constituem os momentos mais importantes para garantia de proteção às pessoas do campo, pois foi com o advento da Constituição Cidadã que houve a equiparação dos rurais com os urbanos.

Posteriormente, com o surgimento da Lei nº 8.213/1991⁵⁴, os trabalhadores do campo foram distribuídos em diversas modalidades de segurados da Previdência Social, classificados como empregado, contribuinte individual, trabalhador avulso e segurado especial.

⁵¹ BRASIL. **Lei nº 4.214, de 02 de março de 1963.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4214.htm. Acesso: 27 fev. 2019.

⁵² BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 fev. 2019.

⁵³ BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm. Acesso em: 27 fev. 2019.

⁵⁴ Idem.

Este último, o segurado especial, será o cerne de toda discussão aqui, pois trabalha enfrentando toda sorte de problemas, não pretendendo viver aos cuidados da Assistência Social⁵⁵.

O Segurado Especial, segundo Marco André Ramos Vieira (apud Ribeiro)⁵⁶, e nos termos do sistema jurídico previdenciário brasileiro, é aquele que além das características inerentes à sua condição de trabalho, apresentam um regramento jurídico diferenciado e com políticas de discriminação positiva, positivadas pelo legislador, dada a sua “condição especial”, a exemplo da utilização de sua base de cálculo diferenciada dos demais trabalhadores, pois recolhem valores de eventuais comercializações de produtos agropecuários ou pesqueiros, enquanto estes últimos com base na remuneração auferida pelos serviços prestados, base conhecida como salário-de-contribuição.

Além disso, o constituinte estabelece uma redução na idade para a aposentadoria por idade, pois imagine um trabalhador rural que chega à idade avançada, será que terá condições de realizar a mesma atividade desgastante com vigor e resistência? Será que conseguirá obter recursos próprios para garantir o

⁵⁵ No Brasil, a Seguridade Social é dividida em três grandes ramos: Saúde, Assistência Social e Previdência Social. Sendo que a Saúde e a Assistência Social compõem o sistema não contributivo da Seguridade Social, ou seja, é o sistema cuja cobertura é ofertada a todos não necessitando que contribuam para isso. Já a Previdência Social compõe o sistema contributivo, só sendo dispendido aqueles que contribuíram ou contribuem. A grande confusão que surge estar na diferença entre a Assistência Social e a Previdência Social está última, foco do trabalho, é o um serviço público destinado a amparar contribuintes, segurados obrigatórios e facultativos, em situação de risco ou contingências sociais previstas na legislação, diferentemente da primeira não é destinada somente a quem contribui, e sim, a todos os que dela necessitarem, principalmente aqueles que estão na linha da pobreza ou ainda em miséria, pessoas sem condições mínimas de sobrevivência, é ofertada através de programas do governo, como por exemplo, o bolsa família. (ALMEIDA, Priscilla Cárita de et al. **Aspectos e distinções entre assistência social e previdência social**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59495/aspectos-e-distincoes-entre-assistencia-social-e-previdencia-social> Acesso em: 22 maio 2019.)

⁵⁶ RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Trabalhador Rural. Segurado Especial**: legislação, doutrina e jurisprudência. 3. ed. Curitiba: Alteridade, 2018.

mínimo para sua sobrevivência, considerando que o corpo não responde mais como quando jovem?

Existe uma única resposta: não. Pois é difícil crer que uma pessoa em idade avançada tenha o mesmo vigor físico de quando jovem, ainda mais em um trabalho pesado, como é o trabalho do campo. Neste sentido, para garantir a esta categoria de segurados o gozo da vida fora do trabalho de forma digna, já que terá esparsos recursos próprios para garantir o mínimo para sua sobrevivência.

Diante da conjuntura apresentada, a problemática da presente pesquisa debruça-se sobre a dificuldade encontrada pelos segurados especiais para obtenção da aposentadoria, cujos requisitos impõem a comprovação do tempo na atividade rural, devido à informalidade desta atividade. A cultura atual no sistema previdenciário é da burocratização, tudo é provado através de documentos elencados em lei. A necessidade de apresentação desses documentos comprobatórios do tempo rural perante o órgão administrativo responsável, qual seja o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, leva a rigor os documentos elencados pela lei, sem nenhuma flexibilização.

Diante disso, os trabalhadores que se encontram na informalidade vão tendo seus direitos negados a todo instante por não terem documentos que comprovem sua condição, sua atividade, seus meios de subsistência, sua renda etc. Essa informalidade estende-se até o momento que necessitam comprovar os requisitos autorizadores dos benefícios, para demonstrarem seu preenchimento e satisfação em face dos que os negam.

Nos benefícios previdenciários, destinados ao Segurado Especial, a conjuntura acima narrada, pode ser ratificada no elevado número de ações ajuizadas perante o Poder Judiciário, requerendo benefícios que outrora foram negados no âmbito administrativo por motivos diversos, em especial, destaca-se a

falta de prova ou inadmissão dos documentos apresentados para a comprovação de tempo na atividade rurícola.

Esse desafio enfrentado todos os dias pelos segurados, magistrados e operadores jurídicos é de grande relevância social, visto que a maioria dos segurados especiais é de baixa escolaridade ou analfabetos, hipossuficientes, carentes de informação, o que leva a maioria deles a não portarem muitos documentos ou até mesmo nenhum documento comprobatório, do tempo de carência na atividade para se aposentar.

A presente pesquisa tem como objetivo geral analisar se os meios de prova admitidos administrativamente no processo de aposentação do segurado especial rural, indagando se são suficientes para garantir o direito social fundamental à Previdência Social destes indivíduos, considerando a informalidade da atividade rurícola.

Para alcançar esse objetivo, a pesquisa utilizará como metodologia a análise e revisão bibliográfica de estudos doutrinários sobre o Direito Previdenciário e Constitucional, bem como de periódicos, jurisprudências e súmulas, divididos em quatro etapas.

Inicialmente, analisar-se-á o direito social à Previdência Social como um direito fundamental garantido pelo ordenamento jurídico pátrio, buscando evidenciar os princípios norteadores de um sistema pautado na garantia dos direitos mínimos ao ser humano e, dentre estes, o reconhecimento da aposentadoria.

Em um segundo momento, pretende-se conceituar a figura do segurado especial e suas peculiaridades, dando ênfase à análise sobre o caráter informal da atividade rural, de modo a exemplificar os principais aspectos que o tornam uma categoria vulnerável de segurados obrigatórios, demonstrando a falta de

informação, estudo e políticas públicas para formalizar tal ocupação e que comprovem a realização de direitos sociais fundamentais.

O Terceiro Item apresentará a regulamentação legal aplicável ao segurado especial, especialmente, os meios de provas existentes na legislação previdenciária e afins, no que se refere ao Segurado Especial, os quais são admitidos administrativamente na comprovação da atividade rural, relacionando-os com as dificuldades enfrentadas por estes segurados para comprovarem esta condição.

Por fim, no Quarto, e último item, analisar-se-á o posicionamento jurisprudencial acerca da comprovação do segurado especial, mostrando como os Tribunais federais e Cortes superiores têm decidido nos processos levados ao Poder Judiciário, uma vez negados na esfera administrativa.

Com tudo isso dito, passa-se a abordar o primeiro item desta pesquisa.

1 O DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA SOCIAL

Neste item, passa-se à análise do direito à Previdência Social como um direito fundamental amparado pelo ordenamento jurídico pátrio, evidenciando um sistema previdenciário que representa a garantia de direitos mínimos ao cidadão-segurado.

Iniciando as características da Previdência Social que a colocam como um direito fundamental, tem-se a proteção ao contribuinte perante os riscos ou contingências, como doença, invalidez, morte, idade avançada, maternidade, desemprego involuntário, etc. dando o suporte necessário para suprir suas carências mínimas: alimentação, vestuário, habitação ou outras necessidades básicas que todo ser humano possui.

Ato contínuo, os direitos fundamentais são de cunho protecionista, pois são aqueles direitos sem os quais há o exercício arbitrário do poder estatal, e são eles que estabelecem condições mínimas de vida e formação da personalidade humana.

Neste contexto, assevera Alexandre de Moraes⁵⁷ dizendo que os direitos fundamentais são “o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que em por finalidade básica o respeito a sua dignidade”.

A Previdência Social caracteriza-se como um direito fundamental social de 2ª Dimensão⁵⁸, pois é um direito essencial à vida, servindo para cuidar do trabalhador em tempos onde sua condição psicofísica não responde mais para tal, sendo esta sua finalidade principal, assegurar aos beneficiários de seu sistema meios indispensáveis de manutenção diante de certas contingências sociais, como previsão explícita no art.1º, da lei 8.213/1991⁵⁹.

Neste mesmo artigo, estão dispostos alguns motivos que levam o trabalhador a necessitar da cobertura previdenciária, são eles: a incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles que dependiam de forma econômica.

Segundo Océlio de Jesús C. Morais⁶⁰, a Constituição declara a Previdência Social como um direito fundamental, sendo esta norma-princípio máxima, através de dois princípios, o princípio da dignidade da pessoa humana, no art.1º, inciso III,

⁵⁷ MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência.** São Paulo: Atlas, 2011. p. 20.

⁵⁸ A doutrina costuma classificar os direitos fundamentais em gerações ou dimensões, sendo que a **primeira dimensão** abrange o direito à liberdade, à expressão, à locomoção e à vida, que surgiu entre os séculos XII e XIX – liberdades individuais, direitos civis e políticos apenas. A **segunda dimensão** é formada pelos direitos sociais, culturais, econômicos, ramificações do direito à igualdade. Englobando os direitos à paz, a uma qualidade de vida saudável, à proteção ao consumidor e à preservação do meio-ambiente, surge a **terceira dimensão** dos direitos fundamentais. Introduzidos pela globalização política, a **quarta dimensão** é formada pelos direitos à democracia, à informação, ao pluralismo e de normatização do patrimônio genético. Por fim, tem-se a **quinta dimensão** formada pelo direito à paz, à evolução da **cibernética** e de tecnologias como a realidade virtual e a Internet. (LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 22. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2018.)

⁵⁹ BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm. Acesso em: 27 fev. 2019.

⁶⁰ MORAIS, Océlio de Jesús C. **Inclusão Previdenciária: uma questão de justiça social.** São Paulo: LTr, 2015. p. 42.

e o princípio da responsabilidade sociojurídica do Poder Público, à disciplina do art. 85, ambos da Carta Magna⁶¹.

Segundo o autor, diante do centro antropológico do ordenamento jurídico brasileiro, a Previdência Social é um direito fundamental e conecta-se diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos basilares de nossa República, e é norma-princípio de todo o regime previdenciário, sendo assim, este e outros direitos sociais, são responsáveis pela vida digna em sociedade.

Para melhor elucidar em termos práticos a justificativa de que a Previdência Social constitui um direito fundamental inerente ao ser humano, imagine as mazelas sociais que surgiriam se esse direito fosse retirado. É imperioso vislumbrar milhares de pessoas desamparadas em sua idade avançada, necessitando da ajuda de familiares ou amigos que gozem de vigor laborativo e ainda estão ativos, ou seja, trabalhando, para sobreviverem.

No meio rural, em especial, no tocante ao segurado especial, a relação entre a subsistência e o trabalho estão intimamente ligados, pois advém da terra seu sustento familiar, sem o qual não há dignidade para sua família.

Imagine, por exemplo, um homem ou uma mulher do campo com 20 anos de idade que planta 100 mudas de mandioca por dia em sua terra, enfrentando as mais variáveis ocorrências climáticas, será que com 60 anos de idade conseguirá plantar a mesma quantidade? A resposta é óbvia, não. Pois, estará essa pessoa com sua capacidade laborativa diminuída ou até mesmo inexistente com o passar dos anos em uma atividade desgastante, como é a do campo. É neste momento que a previdência social surge em suas vidas, com a finalidade de garantir pelo menos o

⁶¹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 fev. 2019.

mínimo para sua subsistência, e não deixar essas pessoas desamparadas, incluindo-as na sociedade, trazendo justiça social e dignidade.

A defesa como direito fundamental também encontra amparo no princípio da responsabilidade sociojurídica, que segundo Morais⁶², a partir do momento em que o constituinte originário tipifica no art. 85, inciso III, da Constituição Federal⁶³ os crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a própria Constituição, destacando os direitos sociais e, dentre estes, a Previdência Social. Os atos atentatórios ao exercício desses direitos se tornam tão amplos que o autor assevera que as prestações relativas aos direitos sociais são inevitáveis, passando a citar Canotilho (apud Morais)⁶⁴:

[...] bastaria o legislador e todos os órgãos responsáveis pela concretização ficarem silentes para se negar a existência de um núcleo essencial de prestação social. Afinal, a direção da Constituição, ou melhor, a direção dos direitos sociais constitucionalmente garantidos ficaria neutralizada pelas omissões legislativas e executivas.

O desempenho do direito fundamental à Previdência Social pelos que trabalham se mostra como direito subjetivo, um direito inerente ao indivíduo, o qual ao cumprir os requisitos estabelecidos pela legislação o será entregue. As contribuições previdenciárias⁶⁵ têm o papel de encaminhar ao Estado meios para

⁶² MORAIS, Océlio de Jesús C. **Inclusão Previdenciária**: uma questão de justiça social. São Paulo: LTr, 2015.

⁶³ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 fev. 2019.

⁶⁴ MORAIS, Océlio de Jesús C. **Inclusão Previdenciária**: uma questão de justiça social. São Paulo: LTr, 2015. p. 43.

⁶⁵ As Contribuições Previdenciárias, no caso do segurado especial, são relativizadas por suas condições sociais, necessitando apenas que este segurado comprove o tempo na atividade rural em companhia dos requisitos que o caracteriza como essa espécie de segurado. Vale ressaltar que tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição – PEC nº 6/2019 que em seu art. 35, referindo-se aos § 8º e § 8º-A, do art. 135, da Constituição Federal, estipula a obrigatoriedade

que esse direito se cumpra, pois, quando chegar a hora do trabalhador exercer seu direito este não o será desrespeitado, desmoralizado ou violado, perante este mesmo Estado ou seu meio privado, sendo o direito fundamental essa garantia.

Diante do exposto, é cristalina a afirmação de que a Previdência Social constitui um direito fundamental inerente ao ser humano, e que sem esse direito garantido abre-se um “leque” de consequências para os trabalhadores, sendo ela instrumento primordial para uma vida digna quando há necessidade de sua cobertura; e, especialmente, para os fins deste trabalho, o direito à aposentadoria aplicado aos segurados especiais. É o que passamos a analisar.

2 A APOSENTADORIA DO SEGURADO ESPECIAL - O CARÁTER INFORMAL DA ATIVIDADE RURAL E A SUA FUNÇÃO SOCIAL

Ficando demonstrado no item anterior que a Previdência Social é um direito fundamental, passa-se a conceituar quem se enquadra como segurado especial, analisando o caráter informal da atividade e suas consequências na comprovação do tempo rural para fins previdenciários.

Na visão de Maria Helena Carreira Alvim Ribeiro⁶⁶, o Segurado Especial é aquele segurado obrigatório que se enquadra nos ditames do art. 11, inciso VII, da Lei 8.213/91⁶⁷:

Art. 11. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

VII – como segurado especial: a pessoa física residente no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele

da contribuição previdenciária no valor mínimo de R\$ 600,00 por grupo familiar ao ano e a comprovação do efetivo recolhimento. O que a nosso ver representa mais uma forma de burocratização ou excesso de formalidade a ponto de inviabilizar o próprio exercício do direito fundamental à aposentadoria, dado o caráter de informalidade que é característica própria da atividade rural.

⁶⁶ RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Trabalhador Rural. Segurado Especial**: legislação, doutrina e jurisprudência. 3. ed. Curitiba: Alteridade, 2018.

⁶⁷ BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm. Acesso em: 27 fev. 2019.

que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de:

a) produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade:

1. agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais;
2. de seringueiro ou extrativista vegetal que exerça suas atividades nos termos do inciso XII do caput do art. 2º da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, e faça dessas atividades o principal meio de vida;

b) pescador artesanal ou a este assemelhado que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida; e

c) cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 (dezesesseis) anos de idade ou a este equiparado, do segurado de que tratam as alíneas a e b deste inciso, que, comprovadamente, trabalhem com o grupo familiar respectivo.

Segundo a autora, o artigo supracitado se divide em quatro elementos, os quais necessitam ser analisados um a um, para que possa se dar o enquadramento correto a quem será tratado pela Previdência Social como um segurado especial. A essa análise que se dedica os parágrafos seguintes.

O primeiro elemento a ser analisado é a residência em imóvel rural, ou em aglomerado urbano ou rural próximo ao imóvel rural. A atual redação da lei 8.213/91⁶⁸, trazida pela lei 11.718/08⁶⁹, colocou ponto final em uma dúvida frequente antes desta alteração sobre o local de residência, que dificultava no enquadramento do trabalhador como segurado especial, antes se entendia que esse trabalhador deveria residir em zona estritamente rural, deixando de lado aqueles cuja moradia era em aglomerados urbanos, mas que exercia atividade rural.

⁶⁸ Idem.

⁶⁹ BRASIL. **Lei nº 11.718, de 20 de junho de 2008.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11718.htm. Acesso em: 27 fev. 2019.

O segundo elemento diz respeito ao modo que deve ser exercido a atividade rural, devendo ser em regime de economia familiar. O parágrafo primeiro do inciso VII, do art. 11, da lei 8.213/91⁷⁰, dispõe o que consiste em regime de economia familiar:

§1º Entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes.

O regime de economia familiar é aquele indispensável para a subsistência do grupo familiar ou núcleo familiar, de modo que todos os membros trabalhem para esta finalidade, ajudando-se mutuamente, um dependendo do outro.

Muito se discutia na anterior redação deste parágrafo, pois anteriormente trazia a expressão “sem a utilização de empregados”, que remetia a ideia de que o grupo familiar não poderia contratar empregado para ajudá-los em hipótese alguma, somente eles teriam que utilizar sua força de trabalho, porém na atual redação essa expressão foi modificada para “sem a utilização de empregados permanentes”, permitindo a presença de empregados de forma temporária, sem que ocasionasse a descaracterização do regime de economia familiar.

Antes mesmo da atual redação do parágrafo primeiro do inciso VII, do art. 11, da lei 8.213/91⁷¹, a jurisprudência já admitia a ajuda de terceiros, porém de maneira eventual, segue a ementa:

EMENTA: Tempo de serviço rural em regime de economia familiar. Auxílio eventual de terceiros. Tempo de serviço especial. Atividade profissional. Conversão. Aposentadoria por tempo de serviço/contribuição.

⁷⁰ BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm. Acesso em: 27 fev. 2019.

⁷¹ Idem.

O segurado tem o direito à contagem do tempo de serviço rural, em regime de economia familiar, desde que comprovada a atividade mediante início de prova material, complementado por prova testemunhal idônea. A ausência de prova testemunhal não impede o reconhecimento do exercício da atividade rural, desde que haja prova documental suficiente para comprovar o alegado e o período for contínuo a outro onde a prova testemunhal corroborou a documental.

O auxílio de terceiros, desde que eventual, não impede o reconhecimento da qualidade de segurado especial.

Comprovado o exercício da atividade profissional enquadrável como especial, o respectivo período deve ser convertido para tempo comum. O segurado que, somado o tempo reconhecido judicialmente ao tempo já computado na esfera administrativa, possui tempo de serviço suficiente e implementa os demais requisitos legais para a concessão do benefício previdenciário tem direito à aposentadoria por tempo de serviço/contribuição, segundo o cálculo que lhe for mais vantajoso, dentre a aplicação do regramento antigo, transitório ou permanente⁷².(grifo nosso)

O terceiro elemento a ser analisado no conceito de segurado especial é a condição de produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais. Para isso, tem-se que entender o que cada termo desse significa na ótica do direito previdenciário:

Produtor: é aquele proprietário de terra, ou não, o qual desenvolve atividade simultânea em hortas, pomares e granjas ou agropastoril por sua própria conta, individualmente ou em regime de economia familiar.

Usufrutuário: é a pessoa não proprietária de terra, porém que a usufrui, tendo direito a explorá-la, possuí-la e a perceber seus frutos.

⁷² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. **Apelação/Reexame Necessário:** APELREEX 0002664-48.2007.404.7004 PR 0002664-48.2007.404.7004. Relator: Des. Gilson Jacobsen, Data de Julgamento: 17/03/2011. Data da Publicação: DJ 23/03/2011. Disponível em: <https://trf4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18641164/apelacao-reexame-necessario-apelreex-7004-pr-0002664-4820074047004-trf4?ref=serp>. Acesso em: 09 maio 2019.

Possuidor: é a pessoa que tem alguns poderes inerentes à propriedade, agindo com “animus” de proprietário.

Assentado: é a pessoa que se beneficiou com um imóvel rural de um projeto de incentivo à reforma agrária, exercendo ali suas atividades.

Parceiro: é aquele que se relaciona por contrato de parceria, sendo este escrito ou verbal, com o proprietário da terra, visando a divisão de lucros, advindos de sua atividade.

Meeiro: é aquele que através de contrato, escrito ou verbal, se propõe com o proprietário da terra a divisão das despesas e lucros, para desenvolver sua atividade rural.

Comodatário: é a pessoa que se compromete por contrato de empréstimo explorar a terra pertencente a outra pessoa, estipulando prazo ou não.

Arrendatário: é aquele que desenvolve sua atividade em terra de outrem, comprometendo-se ao pagamento de aluguel em dinheiro ou em produtos *in natura*⁷³.

Extrativista vegetal: é a pessoa que exerce sua atividade de coleta ou extração de recursos naturais renováveis, respeitando todos os ditames da sustentabilidade, e faça dessas atividades o principal meio para sua subsistência.

Ainda estão presentes no rol dos segurados especiais, o cônjuge ou companheiro, assim como o filho maior de 16 anos ou equiparado, que trabalhem no grupo familiar nas mesmas condições estipuladas para os outros, e não podem

⁷³ *In natura* é o significado dado a produtos que estão em seu estado puro, sem passar por processamento. (MICHAEELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=in+natura>. Acesso em: 09 maio 2019.)

possuir outra fonte de renda, exceto os elencados no art. 11, inciso VII, parágrafo 9, da lei 8.213/91⁷⁴:

§ 9º Não é segurado especial o membro de grupo familiar que possuir outra fonte de rendimento, exceto se decorrente de:

I – benefício de pensão por morte, auxílio-acidente ou auxílio-reclusão, cujo valor não supere o do menor benefício de prestação continuada da Previdência Social;

II – benefício previdenciário pela participação em plano de previdência complementar instituído nos termos do inciso IV do § 8º deste artigo;

III - exercício de atividade remunerada em período não superior a 120 (cento e vinte) dias, corridos ou intercalados, no ano civil, observado o disposto no § 13 do art. 12 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991;

IV – exercício de mandato eletivo de dirigente sindical de organização da categoria de trabalhadores rurais;

V – exercício de mandato de vereador do Município em que desenvolve a atividade rural ou de dirigente de cooperativa rural constituída, exclusivamente, por segurados especiais, observado o disposto no § 13 do art. 12 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991;

VI – parceria ou meação outorgada na forma e condições estabelecidas no inciso I do § 8º deste artigo;

VII – atividade artesanal desenvolvida com matéria-prima produzida pelo respectivo grupo familiar, podendo ser utilizada matéria-prima de outra origem, desde que a renda mensal obtida na atividade não exceda ao menor benefício de prestação continuada da Previdência Social; e

VIII – atividade artística, desde que em valor mensal inferior ao menor benefício de prestação continuada da Previdência Social.

⁷⁴ BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm. Acesso em: 27 fev. 2019.

O quarto elemento do conceito de segurado especial é o limite territorial de até 4 (quatro) módulos fiscais, para a exploração de atividade agropecuária. O módulo fiscal é a unidade de medida que se exprime em hectares, sendo está fixada pelo município, levando em conta alguns fatores, como principal exploração do município, a renda obtida com a exploração predominante, outras explorações significativas e o conceito de propriedade familiar.

No entanto, apesar da delimitação trazida pela legislação, a Turma Nacional de Uniformização – TNU consolidou em sua Súmula nº 30⁷⁵, que apesar de o imóvel ser superior ao módulo rural (correspondente a 4 módulos fiscais), mesmo assim não fica descaracterizado a condição de segurado especial, por si só, desde que se comprove, nos autos, a exploração em regime de economia familiar.

A legislação previdenciária atual, além dos requisitos caracterizadores do segurado especial, requer o requisito da idade mínima⁷⁶, estipulando 55 anos, para mulheres, e 60 anos, para homens, segundo disposto no art. 201, § 7º, II, da Carta Magna⁷⁷, e art. 48, da Lei nº 8.213/91⁷⁸.

Como visto, o conceito de segurado especial dá ênfase a atividades inerentes ao trabalho no meio campestre, o que se leva a imaginar trabalhadores e trabalhadoras buscando através de suas próprias forças a manutenção de sua família, tentando garantir meios mínimos para sua sobrevivência.

⁷⁵ BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. **Súmula nº 30**. Data de Julgamento: 12/12/2005. Data da Publicação: DJ 13/12/2005. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=30&PHPSESSID=f7ai9322u6as8vje08d2r1n3n4>. Acesso em: 09 maio 2019.

⁷⁶ A PEC nº 6/2019 também altera o requisito da idade mínima para aposentadoria do segurado especial, unificando a idade mínima em 60 anos para ambos os sexos, sendo disposto no art. 22, § 3º, da proposta.

⁷⁷ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 fev. 2019.

⁷⁸ BRASIL, **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm. Acesso em: 27 fev. 2019.

Inobstante a atividade rural ser notada pela legislação, a grande maioria dos segurados especiais fica à margem do sistema previdenciário em virtude da sua peculiar informalidade, não tendo como comprovar a sua qualidade de segurado perante o sistema previdenciário.

O conceito de informalidade é bem mais complexo do que se imagina, tem-se tratado como a conotação de setor informal, vislumbrando apenas trabalhadores sem carteira assinada, ou empresas que detenham de baixa força de trabalho, ou ainda de pessoas que recebem baixos rendimentos e que, portanto, não estejam nos rigores da lei ou recolhendo formalmente todos os encargos sociais.

Existe um conceito de informalidade, trazido por Cacciamali (apud Kon)⁷⁹, que mais se adequa à espécie de trabalho realizado pelo segurado especial, segundo ele a informalidade é delimitada a partir de unidades econômicas orientadas para o mercado, sobressaindo-se o fato de que o detentor do negócio exerce ao mesmo tempo funções inerentes a patrão e a empregado, possuindo instrumentos de trabalho e com ajuda de força de trabalho familiar ou de ajudantes, inexistente o atrelamento entre atividades de gestão e de produção.

Ao destrinchar esse conceito tem-se alguns itens a serem analisados. O primeiro é a produção não ser dirigida em muitas das vezes para um mercado, mas para sua própria subsistência familiar, porém no que resta da produção o pequeno produtor/segurado especial comercializa, com o intuito de prover além de sua alimentação e de sua família, suas vestimentas, utensílios domésticos, ferramentas de trabalho novas, materiais escolares, complementos alimentares, os quais não produza, etc.

A respeito do item de exercer funções inerentes a patrão e empregado, o segurado especial não exerce atividade correspondente a funções de caráter

⁷⁹ KON, Anita. **Diversidade nas Condições da Informalidade do Trabalho Brasileiro**. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/6357772.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2019.

subordinativo, o que existe é a ajuda mútua do núcleo familiar na produção, e de eventuais ajudantes por um período limitado, na entressafra, por exemplo. Fazendo uso desta mesma informação tem-se o preenchimento de mais um ponto defendido neste conceito de informalidade, sendo este sobre os instrumentos de trabalho, os quais são rústicos, pois utilizam enxadas, pás, força animal, carrinhos de mão, etc., e atrelados a força de trabalho familiar ou, esporadicamente, de ajudantes.

Por fim tem-se o último dos itens, a inexistência do atrelamento entre atividades de gestão e de produção, neste item podemos entender melhor o porquê da contribuição previdenciária ser relativizada para espécie de segurado, e não para os outros. Não há como falar de gestão e controle de produção na atividade desempenhada no âmbito da economia familiar, pois a variação da produção é perene, dependendo de ocorrências climáticas, desempenho humano frente a atividade, entre outros, características que dificultam a fiscalização da atividade por órgãos do governo.

Outrossim, o baixo nível informacional e formativo do grupo em questão dificulta a organização e administração da atividade, de modo que o interessado até desconhece ou ignora a relevância de arquivar, registrar ou colecionar documentos que podem beneficiá-lo por ocasião da aposentadoria, até que, finalmente, precise de tais provas.

Sendo assim, pode-se afirmar que a informalidade do segurado especial é natural, pois, antes mesmo de pensar em formalizar, subsiste o ânimo de sobrevivência dessas pessoas, que retiram seu sustento e de sua família da atividade desempenhada.

A atividade rural em regime de economia familiar cumpre com uma função social muito preponderante no contexto brasileiro, segundo o Ministério do

Desenvolvimento Social – MDS, em notícia⁸⁰ divulgada no site do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, pela Secretaria Agricultura Familiar e Cooperativismo, no Brasil, 70% dos alimentos que chegam à mesa da população nacional são produzidos por pessoas que desenvolvem agricultura familiar, sendo esta a principal responsável pela erradicação da fome e garantia da segurança alimentar.

Logo, não há como retirar a proteção previdenciária de pessoas que cumprem com uma função social tão importante para economia nacional e para a saúde dos brasileiros, por causa de sua informalidade.

Diante da importância do segurado especial para o contexto econômico sustentável nacional, e com a preocupação do governo de evitar que essa atividade de economia familiar se acabe provocando o êxodo rural destas pessoas é que se tem a relativização da contribuição previdenciária, aceitando prova do tempo na atividade rural em substituição dessa, mesmo havendo a informalidade.

3 OS MEIOS DE PROVA ADMITIDOS NA COMPROVAÇÃO DA ATIVIDADE RURAL PARA FINS DE APOSENTAÇÃO

Após compreender quem é o segurado especial para Previdência Social e a importância de sua função social no contexto nacional, sua atividade revestida de caráter de informal, que relativiza a exigência de comprovação do recolhimento das contribuições previdenciárias, passando a comprovação ser substituída pelo tempo na atividade rural, passa-se a verificar em minúcias os meios de prova admitidos para tal fim.

⁸⁰ CASTILHO, Ingrid. **Brasil:** 70% dos alimentos que vão à mesa dos brasileiros são da agricultura familiar. Secretaria Especial de Agricultura Familiar e do Desenvolvimento Agrário, Assessoria de Comunicação, 02 de outubro de 2017. Disponível em: <http://www.mda.gov.br/sitemda/noticias/brasil-70-dos-alimentos-que-v%C3%A3o-%C3%A0-mesa-dos-brasileiros-s%C3%A3o-da-agricultura-familiar>. Acesso em: 25 abr. 2019.

A comprovação da atividade rural, para que se permita a obtenção desejada dos benefícios previdenciários, merece lugar de evidência, pois, apesar do passar de todos estes anos de vigência da Constituição Federal de 1988⁸¹ e Lei 8.213/1991⁸², ainda assim, provoca muitos questionamentos, devido a informalidade à qual estão sujeitos esses segurados, carecendo da possibilidade de apresentação se quer de um único documento como prova material.

Nosso ordenamento jurídico nos permite provar o alegado por diversos meios de prova, desde que seja uma prova lícita e legítima, abominando aquelas produzidas em sentido contrário, ou seja, as ilícitas e as ilegítimas.

Com o intuito de facilitar a acessibilidade do Segurado especial à Previdência Social, ficou determinado pela Lei nº 11.718/2008⁸³, a construção de um programa de cadastro particular, contendo todas as informações ao seu respeito. Entretanto, apesar de ser memorável a iniciativa, não resolveu o problema da comprovação do tempo rural, requerendo ainda os documentos caracterizadores da condição de segurado especial.

Diante disso, requer que o cientista jurídico estude as provas de modo a combater as provas não aceitáveis no processo. No processo de aposentação do segurado especial isso não é diferente, pois, por ser uma categoria de segurados cuja contribuição é dispensada para assegurar sua inclusão previdenciária, os casos de fraude são corriqueiros. Vejamos a seguir esses meios de prova aceitos.

3.1 Prova Documental

⁸¹ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 abr. 2019.

⁸² BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm. Acesso em: 27 fev. 2019.

⁸³ BRASIL. **Lei nº 11.718, de 20 de junho de 2008**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2008/Lei/L11718.htm. Acesso em: 10 maio 2019.

A prova documental consiste no meio de prova pelo qual o interessado através da apresentação de documentos que comprovem os fatos alegados. No tocante ao segurado especial esta prova deve ser produzida visando comprovar o tempo na atividade rural.

Porém, a grande dificuldade enfrentada pelos segurados especiais está na comprovação do exercício da atividade rurícola, apesar da legislação previdenciária discriminar os documentos dos quais este segurado pode se utilizar para comprovar os requisitos que os levam a tal qualidade, na maioria das vezes, devido ao caráter informal de sua labuta, torna-se impossível portarem esses documentos.

No âmbito administrativo, ou seja, no Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, autarquia federal responsável por gerir a concessão dos benefícios previdenciários do Regime Geral da Previdência Social, os agentes públicos ficam vinculados ao rol disponível na legislação, decorrência do princípio da legalidade estrita, o qual orienta acerca de cumprirem somente o que a lei os permite ou os ordena; o que neste caso seria aceitar somente as provas dispostas na lei.

Afinal, quais seriam esses documentos previstos na lei, comprobatórios do exercício de atividade rural? Pois bem, são os documentos dispostos na Lei nº 8.213⁸⁴, de 24 de julho de 1991, no seu art. 106, dos incisos de I a X, e suas alterações posteriores. Segue em destaque:

Art. 106. A comprovação do exercício de atividade rural será feita, complementarmente à declaração de que trata o art. 38-B, por meio de:

- I** – contrato individual de trabalho ou Carteira de Trabalho e Previdência Social;
- II** – contrato de arrendamento, parceria ou comodato rural;
- III** – declaração fundamentada de sindicato que represente o trabalhador rural ou, quando for o caso, de sindicato ou

⁸⁴Idem.

colônia de pescadores, desde que homologada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS;

IV – comprovante de cadastro do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, no caso de produtores em regime de economia familiar;

IV - Declaração de Aptidão ao Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar, de que trata o inciso II do caput do art. 2º da Lei nº 12.188, de 11 de janeiro de 2010, ou por documento que a substitua, emitidas apenas por instituições ou organizações públicas;

V – bloco de notas do produtor rural;

VI – notas fiscais de entrada de mercadorias, de que trata o § 7o do art. 30 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, emitidas pela empresa adquirente da produção, com indicação do nome do segurado como vendedor;

VII – documentos fiscais relativos a entrega de produção rural à cooperativa agrícola, entreposto de pescado ou outros, com indicação do segurado como vendedor ou consignante;

VIII – comprovantes de recolhimento de contribuição à Previdência Social decorrentes da comercialização da produção;

IX – cópia da declaração de imposto de renda, com indicação de renda proveniente da comercialização de produção rural; ou

X – licença de ocupação ou permissão outorgada pelo Incra.

De acordo com Elton Roberto Rodrigues Junior⁸⁵ esse rol é bastante simplificado, pois não exaure as infinitas possibilidades de comprovação da atividade rural, sendo um rol meramente exemplificativo, tendo como finalidade comprovar consistentemente a atividade rural via indícios probatórios desta atividade. Porém, além de simplificado, é insuficiente.

⁸⁵ JUNIOR, Elton Roberto Rodrigues. **Segurado Especial:** aspectos contributivos e sociais frente do regime geral de previdência social. Disponível em: www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj057546.pdf. Acesso em: 27 fev. 2019.

Além desses documentos, também é aceita a certidão fornecida pela Fundação Nacional do Índio - FUNAI, certificando o índio trabalhador rural, porém deve ser homologada pelo INSS, como disposto no artigo 62, § 2º, do Decreto nº3.048⁸⁶, de 6 de maio de 1999, que dispõe sobre o Regulamento da Previdência Social.

Segundo Gláucio Maciel Gonçalves⁸⁷, as provas elencadas no art. 106, constituem prova plena, sendo que por eles o segurado especial não precisará corroborar com testemunha para provar o labor rural.

A Instrução Normativa nº 77⁸⁸, de 21 de janeiro de 2015, do INSS, veio ampliar em seus artigos 47 e 54, o rol dos documentos admitidos na comprovação do exercício de atividade rural trazidos anteriormente pelo art. 106, da Lei nº 8.213/91⁸⁹. Vejamos como dispõe a instrução:

Art. 47 – IN 77/2015. A comprovação do exercício de atividade rural do segurado especial, observado o disposto nos arts. 118 a 120 será feita mediante a apresentação de um dos seguintes documentos:

I - contrato de arrendamento, parceria, meação ou comodato rural, cujo período da atividade será considerado somente a partir da data do registro ou do reconhecimento de firma do documento em cartório;

II - declaração fundamentada de sindicato que represente o trabalhador rural ou, quando for o caso, de sindicato ou colônia de pescadores, desde que homologada pelo INSS;

⁸⁶ BRASIL. **Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 27 fev. 2019.

⁸⁷ GONÇALVES, Gláucio Maciel. Coordenador: KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **Comentários às Súmulas da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais:** Súmula nº 34. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016.

⁸⁸ BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social. **Instrução Normativa nº 77, de 21 de janeiro de 2015.** Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/32120879/do1-2015-01-22-instrucao-normativa-n-77-de-21-de-janeiro-de-2015-32120750. Acesso em: 09 maio 2019.

⁸⁹ BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm. Acesso em: 27 fev. 2019.

III - comprovante de cadastro do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, através do Certificado de Cadastro de Imóvel Rural - CCIR ou qualquer outro documento emitido por esse órgão que indique ser o beneficiário proprietário de imóvel rural;

IV - bloco de notas do produtor rural;

V - notas fiscais de entrada de mercadorias, de que trata o §24 do art. 225 do RPS, emitidas pela empresa adquirente da produção, com indicação do nome do segurado como vendedor;

VI - documentos fiscais relativos à entrega de produção rural à cooperativa agrícola, entreposto de pescado ou outros, com indicação do segurado como vendedor ou consignante;

VII - comprovantes de recolhimento de contribuição à Previdência Social decorrentes da comercialização da produção;

VIII - cópia da declaração de imposto de renda, com indicação de renda proveniente da comercialização de produção rural;

IX - comprovante de pagamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR, Documento de Informação e Atualização Cadastral do Imposto sobre a propriedade Territorial Rural DIAC ou Documento de Informação e Apuração do Imposto sobre a propriedade Territorial Rural - DIAT entregue à RFB;

X - licença de ocupação ou permissão outorgada pelo INCRA ou qualquer outro documento emitido por esse órgão que indique ser o beneficiário assentado do programa de reforma agrária; ou

XI - certidão fornecida pela FUNAI, certificando a condição do índio como trabalhador rural, observado o § 2º do art. 118.

O art. 47 não trouxe muita inovação diante do exposto, anteriormente, no art.106, da Lei 8.213/91, e representa praticamente uma cópia, aderindo apenas a certidão fornecida pela FUNAI, que comprova a qualidade do índio como segurado especial, antes era disciplinado em lei específica.

Prosseguindo na análise do regramento, vejamos o dispositivo abaixo:

Art. 54 – IN 77/2015. Considera-se início de prova material, para fins de comprovação da atividade rural, entre outros, os seguintes documentos, desde que neles conste a profissão ou qualquer outro dado que evidencie o exercício da atividade rurícola e seja contemporâneo ao fato nele declarado, observado o disposto no art. 111:

- I - certidão de casamento civil ou religioso;
- II - certidão de união estável;
- III - certidão de nascimento ou de batismo dos filhos;
- IV - certidão de tutela ou de curatela;
- V - procuração;
- VI - título de eleitor ou ficha de cadastro eleitoral;
- VII - certificado de alistamento ou de quitação com o serviço militar;
- VIII - comprovante de matrícula ou ficha de inscrição em escola, ata ou boletim escolar do trabalhador ou dos filhos;
- IX - ficha de associado em cooperativa;
- X - comprovante de participação como beneficiário, em programas governamentais para a área rural nos estados, no Distrito Federal ou nos Municípios;
- XI - comprovante de recebimento de assistência ou de acompanhamento de empresa de assistência técnica e extensão rural;
- XII - escritura pública de imóvel;
- XIII - recibo de pagamento de contribuição federativa ou confederativa;
- XIV - registro em processos administrativos ou judiciais, inclusive inquéritos, como testemunha, autor ou réu;
- XV - ficha ou registro em livros de casas de saúde, hospitais, postos de saúde ou do programa dos agentes comunitários de saúde;
- XVI - carteira de vacinação;
- XVII - título de propriedade de imóvel rural;

XVIII - recibo de compra de implementos ou de insumos agrícolas;

XIX - comprovante de empréstimo bancário para fins de atividade rural;

XX - ficha de inscrição ou registro sindical ou associativo junto ao sindicato de trabalhadores rurais, colônia ou associação de pescadores, produtores ou outras entidades congêneres;

XXI - contribuição social ao sindicato de trabalhadores rurais, à colônia ou à associação de pescadores, produtores rurais ou a outras entidades congêneres;

XXII - publicação na imprensa ou em informativos de circulação pública;

XXIII - registro em livros de entidades religiosas, quando da participação em batismo, crisma, casamento ou em outros sacramentos;

XXIV- registro em documentos de associações de produtores rurais, comunitárias, recreativas, desportivas ou religiosas;

XXV - Declaração Anual de Produto - DAP, firmada perante o INCRA;

XXVI - título de aforamento;

XXVII - declaração de aptidão fornecida para fins de obtenção de financiamento junto ao Programa Nacional de Desenvolvimento da Agricultura Familiar - PRONAF; e

XXVIII - ficha de atendimento médico ou odontológico.

O art. 54 foi a grande inovação da instrução normativa, pois trouxe um rol de documentos antes não aceitos na esfera administrativa, porém com grande aceitação por parte do Poder Judiciário, o que tornou uma vitória significativa para a classe, como por exemplo, documentos mais corriqueiros na vida desses trabalhadores, a exemplo da certidão de casamento, certidão de união estável, título de eleitor, entre outros.

Neste aspecto, consideramos que a abertura do rol de documentos comprobatórios pela jurisprudência pioneira e ratificada em ato normativo, de certa

forma, representa uma facilitação e ampliação ao acesso à aposentadoria e demais benefícios oferecidos pela Previdência Social.

Entretanto, apesar de a IN 77/2015 inovar com o rol trazido, os documentos elencados apenas servem como início de prova material previdenciária, ou seja, não é suficiente por si só e demanda prova complementar. Matéria que será abordada no subtítulo da prova extemporânea (vide subitem 4.3).

Portanto, pode-se notar que a prova documental teve uma evolução considerável com o passar dos anos nos novos diplomas e atos normativos ou regulamentares, que buscaram adequação à realidade enfrentada pelos segurados especiais; porém, ainda assim, as demandas judiciais não param de crescer em todo o país, sob o mesmo motivo: “indeferimento administrativo de benefício por ausência de comprovação do tempo rural”.

3.2 Prova Testemunhal

Na sequência, vemos outra espécie de prova, a testemunhal. Embora seja o meio mais hábil de comprovação da qualidade de segurado especial, no processo de aposentação, tanto administrativamente, quanto judicialmente, a prova testemunhal encontra muita resistência por parte das instituições públicas na sua aceitação como prova exclusiva, diante da fragilidade deste meio de prova no que se refere a fraude.

Em consonância a este entendimento, foi editada a Súmula 149⁹⁰ do Superior Tribunal de Justiça – STJ, na qual enuncia que “A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeitos da obtenção de benefício previdenciário.”

⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção – S3. **Súmula nº 149**. Data de Julgamento: 07/12/1995. Data da Publicação: DJ 18/12/1995. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27149%27>. Acesso em: 27 fev. 2019.

A prova testemunhal só será aceita exclusivamente em casos fortuitos ou força maior, como por exemplo, enchente ou incêndio em agência do INSS, onde houver a perda completa dos documentos.

Desta maneira, por sua fragilidade, a prova testemunhal no ordenamento jurídico brasileiro somente é admitida, em regra geral, como prova solidária ou complementar da prova documental ou material.

Como forma de evitar possíveis fraudes, recorrendo ao Código Civil Brasileiro⁹¹, tem-se no art. 228, o rol daqueles inadmitidos como testemunhas:

Art. 228. Não podem ser admitidos como testemunhas:

I - os menores de dezesseis anos;

IV - o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes;

V - os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consanguinidade, ou afinidade.

§ 1 Para a prova de fatos que só elas conheçam, pode o juiz admitir o depoimento das pessoas a que se refere este artigo.

§ 2 A pessoa com deficiência poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistiva.

As pessoas descritas acima no art. 228, do Código Civil, servirão apenas como meros informantes da justiça, não constituindo um meio de prova.

Pela prova testemunhal, podem ser provadas as peculiaridades acerca dos requisitos que envolvem o trabalho rurícola, como o desempenho da atividade em regime de economia familiar, o período de carência, se há funcionários, entre outros. Pois, este meio de prova é produzido por pessoas que tiveram contato com

⁹¹ BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm#art2044. Acesso em: 27 fev. 2019.

o segurado, sendo capazes de esclarecer aspectos não perceptíveis em documentos, importantes para configuração da qualidade de segurado especial.

Segundo Marcus Vinicius Rios Gonçalves⁹², a prova testemunhal consiste na prova obtida através de relatos prestados perante o juízo, pessoa física, sendo indivíduos conhecedores do fato a se provar, ou seja, prestaram informações de fatos que se mostrarem relevantes ao julgamento, no contexto da pesquisa o exercício da atividade rural. Porém só será válida e considerada como prova testemunhal àquelas colhidas com as garantias que abarcam o depoimento oral, sob compromisso prévio assumido por quem for depor, sujeição à contradita e às reperguntas, sendo tudo isso na presença de juiz e partes.

Portanto, não será admitido como prova testemunhal, não gozando de valor probatório, declarações obtidas, de modo particular, pela parte.

Assevera ainda, Gonçalves⁹³, que a prova testemunhal é costumeiramente provocação de crítica, devido ao fundamento de que a memória humana é muito falha, sendo influenciada por diversos fenômenos emocionais ou psicológicos, afetando lembranças e percepções dos depoentes.

Apesar de criticada, a prova testemunhal é um meio de prova muito utilizada no processo de aposentação do segurado em destaque, tendo em vista a dificuldade na comprovação por prova material. A prova testemunhal deve ser sempre aceita, salvo nos casos em que a lei dispuser em contrário, mandamento estabelecido no art. 442, do Código de Processo Civil - CPC94, que diz assim: "A prova testemunhal é sempre admissível, não dispondo a lei de modo diverso". Neste artigo, entende-se que sempre que for arrolada testemunha para se provar o fato

⁹² GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Coordenador: LENZA, Pedro. **Direito Processual Civil Esquemático**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

⁹³ Idem.

⁹⁴ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.

discutido na causa, deve o juízo admiti-la, negando apenas nos casos discriminados em lei que impeçam sua admissão.

Afinal que circunstâncias são essas que a lei impede a admissão deste meio de prova? São duas possibilidades, a primeira é quando o fato a ser provado já foi esclarecido através de documentos ou confissão da parte, e a segunda quando o caso só puder ser provado por documentos ou por perícia, como disposto no art. 443, do CPC95.

No âmbito administrativo, segundo o art. 112, § 3º, da Instrução Normativa nº77/201596, do INSS, dispõe que na entrevista, a prova testemunhal só será ouvida quando o servidor do INSS, depois de ouvido o segurado especial, restar dúvidas quanto ao fato a comprovar, devendo ao final do depoimento da testemunha emitir parecer conclusivo, o qual será anexado ao processo de aposentação.

Já no Poder Judiciário, a produção da prova testemunhal deverá ser produzida em audiência, no entanto, os nomes com as devidas qualificações devem constar da propositura da ação, sendo esta a regra, porém não impedido de requerer este meio de prova em momento diverso.

A substituição da testemunha arrolada no processo judicial pode ser realizada, porém não a qualquer momento, os casos mais costumeiros são falecimento, quando a testemunha não é encontrada ou por enfermidade.

O Juiz também poderá requerer de ofício testemunhas, as quais achar pertinente o depoimento para o julgamento da causa, casos bem comuns são quando no depoimento do segurado for mencionado outra testemunha ou quando

⁹⁵ Idem.

⁹⁶ BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social. **Instrução Normativa nº 77, de 21 de janeiro de 2015.** Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/32120879/do1-2015-01-22-instrucao-normativa-n-77-de-21-de-janeiro-de-2015-32120750. Acesso em: 09 maio 2019.

as testemunhas também mencionarem outra, ambos casos quando não houver o arrolamento.

Ante todo o exposto, pode-se compreender que o papel primordial da testemunha é nortear o servidor, na esfera administrativa, ou o juiz, na judicial, à formação do convencimento dos fatos a se provar. Dentre os meios de prova, a prova testemunhal é descrita como sendo a mais utilizada e a mais antiga de todas as provas, porém é necessário a observância do momento certo para arrolar, o quantitativo permitido, motivos de contradita para evitá-los e atenção no comparecimento destas no momento oportuno. Por fim, deve atentar que o prova testemunhal não é válida sozinha; em outras palavras, não é aceita como prova exclusiva do processo, sendo tratada como acessória à prova documental, esta é o posicionamento da jurisprudência dominante.

3.3 Prova Extemporânea

Após as espécies acima, passa-se à prova extemporânea. Esta não é precisamente uma espécie autônoma de prova, pois se trata de uma relativização na admissibilidade da prova documental produzida após a ocorrência dos fatos, mas de grande relevância para o contexto do segurado especial.

A Súmula 3497, da TNU, enuncia que “Para fins de comprovação do tempo de labor rural, o início de prova material deve ser contemporânea à época dos fatos a provar”.

Nesse sentido, a prova documental não precisa ser correspondente a todo o período a ser provado, mas apenas de parte dele. Sendo assim, o tempo de labor rural não coincidirá com o marco temporal trazido pela prova material produzida.

⁹⁷ BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. **Súmula nº 34**. Data de Julgamento: 26/06/2006. Data da Publicação: DJ 04/08/2006. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=34&PHPSESSID=3go9li2s89jlaiuft6a2tav390>. Acesso em: 09 maio 2019.

Neste caso, o dever probante é dado à prova testemunhal, com o intuito de estender a eficácia dos documentos, para além ou aquém do período disposto na prova material trazida pelo segurado.

No que refere ao início de prova material, tem-se o rol do art. 54, da Instrução Normativa nº 77⁹⁸, do INSS, abordada anteriormente no tópico dedicado a prova documental (item nº 4.1), elencando documentos que servem para comprovarem esse começo probatório.

Em relação à aposentadoria do segurado especial, a justificativa para aceitação de provas extemporâneas deve-se ao valor social da aposentadoria, amparando esses rurícolas neste momento, mas, apesar disso, as provas devem estar bem demonstradas. Pois é comum que não tenham colecionado documentos e arquivos durante a vida laborativa e somente o façam após certo tempo, detendo documentação esparsa no tempo e nem sempre contemporâneas aos fatos.

A exigência de que os fatos a serem provados devem ser comprovados por documentos contemporâneos constitui uma exceção na conduta prelecionada no Código de Processo Civil, em função do princípio do livre convencimento motivado, pois segundo este princípio o juiz deve decidir conforme as provas que comprovem todos os fatos narrados.

Diante da demanda específica que é a aposentadoria de segurado especial, o Estado-Juiz precisa estar preparado para evidenciar nuances escritas nas entrelinhas, como por exemplo, uma certidão de nascimento produzida aos 60 anos de idade, um documento produzido de forma extemporânea. Note-se diante da

⁹⁸ BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social. **Instrução Normativa nº 77, de 21 de janeiro de 2015.** Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/32120879/do1-2015-01-22-instrucao-normativa-n-77-de-21-de-janeiro-de-2015-32120750. Acesso em: 09 maio 2019.

realidade rural é comum que muitos documentos de identificação pessoal sejam obtidos tardiamente.

Neste sentido, é possibilitado ao juiz que estenda a eficácia desses documentos tanto retroativamente como prospectivamente esse início de prova material.

Deste modo, nasce a prova extemporânea como sendo mais uma “ferramenta” da qual o segurado especial pode se utilizar para comprovar o exercício da atividade rural, fazendo uso de documentos que demarquem início de prova material contemporânea.

Analisado o contexto fático que caracteriza o segurado especial, conduzindo-o à forte informalidade na organização e documentação de sua atividade de subsistência ou em exploração familiar, deduz-se toda a construção lógica-jurídica que conduz à aceitação e ampliação dos mecanismos de prova capazes de assegurar a proteção social mínima devida a estes segurados tão carentes.

Vistas outras formas e meios de prova, em ampliação ao leque positivado, passa-se à análise da jurisprudência aplicável ao tema e como os Tribunais vêm tratando a causa. Vejamos.

4 O POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL ACERCA DA COMPROVAÇÃO DO TEMPO RURAL E DA QUALIDADE DE SEGURADO ESPECIAL

Após analisar a Previdência Social como sendo um direito fundamental, conceituar o segurado especial, analisando sua informalidade e sua função social que é de extrema importância para o contexto econômico nacional, e os meios de prova admitidos no processo de aposentação deste segurado. Seguindo esta análise linha de raciocínio, passa-se a analisar o posicionamento da jurisprudência acerca da comprovação do tempo rural e da qualidade de segurado especial da Previdência Social e, especialmente, se o rol previsto em lei é taxativo ou não.

Como visto anteriormente, a comprovação da atividade rurícola para o segurado especial, ainda hoje, acarreta muitos questionamentos na hora de obter os benefícios previdenciários.

O rol de documentos enumerado no artigo 106, da lei nº 8.213/9199, são hábeis à comprovação do tempo na atividade rural, porém não são os únicos, entende o Superior Tribunal de Justiça – STJ que se trata de um rol meramente exemplificativo, e não taxativo, sendo aceitáveis outros documentos além dos listados no dispositivo.

Sendo assim, aponta o STJ:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VOTO-VISTA DO MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES. ALINHAMENTO COM A POSIÇÃO DO NOBRE COLEGA. APOSENTADORIA POR IDADE. ATIVIDADE RURAL. INÍCIO RAZOÁVEL DE PROVA MATERIAL RECONHECIDO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS E CORROBORADO POR PROVA TESTEMUNHAL. VALORAÇÃO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. POSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ AFASTADO. 1. A controvérsia gira em torno do preenchimento dos requisitos para a concessão de pensão por morte à autora. 2. A jurisprudência do STJ se mostra firme no sentido de que o reconhecimento de tempo de serviço rurícola exige que a prova testemunhal corrobore um início razoável de prova material, sendo certo que **o rol de documentos hábeis à comprovação do exercício de atividade rural, inscrito no art. 106, parágrafo único, da Lei 8.213/1991, é meramente exemplificativo, e não taxativo.** 3. Segundo a orientação do STJ, as certidões de nascimento, casamento e óbito, bem como certidão da Justiça Eleitoral, carteira de associação ao Sindicato dos Trabalhadores Rurais, ficha de inscrição em Sindicato Rural, contratos de parceria agrícola, podem servir como início da prova material nos casos em que a profissão de rurícola estiver expressamente mencionada desde que amparados por convincente prova

⁹⁹ BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm. Acesso em: 27 fev. 2019.

testemunhal. Precedentes: AgRg no AREsp 577.360/MS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 22/6/2016, e AR 4.507/SP, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Terceira Seção, DJe 24/8/2015. 4. O acórdão recorrido concluiu desconsiderar as provas materiais, afastando a decisão do juízo sentenciante que presidiu a instrução do feito, que bem valorou as provas ao ter estabelecido contato direto com as partes, encontrando-se em melhores condições de aferir a condição de trabalhador rural afirmada pelo autor e testemunhas ouvidas. 5. O juízo acerca da validade e eficácia dos documentos apresentados como o início de prova material do labor campesino não enseja reexame de prova, vedado pela Súmula 7/STJ, mas sim valoração do conjunto probatório existente. Precedentes: AgRg no REsp 1.309.942/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 11/4/2014, e AgRg no AREsp 652.962/SP, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 3/9/2015. 6. Recurso Especial provido.¹⁰⁰(grifo nosso)

O presente julgado dispõe a deliberação oriunda da Corte Superior de Justiça do país responsável pela interpretação das normas infraconstitucionais, cujo entendimento deixa cristalino o caráter meramente exemplificativo do rol de provas trazido pelo art. 106, da Lei nº 8.213/91101, onde depreende-se que a comprovação do exercício de atividade rural pode ser produzida por outros documentos não elencados na lei, devido a não taxatividade das provas.

Nesta mesma percepção, segue o entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1:

REEXAME NECESSÁRIO. PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. SALÁRIO-MATERNIDADE. QUALIDADE DE SEGURADA ESPECIAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. PROVA TESTEMUNHAL. PRESCRIÇÃO. BENEFÍCIO INDEVIDO. 1.

¹⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial**: REsp 1650326 MT 2017/0005876-0. Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento: 06/06/2017. Data da Publicação: Dje 30/06/2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/474450103/recurso-especial- resp-1650326-mt-2017-0005876-0?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 maio 2019.

¹⁰¹ BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm. Acesso em: 27 fev. 2019.

Apesar de ilíquida a sentença, tendo em vista o curto período entre o ajuizamento da ação e a publicação da sentença, e considerando o valor mínimo do benefício previdenciário, fica evidenciada a impossibilidade de a condenação de 1º grau ultrapassar o valor de 60 (sessenta) salários mínimos, devendo, assim, ser aplicado in casu o disposto no art. 475, § 2º, do CPC. 2. Para além de ser um direito social elencado (art. 6º) na Constituição Federal -, a proteção à maternidade se constitui em um dos focos de atendimento da previdência social (art. 201, inciso II). **3. O entendimento jurisprudencial se consolidou no sentido de que é possível se comprovar a condição de ruralista por meio de dados do registro civil, como em certidão de casamento ou de nascimento dos filhos e, ainda, em assentos de óbito, no caso de pensão - em suma, por meio de quaisquer documentos que contenham fé pública, prerrogativa que é extensível, inclusive, ao cônjuge do segurado -, sendo certo que o art. 106 da Lei n. 8.213/91 contém rol meramente exemplificativo, e não taxativo.** 4. Os benefícios de natureza previdenciária são imprescritíveis. Todavia, a prescrição atinge as prestações anteriores a cinco anos da data em que deveriam ter sido pagas (Lei 8.213/91, art. 103, parágrafo único). 5. O prazo prescricional quinquenal, no benefício salário - maternidade, começa a fluir a partir do término dos 120 (cento e vinte) dias, a contar da data do parto, na forma preconizada no art. 71 da Lei 8.213/91, vale dizer, 28 dias antes e 92 dias depois do parto, em relação a cada uma das quatro parcelas do benefício. Na hipótese, observa-se que decorreu prazo superior a 5 (cinco) anos entre o termo inicial da prescrição e o ajuizamento da ação. 6. Remessa oficial provida para julgar improcedente o pedido de salário maternidade, em razão da prescrição.¹⁰²(grifo nosso)

A Jurisprudência do TRF1 reafirma o entendimento trazido anteriormente pelo STJ dispondo pela não taxatividade do art. 106, da Lei nº 8.213/91, e ainda demonstra

¹⁰² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. Primeira Turma. **Remessa Ex Officio**: REO 0030484-61.2012.4.01.9199 MG 0030484-61.2012.4.01.9199. Relator: Desembargador Federal Kássio Nunes Marques, Data de Julgamento: 12/06/2013. Data da Publicação: e-DJF1 06/09/2013. Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24142178/remessa-ex-officio-reo-304846120124019199-mg-0030484-6120124019199-trf1?ref=serp>. Acesso em: 10 maio 2019.

que documentos que contenham fé pública, como registro civil, certidão de casamento ou de nascimento dos filhos servem na comprovação da condição de rurícola.

Como visto em tópico anterior deste artigo, a informalidade à qual o segurado especial está sujeito impossibilita na maioria das vezes a apresentação de um único documento dentre os relacionados no art. 106, da Lei nº 8.213/91, os quais são entendidos pela jurisprudência como prova plena da condição de segurado especial, desobrigando da prova testemunhal.

Portanto, como abordado nos dois julgados citados, o segurado pode se valer de documentos que não estão especificados em nenhum dos róis estudados, só deve se valer de testemunha que demonstre a veracidade dos fatos a se provar.

É pacífico na jurisprudência que os documentos dotados de fé pública do Oficial do Cartório, os quais constem a qualificação do requerente, são admitidos para início de prova material. Entendimento evidenciado com a edição da Súmula 06¹⁰³, da Turma Nacional de Uniformização do Juizado Federal, que enuncia: “A certidão de casamento ou outro documento que evidencie a condição de trabalhador rural do cônjuge constitui início de prova material da atividade rurícola”.

Além da aceitação de documentos dotados de fé pública, há jurisprudência acerca de fotografias, aceitando-as desde que seja possibilitada a identificação da data de sua tirada, demonstrado a contemporaneidade com os fatos.

Nesse sentido é o entendimento do Tribunal Regional Federal da 3ª Região - TRF3:

AGRAVO LEGAL. PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO RURAL. COMPROVAÇÃO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE

¹⁰³ BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. **Súmula nº 06**. Data de Julgamento: 26/08/2003. Data da Publicação: DJ 25/09/2003. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=6&PHPSESSID=3go9li2s89jlaiuft6a2tav390>. Acesso em: 09 maio 2019.

SERVIÇO. INDEFERIMENTO. [...] **fotografia. - Quanto a prova testemunhal, ela é coesa e harmônica no sentido de comprovar que a parte autora exerceu atividade rural desde 1982 até 1985, na zona rural de Moreira Sales/SP, no cultivo de café, milho, arroz e feijão** (fls. 97/102).[...]¹⁰⁴(grifo nosso)

Na jurisprudência trazida pelo TRF3, o entendimento da Corte Regional é muito interessante, pois houve a aceitação de fotografia como prova material de comprovação do tempo rural, no entanto, consolidou sua harmonia com a prova testemunhal, sendo esta última responsável por afirmar o exercício da atividade.

A jurisprudência também evoluiu no sentido de não exigir comprovação de todo o período rural de carência para o benefício de aposentadoria rural por idade, contrapondo o entendimento do INSS que era no sentido de o segurado dispor de documento comprobatório para cada ano de labor.

A Súmula nº 14¹⁰⁵, da TNU, pacificou a questão, dispondo que “Para concessão de aposentadoria rural por idade, não se exige que o início de prova material corresponda a todo o período equivalente à carência do benefício”.

É cristalino que o Poder Judiciário e a legislação não exigem somente a prova plena da atividade rural, mas o início de prova material, a qual deve ser acompanhada de testemunhal que permita a comprovação da condição de segurado especial

¹⁰⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. **APELAÇÃO CÍVEL**: AC 0002609-19.2014.4.03.9999 SP. Relator: Desembargadora Federal Luiz Stefanini. Data de Julgamento: 24/04/2017. Data da Publicação: e-DJF3 09/05/2017. Disponível em: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/497762980/apelacao-civel-ac-26091920144039999-sp?ref=serp>. Acesso em: 10 maio 2019.

¹⁰⁵ BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. **Súmula nº 14**. Data de Julgamento: 10/05/2004. Data da Publicação: DJ 25/05/2004. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=14&PHPSESSID=3go9li2s89jlaiuft6a2tav390>. Acesso em: 09 maio 2019.

Referindo-se à exigência de prova oral, testemunhal, além do início da prova material do tempo exercido na atividade rural, é o entendimento emitido em acórdão oriundo do Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4:

PREVIDENCIÁRIO. TEMPO RURAL. REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR. COMPROVAÇÃO. AVERBAÇÃO. **1. É devido o reconhecimento do tempo de serviço rural, em regime de economia familiar, quando comprovado mediante início de prova material corroborado por testemunhas.**¹⁰⁶(grifo nosso)

O TRF4, no julgado acima trazido, determinou que fosse creditado o tempo de serviço rural para o demandante, sendo que o mesmo conseguiu corroborar o início de prova material com testemunhas, deixando evidente a aceitação da prova com início ao tempo a ser provado, não necessitando de ser esta de todo o período, desde que haja a confirmação por testemunhas.

A prova testemunhal aos olhos da jurisprudência não é o bastante para a comprovação do tempo rural, tornou-se cristalino esse entendimento na Súmula 149107, do STJ: “A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário”.

Segue o julgado da Corte Superior acerca da aplicação da Súmula 149:

Todavia, embora a autora tenha apresentado documentos qualificando seu marido como rurícola, e a oitiva de testemunhas tenha confirmado seu labor rural, não logrou demonstrar os vínculos empregatícios ou os recolhimentos de contribuições no período posterior a 31/12/2010, conforme as regras introduzidas pela Lei nº 11.718/08, em seu art. 2º,

¹⁰⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. **Apelação Cível:** AC 5025826-37.2018.4.04.9999 5025826-37.2018.4.04.9999. Relator: Desembargador Federal Altair Antônio Gregório. Data de Julgamento: 20/11/2018. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/652035467/apelacao-civel-ac-50258263720184049999-5025826-3720184049999?ref=serp>. Acesso em: 10 maio 2019.

¹⁰⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção – S3. **Súmula nº 149.** Data de Julgamento: 07/12/1995. Data da Publicação: DJ 18/12/1995. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27149%27>. Acesso em: 27 fev. 2019.

parágrafo único, e art. 3º, incisos I e II. Assim, inexistindo prova dos recolhimentos exigidos pela lei acima referida, no período imediatamente anterior à data do implemento do requisito etário, a prova exclusivamente testemunhal não basta para a comprovação da atividade rural, havendo necessidade de início de prova material, conforme entendimento cristalizado na Súmula 149, in verbis: "A prova exclusivamente testemunhal não basta à comprovação da atividade rurícola, para efeito da obtenção do benefício previdenciário".¹⁰⁸

Depreende-se do julgado acima que a prova testemunhal isolada não é cabível na comprovação do tempo de exercício da atividade rural, quando se tratar de obtenção de benefício previdenciário, sendo necessária a produção da prova material que possa caracterizar o caráter contributivo do segurado.

Tem-se também o entendimento na jurisprudência acerca da não admissão da declaração do sindicato de trabalhadores rurais sem que haja a homologação do INSS como início da prova material.

Eis a decisão da TNU acerca deste entendimento:

AVERBAÇÃO DE TEMPO DE SERVIÇO RURAL. INÍCIO DE PROVA MATERIAL. DECLARAÇÃO DE SINDICATO DE TRABALHADORES RURAIS. 1. O acórdão recorrido considerou que a declaração do presidente do sindicato dos trabalhadores rurais homologada pelo INSS não possui valor jurídico. Ao se referir à homologação da declaração, o acórdão involuntariamente omitiu a palavra não, incidindo em erro material. Não há nos autos declaração homologada pelo INSS. O acórdão quis, na verdade, se referir à declaração de sindicato sem homologação do INSS. Erro material que pode ser detectado de ofício. 2. Está demonstrada divergência jurisprudencial em torno da admissibilidade da declaração de sindicato de trabalhadores rurais sem homologação do INSS ou do Ministério Público como início de prova material. **3. A jurisprudência dominante da TNU é contrária à aceitação**

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AGINT no RESP 1768259 / SP Agravo Interno no Recurso Especial 2018/0245943-0**. Data de Julgamento: 09/04/2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201802459430&dt_publicacao=12/04/2019. Acesso em: 10 maio 2019.

dessa modalidade de documento. Precedentes: PEDIDO 2008.50.52.000507-2, Rel. Juiz Federal Alcides Saldanha Lima, DOU 24/05/2011; PEDIDO 2004.83.20.003767-0, Rel. Juiz Federal Otávio Henrique Martins Port, Dou 13.10.2009; PEDIDO 2007.72.55.009096-5, Rel. Juiz Federal Élio Wanderley de Siqueira Filho, DJ 28/07/2009.

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é vacilante a respeito da admissibilidade da declaração de sindicato de trabalhadores rurais sem homologação do INSS ou do Ministério Público como início de prova material. Há vários julgados da Corte em sentido contrário à aceitação desse documento para efeito de comprovação indiciária de exercício de atividade rural (AGREsp 852.514, Rel. Nilson Naves, DJ 18/12/2006; AGA 698.089, Rel. Paulo Galloti, DJ 25/9/2006, AGREsp 416.971, Rel. Helio Quaglia, DJU 27/3/2006; AGREsp 739.339, Rel. Arnaldo Lima, DJ 14/11/2005).[...]¹⁰⁹(grifo nosso)

Como visto, podem-se citar aqui inúmeros julgados que corroboram para a aceitação de provas não exemplificadas no rol do art. 106, da Lei 8.213/91, sendo assim, como forma de sintetizar o entendimento vislumbrado pelo posicionamento jurisprudencial, Maria Helena Carreira Alvim Ribeiro¹¹⁰, pesquisando jurisprudência sobre a matéria, relaciona os seguintes documentos, os quais são usualmente admitidos como prova material:

- 1) Certidão de casamento do segurado;
- 2) Certidão de nascimento de filhos do segurado;
- 3) Título Eleitoral. Onde conste a profissão de lavrador;

¹⁰⁹ BRASIL. Turma Nacional de Uniformização - TNU. **Pedido De Uniformização De Interpretação De Lei Federal:** PEDILEF 222654220074036301. Relator: Juiz Federal Rogério Moreira Alves. Data de Julgamento: 29/02/2012. Data de Publicação: DOU 13/04/2012. Disponível em: <https://tnu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21580776/pedido-de-uniformizacao-de-interpretacao-de-lei-federal-pedilef-222654220074036301-tnu?ref=serp>. Acesso em: 10 maio 2019.

¹¹⁰ RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Trabalhador Rural**. Segurado Especial: legislação, doutrina e jurisprudência. 3. ed. Curitiba: Alteridade, 2018. p. 124.

- 4) Certidão de Alistamento Militar, constando a profissão de lavrador;
- 5) Certificado de Dispensa de Incorporação emitido pelo Ministério do Exército, constando que o segurado foi dispensado do serviço militar por “residir em Município não Tributário”;
- 6) Documento de Informação e Atualização Cadastral do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural, e Documento de Informação e Apuração do Imposto sobre a propriedade Territorial Rural;
- 7) Certificado de Cadastro de Imóvel Rural em nome do segurado especial;
- 8) Cópia de Escritura Pública da Propriedade rural em nome do segurado ou de terceiro onde trabalhe;
- 9) Declaração da Junta de Serviço Militar da Prefeitura Municipal, onde conste que o Autor ao se alistar no Serviço Militar declarou a profissão lavrador;
- 10) Fichas de assistência médica do FUNRURAL;
- 11) Carteira de Identidade de Beneficiário, emitida pelo INAMPS, onde conste a profissão como trabalhador rural;
- 12) Histórico escolar dos filhos emitido por escola situada em zona rural;
- 13) Contrato de arrendamento de propriedade agrícola;
- 14) Contrato de parceria ou comodato rural;
- 15) Escritura de compra e venda de propriedade agrícola;

- 16) Bloco de notas do produtor rural;
- 17) Cópias de ITR;
- 18) Comprovante de pagamento de ITR em nome do pai do segurado especial;
- 19) Certificado de Cadastro de Imóvel Rural em nome do pai do segurado especial;
- 20) Documento de informação e atualização cadastral de ITR em nome do pai do segurado especial;
- 21) Comprovante de cadastro emitido pelo INCRA, por Certificado de Cadastro de Imóvel Rural – CCIR, ou qualquer outro documento emitido pelo INCRA, indicando que o segurado é proprietário de imóvel rural ou exerce atividade rural como usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgado, comodatário ou arrendatário rural;
- 22) Autorização de Ocupação Temporária fornecida pelo INCRA;
- 23) Comprovante de pagamento do Imposto Territorial Rural – ITR;
- 24) Comprovante de recolhimento de contribuição à Previdência Social decorrentes da comercialização da produção;
- 25) Notas fiscais de entrada de mercadorias emitidas pela empresa adquirente da produção, com indicação do nome do segurado como vendedor;
- 26) Documentos fiscais relativos à entrega de produção rural à cooperativa agrícola, entreposto de pescado, ou outros, com indicação do segurado como vendedor ou consignante;

- 27) Cópia da declaração de imposto de renda, com indicação de renda proveniente da comercialização de produção rural;
- 28) Caderneta de inscrição pessoal visada pela Capitania dos Portos, pela Superintendência do Desenvolvimento da Pesca – SUDEPE, ou pelo Departamento Nacional de Obras Contra a Seca – DNOCS;
- 29) Licença de ocupação ou permissão outorgada pelo INCRA;
- 30) Certidão fornecida pela FUNAI, certificando a condição do índio como trabalhador rural; e
- 31) Declaração do sindicato que representa o trabalhador rural e do sindicato ou colônia de pescadores homologada pelo INSS. Se não estiver homologada pelo INSS valerá apenas como prova testemunhal.

Portanto, examinando a jurisprudência depreende-se que o exercício da atividade rural pode ser comprovado por quaisquer meios de prova que o evidencie, sendo aceito de forma plena ou corroborado com testemunha idônea. Como vislumbrado nas palavras de José Antonio Savaris¹¹¹, em um contexto do Estado Democrático Constitucional, é de extrema gravidade a abertura de espaço para que se suprima ou recusa direitos fundamentais em inexistente regra.

Por fim, pode-se concluir que a jurisprudência tem feito um papel de extrema importância no processo de aposentação do segurado especial, ficando demonstrado que os róis presentes na legislação previdenciária não são suficientes, assim como a prova extemporânea que dita o início da prova material, sendo está passível de confirmação por testemunha. Porém, é notório que o direito à

¹¹¹ SAVARIS, José Antonio. **Hipossuficiência do Segurado Especial**: um requisito sem amparo legal. Disponível em: <http://www.joseantoniosavaris.com.br/hipossuficiencia-do-segurado-especial-um-requisito-sem-amparo-legal/> Acesso em: 10 maio 2019.

aposentadoria vem sendo garantido na esfera judicial com as provas não elencadas na legislação previdenciária o que deixa evidenciado o caráter exemplificativo das provas elencadas.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa teve como objetivo analisar os meios de prova admitidos administrativamente no processo de aposentação do segurado especial rural, bem como sua efetividade para garantir o direito social à Previdência Social destes indivíduos, considerando a informalidade da atividade rurícola.

A justificativa da pesquisa deve-se pela crescente demanda de processos perante o Poder Judiciário tendo por objeto a aposentadoria do segurado especial, devido a negativa perante o INSS, acarretada pela falta de comprovação da contribuição previdenciária ou tempo de exercício na atividade rural nos moldes que os personalizam como essa espécie de segurados.

Para alcançar os resultados, inicialmente, foi feita a abordagem sobre os aspectos que caracterizam a Previdência Social como sendo um direito fundamental inerente aos trabalhadores, destacando dois princípios norteadores desse entendimento, o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio da responsabilidade sociojurídica, enfatizando sua aplicabilidade no contexto do segurado especial.

Em segundo momento, foram abordados os aspectos da aposentadoria do segurado especial, analisando quem a Previdência Social trata como ~~sende~~ segurado especial, enfatizando as peculiaridades trazidas pela lei, doutrina e jurisprudência a respeito de seu conceito. Abordando, ainda, o caráter informal da atividade rurícola, evidenciando as consequências trazidas por essa informalidade, como, por exemplo, a falta de documentos comprobatórios do exercício de

atividade rural para fins de aposentação, e a função social desempenhada pelo segurado especial diante do contexto nacional.

Também foram abordados, em terceiro momento, os meios de prova que podem ser utilizados por estes segurados sendo os mais comuns: a prova documental, a prova testemunhal e a prova extemporânea.

Na prova documental, foi descrito os documentos elencados tanto em lei quanto em instrução normativa do próprio INSS, os quais atestam o tempo na atividade rural e a qualidade de segurado especial.

Em relação à prova testemunhal, foi abordado o seu caráter complementar, demonstrado o entendimento consolidado acerca da sua não aceitação exclusiva.

Finalizando esse terceiro momento, foi abordado os aspectos da prova extemporânea, analisando sua aplicabilidade efetiva no processo de aposentação do segurado especial, e sua afinidade com a prova testemunhal.

E por fim, o último momento da pesquisa foi dedicado à análise do posicionamento da jurisprudência acerca da comprovação do tempo rural e da qualidade de segurado especial, abordando algumas jurisprudências de diversos Tribunais do país de julgados inerentes à aceitação de provas não elencadas no rol trazido por diplomas legais, sua relatividade para assegurar o direito à aposentadoria.

Por todo o exposto é possível constatar que os meios de prova elencados pela norma não são suficientes para garantir o direito fundamental à aposentadoria ao segurado especial, diante da sua informalidade, pois esse não possui subsídios para conseguir produzi-los, demonstrando-se obstáculo na comprovação do exercício da atividade rural.

Os agentes públicos, no âmbito administrativo, são obrigados a seguir um rol de provas que não se coaduna com a realidade enfrentada por esses trabalhadores

do campo, os quais acharam na atividade do campo a única forma de sobrevivência de sua família, os quais abriram mão na maioria das vezes de estudo, água encanada, luz, etc. mordomias que a cidade proporciona, para morar no campo e desempenharem uma função tão importante para saúde e economia nacional.

O que se pode concluir também, é que o Poder Judiciário assiste no seu dia a dia uma batalha acirrada entre segurados especiais e o INSS, uma batalha entre vulneráveis e a fazenda pública, onde o que se tem a decidir são requisitos, que se cumpridos, acarretam na garantia de meio de sobrevivência de uma família.

Sendo assim, foram demonstrados argumentos robustos e suficientes para que fique comprovado que existem dois meios de prova no geral, as administrativas e as judiciais. As administrativas são aquelas trazidas pelo legislador ou por normas administrativas que não espelham a realidade do segurado especial, tornando-se as vezes impossíveis, e as judiciais sendo aquelas que pelo livre convencimento do juiz podem ser aceitas como prova da comprovação do tempo na atividade rural, retratando a possibilidade de provar desses trabalhadores do campo.

Neste sentido, destaca-se que apesar do entendimento de que os meios provas trazidos pelas normas sejam meramente exemplificativos, seria um grande avanço se houvesse a proposta legislativa para ampliar esse rol tendo como base o que vem sendo decidido pelos tribunais, o que acarretaria uma diminuição significativa das demandas judiciais pertinentes ao tema, pois estas seriam de fato resolvidas onde a Constituição Federal aponta competência, o INSS.

Diante de todo o exposto, conclui-se que a aceitação de múltiplos meios de prova, sendo estes previstos ou não na legislação previdenciária, representa viabilizar o direito à aposentadoria, e, portanto, um direito fundamental.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Priscilla Cárita de et al. **Aspectos e distinções entre assistência social e previdência social.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/59495/aspectos-e-distincoes-entre-assistencia-social-e-previdencia-social> Acesso em: 22 maio 2019.

BRASIL, **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm#art2044. Acesso em: 27 fev. 2019.

BRASIL, **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8213cons.htm. Acesso em: 27 fev. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 fev. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 27 fev. 2019.

BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social. **Instrução Normativa nº 77, de 21 de janeiro de 2015.** Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/32120879/do1-2015-01-22-instrucao-normativa-n-77-de-21-de-janeiro-de-2015-32120750. Acesso em: 09 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.718, de 20 de junho de 2008.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11718.htm. Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. **Lei no 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AGINT no RESP 1768259 / SP Agravo Interno no Recurso Especial 2018/0245943-0.** Data de Julgamento: 09/04/2019. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201802459430&dt_publicacao=12/04/2019. Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial:** REsp 1650326 MT 2017/0005876-0. Relator: Ministro Herman Benjamin, Data de Julgamento: 06/06/2017. Data da Publicação: Dje 30/06/2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/474450103/recurso-especial-resp-1650326-mt-2017-0005876-0?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção – S3. **Súmula nº 149.** Data de Julgamento: 07/12/1995. Data da Publicação: DJ 18/12/1995. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27149%27>. Acesso em: 27 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. Primeira Turma. **Remessa Ex Officio:** REO 0030484-61.2012.4.01.9199 MG 0030484-61.2012.4.01.9199. Relator: Desembargador Federal Kássio Nunes Marques, Data de Julgamento: 12/06/2013. Data da Publicação: e-DJF1 06/09/2013. Disponível em: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24142178/remessa-ex-officio-reo-304846120124019199-mg-0030484-6120124019199-trf1?ref=serp>. Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região – TRF3. **APELAÇÃO CÍVEL:** AC 0002609-19.2014.4.03.9999 SP. Relator: Desembargadora Federal Luiz Stefanini. Data de Julgamento: 24/04/2017. Data da Publicação: e-DJF3 09/05/2017. Disponível em: <https://trf-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/497762980/apelacao-civil-ac-26091920144039999-sp?ref=serp>. Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – TRF4. **Apelação/Reexame Necessário:** APELREEX 0002664-48.2007.404.7004 PR 0002664-48.2007.404.7004. Relator: Des. Gilson Jacobsen, Data de Julgamento: 17/03/2011. Data da Publicação:

Dje 23/03/2011. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18641164/apelacao-reexame-necessario-apelreex-7004-pr-0002664-4820074047004-trf4?ref=serp>. Acesso em: 09 maio 2019.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização - TNU. **Pedido De Uniformização De Interpretação De Lei Federal**: PEDILEF 222654220074036301. Relator: Juiz Federal Rogério Moreira Alves. Data de Julgamento: 29/02/2012. Data de Publicação: DOU 13/04/2012. Disponível em: <https://tnu.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21580776/pedido-de-uniformizacao-de-interpretacao-de-lei-federal-pedilef-222654220074036301-tnu?ref=serp>. Acesso em: 10 maio 2019.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. **Súmula nº 30**. Data de Julgamento: 12/12/2005. Data da Publicação: DJ 13/12/2005. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=30&PHPSESSID=f7ai9322u6as8vje08d2r1n3n4>. Acesso em: 09 maio 2019.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. **Súmula nº 34**. Data de Julgamento: 26/06/2006. Data da Publicação: DJ 04/08/2006. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=34&PHPSESSID=3go9li2s89jlaiuft6a2tav390>. Acesso em: 09 maio 2019.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. **Súmula nº 14**. Data de Julgamento: 10/05/2004. Data da Publicação: DJ 25/05/2004. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=14&PHPSESSID=3go9li2s89jlaiuft6a2tav390>. Acesso em: 09 maio 2019.

BRASIL. Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. **Súmula nº 06**. Data de Julgamento: 26/08/2003. Data da Publicação: DJ 25/09/2003. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=6&PHPSESSID=3go9li2s89jlaiuft6a2tav390>. Acesso em: 09 maio 2019.

CASTILHO, Ingrid. **Brasil: 70% dos alimentos que vão à mesa dos brasileiros são da agricultura familiar**. Secretaria Especial de Agricultura Familiar e do Desenvolvimento Agrário, Assessoria de Comunicação, 02 de outubro de 2017. Disponível em: <http://www.mda.gov.br/sitemda/noticias/brasil-70-dos-alimentos-que-v%C3%A3o-%C3%A0-mesa-dos-brasileiros-s%C3%A3o-da-agricultura-familiar>. Acesso em: 25 abr. 2019.

GONÇALVES, Gláucio Maciel. Coordenador: KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **Comentários às Súmulas da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais: Súmula nº 34**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Coordenador: LENZA, Pedro. **Direito Processual Civil Esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

JUNIOR, Elton Roberto Rodrigues. **Segurado Especial: aspectos contributivos e sociais frente do regime geral de previdência social**. Disponível em: www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj057546.pdf. Acesso em: 27 fev. 2019.

KON, Anita. **Diversidade nas Condições da Informalidade do Trabalho Brasileiro**. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/6357772.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2019.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 22. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2018.

MICHAELIS. **Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=in+natura>. Acesso em: 09 maio 2019.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAIS, Océlio de Jesús C. **Inclusão Previdenciária**: uma questão de justiça social. São Paulo: LTr, 2015.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Trabalhador Rural. Segurado Especial**: legislação, doutrina e jurisprudência. 3. ed. Curitiba: Alteridade, 2018.

SAVARIS, José Antonio. **Hipossuficiência do Segurado Especial**: um requisito sem amparo legal. Disponível em: <http://www.joseantoniosavaris.com.br/hipossuficiencia-do-segurado-especial-um-requisito-sem-amparo-legal/> Acesso em: 10 maio 2019.

EXECUÇÃO DE TAXAS CONDOMINIAIS: POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DE TAXAS CONDOMINIAIS VINCENDAS NO PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL

CHRISTIAN EISING OENNING: Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI (2014). Possui especialização em nível de pós-graduação *lato sensu* em Direito Empresarial e dos Negócios (2016). É advogado e sócio no escritório Oenning Advocacia & Consultoria, com sede na cidade de Balneário Camboriú – SC.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Da natureza jurídica do crédito condominial. 2. Do procedimento de execução de título extrajudicial. 3. Da (im)possibilidade de inclusão de taxas condominiais vincendas no procedimento de execução de título extrajudicial. Considerações Finais; Referência das Fontes Citadas.

RESUMO

O presente artigo tem por escopo tratar sobre a possibilidade ou impossibilidade de inclusão das taxas condominiais vincendas no procedimento da execução de título extrajudicial, percorrendo a análise jurídica sobre a questão processual e fática. Sendo assim, inicialmente será exposto o conceito de taxas condominiais e do condomínio em si. Em um segundo momento, se dará uma sucinta análise sobre o procedimento de execução de título extrajudicial. Por fim, será esmiuçada a questão da possibilidade ou não do pleito de inclusão das taxas condominiais vincendas pelo rito executório. Destarte, diante de todo o estudo realizado se traça considerações finais conforme entendimentos realizados. Quanto à Metodologia, foi utilizada a base lógica Indutiva, além das Técnicas do Referente, da Categoria, do Conceito Operacional e da Pesquisa Bibliográfica

PALAVRAS-CHAVE: Taxa Condominial. Execução de Título Extrajudicial. Taxas Vincendas. Lei 13.105/15.

ABSTRACT: The purpose of this article is to discuss the possibility or impossibility of including condemnation fees due in the extrajudicial title procedure, through a legal analysis of the procedural and factual issues. Therefore, the concept of condominium fees and the condominium itself will initially be exposed. In a second moment, a brief analysis will be given on the procedure of execution of extrajudicial title. Finally, the question of the possibility or not of the inclusion of the condominial fees vincends by the executory rite will be examined. Therefore, in the face of the whole study, we draw up final considerations according to the understandings made. As for the Methodology, the Inductive Logic base was used, as well as Referent Techniques, Category, Operational Concept and Bibliographic Research

KEYWORDS

Condominial Rate. Execution of Extrajudicial Title. Linked Rates. Law 13.105/15.

INTRODUÇÃO

O objeto deste artigo científico é fomentar um debate teleológico acerca da possibilidade ou impossibilidade de inclusão de taxas condominiais que vencerem no curso do processo durante o andamento de execução de título extrajudicial, em razão das diversas divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao tema. Seus objetivos são: a) Institucional: produção de Artigo Científico acadêmico; b) geral: analisar a legislação, a doutrina e a jurisprudência relativa ao processo de execução, em especial o que tange à taxas condominiais e dívidas de natureza *propter rem*. Os Objetivos Específicos são: a) compreender, em breve resumo, os institutos da execução de título extrajudicial. b) entender os aspectos gerais do crédito condominial; c) analisar as correntes doutrinárias e jurisprudenciais relativas à tentativa de inclusão de taxas condominiais vincendas no decorrer da lide. d) identificar e promover um exame jurídico sobre o tema objeto.

O artigo está dividido em três momentos: no primeiro se fez uma análise acerca da natureza das taxas condominiais; no segundo momento se examina o procedimento de execução de título extrajudicial. Posteriormente se faz um estudo específico sobre a tentativa de inclusão de taxas condominiais vincendas no procedimento de execução de título extrajudicial

O método utilizado tanto na fase de investigação quanto no tratamento dos dados e no relato dos resultados que se consiste neste ensaio, foi a base lógica indutiva¹¹².

As técnicas empregadas foram a do referente¹¹³, da categoria¹¹⁴, do conceito operacional¹¹⁵ e da pesquisa bibliográfica¹¹⁶ e documental, esta última, pela via eletrônica.

1. DA NATUREZA JURÍDICA DO CRÉDITO CONDOMINIAL.

A contribuição condominial é de caráter *propter rem* e possui características singulares que garantem primazia no confronto de preferências de créditos.

112 O método indutivo consiste em “[...] *pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral* [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 86.

113 Denomina-se referente “[...] *a explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa*.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 54. Negritos no original.

114 Entende-se por categoria a “[...] *palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia*.” PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 25. Negritos no original.

115 Por conceito operacional entende-se a “[...] definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 198.

116 Pesquisa bibliográfica é a “[...] *Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais*”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 12 ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 207.

Conforme a doutrina pátria, a obrigação *propter rem* é a que recai sobre uma pessoa, por força de determinado direito real, que no caso das taxas condominiais seria a propriedade do imóvel, e subsiste em razão da situação jurídica de titular do domínio de determinada coisa, o tornando responsável pelo cumprimento das obrigações provenientes da mesma, os chamados *ius ad rem*, ou seja, obrigações advindas da coisa.

Sobre o tema, Flavio Tartuce¹¹⁷ conceitua:

A obrigação *propter rem* é aquela que deve ser realizada por uma pessoa, por consequência de seu domínio ou sua posse sobre alguma coisa móvel ou imóvel. Entre vários exemplos pode-se citar a obrigação que o proprietário do imóvel tem de pagar as despesas do condomínio, previsto no artigo 1.345 do código civil brasileiro de 2002, uma vez que o adquirente do imóvel em condomínio edilício responde por tais débitos, que acompanham a coisa.

Tendo caráter de obrigação inerente a existência do bem, a jurisprudência corriqueiramente lhe tem atribuído preferência na ordem de crédito, estando praticamente uniformizado o entendimento de que a dívida por contribuição condominial tem preferência, equiparando inclusive à créditos com caráter alimentar.

Veja-se que a jurisprudência é firme inclusive em sobrepor o crédito condominial à outros direitos reais de garantia, inclusive sobre a alienação fiduciária¹¹⁸.

É de se expor, inclusive, que as taxas condominiais existem não por vontade direta da coletividade de moradores, mas por força da sua peculiaridade

117 TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v.2: **Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 9. Ed. São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 88

118 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.379.981/SP, da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, DF. 5 de maio de 2016 Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoaes/?num_registro=201301223104&dt_publicacao=12/05/2016. Acesso em: 13 de Outubro de 2018.

de conservar e manter o bem, e por este motivo possui a característica de obrigação *propter rem*.

A obrigação de arcar com as despesas legais decorre igualmente de expressa previsão legal do art. 12 da Lei 4.591/64119, aduzindo que todos os condôminos estão obrigados a concorrer para as despesas de conservação e manutenção do condomínio:

“Art. 12. Cada condômino concorrerá nas despesas do condomínio, recolhendo, nos prazos previstos na Convenção, a quota-parte que lhe couber em rateio”.

Tal disposição também emerge do contido no do art. 1.336, I e § 1º do Código Civil Brasileiro de 2002120:

“Art. 1.336. São deveres do condômino:
I - contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção;

Assim, conclui-se a contribuição condominial é importante forma de conservar e manter o acervo condominial, visando não só o bom uso das áreas comuns, mas também efetivar o direito constitucional de moradia, afetando diretamente grande parte dos cidadãos.

2. DO PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL

A luz do art. 1.315 do Código Civil Brasileiro de 2002121, o condômino é obrigado, na proporção de sua parte, a concorrer para as despesas de conservação ou divisão da coisa, e a suportar os ônus destas.

119	BRASIL.	Lei	4.591/64.	Lei	dos	Condomínios.	Disponível	em:
								http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm
120	BRASIL.	Lei	10.406/2002.	Código	Civil	Brasileiro.	Disponível	em:
								http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm
121	BRASIL.	Lei	10.406/2002.	Código	Civil	Brasileiro.	Disponível	em:
								http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm

Além disso, conforme mencionado anteriormente, o pagamento das taxas condominiais é uma obrigação propter rem, ou seja, decorre da existência da coisa e não da vontade do seu titular, que a partir do momento em que adquire o bem, adquire junto dele referida obrigação.

Na vigência do da Lei nº 5.869/73122, Código de Processo Civil de 1973, que vigorou até Março de 2016, não existia a possibilidade de execução das parcelas condominiais, ficando o condomínio restrito à ação de conhecimento para declaração de inadimplência.

Somente com o advento da Lei nº 13.105/15123, o Código de Processo Civil de 2015, que sobreveio disposição estabelecendo os créditos condominiais como títulos executivos, conforme disposto no artigo 784, X, da mencionada lei, conforme *in verbis*:

“Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

[...]

X - o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas;

Portanto, temos que o legislador ao incluir o crédito condominial no rol de títulos extrajudiciais atentou-se à nova realidade de habitação, o que demonstra um interesse de celeridade na recuperação do referido crédito pelo condomínio, a fim de não imputar duplo ônus aos condôminos adimplentes, que terão que arcar incidentalmente pelas despesas decorrentes do inadimplemento dos demais.

3. DA POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DE TAXAS CONDOMINIAIS VINCENDAS NO PROCEDIMENTO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL

122 BRASIL. Lei nº 5.869/73. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm.

123 BRASIL. Lei 13.105/15. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

Como já dito, o Código de Processo Civil de 2015 incluiu as taxas condominiais no rol de títulos executivos a fim de trazer maior celeridade à cobrança dos débitos, trazendo segurança jurídica a todos os demais condôminos.

Desta forma, em uma análise perfunctória, é de se crer que as taxas condominiais que vencerem no decorrer da demanda também devem integrar o bojo da demanda executiva, eis que de outra forma estaria se desvirtuando o intuito do legislador, pois a celeridade seria arranhada pela necessidade de propositura de diversas demandas na hipótese de inadimplência contumaz.

Portanto, mostra-se totalmente admissível a inclusão das parcelas que vencerem no decorrer da demanda executiva, a teor do que aduz o art. 323 do CPC/15, que deve ser interpretado de forma subsidiária ao disposto no § único do art. 771 mesmo diploma legal, porque totalmente compatíveis, conforme in verbis:

Art. 323. Na ação que tiver por objeto cumprimento de obrigação em prestações sucessivas, essas serão consideradas incluídas no pedido, independentemente de declaração expressa do autor, e serão incluídas na condenação, enquanto durar a obrigação, se o devedor, no curso do processo, deixar de pagá-las ou de consigná-las.

Art. 771. Este Livro regula o procedimento da execução fundada em título extrajudicial, e suas disposições aplicam-se, também, no que couber, aos procedimentos especiais de execução, aos atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença, bem como aos efeitos de atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva.

Parágrafo único. Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições do Livro I da Parte Especial.

Aliás, o legislador fez questão de consignar no artigo 786 do CPC/15 que *"a necessidade de simples operações aritméticas para apurar o crédito exequendo não retira a liquidez da obrigação constante do título"*, de modo que não se vislumbra óbice legal para que a execução compreenda as parcelas que se

vencerem no curso do processo, até o efetivo pagamento, desde que, como no caso, se tratem de prestações periódicas.

Importante salientar que o Superior Tribunal de Justiça sedimentou recente entendimento acerca do tema, na data de 15/02/2019, junto ao REsp nº 1759364 / RS (2018/0201250-3)124, transcrito abaixo:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE COTAS CONDOMINIAIS. INCLUSÃO DAS PARCELAS VINCENDAS NO DÉBITO EXEQUENDO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO LEGAL CONTIDA NOS ARTS. 323 E 771, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DÉBITOS ORIGINADOS DA MESMA RELAÇÃO OBRIGACIONAL. AUSÊNCIA DE DESCARACTERIZAÇÃO DOS REQUISITOS DO TÍTULO EXECUTIVO (LIQUIDEZ, CERTEZA E EXIGIBILIDADE) NA HIPÓTESE. HOMENAGEM AOS PRINCÍPIOS DA EFETIVIDADE E ECONOMIA PROCESSUAL. RECURSO PROVIDO. 1. O cerne da controvérsia consiste em saber se, à luz das disposições do Código de Processo Civil de 2015, é possível a inclusão, em ação de execução de título extrajudicial, das parcelas vincendas no débito exequendo, até o cumprimento integral da obrigação no curso do processo. [...] Com efeito, o art. 771 do CPC/2015, que regula o procedimento da execução fundada em título extrajudicial, permite, em seu parágrafo único, a aplicação subsidiária das disposições concernentes ao processo de conhecimento à execução, dentre as quais se insere a regra do aludido art. 323. [...] (STJ - REsp 1759364 / RS 2018/0201250-3, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE (1150), Data do Julgamento: 05/02/2019, Data da Publicação: 15/02/2019, T3 - TERCEIRA TURMA)

Igualmente o referido tribunal havia se manifestado em um Agravo em Recurso Especial nº 1.113.133125, na data de 05/09/2017:

124 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1759364 / RS (2018/0201250-3), da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, DF. 5 de maio de 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201759364>. Acesso em: 22 de Maio de 2019.

125 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1.113.133. Dec. Monocrática. Rel. Min. Moura Ribeiro. Disponível em:

Processo civil. Agravo em recurso especial. Ação de execução de título extrajudicial. Cotas condominiais. Inclusão de prestações vincendas. Possibilidade. Recurso especial. Interposto na vigência do NCP. Acórdão impugnado. Divergência com a jurisprudência da corte. Súmula nº 568, do STJ. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial. (AREsp nº 1.113.133. Min. Moura Ribeiro. DJe 05/09/17).

Assim, finda-se o estudo acerca da possibilidade ou impossibilidade de de inclusão das taxas condominiais vincendas no decorrer da execução de título extrajudicial fulcrada em contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, sendo possível afirmar confirmar a viabilidade de inclusão das taxas condominiais que forem vencendo no decorrer do processo executório, conforme sedimentou o Superior Tribunal de Justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o desenvolvimento do artigo se compreendeu acerca dos créditos condominiais e dos procedimentos inerentes à cobrança destes. O primeiro item dissertou sobre a natureza jurídica do crédito condominial. Já no segundo momento se esmiuçou acerca do procedimento executório de cobrança das contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, e o terceiro momento explanou-se sobre a possibilidade de inclusão das taxas condominiais vincendas no decorrer do processo de execução, fomentando posteriormente a discussão sobre o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

Cumpriu-se fomentar um debate teleológico acerca do aspecto das taxas condominiais previstas no ordenamento jurídico brasileiro, exemplificando e argumentando quanto ao assunto.

Persebe-se que diante da questão aqui abordada, que toda a doutrina e jurisprudência sobre o tema se dá no sentido da celeridade processual e melhor interesse ao credor, privilegiando os condôminos adimplentes, para que não recaia sobre esse demasiado ônus no que tange à cobrança.

Por fim, chega-se a ponderação de que é necessário se aprofundar na discussão acerca do tema, eis que a cada dia a verticalização da moradia, com o conseqüente surgimento de novos condomínios que nos rodeiam permanentemente na vida cotidiana trazem praticamente uma obrigação de respeito e observância dos interesses do Condomínio como um todo.

Destaca-se que o presente artigo não tem caráter exauriente, dado que, indubitavelmente, surgirão novas discussões sobre o tema e a doutrina e a jurisprudência se amoldará no sentido de alterar as classificações, características e afins relativas às taxas condominiais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1759364 / RS (2018/0201250-3), da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, DF. 5 de maio de 2019 Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=REsp%201759364>. Acesso em: 22 de Maio de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1.113.133. Dec. Monocrática. Rel. Min. Moura Ribeiro. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=75633190&num_registro=201701309705&data=20170905&formato=PDF. Acesso em 22/05/2019.

BRASIL. Lei 4.591/64. Lei dos Condomínios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm

BRASIL. Lei nº 5.869/73. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm.

BRASIL. Lei 10.406/2002. Código Civil Brasileiro. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm

BRASIL. Lei 13.105/15. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm

PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática. 12 ed. rev.
São Paulo: Conceito Editorial, 2011,p. 207.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v.2: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil.
9. Ed. São Paulo: MÉTODO, 2014. p. 88

JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL: NOVOS CAMINHOS PARA A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E A DESJUDICIALIZAÇÃO

PRISCILA DE MIRANDA NASCIMENTO:

Graduanda em Direito. Licenciada em Letras: Português e Inglês.

FERNANDO SILVEIRA MELO
PLENTZ DE MIRANDA
(Orientador)

RESUMO: Este trabalho busca apresentar de forma prática e objetiva os avanços e retrocessos havidos no que tange ao sistema punitivo mundial e as razões pelas quais surgiu a necessidade de se criar novas formas de resolução de conflitos visando a busca pela humanização das penas e conseqüentemente a diminuição de processos judiciais. A esta nova forma de resolução de conflitos na esfera penal, dá-se o nome de Justiça Restaurativa e após 14 anos de aplicação em nosso território, esta vem atingindo os objetivos a que se propõe notadamente no quesito meio alternativo de resolução de conflitos.

Palavras-chave: Resolução de conflitos. Justiça Restaurativa. Desjudicialização.

SUMÁRIO: 1 A EVOLUÇÃO DO SISTEMA PUNITIVO. 2 CONCEITO E ORIGEM DA JUSTIÇA RESTAURATIVA. 3 APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 5 REFERÊNCIAS

1 A EVOLUÇÃO DO SISTEMA PUNITIVO

Para que possamos conhecer de que se trata a Justiça Restaurativa, precisamos contextualizar brevemente a origem do sistema punitivo existente.

O Sistema Punitivo passou por inúmeras evoluções e regressões no decorrer dos tempos. Ainda nos tempos primórdios as fases que representavam essas evoluções eram denominadas Fases da Vingança Penal. Observa-se inicialmente a

Vingança Privada em que a pena pelo ilícito praticado era estabelecida pela própria vítima, por seus parentes ou demais pessoas daquela comunidade. Não havia, portanto, proporcionalidade uma vez que a pena a ser cumprida era muito pior do que a ofensa ou o dano que este havia causado à vítima.

É no decorrer desta fase que surge a Lei de Talião dentro do Código de Hamurabi em que se buscava delimitar que a sanção a ser aplicada ao infrator tivesse a mesma medida que o dano causado por ele. Era o chamado “Olho por olho, dente por dente”. A Lei de Talião adotada pelo referido Código foi a primeira tentativa de humanização da sanção criminal, pois dessa forma, autor e vítima teriam tratamento igualitário.

A partir de então, a pena passa a ser pensada de outra forma, tal como uma composição em que as partes passam a acordar uma forma de punição em que não haja sofrimento, dor e sobre algo que possa ser “negociado”. Dessa forma, o apenado poderia comprar sua liberdade mediante pagamento com seus bens materiais. Essa ocasião dá início à ideia de indenizações e multas que hoje são diariamente aplicadas nos litígios.

Na fase denominada Vingança Divina influenciada fortemente pelo misticismo, as penas eram tratadas como manifestações divinas (“totem”) aplicada pelos sacerdotes, as quais mereciam ser executadas de maneiras cruéis e desumanas, permitindo até que o infrator reparasse com a própria vida o mal cometido.

Já na fase denominada Vingança Pública, o Rei, o Príncipe ou a pessoa colocada como autoridade perante o povo era quem possuía o poder de apenar o indivíduo. Aplicava-se muito nesta época a pena de morte, pois considerava-se uma afronta ao poder do Rei que por sua vez estava representando a vontade e interesses do povo.

Além disso eram aplicados os suplícios, como por exemplo, a pena de esquartejamento, em que se amarrava cada membro do ofensor em quatro cavalos e às ordens do Rei, tinha o ofensor seu corpo desmembrado, queimado com óleo fervente, cera e enxofre, piche em fogo e após era reduzido às cinzas e lançado ao vento. Segundo Foucault (1984, p.34),

O suplício é uma pena corporal, dolosa, é a arte quantitativa do sofrimento. (...) A morte suplício é também a arte de reter a vida no sofrimento subdividindo-a em mil mortes. (...) A pena é calculada de acordo com as regras detalhadas: número de golpes, de açoites, localização do ferrete em brasa, tempo de agonia na fogueira ou na roda, tipo de mutilação a impor.

Com o advento do período humanitário, no século XVII a XIX, há o desaparecimento dos suplícios e se altera o meio de julgamento do indivíduo onde passa a se verificar o fato ocorrido, determina-se quem o praticou e aplica-se uma pena adequada ao delito praticado. Neste momento, passa a se observar os aspectos do delito, a intenção do agente e a forma como será julgado. A pena aplicada agora não mais possui o caráter de castigar o infrator e sim passa a utilizá-lo para a execução de trabalhos forçados. O mais importante neste momento é a sua aptidão e capacidade física para a realização desses trabalhos.

Neste interim, entre o final do século XVIII e início do século XIX, com o nascimento do iluminismo e em decorrência do aumento dos crimes patrimoniais a prisão passa a trazer a ideia de humanidade ao apenado uma vez que este tem privada sua liberdade para "pagar sua dívida" perante a justiça e sociedade. Surge nesta época pensadores como Beccaria (2012), que em seu livro "Dos delitos e das penas" pugnava pela atenuação das penas bem como pela garantia dos direitos dos acusados.

Com isto, passa a se verificar que as penas aplicadas de modo a punir corporalmente o acusado eram ilegais e feriam seus direitos. Portanto, a prisão deixa de causar a dor física para atingir a alma do infrator. O indivíduo que antes

era punido fisicamente ou obrigado a realizar trabalhos forçados agora é privado de sua liberdade. Enquanto isolado do mundo este perde sua própria vontade, ficando sujeito então às regras existentes na prisão, adequando e adaptando-se ao poder institucional. Com isso, a ideia trazida por Foucault em seu livro *Vigiar e Punir* procura demonstrar que para o Estado é mais interessante vigiar do que punir, pois ao fazê-lo, as pessoas têm consciência de que devem respeitar, cumprir as leis e não agir em desacordo com estas para que não necessitem de punição.

Constata-se, portanto, que conforme mencionado no início, a história do sistema punitivo no mundo passou por evoluções e regressões e que a todo momento surgiam ideias e novas formas de se enxergar como se deve ser apenado o indivíduo que comete um ilícito. E é sobre essas novas formas que esse trabalho vem elucidar.

2 CONCEITO E ORIGEM DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Conforme dito anteriormente, embora tenha havido evoluções e retrocessos, a Justiça Restaurativa também não surge com o ideal de substituir o sistema punitivo atual. Pelo contrário, esta traz a ideia de que devemos ver o crime sob uma nova perspectiva, como dito nas palavras de (Zehr, 2008, p.7) “A lente através da qual enxergamos determina o modo como configuraremos o problema e a solução”. Devemos observar os danos, necessidades e obrigações de todos os envolvidos em um crime buscando-se a reparação das relações interpessoais. Assim sendo, mais do que uma nova forma de enxergarmos o crime, “A Justiça Restaurativa em seu cerne é um conjunto de princípios e valores, uma filosofia, uma série alternativa de perguntas paradigmáticas”. (Zehr, 2017, p.13)

Não é possível precisarmos quando a Justiça Restaurativa teve início. O que se sabe é que seus valores e princípios sempre existiram nos costumes indígenas primitivos, como uma tradição cultural e religiosa. No entanto, os estudos e projetos-pilotos relacionados a este tema se intensificam nos anos 70 em países

como o Canadá, Ontário, Indiana e Estados Unidos surgindo como uma ideia de promover encontros entre vítima e ofensor originando dessa forma o modelo de programa que mais tarde seria utilizado em outras partes do mundo.

Na Nova Zelândia, a partir do ano de 1989, a Justiça Restaurativa é o centro do Sistema Penal para a infância e juventude (Zehr, 2017, p.12). Mas afinal, o que é Justiça Restaurativa? Para Zehr, (2017, p. 54)

A Justiça Restaurativa é uma abordagem que visa promover justiça e que envolve, tanto quanto possível, todos aqueles que tem interesse numa ofensa ou dano específico, num processo que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa, a fim de restabelecer as pessoas e endireitar as coisas na medida do possível.

A priori, faz-se mister destacar que a justiça restaurativa se trata de uma alternativa para solução de conflitos, tendo como foco o atendimento às necessidades primeiramente da vítima, a qual por muitas vezes sente-se ignorada, não encontra respaldo da justiça criminal para obter respostas para entender como ou por que ocorreu o delito e posteriormente o que ocorreu com o ofensor. Em razão deste processo de não obter informações, a vítima também, por muitas vezes, não possui a oportunidade de narrar os fatos demonstrando sua verdade.

Além disso, uma vez que no sistema retributivo, utilizado atualmente, é o Estado quem busca solução e defende os interesses da vítima, esta sente-se privada do controle sobre sua própria vida, suas emoções, etc. Por fim, para a vítima tão importante quanto ser ouvida, esta deseja também obter a restituição do dano causado, o qual é capaz de lhe gerar o sentimento de efetiva responsabilização do ofensor, ou seja, a partir do momento em que ela é restituída, é como se o ofensor estivesse lhe oferecendo um pedido de desculpas, garantindo-lhe a sensação de ter o ofensor reconhecido que lhe causou um mal e que se responsabiliza por isto.

Em segundo plano, as necessidades do ofensor também se demonstram importantes, uma vez que precisamos ter por certo que este será devidamente punido pelo ato cometido. No entanto, é obvio afirmar que o ofensor irá refutar todas as alegações impostas contra si, com a finalidade de obter o mínimo de pena possível para que posteriormente e provavelmente volte a cometer delitos.

De encontro a isto, a justiça restaurativa busca demonstrar ao indivíduo o efeito que seus atos ilícitos e danos puderam causar em terceiros, verificando quais eram as suas necessidades, oferecendo-lhe ajuda à curar-se dos males que o levaram a cometer o delito, dando-lhe a oportunidade de tratar-se de traumas, vícios e dependências e principalmente, estimulando lhe a empatia, permitindo que ele se coloque no lugar da vítima para sentir o que ela sentiu, para compreender o tamanho do dano que ele lhe causou.

A terceira parte importante neste processo restaurativo é a comunidade, tendo em vista que com o decorrer do tempo perde-se o senso de comunidade, de responsabilidade pelo todo e neste processo é possível restabelecer e estimulá-los a assumir suas responsabilidades e obrigações perante o coletivo em favor de seu bem-estar e dos demais coobrigados, promovendo assim, um ambiente de convívio mais saudável.

Para promover a Justiça Restaurativa, além de compreender que seu foco são as necessidades, obrigações e danos que envolvem as partes do conflito e não apenas a punição a ser aplicada, é preciso conhecer seus princípios e quais são as formas utilizadas para aplicação da Justiça Restaurativa na atualidade.

Pensar em justiça é buscar a atitude correspondente ao dano gerado, a resposta adequada ao que foi acometido à vítima. Para tanto, a justiça restaurativa tem como pressupostos a violação das necessidades das pessoas e de relacionamentos, a necessidade de reparação destes danos que gera a obrigação de corrigí-lo, saná-lo, fazendo, portanto, justiça.

O primeiro princípio da justiça restaurativa é enxergar o crime como uma violação de pessoas e de relacionamentos. Todos os envolvidos que forem lesados precisam ser recompostos, tanto àquelas diretamente ligadas ao fato quanto às famílias da vítima e do ofensor, testemunhas, membros da comunidade, etc., cada uma em seu grau de dano pode ser considerada como vítima e por isso, são detentores do interesse na busca por justiça. O papel do Estado neste momento, é o de investigar os fatos, promover meios para que se facilite o processo de restauração e garantir a segurança dos envolvidos.

Esta violação faz gerar o segundo princípio que se trata da obrigação do ofensor em corrigir seu comportamento dentro do possível. A vítima participa deste processo, pois como vítima primária (a mais diretamente atingida) lhe cabe o direito de participar da definição de obrigações que devem ser cumpridas pelo ofensor.

Desta feita, o ofensor recebe a oportunidade e é estimulado a analisar e compreender o mal que ocasionou e a garantia de que será responsabilizado de maneira adequada. Trata-se de uma forma de buscar com que ele voluntariamente reconheça seus erros e possa repará-los. Um exemplo de obrigação a ser cumprida pelo ofensor é a restituição de bens e valores que são consideradas prioritárias em relação a outros tipos de sanções.

Ademais, se faz importante a participação da comunidade neste processo, uma vez que ela tem o dever de dar apoio, prestar ajuda às vítimas de um crime, apoiar os esforços de se promover uma reintegração dos ofensores na sociedade, criando um ambiente de bem-estar e condições para se atingir a paz com que todos merecem viver.

Feito isso, como terceiro princípio, a justiça restaurativa busca reestabelecer pessoas e corrigir os males. Com isso, garante-se que a vítima tenha o respaldo necessário para atender às suas necessidades e permita também que o ofensor possa continuar a sua vida sob uma nova perspectiva. O consentimento mútuo das

obrigações e responsabilidades permite que nada seja imposto, como atualmente é feito, mas faz com que as partes estejam engajadas e envolvidas no processo de reestabelecimento daquilo que se violou, se rompeu. Cria-se a oportunidade para pedir perdão, para reconciliação, para a prática da empatia. O ofensor recebe apoio, atenção e respeito durante o processo restaurativo. Este processo provoca também mudanças na comunidade de modo que evita que fatos semelhantes atinjam outras pessoas. Além disso, sendo assegurada a participação de todos os envolvidos no fato, é possível fazermos com que as decisões não sejam tomadas sempre da mesma forma e em razão disto, evita-se a discriminação, o preconceito, etc.

O meio como são realizadas as práticas restaurativas, nas quais se busca o que foi apresentado anteriormente, podem se dar de três formas. Encontros entre vítima e ofensor, Conferência de Grupos Familiares e os Processos Circulares. Veremos a mais utilizada que se denomina Processos Circulares.

Os processos circulares ficaram conhecidos dentre os povos indígenas denominados aborígenes no Canadá. Posteriormente, foi reconhecido através de sentença, pela primeira vez, pela vara onde atuava o juiz Barry Stuart como “Círculos de Construção da Paz” (Zehr, 2017, p.70).

Neste contexto, todos os envolvidos se acomodam em círculos, onde utilizando-se de um “bastão da fala”, é oportunizado para que cada um dos integrantes expresse sua opinião e suas necessidades. Há também os facilitadores que denominados “guardiães do círculo” auxiliam os envolvidos por meio de questionamentos, insights e conselhos.

Além do bastão da fala, esta prática de justiça restaurativa inclui uma declaração inicial dos envolvidos, oportunidade na qual são explicitados seus valores, sua integridade, importância de se expressar com sinceridade, etc.

Neste ínterim, esta modalidade permite que não somente as pessoas envolvidas diretamente com o fato ou o dano participem do processo, mas também as pessoas da sociedade, tal como a comunidade, pessoas convidadas, profissionais do Poder Judiciário. A importância da comunidade neste processo é fundamental, uma vez que, o diálogo entre os participantes permite que sejam demonstradas as violações que vem ocorrendo, as responsabilidades e normas que toda comunidade deve possuir.

3 APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL

A Justiça Restaurativa no Brasil passou a ser aplicada no Brasil após a edição da Resolução n.º 225 do CNJ em razão de uma recomendação do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas nas Resoluções de n.º 1999/26, 2000/14 e 2002/12 onde são estabelecidos além dos princípios que a norteiam, conforme descrito em seu artigo 2º, quer sejam os de corresponsabilidade, reparação dos danos, atendimento às necessidades de todos os envolvidos, informalidade, voluntariedade, imparcialidade, participação, empoderamento, consensualidade, confidencialidade, celeridade e urbanidade, a forma como a Justiça Restaurativa deverá ser aplicada.

Esta resolução do CNJ é de suma relevância para implantação dessa modalidade de resolução de conflitos em nosso país. Primeiro porque nos termos da Constituição da República, em seu artigo 5º, XXXV, "é direito de todos o acesso à justiça". Segundo, pois há várias hipóteses dentre as quais ela pode ser aplicada conforme descritas nos artigos 72, 77 e 89 da Lei 9099/95, quando permitem a possibilidade de transação entre as partes bem como na condição de suspensão condicional do processo de natureza criminal, em trâmite perante às Varas dos Juizados Especiais Criminais.

Em nosso país, a Justiça Restaurativa vem sendo aplicada para o atendimento dos adolescentes em conflito com a lei, sempre priorizando às vítimas em observância à Lei 12.594/12, em seu artigo 35, II e III.

De acordo com a referida Resolução, constitui-se Justiça Restaurativa o conjunto de ações, princípios, métodos e técnicas que promovem a conscientização sobre diversos fatores da sociedade, tais como as relações interpessoais, institucionais e sociais que desencadeiam conflitos e violência, gerando com isso, efetivos danos às pessoas direta ou indiretamente envolvidas.

Para que possa ser colocada em prática, tal como já mencionamos, a Justiça Restaurativa prescinde do atendimento às necessidades dos envolvidos no crime/ infração, identificação das obrigações e responsabilidades, reparação dos danos e restauração das relações interpessoais. Para isso, é necessária a participação do ofensor ou ofendido (ou representantes destes), representantes da comunidade ou pessoas convidadas que possam ter sido atingidas pelo fato ocorrido. No entanto, faz-se necessário também a presença dos facilitadores que capacitados em técnicas de composição podem auxiliar as demais partes durante a prática restaurativa. Esses facilitadores geralmente são servidores do Poder Judiciário, agentes públicos, voluntários ou pessoas representantes de entidades parceiras.

Conforme falamos anteriormente, um dos princípios que norteiam a Justiça Restaurativa é o princípio da voluntariedade. Assim sendo, para que as práticas restaurativas possam ocorrer é fundamental que as partes tenham prévio, livre e espontâneo consentimento e expressem sua concordância e reconhecimento de que o fato realmente existiu. Cabe-lhes ainda, a retratação até que seja homologado o procedimento restaurativo.

Para implementação dos programas de Justiça Restaurativa, o CNJ atribui essa competência aos Tribunais de Justiça que coordenados e estruturados pelo órgão competente devem incentivar e promover capacitação de magistrados e

servidores nas técnicas e métodos da JR, bem como devem estipular locais para sua aplicação. Tem competência também para estabelecer parcerias entre entidades que lhes convém, como por exemplo, secretaria da educação, entidades de fins assistenciais para menores, entre outras, para que possam realizar os atendimentos necessários.

Não obstante tal resolução do CNJ, também foi firmado em 14 de Agosto de 2014, entre a Associação dos Magistrados Brasileiros e demais instituições brasileiras, como Secretaria dos Direitos Humanos, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, São Paulo, Distrito Federal, Departamento Penitenciário Nacional, Associação brasileira dos Magistrados da Infância e Juventude, entre outros, o Protocolo de Cooperação Interinstitucional para Difusão da Justiça Restaurativa que tem por objetivos promover, difundir e implantar programas de justiça restaurativa em nosso país, em decorrência da necessidade de se existir novas formas de resolução de conflitos auto compositivas, atendimento e serviços especiais voltados situações com crianças e adolescentes em extrema vulnerabilidade social, envolvidas com drogas, violência e criminalidade.

A importância da Justiça Restaurativa reflete não somente na possibilidade de restaurarmos as relações interpessoais como também na diminuição dos números de processos distribuídos nos fóruns no país.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça levantados no ano de 2018, há pelo menos 80 milhões de processos aguardando solução definitiva. A associação dos magistrados brasileiros acredita que 40% dos processos existentes no país poderiam ser resolvidos por meio de outra forma de resolução de conflitos, tais como mediação, conciliação e arbitragem. Ademais, importante mencionar que a economia gerada com os custos relativos a esses processos chegaria a R\$ 63 bilhões aos cofres públicos.

Dessa forma, a Justiça Restaurativa, além de cumprir seu papel na resolução de conflitos, reparação de danos e responsabilização dos respectivos envolvidos, também pode ser vista como uma forma de contribuir com a desjudicialização do Poder Judiciário, ou seja, buscar resolução de conflitos fora da esfera judicial, assegurando sobretudo o direito fundamental do cidadão tanto com relação ao acesso à justiça quanto com a celeridade dos procedimentos.

No Estado de São Paulo, para a efetiva implementação de projetos de Justiça Restaurativa desenvolveu-se a metodologia que denominou-se “polos irradiadores” que para (Mumme e Penido, 2014, p.80), significa,

Os “polos irradiadores são locais necessariamente com a participação direta ou com o acompanhamento do Judiciário local que recebem a proposta, inovando a prática de resolução de conflito, que visa, em última instância, à harmonização justa dos conflitos nas três dimensões – relacional, institucional e social –, por meio da implementação da Justiça Restaurativa.

Muitos desses polos irradiadores realizaram parcerias com as Secretarias da Educação, Cultura, Esporte, Polícia Militar, Guarda Civil Municipal, para que pudessem desenvolver tais processos circulares em escolas da rede pública, nos casos de brigas e lesões corporais entre os adolescentes, ofensas a professores bem como danos patrimoniais ocasionados às escolas.

Um dos mais importantes Polos Irradiadores da Justiça Restaurativa, o Núcleo da Justiça Restaurativa foi implantado na comarca de Tatuí, interior de SP, no ano de 2012. Na referida comarca, no ano de 2014, este núcleo deu início à aplicação dos processos circulares com jovens maiores e menores de 18 anos, os quais haviam sido flagrados em atos de pichação ilegal, respondendo perante o Juízo da Infância e Juventude ou Juizado Especial Criminal por estes atos.

Com a participação da comunidade, após a concordância destes jovens em participar dos processos circulares e a compreensão de que haviam cometido um

erro e teriam sido irresponsáveis, constatou-se que no município não havia espaço para que eles pudessem expressar e desenvolver a arte de grafiteagem da qual eles faziam parte.

Os resultados destes processos circulares foram satisfatórios, tendo em vista que, os jovens assumindo suas responsabilidades se comprometeram a localizar “pontos bons na cidade” para que pudessem expressar sua arte e com isso, foi posto em prática um projeto, por meio do Conselho Municipal da Cultura, que os auxiliou nessa questão. Mais do que ter consciência de suas responsabilidades, estes jovens não voltaram a cometer os mesmos atos.

Nesta comarca de Tatuí foi formado também o Grupo Gestor Interinstitucional representado por instituições como Secretaria Municipal da Saúde, Educação, Esporte, Cultura entre outros que tem por finalidade identificar as causas que levam os jovens à atos de violência ou de danos, visando criar políticas públicas que possam suprir essas deficiências e disseminar as ideais da Justiça Restaurativa em suas instituições.

No município de Sorocaba, a Justiça Restaurativa passou a ser implementada após um projeto realizado entre a Secretaria de Igualdade e Assistência Social da Prefeitura de Sorocaba. Para tanto, foi inaugurada no ano de 2017 uma sala no prédio da referida Secretaria para que se pudessem realizar os círculos restaurativos.

Para aplicação dessa modalidade de resolução dos conflitos, não se faz necessária a presença de um juiz. Basta que haja um facilitador que tenha participado e concluído do curso de formação de facilitadores para que possa conduzir esses encontros entre vítima e agressor. O que mais se nota como resultado da implantação dessa modalidade é a diminuição da reincidência se comparado aos métodos utilizados pelo Poder Judiciário atual.

A fim de dar embasamento à esta modalidade de resolução de conflitos, foi decretada na Comarca de Sorocaba, em 3 de outubro de 2017, sob o nº 23.118 a Lei que dispõe sobre a participação do município na implementação local da Justiça Restaurativa, criando se também, tal como na comarca de Tatuí, um grupo Gestor Interinstitucional, para que possam designar integrantes dos Poderes Executivo, Judiciário e da sociedade civil capacitando-os para atuarem como facilitadores nos processos circulares. Verificando-se a aplicação e os efetivos resultados da Justiça Restaurativa em nosso país, resta demonstrado que nossa sociedade urge de medidas alternativas para a resolução de conflitos de maneira eficaz, responsável e principalmente humanizada.

Para ilustrar o presente trabalho, trago abaixo dois casos práticos de aplicação da Justiça Restaurativa, a saber:

Assalto à mão armada a um restaurante. Dos quatro assaltantes, três são adolescentes; um deles, empregado do estabelecimento, e outro que já havia trabalhado ali. Só foram descobertos e presos depois de alguns meses de investigação policial. Durante esse tempo, o fruto do crime, R\$ 3.750 para cada um, foi gasto: roupas e tênis de grife, aparelho de som "legal", correntes de ouro, festas.

Com o processo em mãos, o juiz convidou a todos os envolvidos para participarem de uma prática restaurativa. Reuniram-se os adolescentes, seus pais e a vítima para falar de forma aberta sobre o ocorrido. Como os rapazes se mostraram dispostos a devolver a quantia furtada, o juiz concedeu a liberdade assistida para os menores e foi combinada a devolução do dinheiro de forma parcelada, conforme a possibilidade econômica de cada um.

O magistrado fez uma exigência: o pagamento deveria ser feito mensalmente no local do assalto. "Esta foi uma experiência de alta dimensão pedagógica, porque além de economizar três previsíveis vagas na privação de liberdade, evitamos que esses adolescentes tivessem agravado a sua trajetória infracional", comenta Leoberto Brancher, responsável pelo caso e coordenador na AMB da campanha

de difusão da Justiça Restaurativa. (Casos de Sucesso, Justiça Restaurativa, 2019)

Era uma briga de vizinhos de área rural que durava mais de dez anos. A disputa envolvia inicialmente a demarcação das terras, mas se estendeu pelo uso das águas de uma nascente que ficava entre as duas propriedades. Os anos passaram marcados por agressões e ameaças de ambos os lados. Durante a primeira audiência na Justiça, os envolvidos foram convidados a participar de uma prática incomum, que tinha como finalidade restaurar aquela relação estremecida e reparar os danos causados pelos diversos embates.

Foram algumas sessões individuais e em conjunto. Numa delas, a Agência Reguladora de Águas (ADASA), do Distrito Federal, participou como convidada a propor solução ao conflito. O resultado: os dois moradores se uniram para evitar a degradação da nascente. “Alcançamos a pacificação e o apadrinhamento das águas, uma solução completamente não pensada por ninguém”. (Casos de Sucesso, Justiça Restaurativa, 2019)

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando o exposto no presente trabalho é possível verificar que a Justiça Restaurativa vem conquistando seu espaço em nossa sociedade e cada vez mais vem conseguindo quebrar paradigmas preestabelecidos que já não são mais capazes de fazer justiça.

Graças ao apoio, divulgação, envolvimento e engajamento dos órgãos institucionais e adeptos desse tipo de resolução de conflitos, a Justiça Restaurativa vem permitindo que inúmeros casos de violência, crimes de menor potencial ofensivo e crimes contra o patrimônio sejam solucionados de maneira pacífica e tenham bons resultados, sem a necessidade de se mover o Poder Judiciário para a busca da efetiva reparação dos danos e responsabilização dos indivíduos.

Podemos verificar nos exemplos colacionados que é possível se reestabelecer a ordem, trazer novamente a paz entre as pessoas e comunidade e

criar novas formas de se solucionar os conflitos por meio do diálogo, da empatia, do estabelecimento de responsabilidades, da reparação dos danos causados e da busca pelo recomeçar, tornando nosso meio de convivência um lugar de paz e tranquilidade.

Aplicando-se essa nova modalidade de solução de conflitos podemos obter resultados eficientes na condução de casos em que o diálogo, a responsabilização e a empatia podem mudar a forma como vemos os conflitos e nos permitir alcançar verdadeiramente a tão sonhada paz social e ainda, reduzir o número de processos judiciais que muitas vezes acabam por criar ainda mais transtornos, reincidência e caos.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Portal CNJ. **Resolução nº 225 de 31 de maio de 2016**. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf. Acesso em 15/10/2018.
- BRASIL. Portal Associação dos Magistrados brasileiros. **Protocolo de Cooperação Interinstitucional para difusão da Justiça Restaurativa**. Disponível em <http://www.amb.com.br/jr/docs/protocolo.pdf>. Acesso em 14/10/2018.
- BRASIL. Portal Prefeitura de Sorocaba. **Decreto Lei sobre Participação do Município na Implementação da Justiça Restaurativa**. Disponível em <https://leismunicipais.com.br/a/sp/s/sorocaba/decreto/2017/2312/23118/decreto-n-23118-2017-dispoe-sobre-a-participacao-do-municipio-na-implementacao-local-da-justica-restaurativa-e-da-outras-providencias-2017-10-03-versao-original>. Acesso em 14/10/2018.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão**. Rio de Janeiro. Editora Vozes, 42ª ed, 2014.

MAIA, Diego Dall Agnol, **A ideia de uma justiça restaurativa**. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=20065&revista_caderno=15. Acesso em 16/09/2018.

ZEHR, Howard. **Trocando as Lentes**. Disponível em <http://www.amb.com.br/jr/docs/pdfestudo.pdf>. Acesso em 15/10/2018.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. São Paulo. Palas Athena, 2017.

Evolução Histórica do Direito Penal e Escolas Penais. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=514. Acesso em 15/10/2018.

Métodos e Desenvolvimento dos mecanismos de punição. Disponível em https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/14619/14619_3.PDF. Acesso em 18/12/2018.

O Surgimento da Justiça Restaurativa. Disponível em <http://www.justicarestaurativa.com.br/portal/index.php/o-que-e-justica-restaurativa/o-surgimento-da-justica-restaurativa>. Acesso em 17/02/2019.

Processos Circulares. Disponível em https://www.mprj.mp.br/documents/20184/237640/apresentacao_simone_petitet_e_soraia_melo_cecip.pdf. Acesso em 17/02/2019.

Protocolo de Cooperação Interinstitucional para difusão da Justiça Restaurativa. Disponível em <http://www.amb.com.br/jr/docs/protocolo.pdf>. Acesso em 20/02/2019.

Justiça Restaurativa possíveis efeitos práticos. Disponível em https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/680178446/justica-restaurativa-e-possiveis-efeitos-praticos?utm_campaign=newsletter-daily_20190227_8161&utm_medium=email&utm_source=newsletter. Acesso em 05/03/2019.



Vídeo mostra casos de sucesso da Justiça Restaurativa no Brasil. Disponível em <http://www.teiadapaz.org.br/estacoes-de-observacao/amb/news/video-mostra-casos-de-sucesso-da-justica-restaurativa-no-brasil>. Acesso em 06/04/2019.

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA DE TERRITÓRIOS QUILOMBOLAS E A DEFENSORIA PÚBLICA COMO *CUSTOS VULNERABILIS*

POLLIANA DE ARAÚJO ROCHA : Advogada. Pós-graduada em Estado e Direito dos Povos e Comunidades Tradicionais pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Graduada em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). Endereço eletrônico: polli.rocha@hotmail.com.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo analisar o arcabouço normativo nacional e internacional que confere o direito à terra às comunidades quilombolas; descrever como se dá o processo administrativo para a regularização fundiária das terras e territórios quilombolas junto ao Instituto Nacional de Regularização e Reforma Agrária (INCRA) e analisar de que forma pode se dar a atuação interventiva da Defensoria Pública na condição de *Custos Vulnerabilis*.

Palavras-chave: Processo Administrativo de Regularização Fundiária das Terras Quilombolas; Defensoria Pública; *Custos Vulnerabilis*.

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo analizar el marco normativo nacional e internacional que confiere el derecho a la tierra a las comunidades quilombolas; describir como ocurre el proceso administrativo para la regularización agraria de las tierras y territorios quilombolas em el Instituto Nacional de Regularización y Reforma Agraria (INCRA) y analizar de qué forma puede darse la actuación interviniente de la Defensoría Pública en la condición de *Custos Vulnerabilis*.

Palabras clave: Proceso Administrativo de Regularización de las Tierras Quilombolas; Defensor público; *Custos Vulnerabilis*.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Do Direito à Terra Conferido às Comunidades Quilombolas; 2.1. Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho; 2.2.

A Constituição Federal de 1988, o artigo 68 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e o Decreto n. 4.887/2003 que o regulamenta; 2.3. Fases do Processo Administrativo de Regularização Fundiária Junto ao Instituto Nacional de Colonização Reforma Agrária (INCRA); 3. Acesso à Justiça, Vulnerabilidade e a Atuação da Defensoria Pública como *Custos Vulnerabilis*; 3.1. Acesso à Justiça; 3.2. Proteção Jurídica de Pessoas em Situação de Vulnerabilidade; 3.3. Modelo de Assistência Jurídica Adotado pelo Brasil e a Defensoria Pública como *Custos Vulnerabilis*; 4. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico oferece tratamento normativo à questão da regularização das terras ocupadas pelas comunidades negras tradicionais. No entanto, o mero arcabouço legislativo destinado à proteção das comunidades remanescentes de quilombos não é medida suficiente à efetivação dos seus direitos, notadamente no que diz respeito à outorga das terras por elas tradicionalmente ocupadas.

Em razão disso, o presente trabalho tem como intuito estudar a proteção normativa conferida às comunidades quilombolas no que tange ao seu direito à terra, bem como o papel da Defensoria Pública - instituição que tem como missão a defesa e proteção das povos tradicionais, com vital importância para consecução dos objetivos e a ampliação do diálogo democrático entre estas comunidades, a sociedade e o Estado -, na condição de Guardiã dos Vulneráveis, ou *Custos Vulnerabilis*, no bojo do processo de regularização fundiária de territórios quilombolas.

Os objetivos do trabalho são, portanto, analisar o arcabouço normativo nacional e internacional que conferem o direito à terra às comunidades quilombolas; descrever como se dá o processo administrativo para a regularização fundiária das terras e territórios quilombolas junto ao INCRA e analisar de que forma

pode se dar a atuação interventiva da Defensoria Pública na condição de *Custos Vulnerabilis*.

Para introduzir ao tema, faz-se imprescindível trazer conceitos iniciais sobre quilombo, quilombola e território.

O quilombo representa uma forma própria de emancipação em relação ao Estado, consubstanciada na luta e resistência das comunidades negras tradicionais em face do sistema escravagista que vigorou no Brasil do período imperial ao colonial. O quilombo tem sua origem, portanto, da opressão.

Esse Estado paralelo foi construído, inicialmente, como reduto de fuga e refúgio para aqueles submetidos à escravidão, tornando-se, mais à frente, lugar de resgate da cultura africana e dos laços familiares perdidos com a escravização. É nesse *locus* de reprodução física, social e cultural que foi sendo forjado o conceito de quilombola.

Com o fim da escravidão, os quilombos foram incorporados aos núcleos urbanos informais que tinham pouca ou nenhuma atuação estatal - denominados "favelas"; ou mantiveram-se com o perfil de comunidades negras agrícolas tradicionais - situadas fora das áreas urbanas, porém, próximas às outras formas de expansão agrícola, pastoril e extrativista -, contando, muitas vezes, com elevado nível de organização social, como, por exemplo, o Quilombo dos Palmares, que se localizava no estado de Alagoas.

No entanto, longo lapso temporal se passou desde que houvesse a superação da fase de criminalização dos quilombos, da invisibilidade e, por fim, fosse alcançado o reconhecimento como direito humano e fundamental tutelado pela Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) nº 169, o artigo 68 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT); a Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010 - Institui o Estatuto da Igualdade Racial; Lei nº 7.668, de 22 de agosto

de 1988 - Autoriza o Poder Executivo a constituir a Fundação Cultural Palmares - FCP; o Decreto nº 4.887, de 20.11.2003 - Regulamenta o art. 68 do ADCT, dentre outras previsões normativas. Faz-se imprescindível estabelecer quem são os destinatários da normativa nacional e internacional. É dizer, quem são os quilombolas e quais são os contornos do quilombo hodiernamente.

A Convenção OIT nº 169 dispõe que é aplicada aos povos tribais – sendo aqui incluída as comunidades negras tradicionais – em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial.

Ademais, estabelece que a consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as suas disposições (artigo 1º, item 3). Nesse mesmo sentido é a previsão do artigo 2º do Decreto nº 4.887/2003, que prevê:

Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida. § 1º Para os fins deste Decreto, a caracterização dos remanescentes das comunidades dos quilombos será atestada mediante autodefinição da própria comunidade.

Cumpra assinalar, apenas *an passant*, que referido critério foi julgado como constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.239, promovida pelo Partido da Frente Liberal - PFL, atual DEM em 25 de abril do ano de 2004, julgada pelo plenário do Supremo em 08 de fevereiro de 2018.

Para tanto, são características para definição destas comunidades: (a) a autoidentificação; (b) trajetória histórica própria; (c) relações territoriais específicas;

(d) presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência histórica sofrida. Nesse sentido são as lições de Eduardo César Paredes de Carvalho (2012):

Quanto à auto-atribuição, é o próprio quilombola que diz se ele é ou não pertencente a uma comunidade remanescente de quilombo. Trata-se de um conceito antropológico (RIBEIRO, 2006c), que também permeia a identificação da matriz-étnica indígena e de outras comunidades tradicionais. O significado de trajetória histórica própria é o ponto de particularidade de determinada comunidade quilombola, ou seja, a idéia de contrastividade (ARRUTI, 2006); que expressa o enlace histórico específico, se diferenciando, inclusive, de outras comunidades quilombolas, ou seja, é quase que uma declaração de independência/ resistência do quilombo em face da sociedade nacional. O quilombo se destaca da sociedade nacional, se revelando como reduto de luta e resistência negra à escravidão e a opressão que dela vieram e que por anos se seguiu. (CARVALHO, 2012, p. 11)

A autoidentificação como quilombola retrata a ideia de consciência de identidade coletiva enquanto referência acerca do que se é. Para tanto, segundo a cartilha informativa elaborada pelo Instituto Nacional de Reforma Agrária (INCRA), a definição como comunidade quilombola parte da presunção da ancestralidade negra, apresentando-se um histórico de resistência coletiva a opressão sofrida, desde o período escravagista até a atualidade - já que esta (a opressão) não deixou de ser operante nos dias atuais, tanto da parte da sociedade como do Estado.

Dessa forma, a identidade quilombola assume duas vertentes: uma individual, quando depende da consciência de cada membro para se reconhecer como quilombola e, ao mesmo tempo, uma coletiva, tendo em vista que representa a identidade coletiva.

Paredes de Carvalho (2012, p. 11) identifica, ainda, que o aspecto em comum entre as comunidades quilombolas é a etnicidade, tendo a terra como questão central, uma vez que é nesse espaço matriz que derivam todos os demais direitos.

A forma de definição do quilombo na visão atual encontra, portanto, estreita relação com a questão agrária.

Quanto ao território, Haesbaert (2006, p. 54) leciona que este não está ligado apenas a uma delimitação geográfica, de poder, mas também a identidade do sujeito e suas vivências que caracterizam suas ações na sociedade. Observa-se que o mesmo é constituído de relações de poder, de ações, que estão relacionados com a identidade, a cultura, e a historicidade. Como afirma o autor, “antes de tudo com referência às relações sociais (ou culturais, em sentido amplo) em que estão mergulhadas, relações estas que são sempre, também, relações de poder”.

Portanto, o território vai muito além do espaço físico em que se delinea a parcela de terra ocupada pela comunidade quilombola. Constitui, em verdade, a junção da configuração histórica, geográfica, sociológica que os viventes e seus ancestrais construíram e reconstruíram ao decorrer do tempo. O território é, portanto, a porção específica de terra e a vivência social de determinado agrupamento humano sob a mesma. Nos termos do artigo 2º do Decreto 4.887/2003, são consideradas terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos as utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural.

É a partir da efetiva incorporação dessas características físicas e simbólicas (a terra e a vida social específica que ocorre sobre a mesma) que os membros dessas comunidades se reproduzem física e socialmente e se apresentam modernamente enquanto titulares das prerrogativas que a Constituição lhes garante. É o domínio dessas características que acabam por vincular as pessoas ao território, e não o contrário, pois o território é o todo que garante a continuidade da vida e a comunidade e seus membros são uma de suas partes. (INCRA, 2017, p. 07)

Para fins legais, a fim de que seja delineado o conceito jurídico de comunidades remanescentes dos quilombos, busca-se analisar, além da ocupação

atual, a trajetória histórica de resistência do agrupamento e as suas características preponderantes, tais como as práticas religiosas, os valores, ideologias e práticas.

Por fim, “cumpre assinalar que o termo “remanescente das comunidades dos quilombos”, tem por significado “quilombo contemporâneo” - são as comunidades que estejam ocupando terras e se organizando politicamente para reivindicar tal nomeação pelo Estado e tem como consequência o reconhecimento oficial da propriedade de suas terras, entretanto, não como forma de resistência escrava e do “mundo africano entre nós” (ARRUTI, 2006, p. 82), mas como um esforço coletivo de proteção aos conflitos agrários que estão envolvidas ou para fazer parte de programas sociais específicos para os grupos que formam, como o Programa Brasil Quilombola – PBQ” (2012, p. 18).

2. DO DIREITO À TERRA CONFERIDO ÀS COMUNIDADES QUILOMBOLAS

2.1. Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho

O direito à terra, para as comunidades tradicionais brasileiras, representa a matriz para o exercício dos demais direitos individuais e sociais previstos na Constituição Federal e nos tratados internacionais. Isso se deve à relação ancestral e de profundo respeito que nutrem pelo território que se estabeleceram, palco de lutas, resistência e resiliência ante as mazelas sociais e históricas das quais foram/são submetidas.

Nesse sentido, buscando resguardar esse direito tão violado pelas forças econômicas e sociais dominantes – e, não raro, pelo próprio Estado –, normativas internacionais foram elaboradas, registrando-se, dentre elas, a célebre Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, internalizada pelo Brasil por meio do Decreto nº 5.051 de 19 de abril de 2004. A Convenção consagra como Direito Humano o direito às terras tradicionalmente ocupadas pelas comunidades tribais, aqui se compreendendo, por extensão, as comunidades quilombolas brasileiras.

A Convenção OIT nº 169 foi elaborada na Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho e levou em consideração as normas internacionais enunciadas na Convenção e na Recomendação sobre populações indígenas e tribais de 1957; os termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, bem como as aspirações desses povos a assumir o controle de suas próprias instituições e formas de vida.

Mencionado documento internacional tem como objetivo conferir a proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes. Nessa toada, acerca do tão desrespeitado direito à terra, estabelece, em seu artigo 14, que deve ser reconhecido aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Além disso, elenca que, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência.

O artigo 13 salienta a necessidade de que os governos respeitem a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, assim como os aspectos coletivos dessa relação. Ademais, a utilização do termo "terras" deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do *habitat* das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma.

Referido documento internacional tem como objetivo conferir a proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais, de países independentes. Nessa toada, acerca do tão desrespeitado direito à terra, estabelece, logo em seu artigo 14, que deve ser reconhecido aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente

ocupam. Além disso, elenca que, nos casos apropriados, deverão ser adotadas medidas para salvaguardar o direito dos povos interessados de utilizar terras que não estejam exclusivamente ocupadas por eles, mas às quais, tradicionalmente, tenham tido acesso para suas atividades tradicionais e de subsistência.

Por fim, a Convenção dispõe, ainda, que os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse, instituindo, inclusive, procedimentos adequados no âmbito do sistema jurídico nacional para solucionar as reivindicações de terras formuladas pelos povos interessados.

2.2.A Constituição Federal de 1988, o artigo 68 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e o Decreto n. 4.887/2003 que o regulamenta

Para além do suporte de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, a Constituição Federal de 1988 possibilitou o diálogo democrático com as comunidades tradicionais através do reconhecimento formal dos seus direitos, oriundo do pluralismo jurídico - teoria segundo a qual o direito produzido pelo Estado não é o único. Nesse sentido, segundo Eduardo César Paredes de Carvalho, a Carta Magna acompanhou a evolução do modelo de Estado Nacional para o Estado Plural e Multiétnico, alinhando-se com as ideologias que permeiam a contemporaneidade, surgida do processo histórico e mundial de efetivação dos direitos das chamadas comunidades tradicionais (2012).

A Constituição Federal de 1988 inaugurou, portanto, um novo tratamento jurídico à questão quilombola, ante a especial proteção que lhe foi conferida, ainda que implícita e indiretamente, nos artigos 215 e seguintes da Constituição Federal de 1988 – ao versar acerca do patrimônio cultural brasileiro, os bens de natureza material e imaterial portadores de referência à identidade, à ação, bem como à

memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira –, e, expressamente, no artigo 68 do Ato das Disposições Transitórias (ADCT).

Alfredo Wagner (2010, p. 144) sustenta que com a Carta Magna de 1988, as teorias do pluralismo jurídico foram fortalecidas, valorizando-se o direito à diferença e o reconhecimento aos direitos étnicos. Segundo o autor, "os preceitos evolucionistas de assimilação dos "povos indígenas e tribais" na sociedade dominante foram deslocados pelo estabelecimento de uma nova relação jurídica entre o Estado e estes povos com base no reconhecimento da diversidade cultural e étnica". Em razão disso, o Brasil, segundo juristas, é um "Estado Pluriétnico", uma vez que tutela, ao menos legalmente, as diferentes expressões étnicas que compõem a nação brasileira.

O Grupo de Trabalho sobre Terra e Patrimônio Territorial das Comissões Permanentes 5 e 6 do CONSEA, em artigo cunhado "Terra: direitos patrimoniais e territoriais", aduz que a Constituição de 1988, com o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), inaugurou a primeira medida legislativa na história do Brasil voltada à promoção do direito à propriedade definitiva das comunidades quilombolas (2010, p. 312).

Segundo Veríssima Dilma Nunes Clímaco, em Territórios e Identidades das Comunidades Remanescentes de Quilombos da Agrovila Peru do Município de Alcântara – MA:

Portanto, entre as ações desenvolvidas pelo governo brasileiro perante a necessidade de documentar as terras pertencentes às comunidades remanescentes de quilombos, como forma de resolução de conflitos no ano de 1970, temos a criação do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA que trata de um órgão do Governo Federal que desenvolve ações destinadas à regularização de terras em geral, e recebeu a atribuição de regularizar as terras quilombolas. (CLÍMACO, 2014, p. 31)

Em 2003 foi editado o Decreto n. 4.887/2003, que regulamenta o procedimento administrativo de identificação, reconhecimento, demarcação e titulação das terras quilombolas, podendo ocorrer no âmbito federal, estadual, municipal e distrital, com competência concorrente, tudo com vistas a dar efetividade ao artigo 68 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias.

Não obstante a existência de medidas legislativas e tratados internacionais direcionados à proteção jurídica das comunidades remanescentes de quilombos, o Grupo de Trabalho sobre a Terra e Patrimônio Territorial das Comissões Permanentes 5 e 6 do CONSEA constata que esses não são suficientes para efetivar o direito fundamental e convencional à terra, uma vez que, em mais de 20 anos de vigência do artigo 68 do ADCT, os seus efeitos jurídicos são inexpressivos haja vista a ínfima quantidade de títulos de terras outorgadas às comunidades quilombolas. Diante desse cenário, evidencia que:

O processo de outorga de terras fornece uma precária assistência jurídica e está estabelecido de uma maneira que não leva em consideração a forma de trabalho e a diferença entre estilos de vida, o que prejudica a habilidade das comunidades em lidar com os documentos e burocracias administrativas. (...). Nos poucos casos em que foi concedida a titularidade das terras às comunidades quilombolas, esta não se deu de forma segura e estável, como objetivavam os solicitantes. (...). Neste cenário adverso, a posição do Governo Federal é de recuo, ao invés da firme defesa dos direitos assegurados na Constituição de 1988 e do combate à discriminação que vem sofrendo o povo quilombola. Ameaças à concessão de propriedade às comunidades quilombolas também foram realizadas no âmbito governamental em diversos níveis. (CONSEA, 2010, p. 313)

Em razão das dificuldades inerentes à burocracia e formalismos do processo administrativo de regularização fundiária do território quilombola, de rigor a prestação de assistência jurídica à comunidade quilombola que o postule, a fim de que esta possa integrar o contraditório de forma eficiente, caso haja eventual

impugnação por parte de interessados, ou até mesmo para que esteja munida contra abusos e arbitrariedades por parte do Estado.

Para tanto, a seguir analisaremos o procedimento administrativo de titulação da propriedade quilombola, especificadamente na órbita federal, em que é realizado no âmbito do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA).

2.3. Fases do Processo Administrativo de Regularização Fundiária Junto ao Instituto Nacional de Colonização Reforma Agrária (INCRA)

A fase inicial do procedimento de titulação da terra quilombola se dá com a sua autodefinição ou autorreconhecimento, devendo o requerimento administrativo ser direcionado à Fundação Cultural Palmares, fundação pública vinculada ao Ministério da Cultura que tem por objetivo promover a preservação dos valores culturais, sociais e econômicos decorrentes da influência negra na formação da sociedade brasileira, tendo se revelado como um dos instrumentos mais significativos do Estado brasileiro na temática quilombola.

Após, a comunidade é inscrita no Cadastro Geral de Comunidades Quilombolas – CGCQ, com a consequente emissão da Certidão de Autorreconhecimento pela Fundação Cultural Palmares. Em seguida, a comunidade poderá formular o requerimento administrativo de titulação junto ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), que também pode iniciar o procedimento *ex officio* ou a partir de iniciativa da Defensoria Pública da União, por exemplo. Referido momento processual denomina-se como fase de requerimento.

A segunda fase do procedimento é a chamada fase técnica e compreende os estudos técnicos e multidisciplinares que vão verificar os elementos caracterizadores da comunidade quilombola e a delimitação da área objeto de titulação, com a participação e contribuição através de peças técnicas de diversos

órgãos do Governo, da própria comunidade e da Defensoria Pública da União, quando esta instituição atuar em defesa dos interesses da comunidade (CARVALHO, 2012).

Nesse momento será elaborado o Relatório Técnico de Identificação e Delimitação (RTID), que tem por objetivo realizar o levantamento de informações cartográficas, fundiárias, agronômicas, ecológicas, geográficas, socioeconômicas, históricas, etnográficas e antropológicas obtidas em campo e junto às instituições públicas e privadas, a fim de identificar os limites das terras da comunidade. Durante referida fase, os proprietários dos imóveis localizados no território serão notificados caso haja a necessidade da realização de algum tipo de vistoria.

O RTID é elaborado por antropólogo, devendo caracterizar a comunidade e a região em que essa se situa, concentrando em três vertentes, quais sejam: o processo histórico da comunidade, a organização social e os usos produtivos e culturais provenientes da sua relação com o meio, tudo nos termos do artigo 10 da Instrução Normativa do INCRA nº 57 de 20/10/2009, que *regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação, desintrusão, titulação e registro das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que tratam o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 e o Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003.*

Com a conclusão da fase técnica, inicia-se a fase de impugnações, oportunidade em que será aberto o prazo de 90 (noventa) dias para os interessados impugnarem os estudos técnicos e apresentarem documentos probatórios junto aos setores técnico e jurídico da Superintendência Regional do Incra. Analisadas as contestações, essas serão julgadas pelo Comitê de Decisão Regional (CDR). Do julgamento das contestações, caberá recurso único direcionado ao Conselho Diretor do INCRA, no prazo de 30 (trinta) dias contados da notificação. Como

segunda instância, os setores técnico e jurídico que se manifestam são os do INCRA - Sede e, após as análises, o CD realiza o julgamento dos recursos. Após, a Presidência do INCRA informa os recorrentes da decisão por ofício.

Cumpra assinalar que, além dos interessados, deve-se encaminhar a cópia do RTID aos seguintes órgãos públicos: Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN); Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) e seu correspondente na Administração Estadual; Secretaria do Patrimônio da União (SPU); Fundação Nacional do Índio (FUNAI); Secretaria Executiva do Conselho de Defesa Nacional (CDN); Fundação Cultural Palmares (FCP); Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), e seu correspondente na Administração Estadual; e Serviço Florestal Brasileiro (SFB). Em caso de sobreposição de algum interesse desses órgãos no território identificado, será aberta uma negociação na Câmara de Conciliação e Arbitragem Federal da AGU (CCAF).

Caso não haja impugnações ou sendo elas rejeitadas, o INCRA concluirá o procedimento com a respectiva expedição de título de reconhecimento da propriedade – trata-se, aqui, da fase de titulação, após a qual será promovido o registro cadastral no Cartório do Registro de Imóveis na localidade em que está inscrito o imóvel – denominada de fase de registro. A fase de identificação do território encerra-se com a publicação da portaria do Presidente do INCRA reconhecendo os limites do território quilombola no Diário Oficial da União e dos estados, a qual deve conter memorial descritivo do seu perímetro.

Caso haja imóveis privados localizados no território, faz-se necessária a publicação de Decreto Presidencial de Desapropriação por Interesse Social, de competência do Presidente da República. Nesse caso, após vistoria e avaliação, conforme os preços incidentes no mercado, será garantido ao proprietário a indenização justa, prévia e em dinheiro, nos termos do que dispõe o art. 5º, XXIV,

da Constituição de 1988. Lado outro, caso o território esteja situado em terras públicas federais, o INCRA ou a SPU promoverão sua titulação. No caso de ser composto por terras estaduais e/ou municipais, esses entes deverão emitir tal título, devendo o INCRA transferir-lhes o processo.

O Presidente do INCRA realizará a titulação mediante a outorga do título expedido em nome da comunidade, já que é este coletivo, pró indiviso, goza de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade, atendendo ao disposto no art. 68 do ADCT e em observância à Convenção nº. 169 da Organização Internacional do Trabalho. Ademais, cumpre assinalar que não haverá qualquer ônus financeiro para a comunidade, devendo o título ser registrado no Serviço Registral da Comarca de localização do território (artigo 24, *caput*, da Instrução Normativa INCRA nº 57 de 20/10/2009).

Não obstante a existência de medidas legislativas e tratados internacionais direcionados à proteção jurídica das comunidades remanescentes de quilombos, o Grupo de Trabalho sobre a Terra e Patrimônio Territorial das Comissões Permanentes 5 e 6 do CONSEA constata que esses não são suficientes para efetivar o direito fundamental e convencional à terra, uma vez que, em mais de 20 anos de vigência do artigo 68 do ADCT, os seus efeitos jurídicos são inexpressivos haja vista a ínfima quantidade de títulos de terras outorgadas às comunidades quilombolas.

Diante desse cenário, o Grupo de Trabalho sobre a Terra e Patrimônio Territorial das Comissões Permanentes 5 e 6 do CONSEA: CP5 – “SAN das Populações Negras e Povos e Comunidades Tradicionais” e CP6 – “SAN das Populações Indígenas” evidencia que:

O processo de outorga de terras fornece uma precária assistência jurídica e está estabelecido de uma maneira que não leva em consideração a forma de trabalho e a diferença entre estilos de vida, o que prejudica a habilidade das comunidades em lidar com os documentos e burocracias administrativas. (...). Nos poucos casos em

que foi concedida a titularidade das terras às comunidades quilombolas, esta não se deu de forma segura e estável, como objetivavam os solicitantes. (...). Neste cenário adverso, a posição do Governo Federal é de recuo, ao invés da firme defesa dos direitos assegurados na Constituição de 1988 e do combate à discriminação que vem sofrendo o povo quilombola. Ameaças à concessão de propriedade às comunidades quilombolas também foram realizadas no âmbito governamental em diversos níveis. (CONSEA, 2010, p. 313)

Em razão das dificuldades inerentes à burocracia e formalismos do processo administrativo de regularização fundiária do território quilombola, de rigor a prestação de assistência jurídica à comunidade quilombola que o postule, a fim de que esta possa integrar o contraditório de forma eficiente, caso haja eventual impugnação por parte de interessados, ou até mesmo para que esteja munida contra abusos e arbitrariedades por parte do Estado.

3. ACESSO À JUSTIÇA, VULNERABILIDADE E A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO *CUSTOS VULNERABILIS*

3.1. Acesso à Justiça

A garantia constitucional do acesso à justiça, denominada, também, como acesso à jurisdição, encontra-se prevista no artigo 5º, inciso XXXV¹²⁶, da Constituição Federal. Nas lições de Uadi Lammêgo Bulos, o objetivo da garantia constitucional do acesso à justiça é "difundir a mensagem de que todo homem, independente de raça, credo, condição econômica, posição política ou social, tem o direito de ser ouvido por um tribunal independente e imparcial, na defesa de seu patrimônio ou liberdade." (2007, p. 482)

Hodiernamente, o conceito de Acesso à Justiça vem sofrendo uma leitura constitucional e convencional para contemplar, também, o acesso a decisões

126 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

administrativas justas. Nesse sentido, em “Acesso à Justiça”, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, Pág. 50) preconizam a importância e necessidade da atuação de um *ombudsman* no bojo de processos administrativos. O *Ombudsman* seria um protetor independente do público, armado com instrumentos de investigação e publicidade em litígios entre os indivíduos e o poder público, objetivando-se a proteção dos administrados.

Nesse diapasão, Cappelletti e Garth (1988) dividiram os principais movimentos de acesso à justiça em “três ondas renovatórias”. A primeira onda diz respeito à assistência judiciária aos hipossuficientes, estando relacionada à minimização ou retirada de obstáculos econômicos que dificultam o amplo e efetivo acesso à justiça (justiça gratuita).

A segunda onda refere-se à representação dos interesses difusos em juízo, visando uma atuação molecular que contorne o obstáculo organizacional do acesso à justiça (assistência judiciária). A terceira onda, denominada de “o enfoque do acesso à justiça”, detém a concepção mais ampla de acesso à justiça e tem como escopo instituir técnicas processuais adequadas a melhor preparar estudantes e aplicadores do direito.

De acordo com a doutrina de Guilherme Freire (2010, p. 27), a justiça gratuita estaria relacionada à isenção do pagamento das custas, taxas, emolumentos e despesas processuais. Lado outro, a assistência judiciária cumularia o patrocínio da causa por advogado, que pode ser prestada por um órgão estatal, como a Defensoria Pública, ou por entidades não estatais, como os escritórios modelos das faculdades de Direito ou de ONGs, limitando-se referido conceito à defesa dos direitos dos necessitados na esfera judicial.

Em conclusão, o autor constata que o conceito mais amplo é o de assistência jurídica, uma vez que envolve não somente o patrocínio de demandas perante o Judiciário, mas também toda a assessoria fora do processo judicial – o que engloba

desde procedimentos administrativos, até consultas pessoais do necessitado sobre contratos.

Evidente, portanto, que o conceito de acesso à justiça contempla os interessados em dar início ou continuidade a processo administrativo, tal qual o procedimento de regularização fundiária dos territórios ocupados por comunidades quilombolas junto ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA).

3.2. Proteção Jurídica de Pessoas em Situação de Vulnerabilidade

O conceito de vulnerabilidade é explicado com maestria por Leonor Suárez Llanos na coletânea *Protección Jurídica de las Personas y Grupos Vulnerables*, coordenada por Miguel Ángel Presno Linera. Vejamos:

Em concreto, y aplicando aquel concepto de vulnerabilidad de las ciencias naturales al marco de los riesgos que ciertos grupos amenazados corren de ser vulnerados en el disfrute de bienes y derechos, puede definirse la “vulnerabilidad” como el resultado del conjunto de características y las circunstancias de una comunidad, sistema o bien que los hacen susceptibles de sufrir daño vinculado a una amenaza. La vulnerabilidad da cuenta de la desventaja que resulta de proyectar la exposición al riesgo que se produce por la posición o localización de un sujeto sobre la capacidad del individuo o grupo para resistir, responder y readaptarse a la amenaza. Esto es, la fórmula de la vulnerabilidad sería “vulnerabilidad = exposición x susceptibilidad/resiliencia”. Y la apuntada exposición al riesgo del vulnerable, por tanto, lo que mide es la intensidad y la frecuencia con la que el vulnerable se somete a la situación de desventaja; esto es, y también en términos formularios, riesgo = amenaza x vulnerabilidad. (LLANOS, 2013, p. 39)

Nesse mesmo sentido, cumpre trazer à luz o documento “100 Regras de Brasília para o Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade”, aprovado pela XIV Conferência Judicial Ibero-americana, tem como objetivo estabelecer bases de reflexão sobre os problemas do acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade, além de dispor acerca de recomendações para os órgãos públicos e para aqueles que prestam os seus serviços no sistema judicial.

Ademais, busca a promoção de políticas públicas que garantam o acesso à justiça de pessoas vulneráveis, bem como influenciar no trabalho cotidiano de todos os servidores e operadores do sistema judicial.

As “100 Regras” dispõe que se consideram em condição de vulnerabilidade aquelas pessoas que, por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude, perante o sistema de justiça, os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico.

Sobre o tema, José Manual Parrilla Fernández:

En el lenguaje sociológico y en las políticas sociales se ha hecho usual emplear la dicotomía entre integración y exclusión social como expresiones que definen la situación de individuos, hogares o grupos sociales respecto a una estructuración social dada. Toda estructuración social es resultado de una construcción originada en las interacciones sociales que, en su propio desarrollo, dan lugar a procesos, estructuras, institucionalizaciones y legitimaciones del orden social resultante, que aparece así sancionado como el orden social que debe ser respetado y al que se ha de referir la valoración sobre la integración social. (2013, p. 96)

Para tanto, os destinatários das “100 Regras de Brasília” são: a) Os responsáveis pela concepção, implementação e avaliação de políticas públicas dentro do sistema judicial; b) Os Juízes, Fiscais, Defensores Públicos, Procuradores e demais servidores que laborem no sistema de Administração de Justiça em conformidade com a legislação interna de cada país; c) Os Advogados e outros profissionais do Direito, assim como os Colégios e Agrupamentos de Advogados; d) As pessoas que desempenham as suas funções nas instituições de Ombudsman; e) Polícias e serviços penais; f) E, com carácter geral, todos os operadores do sistema judicial e quem intervém de uma ou de outra forma no seu funcionamento.

Objetiva-se, desse modo, a promoção da assistência técnica jurídica à pessoa em condição de vulnerabilidade. No âmbito da assistência legal, busca-se a consulta

jurídica sobre todas as questões suscetíveis de afetar os direitos ou interesses legítimos da pessoa em condição de vulnerabilidade, inclusive quando ainda não se iniciou um processo judicial; no âmbito da defesa, objetiva-se tutelar direitos no processo perante todas as jurisdições e em todas as instâncias judiciais.

Acerca desse tema, Leonor Suárez Llanos trata sobre a origem da vulnerabilidade jurídica, que ocorre quando há a impossibilidade ou dificuldade de determinados grupos ou sujeitos gozar, em situação de igualdade, dos bens, direitos e liberdade. *In verbis*:

Ha venido sosteniendo que la vulnerabilidad jurídicamente relevante se genera por la imposibilidad o la dificultad constatable e injustificada que determinados sujetos y grupos sufren cuando tratan de acceder en régimen de igualdad al disfrute de bienes, derechos y libertades. (2013, p. 66)

Nessa toada, as 100 Regras de Brasília destacam a necessidade de promover a política pública destinada a garantir a assistência técnico-jurídica da pessoa vulnerável para a defesa dos seus direitos em todas as ordens jurisdicionais: quer seja através da ampliação de funções do Defensor Público; quer seja através da criação de mecanismos de assistência letrada: consultorias jurídicas com a participação das universidades, casas de justiça, intervenção de colégios ou barras de advogados.

O conceito de pessoa ou grupo em situação de vulnerabilidade não se restringe à hipossuficiência econômica, uma vez que contempla, também, outras causas de vulnerabilidade, tais como a pertença a grupos sociais estigmatizados, minorias nacionais, étnicas, religiosas ou linguísticas, nos termos das 100 Regras de Brasília. *In casu*, o conceito pode ser atribuído, no Brasil, às comunidades quilombolas e indígenas.

3.3. Modelo de Assistência Jurídica Adotado pelo Brasil e a Defensoria Pública como *Custos Vulnerabilis*

Segundo a doutrina institucional, a Constituição Federal de 1988 consolidou um modelo público de prestação de assistência jurídica (serviço), a qual deverá ser prestada pela Defensoria Pública (instrumento de prestação do serviço), garantindo a assistência jurídica (objeto do serviço).

Acerca do tema, seguem as lições de Aluísio Iunes Monti Guggeri Ré:

O modelo adotado no Brasil é o público e institucionalizado, na medida em que refuta a política corporativista, demandista ou simplesmente judiciária de atendimento, mas opta por uma política preventiva e informativa de atuação, por meios jurídicos-sociais, dotada de métodos multidisciplinares e participativos de prevenção e de solução de conflitos, bem como de uma gestão democrática, com objetivos e metas dialeticamente definidas. De fato, o Brasil opta por um modelo de afirmação do direito de acesso à Justiça em benefício das chamadas "minorias" (não em termos de quantidade, mas de poder), com declarado foco no interesse público à efetiva e substancial igualdade. (2013, p. 237-238)

Nesse sentido, importante ressaltar que a Organização dos Estados Americanos expediu cinco Resoluções reconhecendo o direito humano ao acesso à justiça, bem como consolidando a importância da Defensoria Pública para a viabilização desses direitos, preconizando, ainda, ser necessária a adoção de um modelo público de assistência jurídica (Resolução n. 2.656/2011, Resolução n. 2.714/2012, Resolução n. 2.801/2013, Resolução AG/RES. n. 2.821 (XLIV-O/14) e Resolução AG/ RES. n. 2.887/ 016).

Portanto, cabe à Defensoria Pública, nos termos do art. 134 da Constituição Federal (com redação dada pela Emenda Constitucional nº 80/2014) e artigo 1º da Lei Complementar 80/1994 (com redação dada pela Lei Complementar nº 132/2009), como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a

defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, o que inclui as comunidades quilombolas.

Por força de previsão constitucional¹²⁷, a Defensoria Pública é uma das instituições que tem por missão a promoção dos direitos humanos, a defesa de direitos individuais e coletivos lato sensu, revelando-se como expressão e instrumento do regime democrático. Acrescente-se que o Decreto nº 4.887/2003 prevê, em seu artigo 16¹²⁸, parágrafo único, que “A Fundação Cultural Palmares prestará assessoramento aos órgãos da Defensoria Pública quando estes órgãos representarem em juízo os interesses dos remanescentes das comunidades dos quilombos, nos termos do art. 134 da Constituição.”

Dessa maneira, trata-se da instituição que tem como múnus tutelar não apenas os interesses e direitos dos necessitados econômicos, mas sim de todos aqueles que, por alguma razão, possam se enquadrar como vulneráveis e que, conseqüentemente, mereçam especial proteção do Estado.

Conforme o conceito cunhado por Laurita Vaz, Ministra do Superior Tribunal de Justiça - STJ¹²⁹, a atuação da Defensoria deve abranger, além dos carentes de recursos financeiros, os hipervulneráveis, que são os socialmente estigmatizados ou

127 Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

128 Art. 16. Após a expedição do título de reconhecimento de domínio, a Fundação Cultural Palmares garantirá assistência jurídica, em todos os graus, aos remanescentes das comunidades dos quilombos para defesa da posse contra esbulhos e turbações, para a proteção da integridade territorial da área delimitada e sua utilização por terceiros, podendo firmar convênios com outras entidades ou órgãos que prestem esta assistência. Parágrafo único. A Fundação Cultural Palmares prestará assessoramento aos órgãos da Defensoria Pública quando estes órgãos representarem em juízo os interesses dos remanescentes das comunidades dos quilombos, nos termos do art. 134 da Constituição.

129 EREsp 1192577/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/10/2015, DJe 13/11/2015

excluídos, é dizer, todos aqueles que por conta de sua real debilidade perante abusos ou arbítrio dos detentores de poder econômico ou político, necessitam de especial proteção do Estado.

Nesse contexto, o aprofundamento acadêmico acerca da natureza jurídica da Defensoria Pública, bem como do seu papel constitucional, culminou na construção teórica do conceito “fiscal da efetivação dos direitos dos vulneráveis” ou “Guardiã dos Vulneráveis” (em latim, “*Custos Vulnerabilis*”), inicialmente idealizado pelo defensor público do Estado do Amazonas, Maurílio Casas Maia, a fim de esclarecer qual seria a natureza jurídica da atuação interventiva da instituição na defesa de pessoas ou grupos em situação de vulnerabilidade bojo de um processo, ou mesmo fora dele, ainda que tenham a representação de um advogado.

Segundo parcela da doutrina, a atuação da Defensoria como *Custos Vulnerabilis* tem natureza jurídica de intervenção *sui generis*, não se caracterizando como hipótese de legitimação extraordinária, uma vez que não tem como escopo defender em nome próprio, direito alheio. Tampouco se trataria de caso de representação judicial, tendo em vista que as partes, não raro, já contam com o patrocínio de um advogado. O objetivo é bem definido: levar para o processo, ou para uma instância deliberativa administrativa, argumentos, informações e documentos que possam contribuir para a formação de um precedente favorável ou não prejudicial à pessoa ou grupo vulnerável.

Segundo parcela da doutrina, o Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 554, §1º130, trouxe uma previsão expressa da atuação da Defensoria como *custos*

130 Art. 554. (...) §1º No caso de ação possessória em que figure no polo passivo grande número de pessoas, serão feitas a citação pessoal dos ocupantes que forem encontrados no local e a citação por edital dos demais, determinando-se, ainda, a intimação do Ministério Público e, se envolver pessoas em situação de hipossuficiência econômica, da Defensoria.

vulnerabilis, sendo referida atribuição, inclusive, erigida a tese institucional pela Defensoria Pública do Estado da Bahia¹³¹.

Conforme dispõe o artigo 4º Lei Complementar 80/94, com redação dada pela Lei Complementar nº 132/2009, são funções institucionais da Defensoria Pública, além de promover a difusão e conscientização dos direitos humanos, da cidadania e do ordenamento jurídico, exercer a ampla defesa e o contraditório em favor de pessoas naturais e jurídicas, em processos administrativos e judiciais, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses; promover todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos quando o resultado da demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes; promover a mais ampla defesa dos direitos fundamentais dos necessitados, abrangendo seus direitos individuais, coletivos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sendo admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Outros fundamentos jurídicos que legitimam a atuação institucional interventiva são a cláusula constitucional de reconhecimento e não discriminação (artigo 3º, inciso IV, CF/88); o princípio da autodeterminação dos povos e solução pacífica dos conflitos (artigo 4º, III e VII, CF/88); a missão institucional de promoção dos direitos humanos (artigo 134, caput, da CF/88); as 100 Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade, e a previsão de intimação da Defensoria em ações possessórias multitudinárias em que figure pessoa em situação de hipossuficiência (artigo 554, §1º, CPC/2015).

131 PORTARIA ESDEP 005/2016 Enunciados aprovados no Congresso de Defensores Públicos da Bahia. Enunciados de Direitos Humanos: 13 – A expressão “pessoas em situação de hipossuficiência econômica” do art. 554, § 1º do Código de Processo civil, deve ser interpretada considerando –se os diversos níveis de vulnerabilidade e necessidade das pessoas, atuando a Defensoria Pública na condição de *Custos Vulnerabilis*.

Os fundamentos gerais elencados podem ser complementados, ainda, aos tratados internacionais e diplomas tutelares específicos voltados aos grupos vulneráveis a serem protegidos. *In casu*, por se tratar de comunidade quilombola, aplica-se a Convenção nº 169 da OIT, a Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010 - Institui o Estatuto da Igualdade Racial; Lei nº 7.668, de 22 de agosto de 1988 - Autoriza o Poder Executivo a constituir a Fundação Cultural Palmares - FCP; o Decreto nº 4.887, de 20.11.2003 - Regulamenta o art. 68 do ADCT, dentre outras previsões normativas.

Verifica-se, portanto, que a Defensoria pode e deve atuar como verdadeira guardiã dos vulneráveis no bojo do processo administrativo de regularização dos territórios ocupados por comunidades remanescentes de quilombos, sendo que a sua legitimidade decorre, além de referidas previsões normativas, das cláusulas permissivas da Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública (artigo 4º, incisos V, VII, IX e XI, LC 80/94).

Para além, não raro, os interesses de particulares e demais entidades estatais são postas em jogo, devendo, para tanto, ser viabilizado o contraditório e a ampla defesa por meio da contestação administrativa, o que evidencia ainda mais a necessidade de uma atuação proativa por parte da Defensoria a fim de que a comunidade quilombola esteja amparada juridicamente.

Nesse cenário, o defensor público tem a importante missão de ser agente de transformação social, tendo como instrumento a educação em direitos. Referida atribuição possibilita o fortalecimento da cidadania por meio da realização de cursos, palestras e audiências públicas, distribuição de panfletos e cartilhas, campanhas institucionais e visitas *in loco*, o que evidencia a preponderância da atuação extrajudicial à judicial.

Azevedo (2017) sustenta que devem ser eleitos critérios interventivos para a atuação da Defensoria, sendo imprescindível a elaboração de uma proposta

institucional de âmbito nacional. Para tanto, o autor delinea propostas para uma possível construção de um perfil institucional inclusivo e responsável. Quais sejam:

- i) mapeamento das principais vulnerabilidades existentes no país;
- ii) planejamento administrativo e orçamentário especificamente voltado à atuação em favor do público vulnerável;
- iii) a elaboração de critérios nacionais para atendimento de vulneráveis, que conjugue necessidade econômica x vulnerabilidades específicas, evitando-se a intervenção em caso de assistência privada, salvo na qualidade de “amicus curiae”;
- iv) criação de defensorias especializadas na tutela jurídica das vulnerabilidades;
- v) realização de convênios estaduais com entidades especializadas na defesa de grupos vulneráveis (reunião de forças e divisão de responsabilidades);
- vi) contínuo investimento em um modelo multidisciplinar de Defensoria Pública (exigência de um recorte interseccional);
- vii) investimento em um modelo consensual de Defensoria Pública (métodos extrajudiciais de resolução de conflitos), especialmente em conflitos envolvendo “vulnerabilidade cruzada” ou “hipervulnerabilidade”.
- viii) adoção de um modelo preventivo e participativo em políticas públicas voltadas a grupos vulneráveis, que envolva tanto a intervenção preventiva no planejamento orçamentário quanto a fiscalização da execução financeira pelo Poder Executivo.

ix) investimento em um modelo pedagógico de Defensoria Pública, que promova uma conscientização não apenas jurídica, mas histórica e cultural das vulnerabilidades, fornecendo possíveis bases emancipatórias para a superação comunitária em adversidades futuras.

x) investimento em um perfil inclusivo de Defensoria Pública, que não referende barreiras arquitetônicas, linguísticas ou atitudinais em detrimento de grupos vulneráveis. (2017, p. 102)

Nesse sentido, referida modalidade de intervenção revela a necessidade, ainda maior, de uma atuação ainda mais proativa, estratégica e combativa da instituição, a fim de que sejam identificadas demandas judiciais e administrativas que tenham, em um dos seus polos, pessoas ou grupo de pessoas em situação de vulnerabilidade.

A atuação estratégica, que é um diferencial da Defensoria enquanto instituição, revela-se na concretização de políticas institucionais locais; consultas públicas; fortalecimento da equipe interdisciplinar da própria instituição, composta por sociólogos, assistentes sociais, psicólogos e antropólogos, por exemplo; a capacidade de identificação de casos paradigmáticos; verificação de viabilidade para o ajuizamento de ações coletivas; bem como comunicação e atuação em conjunto com outros órgãos públicos; verificação de viabilidade para o ajuizamento de ações coletivas; comunicação e atuação junto com outros órgãos públicos; fiel observância das "100 Regras de Brasília"; fortalecimento e ampliação do Projeto Defensoria Pública Itinerante e implementação de núcleos especializados voltados à defesa das comunidades tradicionais.

Sobre a última iniciativa elencada, importa mencionar que a Defensoria Pública da União implantou Grupo de Trabalho – GT132 voltado às Comunidades Tradicionais, tendo como objetivo atender diferentes comunidades tradicionais em situação de vulnerabilidade que compõem a população brasileira.

Cumprir assinalar que a Defensoria Pública é, hodiernamente, considerada a instituição mais importante para os brasileiros, conforme pesquisa realizada pela MR Inteligência & Pesquisa a pedido do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)¹³³ no ano de 2017. Segundo o levantamento, 92,4% dos entrevistados avaliaram a instituição como “muito importante” ou “importante”, o que a coloca no topo do *ranking*.

No entanto, não se pode desconsiderar que a referida instituição ainda enfrenta grandes entraves estruturais e orçamentários que inviabilizam ou dificultam a assunção da guarda dos interesses de vulneráveis em todo e qualquer processo administrativo e judicial, na condição de *Custos Vulnerabilis*.

O cumprimento dos parâmetros fixados pela Emenda Constitucional nº 80 de 2014¹³⁴, denominada popularmente de “PEC Defensoria para Todos”, que determina que a lotação de Defensores Públicos em todas as unidades jurisdicionais, no prazo de 08 (oito) anos, ainda é incipiente. Dessa forma, é premente

132 A página *web* pode ser acessada pelo seguinte *link*: <http://www.dpu.def.br/comunidades-tradicionais-quilombolas>.

133 Relatório da Pesquisa de Satisfação e Imagem do CNMP e do Ministério Público – 2017. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Apresenta%C3%A7%C3%A3o_da_pesquisa_CNMP_V7.pdf>. Acessado em 26 de setembro de 2018.

134 Art. 98. O número de defensores públicos na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda pelo serviço da Defensoria Pública e à respectiva população. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

§ 1º No prazo de 8 (oito) anos, a União, os Estados e o Distrito Federal deverão contar com defensores públicos em todas as unidades jurisdicionais, observado o disposto no caput deste artigo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014)

§ 2º Durante o decurso do prazo previsto no § 1º deste artigo, a lotação dos defensores públicos ocorrerá, prioritariamente, atendendo as regiões com maiores índices de exclusão social e adensamento populacional. (Grifo e negrito nossos)

a necessidade de consolidação e fortalecimento da Defensoria, instituição tida como essencial ao acesso à justiça e à defesa de pessoas e grupos vulneráveis, a fim de que seja viabilizada uma atuação cada vez mais proativa, estratégica e eficiente da referida instituição, inclusive como guardião dos vulneráveis em processos administrativos.

Não se pode deixar de levar em consideração, ainda, os evidentes obstáculos enfrentados pelas comunidades quilombolas ao acesso à justiça, mormente no que tange o acesso à instituição Defensoria Pública. O primeiro obstáculo a ser salientado se deve ao pouco ou nenhum conhecimento e informação, pelas comunidades, acerca da existência da Defensoria e das atribuições por ela exercidas. Outro aspecto a ser avaliado é a barreira geográfica encontrada por algumas comunidades que se encontram isoladas ou distantes dos centros urbanos em que se situam os núcleos da referida instituição.

Lado outro, no que tange à atuação da Defensoria Pública como *Custos Vulnerabilis*, não se pode desconsiderar que parcela da doutrina levanta questionamentos acerca da amplitude que vem sendo destinada à referida modalidade interventiva *sui generis*, mormente quando os interessados já se encontram assistidos por advogado ou por outra instituição igualmente legitimada, tal como o Ministério Público.

Sintetizando parte dos questionamentos da doutrina institucional acerca do tema, segue trecho do livro "Prática Cível para Defensoria Pública" do professor Júlio de Camargo Azevedo:

A partir destas considerações, diversos questionamentos se assomam: Como pode a Defensoria Pública intervir sem prévia autorização da parte? Qual seria o fundamento autorizador desta intervenção? E se a parte vulnerável não concordar com a intervenção? E se já estiver devidamente assistida por advogado? Ainda que admitida a intervenção, caberia ao defensor público decidir o que é melhor para a parte? Como isso é possível sem contato prévio? (2018, pág. 298).

É evidente que o tema está longe de restar pacificado. No entanto, esta discente se filia ao entendimento de que, quanto maior a proteção jurídica conferida aos grupos ou indivíduos em situação de vulnerabilidade social, jurídica, técnica ou organizacional, melhor e mais eficaz será a garantia dos direitos individuais e sociais da coletividade.

Portanto, faz-se imprescindível a atuação da Defensoria Pública, na condição de Guardiã dos Vulneráveis, em defesa das comunidades quilombolas que buscam a regularização fundiária dos territórios que ocupam.

4. CONCLUSÃO

É cediço que a mera previsão convencional, constitucional e legal acerca do direito humano e fundamental à terra destinada às comunidades remanescentes de quilombos não se mostra satisfatório à efetivação dos seus direitos, mormente no que tange o respeito à outorga das terras por elas tradicionalmente ocupadas.

Faz-se imprescindível que haja a participação ativa de instituições que tenham como missão a defesa e garantia dos direitos de referida parcela da sociedade. Nesse sentido, restou constatado no presente trabalho que a Defensoria Pública é a instituição que tem como múnus tutelar não apenas os interesses e direitos dos necessitados econômicos, mas sim de todos aqueles que, por alguma razão, possam se enquadrar como vulneráveis e que, conseqüentemente, mereçam especial proteção do Estado.

Isso se deve ao fato de que, em razão da sua aproximação com a comunidade, a referida instituição tem como missão constitucional pluralizar as vozes no cenário social, promovendo a inclusão democrática de grupos vulneráveis, com o objetivo de garantir a sua participação nas decisões políticas, atuando, portanto, como *amicus communitas* - expressão que representa a ideia daquele que age em defesa

de determinada parcela do corpo social, ou seja, de certa comunidade -, ou guardião dos vulneráveis.

Como dito alhures, o conceito de pessoa ou grupo em situação de vulnerabilidade não se restringe à hipossuficiência econômica, uma vez que contempla, também, outras causas de vulnerabilidade, tais como a pertença a grupos sociais estigmatizados, minorias nacionais, étnicas, religiosas ou linguísticas, nos termos das 100 Regras de Brasília. *In casu*, o conceito pode ser atribuído, no Brasil, às comunidades quilombolas e indígenas.

Nesse sentido, o presente artigo foi elaborado com o intuito de estudar a proteção normativa conferida às comunidades quilombolas no que tange ao seu direito à terra, bem como o papel da Defensoria Pública - instituição que tem como missão a defesa e proteção das povos tradicionais, com vital importância para consecução dos objetivos e a ampliação do diálogo democrático entre estas comunidades, a sociedade e o Estado -, na condição de Guardiã dos Vulneráveis, ou *Custos Vulnerabilis*, no bojo do procedimento de regularização fundiária de territórios quilombolas.

Verificou-se, portanto, que a Defensoria pode e deve atuar como verdadeira guardião dos vulneráveis no bojo do processo administrativo de regularização dos territórios ocupados por comunidades remanescentes de quilombos, tendo em vista que, não raro, os interesses de particulares e demais entidades estatais são postas em jogo, devendo, para tanto, ser viabilizado o contraditório e a ampla defesa por meio da contestação administrativa.

Em razão disso a comunidade interessada deve estar devidamente amparada e escutada. A atuação da Defensoria como *Custos Vulnerabilis* tem, portanto, o intuito de levar para o processo ou para uma instância deliberativa administrativa, argumentos, informações e documentos que possam contribuir para a formação de um precedente favorável ou não prejudicial à comunidade interessada.

Por conseguinte, ante o cenário mencionado, é manifesta a premente necessidade de fortalecimento e consolidação da Defensoria Pública - instituição considerada, pelos brasileiros, a mais importante e confiável do país -, a fim de que se garanta o acesso à terra e à ordem jurídica efetiva e justa aos quilombolas, povo historicamente perseguido, esquecido e negligenciado pela sociedade e pelo Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Júlio de Camargo. **Prática Cível para Defensoria Pública**. Ed. CEI, 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 482.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Defensoria Pública**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 9.

BRASIL. **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm#adct>.

Acessado em: 13 de agosto de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessado em: 20 de agosto de 2018.

BRASIL. **Decreto nº. 4.887, de 20 de novembro de 2003**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4887.htm>. Acesso em: 12 jul. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 5.051 de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>.

Acessado em: 07 de agosto de 2018.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**: Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988

CARVALHO, Eduardo César Paredes de. **O procedimento de identificação, reconhecimento, demarcação e titulação dos territórios**. R. Defensoria Públ. União, Brasília, DF, n. 5, p. 9-35, out. 2012.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Constitucionalidade do Decreto 4.887/2003, que regulamenta o procedimento para titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos**. Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2018/02/constitucionalidade-do-decreto-48872003.html>>. Acesso em: 27/08/2018.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Legitimidade da defensoria para propor ACP em defesa de juridicamente necessitados**. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/502e4a16930e414107ee22b6198c578f>>. Acesso em: 15/08/2018.

CLÍMACO, Veríssima Dilma Nunes. **Territórios e indetidades das comunidades remanescentes de quilombos da Agrovila Peru do Município de Alcântara - MA. Dissertação (Mestrado em Ambiente e Desenvolvimento) - UNIVATES, Lajeado, dezembro, 2014.**

LINERA, Miguel Ángel Presno (Coord.). **Protección Jurídica de las Personas y Grupos Vulnerables**. ed. Procuradora General del principado de Astúrias, 2013.

Grupo de Trabalho sobre Terra e Patrimônio Territorial das Comissões Permanentes 5 e 6 do CONSEA. **Terra: direitos patrimoniais e territoriais. Brasil rural em debate: coletânea de artigos**. Brasília (DF): CONDRAF/NEAD, 2010, p 305-314.

HAESBAERT, R. **Concepções de território para entender a desterritorialização.** In: SANTOS, M. et al. Território, territórios: ensaios sobre o ordenamento territorial. 2006.

FEDERAL, Supremo Tribunal. **ADI nº 3239.** Disponível em <
<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3239&processo=3239>> Acessado em 27 de agosto de 2018.

FEDERAL, Supremo Tribunal. **STF garante posse de terras às comunidades quilombolas.** Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=369187>> Acessado em: 20 de agosto de 2018.

RÉ, Aluísio Iunes Monti Guggeri. **Manual do Defensor Público.** Teoria e prática. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 237-238 (Coleção Manuais das Carreiras. Teoria e Prática).

INTERNACIONAL. **100 Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça das Pessoas em Condição de Vulnerabilidade.** Disponível em: <
<https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>>. Acessado em: 20 de julho de 2018.

PÚBLICOS, Congresso Nacional de Defensores, (13.: 15-17 nov. 2017: Santa Catarina). **Livro de teses e práticas exitosas: DEFENSORIA PÚBLICA: EM DEFESA DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE/13.** Congresso Nacional dos Defensores Públicos. – Santa Catarina, 2017.

PÚBLICO, CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO. **Relatório da Pesquisa de Satisfação e Imagem do CNMP e do Ministério Público – 2017.** Disponível em:
http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Apresenta%C3%A7%C3%A3o_da_pesquisa_CNMP_V7.pdf. Acessado em 26 de setembro de 2018.

SAQUET, M. A. **Território e desenvolvimento: diferentes abordagens.** 2004.

SANTANA, S. Cultura, Linguagem e o Desenvolvimento das Crianças Surdas. **Tese de Doutorado do Programa de Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo** – PUC: São Paulo, 2009.

SOUZA, José Augusto (Coord.). **Uma nova defensoria pública pede passagem: reflexões sobre a Lei Complementar 132/09**. Rio de Janeiro: Lumen Juis, 2012, p. xi.

WAGNER, Alfredo. **Terras tradicionalmente ocupadas: processos de territorialização, movimentos sociais e uso comum**. *Brasil rural em debate: coletânea de artigos*. Brasília (DF): CONDRAF/NEAD, 2010, p. 137-211.

CONSTITUIÇÃO CIDADÃ E O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE

MATHEUS DE ALMEIDA: Bolsista CNPq. Doutorando em Filosofia do Direito – PUC/SP. Graduado e Mestre em Teoria do Direito e do Estado - Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Advogado.

Resumo: O presente artigo aborda de forma sucinta e introdutória o debate acerca do princípio da fraternidade dentro da Constituição Federal de 1988, com o objetivo de trazer novas formas de reflexão por parte do acadêmico jurista, com intuito de combater as desigualdades econômicas e sociais existentes no Brasil. Para isso o estudo inicia a origem histórica e cultural relacionando a fraternidade como categoria política dentro da socialdemocracia. Em um segundo momento, aborda como o princípio da fraternidade é adotado dentro da Constituição brasileira, seus prós e contras, e finaliza com uma análise crítica abordando viés sociológico e econômico. O método de pesquisa adotado é o hipotético dedutivo.

Abstract: This article deals briefly and introductory with the debate about the principle of fraternity within the Federal Constitution of 1988, with the aim of bringing new forms of reflection on the part of the academic jurist, in order to combat the economic and social inequalities existing in Brazil . For this the study begins the historical and cultural origin relating the fraternity as a political category within the Social Democracy. In a second moment, it addresses how the principle of fraternity is adopted within the Brazilian Constitution, its advantages and disadvantages, and ends with a critical analysis addressing the sociological and economic bias. The research method adopted is the hypothetical deductive.

Palavras-chave: 1. Filosofia do Direito; 2. Direito e Fraternidade; 3. Direito constitucional.

Keywords: 1. Philosophy of Law; 2. Law and Fraternity; 3. Constitutional Right.

Sumário: 1. A socialdemocracia e a fraternidade como categoria política; 2. Princípio constitucional da fraternidade no Brasil; Considerações finais; Referências.

Introdução

Prestes a completar 31 anos, a Constituição Federal do Brasil de 1988 ainda passa por um processo de implementação de valores sociais humanistas dentro da sociedade brasileira, apesar de completar três décadas, o período é relativamente curto, levando em consideração o tempo que uma sociedade demora para enraizar novas formas sociais de se relacionar, soma-se a isso, um passado brasileiro de extrema repressão e supressão de liberdades vividas pelo período de 21 anos de ditadura militar, como também um passado escravocrata que durou 300 anos, com práticas de exploração desumana e cultura de dominação entre as pessoas, carregando traços de racismo e desigualdade racial até hoje. Diante de tantos problemas e dificuldades existentes dentro das sociedades mundiais, sobressai várias alternativas como forma de superação, e como veremos nesse estudo, algumas delas perfazem a ideologia da Constituição Federal e estão positivadas há mais de 30 anos.

Com o objetivo de contribuir com soluções para esses graves problemas sociais, desponta uma corrente jurídica chamada de Direito Fraternal, cuja a finalidade é dar destaque ao princípio da fraternidade existente dentro da cultura ocidental judaico cristã, onde adquire uma importância mundial após os anos 50, com as Constituições do mundo inteiro adotando princípios humanos. Movimento que considera os direitos humanos o mínimo necessário para a vivência coletiva, é propagado pelas nações que controlam as relações de trocas mundiais.

Assim, o artigo visa contribuir fazendo uma análise crítica desse movimento, mas antes, abordará seu surgimento histórico, a fraternidade como categoria política, o princípio constitucional da fraternidade no Brasil, seus pensadores e seus

objetivos enquanto movimento jurídico, bem como a intenção de se tornar movimento cultural.

1. A socialdemocracia e a fraternidade como categoria política.

A materialização da ideologia socialdemocrata pós Segunda Grande Guerra Mundial, adotada ao redor do mundo se deu por meio de Constituições Federativas. No Brasil esse processo se concretizou com a Constituição Federal de 1988, que estabelece a base de todo ordenamento jurídico da sociedade, não abrange apenas as relações de proteção entre particulares e Estado, mas também as normas pelo qual o Estado se utiliza para garantir os direitos sociais da população. Nas palavras de Steinmetz (2004, p. 99):

Do ponto de vista de uma teoria constitucionalmente adequada, a CF não é apenas uma Constituição somente do Estado, isto é, não se apresenta apenas como uma ordem jurídica fundamental do Estado. Ela não adota como pressuposição básica a dicotomia rígida (ontológica) entre Estado e sociedade, em razão da qual o direito constitucional e o direito público em geral ordenam o Estado, suas relações internas de reciprocidade e suas relações com os indivíduos, e o direito privado ordena as relações entre particulares. Ela é também uma Constituição da sociedade, por que normatiza âmbitos importantes das relações sociais horizontais. Em enunciação concisa, a CF pode ser definida como a estrutura normativa básica ou fundamental do Estado e da sociedade brasileira.

Com o avanço do movimento Constitucionalista, ganhou destaque a positivação de princípios humanista – aqui, se apresenta uma divisão para fins didáticos. Sendo os direitos fundamentais de primeira dimensão os direitos civis e políticos, como por exemplo, o direito à vida, à intimidade, à inviolabilidade de domicílio, à propriedade, à igualdade perante a lei, etc. Essa dimensão são resultado do pensamento liberal burguês, neste sentido, eles surgem para diminuir a atuação do Estado, garantindo assim, mais garantias individuais contra o Estado para a sociedade:

Os direitos de primeira dimensão são os direitos de liberdade, pois são fruto do pensamento liberal burguês, de caráter fortemente individualista, aparecendo como uma esfera limitadora da atuação do Estado, isto é, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado nas liberdades do indivíduo. (SCALQUETTE, 2004, p. 34).

A segunda dimensão dos direitos fundamentais é marcada por direitos condizentes a igualdade. Estes direitos são aplicados no sentido de reclamar do Estado uma ação que possa proporcionar condições mínimas de vida com dignidade, são os direitos sociais, econômicos e culturais. Com o avanço do liberalismo político e econômico no início do século XX, após a Primeira Grande Guerra Mundial, o mundo assistiu à deterioração do quadro social. Assim, os direitos da referida segunda dimensão estão ligados intimamente a direitos prestacionais sociais do Estado perante o indivíduo, como assistência social, educação, saúde, cultura, trabalho, lazer, etc. Importante mencionar que os direitos de segunda dimensão não negam, tampouco exclui os direitos de primeira dimensão, mas a estes se somam. Deste modo, os direitos da referida segunda dimensão estão ligados intimamente aos direitos prestacionais sociais do Estado perante o indivíduo.

Assim, após a Segunda Grande Guerra Mundial, surgiu os direitos de terceira dimensão, estes direitos são conhecidos como direitos da fraternidade. Neste sentido, com os resultados devastadores da guerra, forma-se uma cultura de proteção internacional dos direitos humanos, voltado para a essência e valorização do ser humano, agora não só em esfera interna, mas também internacional. Portanto com a eclosão da Segunda Grande Guerra Mundial e com a criação da ONU (Organização das Nações Unidas) é notório que estes direitos da terceira dimensão surgem para garantir uma sociedade mais fraterna e mais unida, elevando-se a dignidade do homem. Nesse sentido diz Alarcón (2004, p.81):

“[...] a aparição dessa terceira dimensão dos direitos fundamentais evidencia uma tendência destinada a alargar a noção de sujeito de

direitos e do conceito de dignidade humana, o que passa a reafirmar o caráter universal do indivíduo perante regimes políticos e ideologias que possam colocá-lo em risco, bem como perante toda uma gama de progressos tecnológicos que pautam hoje a qualidade de vida das pessoas, em termos de uso de informática, por exemplo, ou com ameaças concretas à cotidianidade da vida do ser em função de danos ao meio ambiente ou à vantagem das transnacionais e corporações que controlam a produção de bens de consumo, o que desdobra na proteção aos consumidores na atual sociedade de massas.

A Fraternidade vem cada vez mais, tomando espaço dos debates acadêmicos, o movimento fraterno vem de um amplo espaço de discussões, somando anseios culturais do ocidente judaico cristão, com as alterações jurídicas do plano da terceira dimensão de direitos humanos, conquistando novos entusiastas e provocando reflexões das alas mais conservadoras. Resta (2004, p. 16) traz um posicionamento interessante, ao analisar:

[...] o Direito Fraterno compreende um modelo de direito que abandona a fronteira fechada da cidadania e olha em direção à nova forma de cosmopolitismo que não é representada pelos mercados, mas pela necessidade universalista de respeito aos direitos humanos que vai se impondo ao egoísmo dos “lobos artificiais” ou dos poderes informais que à sua sombra governam e decidem. Fala-se, portanto, de uma proposta frágil, infundada, que aposta sem impor, que arrisca cada desilusão, mas que vale a pena cultivar: vive de expectativas cognitivas e não de arrogâncias normativas.

A fraternidade teve seu início na história em momento marcante, que é a Revolução Liberal Francesa, cujo lema era “liberdade, igualdade e fraternidade”. Esta Revolução deu origem a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e estabeleceu por escrito os princípios mínimos fundamentais para o respeito da dignidade humana, sendo uma das primeiras letras de direito positivos, junto com outros movimentos que percorriam a Europa e Estados Americanos, mas diferente dos outros movimentos por direitos humanos, especialmente o movimento pela fraternidade, teve seu destaque durante a Revolução Francesa, diz Baggio (2008, p.7):

[...] Por que, então, ocupar-se tanto com os acontecimentos de 1789, se o aparecimento da trilogia naquela época foi tão passageiro? O fato é que a Revolução de 1789 constitui um ponto de referência histórico de grande relevância, porque, durante o seu andamento, pela primeira vez na Idade Moderna a ideia de fraternidade foi interpretada e praticada politicamente.

A Revolução de 1789 inovou diante da fraternidade principalmente pelo fator político, pois, pela primeira vez trata-se a ideia de fraternidade com dimensão política. Quanto a isto, a atribuição da política na fraternidade eleva-se este princípio para algo que possa se introduzir na esfera Estatal, transcendendo assim, o sentido de ser algo presente apenas na sociedade em sentido estrito da palavra. Ou seja, visualiza-se a fraternidade como elemento político e importante para o Estado. Ainda, segundo Baggio, (2008, p.8): “a Revolução inova também no sentido de que a fraternidade começa a interagir com os outros dois princípios importantes, que se perfazem na democracia atual que é o da liberdade e o da igualdade.

Em relação à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a mesma reconhecia em seu preâmbulo que há “direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem” a serem consolidados num pacto social a partir do que se legitima o surgimento de uma sociedade, cuja preservação exige que o poder político seja exercido com a supremacia do direito, espelhado na constituição.

A universalização dos direitos fundamentais vem com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, onde reafirma o tríplice lema: “liberdade, igualdade e fraternidade”, proclamado pela Revolução Francesa, ao prescrever em seu artigo 1º que: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir reciprocamente com espírito de fraternidade”. Sobre a Declaração dos Direitos Humanos, diz Bobbio (1992, p. 29 e 30):

Com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela

contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. No final desse processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem. Ou. Pelo menos, serão os direitos do cidadão daquela cidade que não tem fronteiras, porque compreende toda a humanidade; ou, em outras palavras, serão os direitos do homem enquanto direitos do cidadão do mundo.

A fraternidade nos últimos dois séculos teve uma visualização minimizada e até mal interpretada, pois se criou na sociedade um juízo de que a fraternidade está atrelada apenas a grupos fechados, como por exemplo, os filantrópicos. Nessa mesma posição, alega Baggio (2008, p.20): “a fraternidade foi vivida – e ainda o é hoje – na forma de uma ligação sectária, no âmbito de organizações secretas, ou que colocam níveis de segredo ao lado de outros de caráter público – como a maçonaria – e que buscam fortalecer sua própria rede de poder econômico e político”. Entretanto, a fraternidade representa mais do que ser utilizada por um grupo fechado, por que na verdade em sua essência este princípio se perfaz na sociedade em sentido geral, ou seja, para todos, e não, por exemplo, para um grupo em particular.

Ressalta-se assim, que é necessário introduzir a questão da fraternidade como princípio político, bem como já o são a liberdade e igualdade, para compreender melhor o assunto, pode-se citar como exemplo a fraternidade jurídica agindo por meio das políticas públicas, conseqüentemente, trazendo melhorias nas questões sociais (LOPES, 2014, p.7). Acrescenta o autor:

Seria fraternidade, efetivamente apreciada, capaz de provocar um impacto positivo nas iniciativas públicas de atendimento às principais demandas da população, sobretudo aquelas voltadas ao atendimento de suas primeiras necessidades tais como moradia, educação, saúde, segurança e meio ambiente? Em que aspectos pode a fraternidade

influenciar nas políticas públicas, de modo a que as hierarquias sociais sejam cada vez mais aproximadas em seu distanciamento, hoje constatado? (LOPES, 2014, p. 7).

O princípio da fraternidade é para garantir uma ordem jurídica que proteja a raça humana em todos os sentidos, ou seja, como promotor de direitos, ele indica o caminho, mas são as pessoas que devem percorrê-lo, e, além disso, a fraternidade vem para alimentar essa sede de querer percorrê-lo, como, “vá lá e garanta a dignidade dos humanos”, como um direito promocional da pessoa humana. Para transparecer melhor o sentido da fraternidade e sua relação com a sociedade, e também para compreender com mais exatidão a deturpação que ocorre com a mesma, torna-se válido aludir este estudo a acepção:

Nesse diapasão, a fraternidade tem o objetivo de ser uma semente para uma transformação social, transcendendo as divergências existentes entre as pessoas, fazendo com que o diferente se manifeste para o seu pleno desenvolvimento e para o benefício coletivo, sem se descuidar dos vínculos comuns que mantêm unidas grandes coletividades... (HORITA, 2013).

Destaca-se que o princípio da fraternidade e a fraternidade em si estabelecem ligação com a dignidade entre irmãos/irmãs e o direito de serem indiferentes um dos outros, como realmente acontece em uma família. Ou seja, não se escolhe os irmãos, por isto é necessário encontrar condições capazes de garantir igualdade e diferença nesta relação, assim a fraternidade age como princípio de realidade nas teorias políticas (VOCE, 2014, p.142).

Em termos sociais, a ligação fraternidade e Direito, gera uma nova forma de se visualizar a sociedade. Ou seja, notam-se nos variados grupos, nas inúmeras distinções dos seres humanos, algo em comum, que é simplesmente existir como ser humano e fazer parte de algo que se mostra enorme quando analisado em patamar sem fronteiras, que é a população mundial. Com isto, conclui-se que em meio a tantas pessoas, a tantas diferenças e divergências que são de certo modo comuns, é necessário existir conexão, e mais que isso, um caminho para evoluir as

relações humanas. E neste caminho encontra-se a fraternidade que tanto em sentido prático que é de ser uma pessoa fraterna com aqueles que vivem a seu redor e além, mas também em sentido jurídico que humaniza ainda mais o direito e a letra “fria” da lei.

A fraternidade em consonância com o direito aproxima a norma da sociedade, e também se torna instrumento para aproximar os principais componentes da sociedade que é o ser humano. Neste sentido:

O direito fraterno coloca, pois, em evidência toda determinação histórica do direito fechado na angustia dos confins estatais e coincide com o espaço de reflexão ligado ao tema dos direitos humanos, com uma consciência a mais: a de que a humanidade é simplesmente o lugar “comum”, somente em cujo interior pode-se pensar o reconhecimento e a tutela. Em outras palavras: os Direitos Humanos são aqueles direitos que somente podem ser ameaçados pela própria humanidade, mas que não podem encontrar vigor também aqui, senão graças a própria humanidade (RESTA, 2004, p. 13).

Explicita-se também em trazer novas formas de direção social, como exemplo a filantropia, ao ponto de o Estado transferir para a sociedade a virtude de levar um direito a uma pessoa. Esse aspecto horizontal de promoção de direitos entre os particulares é muito benéfico do ponto de vista do direito, em garantir direitos fundamentais alheios. Mas, o aspecto da filantropia paternalista, em querer ajudar somente com a intenção de caridade, ou por uma sensação de classe dominante, ajudando classe dominada, não se encaixa com o princípio da fraternidade. Nesse pensamento ressalta Baggio (2008, p22):

De fato, a solidariedade dá uma aplicação parcial ao conteúdo da fraternidade. Mas esta, creio eu, tem um significado específico que não pode ser reduzido a todos os outros significados, ainda que bons e positivos, pelos quais se procura dar-lhe uma aplicação. Por exemplo, a solidariedade – tal como historicamente tem sido muitas vezes realizada –

permite que se faça o bem aos outros embora mantendo uma posição de força, uma relação “vertical” que vai do forte ao fraco. A fraternidade, porém, pressupõe um relacionamento “horizontal”, a divisão dos bens e dos poderes, tanto que cada vez mais se está elaborando – na teoria e na prática – a ideia de uma “solidariedade horizontal”, em referência à ajuda recíproca entre sujeitos diferentes, seja pertencente ao âmbito social, seja do mesmo nível institucional.

Em outro sentido, quando a pessoa pratica a filantropia incentivada pela norma positiva, trata-se da fraternidade jurídica pura. E também se relaciona com a eficácia da sanção positiva. Ou seja, o Estado influenciou e encorajou esta pessoa a praticar uma ação filantrópica. E em troca disto ele a beneficia com algo. Consonante a isto, ao dizer de Ferrera (2014, p. 10):

Trata-se de um dado que introduz numa outra visão do direito: não mais pensando unicamente como vínculo ainda que necessário entre preceito e sanção, coerção e comando, mas também como possível instrumento da convivência até a comunhão entre os jovens, que atualmente se encontram em sua diversidade nas mais variadas latitudes, ou então custalhes reconhecer-se ou caem na hostilidade. Na época moderna e contemporânea, doutrina e prática do Direito focaram a irrenunciável tutela jurídica do indivíduo e de seus direitos fundamentais, mas não tem sido assim com a comunhão humana e suas exigências.

Por exemplo, direcionando o Estado não apenas de controle social de liberdade, mas como promotor de ideologias, quando uma pessoa pratica uma ação filantrópica porque sabe que a norma garante e incentiva esta ação, sem visar benefício próprio, o Estado está provendo a fraternidade, alocando recursos que seriam arrecadados por ele, para a participação direta da sociedade em uma atividade material.

Importante ressaltar que, após a implementação desses princípios humanos nas constituições, ou seja, os chamados princípios fundamentais de direitos humanos, houve um movimento para a concretização jurídica desses interesses

para que se garanta a efetividade desses princípios no plano formal, criando um senso coletivo de aceitação básica, por parte de todos os campos políticos em disputa (direita, esquerda, centro, etc.). Entretanto, no campo material, mesmo positivados esses princípios, quando se choca com interesses econômicos e com crises econômicas, os princípios humanos, ainda são deixados de lado. E, uma das respostas para a efetivação desses princípios dentro da própria socialdemocracia, é a crença na implementação da fraternidade para solucionar esse problema.

2. Princípio constitucional da fraternidade no Brasil

No Brasil pode-se encontrar a incorporação da fraternidade no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, onde se lê que ao instituir um Estado Democrático a nação brasileira está “a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”.

A fraternidade é um princípio fundamental, pois é do respeito para com o próximo que se garante a harmonia da sociedade. Nessa linha segue Machado (2010, p. 100): “A Constituição busca assim, com a dimensão fraternal, uma integração comunitária, uma vida em comunhão. Se as pessoas viverem em comunidade estarão, de fato, numa comum unidade. Em uma palavra: fraternidade”.

O princípio constitucional da fraternidade no Brasil contribui para reafirmar os fundamentos do Estado Democrático e Social de Direito, onde se faz necessário à cooperação voluntária de todos, para que possam igualmente ter uma vida digna. Nesse sentido posiciona-se o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Brito (2003, p. 216):

Efetivamente, se consideramos a evolução histórica do Constitucionalismo, podemos facilmente ajuizar que ele foi liberal, inicialmente, e depois social. Chegando nos dias presentes à etapa fraternal esta fase em que as constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo

soberano a dimensão da Fraternidade; isto é, a dimensão das ações estatais afirmativas, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos). De par com isso, o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do Desenvolvimento, do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, da Democracia e até de certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais. Tudo na perspectiva de se fazer a interação de uma verdadeira comunidade; isto é, uma comunhão de pela consciência de que, estando todos em um mesmo barco, não têm como escapar da mesma sorte ou destino histórico.

O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal tem por anos defendido a fraternidade dentro do ordenamento jurídico brasileiros, com a argumentação de que é o ponto de equilíbrio que se precisa para unir liberdade e igualdade, Britto (2007, p. 98) diz:

A Fraternidade é o ponto de unidade a que se chega pela conciliação possível entre os extremos da Liberdade, de um lado, e, de outro, da Igualdade. A comprovação de que, também nos domínios do Direito e da Política, a virtude está sempre no meio (*medius in virtus*). Com a plena compreensão, todavia, de que não se chega à unidade sem antes passar pelas dualidades. Este, o fascínio, o mistério, o milagre da vida.

A nação brasileira fez na Constituição Federal de 1988 uma opção clara pela incorporação dos direitos individuais e sociais mínimos assegurados pelas sociedades modernas. Dentro do direito contemporâneo a fraternidade busca contribuir com a promoção de valores, e que as pessoas busquem soluções para efetivar os direitos fundamentais. Em outras palavras é o que o italiano Filippo Pizzolato (2008, p.114) menciona sob a solidariedade vertical e solidariedade horizontal, sendo:

A solidariedade vertical se expressa nas formas tradicionais de intervenção e ação do Estado social, ou seja, alude à ação direta dos poderes públicos com a intenção de reduzir as

desigualdades sociais e permitir o pleno desenvolvimento da pessoa humana. A solidariedade horizontal, por sua vez, diz respeito a um princípio que pode ser deduzido da Constituição, o de um necessário socorro mútuo entre cidadãos, limitando-se o Estado a oferecer-se como fiador externo.

Além da passagem explícita da palavra fraternidade dentro do preâmbulo constitucional, se encontra implicitamente em várias outras passagens, por exemplo, no artigo 1º com a adoção dos princípios fundamentais da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e também no artigo 2º onde estipulou como objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Uma sociedade fraterna realizaria com eficácia sua função, pois quando se enxerga a comunidade com o olhar de irmão conquista-se a ajuda mútua entre os cidadãos. Nesse sentido Aquini (2008, p. 138/139) leciona:

A fraternidade compromete o homem a agir de forma que não haja cisão entre os seus direitos e os seus deveres, capacitando-o a promover soluções de efetivação de Direitos Fundamentais de forma que, não, necessariamente, dependam, todas, da ação da autoridade pública, seja ela local, nacional ou internacional.

É com esse espírito de fraternidade, de tratar o outro como um irmão, que se busca um estudo para combater as desigualdades sociais, analisando as dificuldades presentes nos recursos públicos, e também se há efetividade do Estado no cumprimento dos direitos fundamentais.

Considerações Finais

Como apresentado no artigo, o princípio constitucional da fraternidade, encontra-se em um espírito de preocupação com a humanidade, mas para concluir,

se faz necessário apontar algumas críticas construtivas, pois no âmbito nacional, é não há nenhuma norma que traga expresso a fraternidade dentro do ordenamento jurídico, a não ser sua citação no preâmbulo da Constituição. Assim, alguns juristas que não reconhecem o preâmbulo constitucional como integrante do sistema jurídico reconhecem a fraternidade somente como um comportamento da sociedade, deste modo, não poderia ser atribuída como norma. Quanto a isso, pode-se relevar, pois o princípio da dignidade da pessoa humana sempre foi algo inerente ao ser humano, e mesmo quando não era positivado em nenhum ordenamento jurídico, a dignidade já perfazia como valor absoluto da sociedade ocidental.

Além disso, deve-se destacar uma crítica mais profunda em relação a esse movimento principiológico, pois, com a concretização do movimento socialdemocrata, seu viés político tentar amenizar as desigualdades sociais dentro do capitalismo, por si só, já são obstáculos gigantes há serem superados no plano formal, já que existe uma resistência conservadora gigante no Brasil, devido a herança cultural escravocrata. Já na materialização no princípio da fraternidade, outro conflito com o que realmente determina a aplicação de políticas públicas ou não, é o poder econômico, e esse, não se mostra nada fraterno quando o assunto é distribuição de renda, ou diminuição de concentração de renda dos chamados super-ricos, que ano após ano, concreta cada vez mais riqueza em mãos de pouquíssimas pessoas, enquanto uma parcela miserável da sociedade fica desassistida.

Enfim, a fraternidade é um espírito de luta, nobre, mas na prática serve mais como motivador subjetivo social, do que realmente algo palpável, concreto, que mude o sistema de exploração em sua forma estrutural.

Referências

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **O patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

AQUINI, Marco. Fraternidade e direitos humanos. In. Antônio Maria Baggio (org.). **O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Tradução de Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista: Editora Cidade Nova, 2008.p.138/139.

BAGGIO, Antônio Maria. **O princípio esquecido: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Ed. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 29 e 30

BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo como categoria constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. **Teoria da constituição**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FERRERA, Pasquale. Prefácio. In: LOPES, Paulo Muniz. et al. **Fraternidade e humanismo: uma leitura interdisciplinar do pensamento de Chiara Lubich**. 1. ed. Vargem Grande Paulista: Editora Cidade Nova, 2014.

HORITA, Fernando Henrique da Silva. **A modernidade líquida em Zygmunt Bauman**: análise da possibilidade de um direito fraterno. Revista Em Tempo (Online), v. 12, p. 123-143, 2013.

LOPES, Paulo Muniz. et al. **Fraternidade e humanismo**: uma leitura interdisciplinar do pensamento de Chiara Lubich. 1. ed. Vargem Grande Paulista: Editora Cidade Nova, 2014.

MACHADO NETO, Antonio Luís. **Sociologia Jurídica**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A Fraternidade como Categoria Constitucional.** In: SOUZA, Calos Aurélio Mota de; CAVALCANTI, Thais Novaes. *Princípios humanistas constitucionais: reflexões sobre o humanismo do Século XXI.* 1ª ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2010.

PIZZOLATO, Filippo. **A fraternidade no ordenamento jurídico italiano.** In: BAGGIO, Antônio Maria. *O princípio esquecido.* São Paulo: Cidade Nova, 2008.

RESTA, Eligio. **O Direito fraterno.** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Sistema constitucional das crises:** os direitos fundamentais face a situações extremas. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2004.

STEINMETZ, Wilson. **A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2004.

VOCE, Maria. A visão do homem em Chiara Lubich. In: LOPES, Paulo Muniz. et al. **Fraternidade e humanismo:** uma leitura interdisciplinar do pensamento de Chiara Lubich. 1. ed. Vargem Grande Paulista: Editora Cidade Nova, 2014.

A EQUIPARAÇÃO SALARIAL NA REFORMA TRABALHISTA

LEANDRO FERNANDEZ TEIXEIRA: Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região. Mestre em Relações Sociais e Novos Direitos pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo JusPodivm/BA. Diretor de Prerrogativas da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da Sexta Região — AMATRA VI (gestão 2018/2020). Professor. Membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho (IBDT).

Resumo: O presente trabalho destina-se ao exame do novo regime jurídico da equiparação salarial conferido pela Lei n.º 13.467/17.

Sumário: 1 Introdução. 2 Os requisitos da equiparação salarial sob a regência da Lei n.º 13.467/17. 3 A questão da equiparação em cadeia. 4 A multa por discriminação salarial. 5 Direito intertemporal. 6 Conclusões.

1 Introdução

A figura da equiparação salarial consiste em uma das expressões da concretização do princípio jurídico da igualdade, consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos¹³⁵, no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹³⁶, no Protocolo de San Salvador¹³⁷, na Convenção

135 Art. 7º Todos são iguais perante a lei e tem direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos tem direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

136 Art. 3º Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos econômicos, sociais e culturais enumerados no presente Pacto.

137 Art. 3º - Obrigação de não discriminação. Os Estados Partes neste Protocolo comprometem-se a garantir o exercício dos direitos nele enunciados, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

n.º 100 da Organização Internacional do Trabalho¹³⁸ e na Carta Constitucional de 1988¹³⁹.

A Lei n.º 13.467/17 promoveu sensível alteração no regime jurídico do instituto, tornando mais rigorosos os requisitos para sua configuração, conforme será exposto adiante.

2 Os requisitos da equiparação salarial sob a regência da Lei n.º 13.467/17

Em sua redação anterior, o **caput do art. 461 da CLT** assegurava salário de igual valor aos trabalhadores que se ativassem em favor do mesmo empregador, na mesma localidade.

Ao longo das décadas, o Tribunal Superior do Trabalho construiu a interpretação segundo a qual a expressão “mesma localidade” não pode ser visualizada como sinônimo de “mesma cidade” ou “mesmo município”, podendo abranger municípios distintos que integrem a mesma região metropolitana, compreensão que veio a ser consagrada na **Orientação Jurisprudencial n.º 252 da SDI-I**, posteriormente convertida no **item X da Súmula n.º 6** da Corte (“o conceito de ‘mesma localidade’ de que trata o art. 461 da CLT refere-se, em princípio, ao mesmo município, ou a municípios distintos que, comprovadamente, pertençam à mesma região metropolitana”).

A justificativa de tal posicionamento é de ordem lógica e fática, conforme explicitado em um dos precedentes do verbete: “*Por mesma localidade não há que se considerar sempre e necessariamente como mesmo município ou cidade, ainda que em uma interpretação literal ou gramatical. Localidade não é sinônimo de*

138 Art. 2.1. Cada Membro deverá, por meios adaptados aos métodos em vigor para a fixação das taxas de remuneração, incentivar e, na medida em que tudo isto é compatível com os ditos métodos, assegurar a aplicação a todos os trabalhadores do princípio de igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e a mão-de-obra feminina por um trabalho de igual valor.

139 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

município ou cidade. Embora como regra seja dentro destes limites que deva impor-se a igualação salarial. Mas não viola o art. 461 da CLT expressamente quando, reconhecendo-se as mesmas condições de vida, as mesmas condições sócio-econômicas existentes em cidades ou municípios limítrofes da mesma região geo-econômica ou da mesma região metropolitana, reconhece-se o direito à equiparação salarial entre empregados que trabalham em cada um deles" (E-RR 582533/1999, DJ 23/08/2002).

A Lei da Reforma Trabalhista, entretanto, **substitui**, no *caput* do art. 461 celetista, **a expressão "mesma localidade" por "mesmo estabelecimento"**, a sugerir a possibilidade de fixação de distintos salários para empregados que prestem trabalho de igual valor ainda que lotados em filiais bastante próximas¹⁴⁰. A separação espacial, mesmo que por apenas alguns metros, seria o suficiente para a inviabilização da equiparação salarial.

A compatibilização da literalidade do dispositivo com a norma jurídica da isonomia, prevista na Carta de 1988 e em tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil, oferece certo desafio hermenêutico.

Com efeito, parece vulnerar tal princípio a interpretação que autorizaria a percepção de salários diversos por obreiros que prestem trabalho de igual valor (atendidos, portanto, os demais requisitos previstos no art. 461) mesmo que inseridos em idêntica realidade socioeconômica.

Assim, à luz das normas de superior hierarquia, o dispositivo deve ser compreendido pelo jurista com uma ressalva: a lotação do equiparando e do

¹⁴⁰ Com interpretação mais elástica, foi editado o Enunciado n.º 25, item "2", da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho: "2. Entende-se por estabelecimento, para fins do artigo 461 da CLT, o 'complexo de bens organizado para exercício da empresa, por empresário ou por sociedade empresária', nos termos do artigo 1.142 do Código Civil". De acordo com a leitura propugnada pelo verbete, o âmbito territorial da equiparação salarial teria sido substancialmente ampliado com a Lei n.º 13.467/17.

paradigma em estabelecimentos distintos apenas afasta a possibilidade de equiparação salarial se forem diversos os contextos socioeconômicos da prestação dos serviços, aspecto cujo ônus probatório da demonstração compete ao empregador, por tratar-se de fato impeditivo (CLT, art. 818, inciso II; CPC, art. 373, inciso II).

Ainda no *caput* do art. 461, é possível visualizar a inclusão de mais uma circunstância fática que não autoriza a existência de diferença salarial: a **etnia**.

Em verdade, a alteração mostra-se inócua. O princípio da isonomia e a proscrição de práticas discriminatórias decorre expressamente de normas internacionais (vide também, no particular, a Convenção n.º 111 da OIT) e da Constituição, não sendo passível de restrição pela legislação infraconstitucional. É dizer: eventual discriminação salarial motivada pela etnia de dado empregado não estava autorizada pela CLT anteriormente à alteração promovida pela Lei n.º 13.467/17, assim como qualquer outra distinção salarial por motivo discriminatório não previsto na atual redação do art. 461 (v.g: crença, filiação ou não ao sindicato) está igualmente proibida.

No **§1º do art. 461**, foram mantidas as exigências de idênticas produtividade e perfeição técnica para a configuração da equiparação salarial.

O requisito temporal para a equiparação sofreu, porém, severa alteração.

Na anterior redação do dispositivo, era necessário que a diferença de tempo de serviço entre modelo e paragonado não fosse superior a dois anos.

Considerando que a equiparação salarial pressupõe a identidade fática do complexo de atribuições dos trabalhadores, há muito o Tribunal Superior do Trabalho esclareceu que a expressão “tempo de serviço” refere-se ao tempo de serviço na função, não no emprego (Súmula n.º 135, editada em 1982, posteriormente convertida no **item II da Súmula n.º 6**).

A Lei n.º 13.467/17 preservou a exigência em tela, esclarecendo que o marco de dois anos diz respeito ao exercício da função, e concebeu mais um pressuposto à equiparação salarial: **a diferença do tempo de prestação de serviços do postulante e do paradigma para o mesmo empregador não pode ser superior a quatro anos.**

A nova redação do art. 461, §1º, da CLT cria mais um obstáculo à caracterização da equiparação salarial.

A despeito do maior rigor agora exigido, parece-nos que — diferentemente do que se verificou em relação à restrição legal da equiparação ao mesmo estabelecimento — a alteração situa-se na margem de conformação do legislador, não restringindo o direito a ponto de suprimi-lo.

Com perspectiva diversa, saliente-se, foi editado o **Enunciado n.º 25**, item 1, da 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, com a seguinte redação: "*1. Equiparação salarial. Restrições relacionadas ao tempo de serviço na empresa. Violação ao princípio da isonomia. O artigo 461 da CLT, ao vedar a equiparação salarial para empregados com diferença de mais de quatro anos de tempo de serviço na empresa, é contrário ao princípio da isonomia constante do artigo 5º, caput e 7º, XXX, da Constituição Federal*".

Os **§§2º e 3º do art. 461 celetista** preservam a lógica segundo a qual a existência de quadro de carreira inviabiliza o pleito de equiparação salarial, explicitando que o mesmo raciocínio aplica-se ao plano de cargos e salários, seja estabelecido por intermédio de regulamentação interna da empresa, seja produto da negociação coletiva.

Veiculam, entretanto, **duas relevantes alterações: a) a desnecessidade de homologação ou registro do quadro de carreira ou plano de cargos e salários perante órgão público**, superando o **item I da Súmula n.º 6** do TST; **b) a**

desnecessidade de alternância de critérios de antiguidade e merecimento nas promoções, podendo o diploma disciplinador da carreira estabelecer a modalidade evolução para a posição funcional seguinte (apenas antiguidade, apenas merecimento, antiguidade e merecimento de maneira alternada ou não).

A primeira das modificações, ao promover uma desburocratização, poderá ensejar delicadas repercussões práticas, com a apresentação, pelo empregador, juntamente com sua contestação, de quadro de carreira ou plano de cargos e salários estabelecido por norma interna, até então desconhecido pelo trabalhador-reclamante, como óbice à equiparação salarial. Para além das questões concernentes ao direito à informação nas relações de trabalho, consectário da boa-fé objetiva, a discussão processual será desenvolvida em torno da aplicação efetiva ou não de tal regulamento interno, a fim de avaliar-se a viabilidade do pleito de equiparação.

O **§4º do art. 461**, que estabelece a impossibilidade de indicação como paradigma de trabalhador readaptado, foi mantido na Reforma.

3 A questão da equiparação em cadeia

Inequivocamente, o **§5º do art. 461** representa uma reação à admissão, pela jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (**Súmula n.º 6, item VI**), da denominada **“equiparação em cadeia”**, vedando a indicação de paradigmas remotos.

Um exemplo pode auxiliar na compreensão da figura da “equiparação em cadeia”. Imagine o leitor que o empregado A foi admitido em janeiro de 2010, exercendo a função de auxiliar administrativo, com salário de R\$ 1.200,00. Em julho de 2011, foi contratado o trabalhador B para o exercício de atribuições idênticas àquelas desempenhadas por A, mas com salário de R\$ 1.000,00. Em janeiro de 2013,

o empregado C ingressou nos quadros da empresa para desenvolver exatamente a mesma função que os dois anteriores, com salário, todavia, de R\$ 800,00.

Tendo em vista o obstáculo temporal estabelecido pelo art. 461, §1º, da CLT, C não poderá postular equiparação salarial em relação a A, mas apenas quanto a B. Se, todavia, B houver ajuizado reclamação trabalhista em face do empregador, pleiteando o reconhecimento de equiparação salarial em relação a A, o trabalhador C poderá, na ação que vier a ajuizar, pedir que seu salário seja idêntico ao de A, não por ele (C) ter direito a uma equiparação diretamente com A, o qual será apenas paradigma remoto, em relação ao qual o paradigma próximo (B) atende os requisitos para a isonomia salarial.

Pretendeu o legislador reformista extinguir a possibilidade de apresentação de paradigmas remotos para fins de obtenção de equiparação salarial.

A medida é de constitucionalidade duvidosa, ameaçando de maneira concreta o princípio da isonomia. Vide, por exemplo, na situação acima proposta, que o salário do trabalhador C deveria ser, desde sua admissão, de R\$ 1.200,00, em razão do fato de ser este o valor efetivamente devido ao empregado B, em relação ao qual C preenchia os requisitos para a equiparação.

Nessa ordem de ideias, é possível constatar que a proibição da equiparação em cadeia provoca um quadro inusitado do ponto de vista da isonomia salarial, consoante explicitado em acórdão da lavra do Ministro José Roberto Freire Pimenta:

"Se é princípio elementar do Direito que não se pode admitir nenhuma interpretação das normas jurídicas que leve a resultados absurdos, deve ser mesmo repudiado o entendimento de que a exigência da parte final do § 1º do artigo 461 da CLT (nos termos do item II da Súmula nº 6 do TST) também se aplica aos demais elos da cadeia equiparatória e, principalmente, em relação ao primeiro deles (o assim chamado paradigma remoto ou original), já que isso leva, inexorável e automaticamente, à imunização absoluta do

empregador em relação a qualquer reclamação futura dos demais elos da cadeia equiparatória em relação a seus paradigmas imediatos, que será julgada improcedente pelo simples decurso do tempo superior a dois anos, a contar das datas em que o paradigma remoto e o reclamante de cada ação trabalhista tiverem passado a exercer a idêntica função. Com efeito, mesmo que determinado empregador tenha sido condenado em definitivo, em uma primeira reclamação trabalhista, a equiparar esse paradigma remoto a um outro empregado com quem este conviveu com tempo de serviço na função menor que dois anos (como exigem a parte final do § 1º do artigo 461 da CLT e o item II da Súmula 6 do TST), tal entendimento permitirá que este empregador, mesmo assim, possa contratar um terceiro empregado (e outros em seguida, que comporão os elos seguintes da cadeia equiparatória) sem levar em conta o novo valor do salário decorrente da procedência da primeira ação trabalhista, mesmo que, com relação a este, seu paradigma imediato, estejam atendidos todos os requisitos daquele artigo da CLT (inclusive o tempo de serviço na função não superior a dois anos). Em outras palavras, a prevalecer este entendimento, este empregador estará em tese autorizado, de forma eterna, automática e absoluta, a praticar, no futuro, todas as outras lesões que porventura queira perpetrar contra o princípio constitucional da isonomia salarial e o disposto no artigo 461 da CLT em relação aos próximos empregados componentes da denominada cadeia equiparatória, bastando-lhe que demonstre, nas futuras ações trabalhistas porventura ajuizadas por estes outros empregados dela integrantes, que as diferenças salariais pretendidas tiveram origem naquela primeira reclamação (em certos casos relativa a fatos ocorridos muitos anos atrás), referente a um paradigma remoto (o primeiro de uma cadeia composta, por vezes, por cinco ou seis empregados em sucessão) com quem cada autor das demais e subsequentes ações trabalhistas realmente não conviveram e em relação ao qual cada um deles terá mesmo diferença de tempo de serviço, naquela idêntica função, superior a dois anos - o que, certamente, é irrazoável e não corresponde à letra e à finalidade do princípio constitucional da isonomia e do multicitado artigo 461 da CLT nem, muito

menos, à Súmula nº 6 do TST (E-ED-RR 160100-88.2009.5.03.0038, DEJT 14/04/2015).

4 A multa por discriminação salarial

Por fim, o novo **§6º do art. 461 da CLT** fixa uma multa, no valor de metade do teto dos benefícios do RGPS, em favor do empregado alvo de discriminação por motivo de sexo ou etnia, assegurando ainda o pagamento das diferenças salariais devidas.

Discriminando entre discriminações, entendeu o legislador que desigualdades salariais motivadas pelo sexo ou pela etnia dos empregados seriam especialmente gravosas ao ordenamento jurídico, atraindo a incidência da multa ora estabelecida.

Sob perspectiva sociológica, a motivação do dispositivo evidentemente está atrelada à histórica discriminação sofrida (também no mercado de trabalho) por mulheres e negros na sociedade brasileira.

A despeito de serem igualmente inadmissíveis condutas discriminatórias em face de outros grupos historicamente vulneráveis, dificilmente será possível sustentar-se a aplicação analógica do dispositivo em comento, tendo em vista seu caráter sancionatório.

Naturalmente, o direito ao recebimento das diferenças salariais e da multa não obsta eventual condenação do empregador ao pagamento de indenização por danos morais em razão da prática discriminatória (vide, a propósito, o art. 1º da Lei n.º 9.029/95).

5 Direito intertemporal

Questão das mais relevantes diz respeito à **aplicação no tempo** das alterações promovidas pela Lei n.º 13.467/17 no tocante à equiparação salarial.

O art. 2º da Medida Provisória n.º 808/17 previa que o "*disposto na Lei n.º 13.467, de 13 de julho de 2017, se aplica, na integralidade, aos contratos de trabalho vigentes*".

É oportuno recordar, entretanto, que a ressalva à aplicação imediata das alterações quanto ao direito material está prevista no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, que assegura a observância ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

Assim, se dado trabalhador preenchia, sob a égide da legislação anterior, os requisitos então exigidos para a equiparação salarial, não será ele afetado em patrimônio jurídico, podendo postular o pagamento das diferenças salariais, que continuarão a ser devidas mesmo após a vigência da nova lei. Raciocínio em sentido diverso conduziria, na prática, à aplicação retroativa do novel diploma legislativo.

Diga-se o mesmo em relação ao trabalhador que teve reconhecido por decisão judicial transitada em julgado o direito à percepção de diferenças salariais por equiparação salarial. A alteração dos pressupostos para a configuração do instituto em nada afetará sua situação jurídica.

6 Conclusões

A Lei n.º 13.467/17 promoveu significativa modificação no regime jurídico do instituto da equiparação, tornando mais rigorosos os requisitos para sua configuração.

Respeitadas as garantias que regem o direito intertemporal, os pressupostos para o reconhecimento da equiparação salarial sob a égide da Reforma Trabalhista são os seguintes: a) mesmo empregador; b) labor no mesmo estabelecimento empresarial; c) igual produtividade; d) igual perfeição técnica; e) diferença de tempo na função não superior a 2 anos e de tempo de serviço para o

mesmo empregador não superior a 4 anos; f) ausência de quadro de carreira ou plano de cargos instituído por norma interna ou coletiva.

AUTOESTIMA POLICIAL COMO INSTRUMENTO DE SOCORRO DA MORTE SOCIAL E ENFRENTAMENTO DA CRIMINALIDADE

EDUARDO PAIXÃO CAETANO: Professor de Ciências Criminais. Delegado de Polícia Judiciária Civil. Mestrando em Direito Ambiental, Especialista em Direito Público, Pós-graduado em Direitos Difusos e Coletivos em Segurança Pública, Especialista em Direito Penal e com certificação de MBA Executivo em Negócios Financeiros. Palestrante e autor de artigos científicos e matérias publicadas em mídia impressa e eletrônica.

RESUMO: Verdaderamente, depois de experimentar muitos anos de aumento do crime, a polícia brasileira se encontra em uma importante encruzilhada. Enquanto várias organizações, acadêmicos e outros, apontam o aumento do crime, os dados da baixa autoestima policial sugerem um ponto de viragem e que é digno de preocupação e foco. Não é possível ver as cidades diminuindo índices de forma generalizada, se não alavancar e motivar o poder de polícia estatal. Embora muitos juristas tenham postulado razões para tal aumento vertiginoso, estas linhas expõem o que pode estar ocorrendo nos bastidores do braço forte do Estado, suas razões e como socorrer a morte social entre os servidores do Estado que garantem a defesa da sociedade.

Palavras-chave: Autoestima policial. Violência institucional. Ativismo policial. Liberdade civil. Morte social.

INTRODUÇÃO

A aplicação da lei focada em como parar o crime trata com desdém o braço forte do Estado, seja o servidor público que encara a nobre missão da atividade de segurança pública. Ao mesmo tempo, há também que ser conhecido outro desenvolvimento alarmante que é o número de policiais mortos na linha de serviço,

sem qualquer amparo às famílias ou reconhecimento pela nobreza da atividade de alto risco.

Por isso, há que se concordar que o governo federal deve "provavelmente" desempenhar um papel no enfrentamento do crime, não deixando exclusivamente para os estados da federação. Urgente iniciativas como: fornecer recursos adicionais ou suplementares para lidar com violências locais; fornecer tecnologias, táticas e análises mais avançadas para lidar com violências locais; realizar operações de fiscalização com foco em problemas de criminalidade local; fornecer estratégias investigativas aprimoradas; e dentro dessas funções, há claramente a necessidade do Ministério da Justiça trazer suas capacidades, recursos e experiência.

No entanto, há outras formas da administração ter impacto nas comunidades locais que podem não exigir milhões para o tratamento do crime, ao reengajar em várias áreas-chave, redirecionando vários esforços contínuos e aplicando liderança nas áreas emergentes. Fato é que a administração federal pode ter um impacto importante no policiamento e pode reduzir o crime violento de maneira importante, mensurável e de alto perfil.

Além disso, melhor pesquisa e melhor uso da ciência na aplicação da lei são essenciais para a redução da criminalidade e esforços para ser não apenas eficaz, mas também eficiente e acessível a todos estados. A pesquisa e os dados não devem ser considerados apenas quando as autoridades legais decidirem abordar os problemas recorrentes, nem ter problema seletivo, é essencial o monitoramento de como a aplicação da lei está em tempo real.

Os líderes e comandantes da lei querem e precisam de melhores análises e melhores dados sobre o que está acontecendo nas comunidades e como comunidades estão reagindo às estratégias de execução em jogo. É inevitável e urgente o reconhecimento do policial que age com bravura neste mister e o merecimento dos recursos de ponta para tal atividade.

I. POSTURA DE EMPRESA PRIVADA NO SERVIÇO PÚBLICO

Assim como qualquer entidade privada responsável pelo seu resultado final, a aplicação da lei deve ter um fluxo constante de dados para medir a linha de fundo da segurança pública. Indispensável trazer pesquisadores em conjunto com os policiais também como uma parte essencial de alavancar a ciência do crime e seu combate.

Abraçando as práticas criminais nas capitais, vemos que os dados de crimes violentos fornecidos pelas principais cidades demonstram que o crime violento não é aumentando em todas as comunidades. De fato, algumas comunidades e suas agências de aplicação da lei desenvolveram estratégias criativas e eficazes localmente que poderiam ser replicadas em muitos outros lugares, depois, sendo adaptado para as condições de outros estados mais complexos.

Isto é exatamente o bom combate ao crime, pois o Ministério da Justiça poderia replicar esses importantes esforços apoiando programas de pesquisa e assistência que permitem a identificação de locais de sucesso e seus esforços. A ideia é pode ajudar outros estados a replicar esses esforços. Aproveitando a tecnologia, a aplicação da lei pode acompanhar as tecnologias emergentes.

Frequentemente, a força policial se queixa de que os criminosos adotam novas tecnologias e abordagens antes da própria polícia. Ou seja, tecnologias emergentes como realidade virtual e realidade aumentada estão crescendo rapidamente e podem desempenhar um papel importante para melhorar a formação de quem aplica a lei, assim como a seleção e contratação, as relações com a comunidade e outros aspectos do policiamento. As capacidades de robótica e inteligência artificial não estão muito atrás, apresentando oportunidades e desafios para o policiamento (BARATTA, 1999, p. 20).

É urgente que haja um Ministério da Justiça e Segurança aberto à adoção de novas tecnologias, como sistemas aéreos não tripulados, bem como tecnologias de informação para prever locais de crimes e identificar áreas de alto risco. É papel importante para a Administração jogar nesses esforços, seja fornecendo liderança, bem como alavancando essas tecnologias de maneira mais eficaz, evitando a armadilha de privacidade e liberdade civil ou controle de fornecedores.

II. IMPORTÂNCIA DA REVISÃO DE ACIDENTES

A maioria dos brasileiros tem confiança nos policiais e compreende os perigos de seus deveres. No entanto, este não é o caso em todas as comunidades, já que muitos se uniram contra a má conduta policial e falhas de decisão. É urgente para a sociedade, a compreensão das realidades da aplicação da lei e também a melhora da compreensão da tomada de decisões da polícia, fornecendo contexto e transparência em torno dessas questões. Este envolvimento deve ser abordado de forma rigorosa e completa.

A sindicância honesta e pública é iniciativa essencial para estreitar a confiança da população, e também fornecer a eles técnicas que salvam vidas e criam consciência das ameaças que os agentes enfrentam.

Fato é que nossa sociedade não pode retornar a um encarceramento em massa, ou mesmo uma abordagem de encarceramento amplo, que é claramente insustentável do ponto de vista do orçamento federal e dos estados. Portanto, a aplicação da lei não deve ser apenas difícil em sua abordagem ao crime violento, mas também eficiente, sem sacrificar a eficácia.

Perceba que o que se sabe da ciência é que o crime violento pode ser reduzido através de dissuasão mais abordagem, em muitos casos de forma dramática. As agências policiais precisam de assistência na implementação desta abordagem, e deve saber mais sobre os esforços bem-sucedidos, apoiando sua

replicação aos pares. Enquanto o policiamento não é capaz de lidar com todos aspectos dessa epidemia nacional (prevenção, intervenção e supressão), ele tem um papel que pode ser apoiado, por exemplo, salvando a vida de pessoas apanhadas em dependência, forças-tarefa antidrogas e cartéis de drogas.

O governo deve ser um bom administrador dos recursos. É importante que haja um esforço para avaliar a eficácia desses esforços. É injusto gastar a receita do contribuinte em programas comprovadamente ineficazes. Por conseguinte, defendo avaliações científicas de esforços federais para confrontar com as estratégias. Usando abordagens baseadas em evidências, reduzir este tipo de dano é crucial para o Brasil.

Estratégias que identificam fatores de risco envolvidos nos programas sem comprovação da eficácia e estratégias comprovadas de policiamento alavancam o contribuinte, que apoia o investimento em policiamento baseado em evidências e uma estratégia nacional mais eficaz para reduzir os abusos e desperdício de dinheiro público (BARATTA, 1999, p. 89).

As tecnologias avançadas de realidade virtual e realidade aumentada são exemplos de uma abordagem promissora para treinar efetivamente policiais de maneira mais rápida e menos dispendiosa. Este treinamento pode e deve se estender literalmente a todos os aspectos do policiamento. De técnicas de gestão a treino tático para atiradores ativos, a realidade virtual ou realidade aumentada, ambos mantém a promessa de alterar fundamentalmente o custo e a maneira pela qual a polícia treina o seu policial. O treinamento é entregue. Isso fará com que a polícia avançada tenha treinamento disponível até para o menor dos municípios.

III. AVALIAÇÃO SÓBRIA DAS ESTRATÉGIAS DISPONÍVEIS

É importante que se avalie as estratégias que promovem as agências de policiamento, visando a reforma da polícia, a redução da violência, a redução do

uso da força, viés implícito e oficial dos programas de treinamento em segurança e bem-estar, que podem ser bem planejados e parecem ser intuitivamente eficazes.

No entanto, a falta de evidências científicas de alguns treinamentos, indicando que eles realmente funcionam, significa que o governo poderia desperdiçar recursos escassos dos contribuintes, também poderia estar promovendo programas que são, na melhor das hipóteses, ineficazes e, na pior das hipóteses, prejudiciais, criando mais problemas do que resolvendo. Isso significa que os programas devem necessariamente ser interrompidos até que a avaliação de eficácia esteja completa.

Há de haver um esforço empreendido para determinar a eficácia desses programas enquanto eles estão sendo implementados (FOUCAULT, 2002, p. 201). Isso é fundamental para a prática e perspectiva apoiada pela "ciência da ação". Inadiável a necessidade de realizar avaliações científicas sobre programas financiados pelos contribuintes, como estes. Ciência sobre policiamento e o controle do crime precisa ser oportuno e deve ser explicado e traduzido de resultados de pesquisa.

Praticantes policiais precisam usar a melhor ciência disponível para conduzir estratégias. Desta forma, eles serão verdadeiramente bons administradores do investimento do contribuinte em segurança pública e com a ajuda de um departamento de apoio da justiça em nível nacional, fará o policiamento novamente ser respeitado e bem querido pela sociedade.

IV. AUTOESTIMA POLICIAL

Nos últimos anos, a lei brasileira de fiscalização e combate ao crime foi confrontada com uma série de desafios. Taxas de criminalidade violenta que aumentaram em muitas grandes cidades em todo o país, embora outros

departamentos de polícia estejam efetivamente mantendo as taxas de criminalidade em, ou perto, de baixas históricas.

Quanto às preocupações de imigração, elas cresceram de forma mais complexa. Todo o tempo, os orçamentos das agências têm apertado. Ao mesmo tempo, narrativas hostis surgiram na mídia, que incentivam a antipatia em relação à polícia e pinta um cenário social tenebroso, inclusive alegando que a aplicação da lei brasileira é "sistemicamente racista".

Essas acusações tentam caracterizar o policiamento baseado no fato indiscutível de que durante a maior parte da história deste país, a polícia encarregou-se de fazer cumprir as leis racistas e às vezes leis de forma racial discriminatória, o que deixou uma impressão indelével em algumas regiões do Brasil. O alto volume de abusos nas administrações anteriores, alegando padrões ou práticas de força excessiva e outras violações dos cidadãos, apenas exacerbou esta deturpação da polícia de hoje. O resultado previsível tem sido o atrito entre os departamentos de polícia e as comunidades que eles servem, que tem ocasionalmente acarretado protestos violentos e ataques dirigidos contra policiais.

Todo o tempo, a polícia teve poucos aliados (BOURDIEU, 2001, p. 130). As autoridades têm sido rápidas em ceder à pressão política, culpando os policiais e pedindo processos antes que as investigações sejam de fatos são conhecidas. Temendo por suas carreiras e reputação, muitos policiais estão hesitando ou deixando de se envolver em atividades de fiscalização discricionárias, embora isso não seja comum a todos os departamentos.

Alguns estão deixando a força completamente, enquanto recrutas potenciais estão optando por não se unir, contribuindo para a falta de pessoal (BECCARIA, 2005, p. 203). Em última análise, a retórica anti-polícia deixou os brasileiros, particularmente, aqueles que vivem em comunidades de baixa renda e comunidades minoritárias, em maior risco.

Esta narrativa predominante desmente grandes sucessos e inovações na aplicação da lei no país, bem como as quedas de longo prazo das taxas, que agora estão sendo ameaçadas por alguns dos discursos de ódio contra policiais.

Talvez seja a hora da criação de um grupo de trabalho sobre a redução da criminalidade e segurança pública, para se concentrar na redução do crime violento e no apoio à polícia. Todos esses fatores tornam isso urgente, ou seja, valorizar a autoestima policial.

Com isso em mente, seria possível montar um grupo diversificado de profissionais com extensa experiência em leis federais, estaduais e locais, bem como de representantes da polícia, sindicatos e organizações nacionais de aplicação da lei, com três objetivos principais:

1. Identificar os problemas mais prementes que a lei e agências de fiscalização enfrentam hoje, incluindo o colapso na confiança, adequação do treinamento, uso apropriado de novas tecnologias, relações com a mídia e da comunidade, e a coleta de dados.

2. Identificar as melhores práticas e as mais inovadoras abordagens que as autoridades policiais estão empregando para resolver esses problemas e combater o crime.

3. Identificar os meios mais eficazes de comunicação com os líderes públicos e políticos, construir confiança e melhorar as relações entre a polícia e a comunidade, e trazer as necessidades e preocupações das agências policiais à atenção de autoridades do governo.

Importante e urgente esta percepção, pois a publicidade adversa sobre o policiamento faz com que alguns se abstenham de agir quando leis são quebradas, ou quando são intimidadas pelo medo de publicidade negativa ou uma reação hostil de espectadores.

O chamado “Efeito Ferguson” desestimula o policiamento proativo e, em última análise, resulta em mais crime. É urgente combater narrativas falsas. É preocupante que os departamentos de polícia estejam perdendo o controle da narrativa para aqueles com agendas antipoliciais. Para combater essa tendência, os departamentos de polícia devem desenvolver estratégias em torno do marketing, branding e relações com a mídia que promovam a confiança e transparência da suas organizações. n

Outra iniciativa seria criar sua própria mensagem para que eles tenham melhor controle da narrativa, com campanhas destinadas a melhorar a sua reputação entre o público e recrutar pessoal. Urgente também é abster-se de confiar na mídia convencional para transmitir informações ao público. A polícia é não equipada para competir contra grupos de mídia que se engajam na defesa antipolícia, mas os líderes políticos - incluindo prefeitos, governadores e o presidente - podem ajudar a neutralizar essa narrativa.

A maioria dos policiais acredita que o conceito de “infrator não-violento de drogas” é uma das narrativas falsas mais prejudiciais no policiamento de hoje. A violência muitas vezes acompanha o tráfico de drogas, geralmente por causa de guerras territoriais sobre “território” e, claro, o risco sempre presente de overdose. A violência também é usada pelos principais traficantes de drogas intimidar ou matar testemunhas. Numerosos assassinatos, particularmente nas principais cidades brasileiras, têm sido diretamente relacionadas ao tráfico de drogas.

Os departamentos de polícia precisam explicar ao público as políticas e procedimentos de aplicação da lei, e vendê-los sobre os benefícios, como a importância de tirar armas ilegais das ruas. De fato, a polícia perdeu o controle da narrativa e perdeu uma poderosa ferramenta de aplicação da lei no processo. E isto altera a compreensão do público sobre o que a polícia está realmente fazendo.

Por exemplo, o baixo número de armas descobertas em paradas nos últimos anos são usados para retratar a prática como abusiva, mas os números baixos são, em todas as probabilidades, prova da eficácia de abordar - demonstrando o efeito dissuasivo desta técnica de aplicação da lei em criminosos que de outra maneira carregaria armas.

V. APOIO PÚBLICO À ATIVIDADE POLICIAL

A polícia precisa de apoio político. A polícia precisa desesperadamente de líderes políticos que apoiem a aplicação da lei. O papel dos prefeitos e quadros de governo locais são importantes para a construção e apoio público à polícia. Frequentemente, policiais são culpados em casos questionáveis envolvendo encontros de policiais em que um civil se machuca, por causa da política ou pressão da comunidade sobre as agências de acusação.

Líderes políticos também são rápidos em criticar agentes da lei antes de todos os fatos sejam conhecidos, o que torna a exibição de hostilidade tolerável e resistir à polícia mais aceitável para alguns (BECCARIA, 2005, p. 98). Da mesma forma, algumas cidades estão dispostas a resolver processos civis com as supostas vítimas de encontro policial-civil antes que todos os fatos sejam conhecidos.

Conveniência política vem em um preço. Líderes políticos deveriam dizer aos cidadãos que é bom apoiar e cooperar com a polícia. Os policiais geralmente se sentem isolados e temem que se eles estão sempre "em um limbo", alguém vai cortá-lo. Isso resulta em baixa moral, causando problemas de retenção que devem ser resolvidos.

A polícia desmoralizada também é menos eficaz. A importância da polícia para a vitalidade das cidades precisa ser entendida. Governos municipais gastam recursos significativos em infra-estrutura pública, como parques, estradas e escolas, mas estes se tornam locais perigosos - se não forem adequadamente protegidos.

A polícia é necessária para quaisquer planos que envolvam infra-estrutura (BOSELLMANN, 2005, p. 70).

Muito foi colocado sobre os ombros dos que executam as leis nas ruas. Agentes da lei são os profissionais que fazem socorros domiciliares, confrontam as pessoas na rua, mas espera-se que abordar a falta de moradia, desemprego e problemas mentais, doença nas comunidades, tudo ao mesmo tempo também seja problema da polícia. A polícia nunca teve a intenção de servir como um instrumento para lidar com todos os males sociais.

Existe a oportunidade de recalibrar as prioridades da aplicação da lei, e de lhes dar as ferramentas e o treinamento que eles precisam para resolver alguns desses problemas.

A polícia é o rosto de toda a justiça criminal do sistema, mas representa mais do que apenas o seu departamento individual. Existe a necessidade de abordar a mudança de atitude em relação à polícia e educar os cidadãos sobre como diminuir a situação durante uma parada policial. Nós, como sociedade, devemos ensinar as pessoas que é inaceitável fugir da polícia. Para atingir esse objetivo, recomendável o desenvolvimento de programas públicos de educação e extensão que familiarizassem o público - particularmente os jovens - com a polícia, e ensinassem sobre os procedimentos policiais, bem como sobre interagir com os mesmos quando eles estão parados.

VI. A CRIMINALIZAÇÃO DA MISÉRIA MACULA A IMAGEM POLICIAL

Quando um membro de uma comunidade vê um policial prender alguém de um nível relativamente baixo, soa como ofensa, já que os crimes mais sérios ocorrem. Pode parecer que a polícia não está preocupada sobre a qualidade de vida naquele bairro. As pessoas não percebem que é um problema social e que cabe mudança na legislação.

Esta abordagem holística desejada deve incluir medidas de níveis de renda, valores de propriedade, número reclamações recebidas, uso de espaços públicos e outras medidas de vitalidade econômica. A informação pública deveria também descrever as coisas boas que a polícia faz. Os líderes da polícia devem promover resultados orientados no policiamento e redução da criminalidade, utilizando técnicas e programas dando a devida publicidade. Cabe enfatizar a melhoria do compartilhamento de informações, responsabilidade e prestação de contas e eficácia.

A coleta de dados completa também permitiria que as agências de aplicação da lei expliquem suas ações para o público, pois inclusive, o policiamento comunitário é uma parte vital de qualquer programa de prevenção do crime. Departamentos de polícia precisam voltar para uma estrutura que ligue o policial a particulares de bairros específicos, para que eles possam desenvolver uma familiaridade e relacionamentos dentro daquele bairro, construindo assim relação de confiança.

É importante que um policial chegue a conhecer a comunidade à qual ele é designado, então ele poderá distinguir melhor entre o garoto que está voltando para casa da quadra de futebol e o cara que está na rua vendendo drogas.

O uso de processos orientados por inteligência, polícia e conexão de forças, devem se concentrar em identificar e capturar os piores criminosos que são responsáveis por um número desproporcional de crimes violentos dentro de uma comunidade. Demasiadas vezes, os delegados não pressionam por prisão preventiva, e os juízes permitem que indivíduos perigosos permaneçam na comunidade, o que lhes permite continuar cometendo crimes e intimidando testemunhas. Há também uma dependência excessiva do rastreamento por GPS para monitorar os movimentos de alguém acusado de cometer um crime grave.

A ideia de como um policial faz algo é tão importante quanto o que ele faz. Uma vez alguém é parado e na situação os policiais têm a oportunidade de ter uma conversa com a pessoa sobre o que o mesmo está fazendo e por quê. Tratar as pessoas com respeito através de tais explicações resulta em melhoria na compreensão, e até mesmo gerar gratidão, daqueles que estão sendo parados.

Melhores práticas, desenvolvidas entre policiais e seus departamentos precisam considerar os custos das inovações, como o armazenamento de fotografias e vídeos resultantes de aumento do uso do corpo e da câmera estacionária. Câmeras usadas no corpo estão invadindo o policiamento e as imagens de vídeo objetivas que eles capturam ajudam a polícia e as comunidades a entender as ações profissionais do pessoal que aplica a lei. As evidências coletadas pelas câmeras podem ajudar a amparar policiais que são injustamente acusados e também podem ajudar a eliminar as poucas “maçãs podres” nos departamentos de polícia.

É urgente a exigência de uma abordagem holística. As métricas de desempenho devem incluir não apenas a redução do crime, mas também outras medidas que refletem, como os esforços da polícia que contribuem para a qualidade geral da vida dos cidadãos, seja em áreas urbanas, suburbanas ou jurisdições rurais.

VII. A POLÍTICA COMO CARMA DA ATIVIDADE POLICIAL

Existe uma forte crença de que a polícia precisa ser despolitizada. E reformas significativas são propostas, mas não aceitas pela política e suas mazelas.

Os departamentos de polícia precisam de financiamento para educação, treinamento e tecnologia, bem como as melhores práticas de orientação mútua e da delegacia. Líderes do pensamento devem desenvolver uma estratégia para trazer

polícia e liderança política em conjunto para promover a segurança da comunidade. Autoridades federais, estaduais e locais têm papéis para jogar.

O governo federal deveria concentrar-se na educação e formação, investigação e tendências, e estabelecer um apoio publicamente para a aplicação da lei, respeitando as legítimas prerrogativas do Estado e autoridades locais.

A aplicação da lei nas agências precisam implementar treinamento baseado em incidentes (treinamento baseado em estudos de simulações realistas) e melhor serviço em formação (formação contínua baseada em mentores e exercícios de treinamento em campo) e fornecer financiamento para sustentar esses programas.

Novos recrutas devem entrar em treinamento por tempo adequado para aprender o essencial, num período oficial de treinamento de campo, e retornar a um ambiente de seminário para falar sobre as lições aprendidas depois de estar na rua por um ano. Esta é uma maneira ideal de incorporar discussões de treinamento baseadas em incidentes e aprender com erros dos outros.

O treinamento deve se concentrar em como desescalar situações difíceis, potencialmente violentas, diminuindo assim a necessidade de usar a força. Cortesia na conduta pode, muitas vezes, diminuir o potencial da situação hostil. A polícia deve concentrar mais tempo e atenção, e devem dar maior ênfase a seu papel como guardiões da comunidade - cerca de 85% de seu trabalho – e menos ênfase em seu papel como guerreiros que respondem a cenas de crime e prisão de pessoas - cerca de 15 por cento do seu tempo. O pêndulo muitas vezes oscila muito na direção de policial inimigo do bandido.

Em geral, parecia haver um consenso que policiais mais inteligentes e bem-educados exercitarão melhor julgamento e serão mais policiais efetivos. O profissionalismo é um valor que precisa ser indispensável em todos os funcionários.

Os policiais devem ter oportunidades para continuar sua educação formal, além de aprendendo técnicas de aplicação da lei, uma vez eles se juntam à força. Problemas de retenção estão pressionando o chefes de polícia para reduzir seus padrões de recrutamento para preencher suas necessidades de pessoal. Isso, combinado com a aposentadoria atual esperada por um grande número de policiais experientes significa consequente perda de conhecimento institucional.

Autoridades devem se precaver contra cortes na polícia e seu treinamento, que muitas vezes é a primeira coisa sacrificada quando os orçamentos encolhem. Policiais de outros países recebem mais treinamento do que a maioria dos experientes policiais brasileiros.

Além disso, é importante reconhecer que equipamentos especializados, requerem treinamento especial para garantir que os policiais sabem como usar este equipamento de maneira apropriada.

Alguns acreditam que o processo de estabilidade precisa de reforma e que o o processo atual reduz a capacidade dos supervisores de remover servidores de baixa performance ou “maçãs podres” de sua força. Esses sentem que políticos muitas vezes forçam a recontração de policiais que foram demitidos por violar o departamento e suas regras. Os servidores devem ser treinados para realizar investigações justas e completas, que, a longo prazo, permitirão às forças policiais remover maus atores (CAMMAROSANO, 2006, p. 302).

CONCLUSÃO

As agências de aplicação da lei precisam de mais oportunidades para colaborar e aprender umas com as outras, através de discussões, incluindo o compartilhamento de ideias inovadoras e estratégias de gerenciamento de risco bem-sucedidas. Neste contexto, surge o servidor público policial que merece atenção de destaque do Estado e da população.

O trabalho em equipe deve ser melhorado dentro da polícia e seus departamentos, incluindo líderes sindicais, que são respeitados, nas discussões de práticas policiais. Enfim, a polícia precisa manter um compromisso com a inovação, incluindo: a tendência de colocar tecnologia e dados em tempo real nas mãos de agentes; solicitar ajuda de ex-policiais que agora são agentes de segurança no setor privado e podem estar dispostos a ajudar nas necessidades de treinamento; a valorização da sociedade e a superação de outros tempos advindo da ditadura militar.

Há a necessidade de ir além, garantindo ao policial uma gestão de carreira com qualidade, estilo de vida sustentável e piso vital mínimo. Estas linhas detectaram quais as razões do caos generalizado no sistema e as formas de garantir a dignidade e desenvolvimento do braço forte da sociedade, que precisa de legitimidade para representar a população.

Esta análise sistemática do ambiente que a força policial enfrenta no Brasil requer a melhoria no tratamento dos policiais, possibilitando que haja a psicologia social, percepção ambiental e a sua plena ressocialização em ambiente favorável. Nesse mister, convém lembrar que a única coisa que o homem perde quando encara a carreira policial, é a liberdade, jamais sua dignidade como ser humano. Confere-se destaque à denominação de nova sociabilidade que fundamenta-se na soberania popular e na cidadania participativa, ambos caminhos relevantes para alavancar a autoestima policial.

REFERÊNCIAS

Assembleia Geral da ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 10 de Dezembro de 1948. <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b3712c.html>>. Acesso em 05 julho de 2017.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**. 3ª ed. Rio

de Janeiro: Revan, 1999.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Lúcia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BOURDIEU, Pierre. **Meditações Pascalinas**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001 [1997], Cap III “Os fundamentos históricos da razão” (p. 113-129), e Cap. V “Violência simbólica e lutas políticas” (p. 199-233).

BOSELLMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade. Transformando o direito em governança**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

CAMMAROSANO, Márcio. **O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Ed. Martins Fontes - SP, 2002.

A MOROSIDADE NO PROCEDIMENTO DE ADOÇÃO NO BRASIL

HÊMMYLLE KAROLINY MONJARDIM CARNEIRO:

Bacharel em Direito pelo CEULJI/ULBRA, Ji-Paraná/RO 2019/01 e advogada.

RESUMO: Este estudo tem como desígnio tornar-se evidente a demora do procedimento de adoção em âmbito nacional. Nesse seguimento, primeiramente será evidenciado alguns elementos basilares que orientam os procedimentos de adoções. A posteriori, considerar a denominação e o aspecto histórico desse instituto no âmbito brasileiro, assim como as razões os quais induzem a família consanguínea ao abandono de seus filhos. Continuamente, tratar-se-á acerca das temáticas desse instituto, também o regramento jurídico que dão amparo à adoção. Depois, será realizada a análise do modo de realização do ato de adotar, possuindo tramitação diante do Judiciário. E ao final, será feito um estudo da problemática relacionado à morosidade do procedimento de adoção, também como são efetivados e acerca dos cadastros de adoções. Pretendendo fazer as demonstrações por meio do uso de metodologia analítica e interpretativa, bem como sua dimensão no mundo jurídico.

Palavras-chave: Adoção. Morosidade. Abandono. Menor. Família.

SUMÁRIO: 1 – INTRODUÇÃO; 1.1 A história da adoção no Brasil e alguns dos princípios que orientam a adoção; 2 - Evolução e conceituação de família conforme a Constituição Federal e doutrinas; 3 - Abandono e conceito de adoção; 4 - Procedimento processual da adoção em âmbito nacional; 4.1 - Da destituição do poder familiar e do Cadastro Nacional de Adoção; 5 - A demora no procedimento de adoção e os programas que incentivam a adotarem; 6 - Considerações finais; 7 – Referências.

1 - Introdução

Pretende-se com a presente pesquisa efetuar a análise da demora no procedimento de adoções em âmbito nacional. Hodiernamente, de forma corriqueira, são vários os acontecimentos de abandonos de menores, que podem ser vistos por meio de reportagem, noticiário, manchete entre outros. Os pretextos que dão ensejo às práticas de abandonos são variados, como questão econômica, a miséria, rejeições e adolescentes que engravidam precocemente antes de obter a maturidade necessária para assumir tal responsabilidade.

Desse modo, determinadas pessoas possuem interesses de terem crianças nos âmbitos familiares, e do outro lado, há menores abandonados que precisam de confortos de famílias. Para efetivar estes interesses e a colocação das crianças no âmbito familiar, foram instituídas as possibilidades de famílias adotarem, pelas quais às normas jurídicas, pouco a pouco se foram completando desde a Codificação de Clóvis Beviláqua em 1916, até o atual Código Civil de 2002.

Hoje, a adoção possui previsão em várias normas legais, como no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, no Código Civilista regente e na Carta Magna de 1988. A legislação da adoção inovou com uma variação de artigos com a finalidade de proporcionar um processo célere, como a concepção da inscrição de adoção no cadastro nacional tendo como finalidade o cruzamento de informação presente nos bancos de dado, em relação aos menores e adotantes, para assim, encontrarem perfis compatíveis.

Porém, esse procedimento ainda continua atrelado à forma burocrática presente no judiciário no Brasil. Perante isso, a pesquisa tem por desígnio demonstrar as posições doutrinárias relacionada à demora nos procedimentos de adoções no Brasil, evidenciando a forma burocrática que orienta os procedimentos.

O presente artigo é dividido em cinco tópicos, iniciando-se com a história da Adoção no Brasil e alguns dos princípios que orientam a adoção, apresenta uma breve contextualização histórica do tema e busca-se a compreensão dos princípios

norteadores do instituto da adoção, a luz do ECA, do Código Civil Brasileiro, da Constituição Federal e abordando os conceitos doutrinários.

Na sequência tratar-se a evolução e conceituação de família conforme a Constituição Federal e doutrinas, com foco em pontos fundamentais e definir a evolução do termo família, observar-se as denominações de família que toleraram diversas alterações e é uma mudança constantemente, seja em decorrência de jurisprudências, seja no desenvolvimento da sociedade, como atualmente, é admissível à família constituída por casal do mesmo sexo, sem distinção das demais, é um avanço, considerando o aspecto histórico, em que antes nunca teria essa admissão.

Consequente tratar-se acerca do abandono e conceito de adoção, que é um dos problemas sociais graves, vêm constantemente nos meios mediáticos que menores são abandonados por sua família consanguínea, em lugares públicos, sem condições de sobrevivência e são variados os pretextos que induzem a praticarem esse ato, pode-se destacar o medo, condições econômicas, rejeições, o desamparo, distúrbios psicológicos e a constante insegurança, exemplo: uma gravidez precoce.

Dando sequência o próximo tópico versa sobre o procedimento processual da adoção em âmbito nacional, abordando a previsão dos requisitos, demonstrando as vedações como: o ato de adotar por ascendente ou irmão da criança, adoções conjuntas, posteriormente acerca das destituições do poder familiar, os estágios de convívio até o processo e sentença. Discorrer-se-á sobre a inscrição feita pelos adotantes, demonstrando a forma que é realizada em todo o procedimento, com a finalidade de sua concepção.

No último tópico abordar-se-á sobre a demora no procedimento de adoção e os programas que incentivam a adotarem, como as causas da morosidade processual. Destacando as instruções que visa o incentivo a adoção. Por fim, apresentar-se-ão as conclusões finais. Cabe ressaltar que este artigo científico não

tem como desígnio esgotar o tema, por sinal muito vasto e extremamente rico em conteúdo, mas demonstrar os principais pontos.

1. 1 A história da adoção no Brasil e alguns dos princípios que orientam a adoção

Para a compreensão dos motivos, que guiaram a criação de leis acerca de adoção no Brasil, é necessário, primeiramente, ter um breve conhecimento do aspecto histórico e de sua contextualização observando os princípios regentes em cada momento relacionado ao tema.

Para Carla Alessandra Barbosa Gonçalves Kozesinski, no território nacional, por volta do século XX, ainda não existia lei que regulamentava o instituto da adoção no contexto jurídico e sua realização somente era aceita para aqueles que constituíam matrimônio, sem filhos consanguíneos, se dava por meio da entrega do menor, que anteriormente fora deixado na Roda dos expostos, que consistia em um instrumento em madeira, com formato de barriu, com fixação em um muro, hospitais ou nas janelas dos conventos.

Assim, essas rodas tinham a possibilidade de deixar menores de até sete anos de idade aguardando para serem adotados. O instrumento era girado para dentro da instituição permitindo que fossem visualizados os menores, sem revelar suas origens. No Brasil, o encerramento da última roda se deu em 1950, contudo ainda ocorre tal prática em países da Europa como Polônia, Alemanha, Bélgica, Eslováquia, França, Holanda, Itália, Lituânia, República Tcheca, Hungria. (KOZESINSKI, 2017)

A roda dos expostos gerava certa vulnerabilidade, para ambos os envolvidos, visto que, carecia de norma regulamentadora e de direitos a serem assegurados. Nessa época os menores não podiam receber heranças dos pais, somente quando as famílias recorressem ao judiciário, para a adoção, é que poderiam receber este direito, caso fosse admitido pelo juiz.

Por volta do século XIX, que tem resquícios de políticas relacionadas a proteções dos menores abandonados. Sendo a inaugural o Código de Clóvis Beviláqua, a legislação trouxe permissão para casais que ainda não tivessem filhos adotarem, mas trouxe um limite de idade deste casal, que era de cinquenta anos e com séries de exigências, como ter uma diferença de dezoito anos no mínimo entre o menor e o casal, entre outras.

Existia a possibilidade de a adoção ser desfeita, depois que o menor chegasse à maioridade civil, se ambos quisessem, ou em caso de cometimento de ato de ingratidão contra quem o adotou expresso de forma implícita na legislação.

Para regulamentar era necessário ser por meio de uma escritura, extrajudicial. Pois maioria das vezes a família natural já estavam de acordo com o ato. Posteriormente, decorrido quarenta anos para que as novas orientações possuíssem eficácia, visando o estímulo e a prática da adoção, pela Lei 3.133 de 1957 trouxe um novo entendimento, reduzindo a idade antes estabelecida de cinquenta anos para trinta anos, e aquela diferença entre adotante e a adotado que antes era de 18 anos, agora passa para 16 anos.

Dessa forma, veio estabelecendo alguns critérios, como o casal que pretende adotar, teriam que ter no mínimo cinco anos de relacionamento, e perdiam o caráter de exclusividade pela adoção, somente para os casais que não possuíssem filhos consanguíneos. Um fator relevante da lei foi à oportunidade do menor, se assim quisesse, continuar com o sobrenome da família natural, ou o acréscimo do sobrenome da nova família.

Após, a inaugural legislação o menor teria que consentir a adoção e em se tratando de recém-nascidos, o consentimento teria que ser dos representantes legais, e com a legislação de 1957, os magistrados começaram a intervir nos cartórios acerca da adoção de recém-nascidos, a regularização não poderia ser mais

extrajudicial, a partir dessa ocasião o judiciário passa a ser intermediador nas relações de adoções.

Com advento de uma nova legislação, como a Lei 4.655 de 1965 em que trouxe resquícios do princípio da igualdade de todos os filhos sejam consanguíneos ou adotados. A lei também incluiu duas coisas que ainda se aplica, primeiro os rompimentos do menor com a família natural, com registros de nascimentos, constando o nome dos adotantes, dos novos ascendentes e segundo que a adoção é um ato que não existe possibilidade de revogação, já em 1979, por meio do código de menores, assim denominado, trouxe diversas mudanças, como assistências, proteções e vigilâncias, a adoção passa a ter caráter protetivo.

O código de menores lei número 6.697, de 10 de outubro de 1979, veio estabelecendo duas formas de adoção, sendo uma simples e outra plena, a primeira propunham a regulamentar situação irregular, por meio de acordos entre ambos e para adoção internacional só era admitido essa forma. E a segunda, retirava a diferença dos filhos, e traz resquícios do princípio da igualdade de todos os filhos. Além disso, tinham que comprovarem por meio documental, se eram idôneos, estabilidade do casal, comprovação obrigatória, segundo Miguel Reale:

Já havíamos dado grande passo a frente no sentido da igualdade dos cônjuges. Isso ficou ainda mais acentuado na Constituição, sobretudo no que se refere a situação dos filhos. Portanto a Carta Política de 88 eliminou toda e qualquer diferença entre filhos legítimos, naturais, adulterinos, espúrios ou adotivos. Essa opção constitucional implicou evidentemente reexame das emendas oferecidas por Nelson Carneiro, de tal maneira que foi feita plena atualização da

matéria em consonância com as novas diretrizes da Carta Magna vigente [...]. 141

Assim, a Magna Carta de 1988, trouxe de forma expressa o princípio da igualdade entre os filhos, mais especificamente no artigo 227. Dois anos depois o Estatuto da Criança e do Adolescente vem regulamentando esse princípio e outros, definindo a idade para determinação do termo criança até doze anos, e adolescente de doze a dezoito anos e deixou de existir a adoção simples. (KOZESINSKI, 2017)

Quanto aos princípios que orientam o instituto da adoção, devemos entender que ao todo tal termo é bem complexo, em razão de ser orientada por princípios que asseguram conforto e a segurança da criança, da mesma maneira o adotante, que necessita estar qualificado e tornar a adequação do adotado a melhor admissível.

No sistema normativo brasileiro o ato de adotar é empregado em último caso, especialmente, quando não há probabilidade de a criança conservar-se na família consanguínea, em razão de não ter condições mínimas de sustento dos filhos.

Segundo o artigo 19 do ECA, aponta sobre os direitos às convivências familiares e comunitárias dos menores, onde é frisada a criação dos menores por sua família de origem. “Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.” (BRASIL, 1990)

O obstáculo em adotar está relacionado a diversos motivos dentre eles, as discussões entre os direitos e proveito da criança, também os elementos que

141 REALE, Miguel. Visão geral do projeto de Código Civil. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 40, 1 mar. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/509>>. Acesso em: 30 de setembro de 2018.

englobam, do mesmo modo nos mecanismos burocráticos, que fazem muitas vezes que quem pretende adotar desista.

A adoção está ligada a princípios que regem esse instituto, a título de exemplo o melhor interesse do menor, disposto no artigo 227 caput da Carta Magna de 1988. Ele assevera a obrigação dos pais, dever da coletividade e Estado proteger, tendo como primazia o direito desses menores.

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

E no artigo 4.º do ECA, dispôs no mesmo entendimento. Outro princípio é o da igualdade do total dos descendentes, estabelece aos filhos sem considerar se foram adotados ou até mesmo tidos em outro do matrimônio, as mesmas garantias e sendo impedido qualquer tipo de discriminação.

Art. 4º 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. (Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990).

Esse princípio foi esquecido pela codificação de Clóvis Beviláqua anterior de 1916 e foi somente por meio da Carta Magna de 1988 que foi expresso e assegura essa igualdade e consolida o princípio basilar da dignidade da pessoa humana. Tornando-se vedado tratamento desigual aos descendentes, cabendo repugnar e impedir distinções, estabelecido no artigo 227, parágrafo 6º, da Carta Magna de 1988.

Art. 227

[...]

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (Constituição Federal, 1988).

E o princípio da afetividade, conforme doutrinadores contemporâneos e julgados, o princípio da afetividade se tornou regente na relação familiar, e passou a ser valorado juridicamente pelo direito de família, pois se dirige a relação dos membros e qualidade da relação, conforme Romualdo Baptista dos Santos:

A afetividade é inerente ao ser humano e a sua própria personalidade, encontra-se sobretudo na base da conduta jurídica, constituindo um valor jurídico a ser preservado na vida em sociedade. Entretanto, é nas relações inseridas ao Direito de Família que a afetividade se manifesta de maneira mais expressiva, uma vez que as próprias relações familiares são permeadas pelos afetos. (SANTOS, 2011, p.153).

O princípio da afetividade possui fundamento na proteção da dignidade da pessoa humana. Sendo entendido como uma relação de amor na convivência da família. E se caso rompido gerará danos morais, especialmente se comprovado o não cumprimento do poder familiar, segundo Vanessa do Carmo Diniz:

Não é possível pensar em família sem ter em conta o princípio da afetividade. O direito de família é o mais humano dos direitos, portanto diga respeito às relações mais íntimas do indivíduo. Por tal razão, as relações que acontecem no seio da família só podem fundar-se no amor, carinho e respeito, sentimentos esses decorrentes do que se busca garantir através do princípio da afetividade. (DINIZ, 2010).

Capaz de ser compreendido não somente em família consanguínea mais também fruto da adoção, tal princípio não é expressamente exposto mais pode ser compreendido no Código Civil de 2002, nos artigos 1.583 § 2º e 1.584 § 5º.

Art. 1.583

[...]

§ 2 Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos. I -afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar. Art. 1.584 A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser: § 5 Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade. (Código Civil Brasileiro, 2002).

Atualmente são inúmeras circunstâncias que constataam o desamparo dos menores, por motivos são diversos que vão desde a gravidez precoce a rejeição dos pais. Em contrapartida existem famílias que sentem necessidade em seu domicílio de ter um menor, e do outro lado, as crianças abandonadas precisam de um lar, segundo Maria Berenice Dias:

O direito das famílias está umbilicalmente ligado aos direitos humanos, que têm por base o princípio da dignidade da pessoa humana, versão axiológica da natureza humana. O princípio da dignidade humana significa, em última análise, igual dignidade para todas as entidades familiares. Assim, é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família, com o que se consegue visualizar a dimensão do espectro desse princípio que tem contornos cada vez mais amplos. (DIAS, 2010, p. 63).

Desse modo, como um meio de inserir a criança em um seio familiar, foi estabelecida a adoção, que a lentos passos, as normas jurídicas foram completando-se. Desde a codificação de Clóvis Beviláqua até hodiernamente com legislações específicas.

Tal lei apresentou diversos artigos com finalidade de dar uma máxima agilidade no procedimento de adoção, destaca-se também a concepção do

Cadastro Nacional de Adoção -CNA, com o escopo de estabelecer informações, entre adotado e adotante.

2. Evolução e conceituação de família conforme a Constituição Federal e doutrinas

A conceituação de família é muito difícil, visto que esse termo e o sentido dele existem bastante dissensão no meio de doutrinadores, assim prepondera grande parte doutrinária, sendo notória também constantemente a evolução desse instituto. Para Deocleciano Torrieri Guimarães, falando em um contexto histórico família é “sociedade matrimonial, formada pelo marido, a mulher e os filhos, ou o conjunto de pessoas ligadas por consanguinidade ou mero parentesco”. E para Carlos Roberto Gonçalves:

No sentido lato sensu, o vocábulo família abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela a família e pela adição. Compreende os cônjuges e companheiros. Os parentes e os afins. (GONÇALVES, 2011 p.17).

Para a doutrinadora Maria Berenice Dias (2007), descreve que antes, em uma coletividade mais conservante do que a contemporânea, a família somente poderia ser aceita por meio do casamento e estes teriam filhos consanguíneos, assim formando uma família, cuja finalidade era a procriação. Formada unicamente por casal hétero, sendo inadmissível a dissolução desse matrimônio.

O desígnio principal era difundir a origem, logo, quanto maior a parcela de filhos, mais seriam os proveitos econômicos que retornariam aos pais, razão de que esses filhos serem propostos a trabalharem, eles avistavam como algo vantajoso para a família.

Também, Maria Berenice Dias (2007) descreve a constância de discriminação entre casal que se juntavam sem casamento, e a questão dos “filhos ilegítimos”

fruto da relação destes, assim denominados na época, e a corrente discriminação em semelhança a esses filhos, principalmente se fossem adotados, a título de exemplificação.

Na chegada da codificação civilista atual, reformando o código anterior, e incluindo ao texto legal a proteção já situada no Estatuto da Mulher Casada, legislação número 4.121 de 27 de agosto de 1962, situou que a mulher teria a proteção de seus bens adquiridos por seus esforços serem protegidos, e o direito do exercício da mulher a condições civis, segundo Galdino Augusto Coelho Bordallo:

Com a nova sistemática constitucional, houve mudança mais do que significativa com referência à hipótese de colocação dos filhos no seio da família. No sistema anterior à Constituição Federal de 1988, os filhos pertenciam às famílias, sem que tivessem qualquer direito, pois, na hierarquia familiar, ficavam em plano inferior. Na nova sistemática, com a consagração do Princípio da Igualdade trazido para a família, combinado com o Princípio Fundamental da Dignidade Humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), a família se torna instituição democrática, deixando de ser encarada sob o prisma patrimonial e passando a receber enfoque social, o que se denomina despatrimonialização da família. Isso faz com que os filhos passem a ser tratados como membros participativos da família, tornando-se titulares de direitos. O filho passa a ser o centro de atenção da família. (2010, p.203).

Com esse marco do Código Civilista, cabe citar a Emenda Constitucional número 9 de 1977, legislação que estabeleceu o desquite Lei número 6.515 de 1.077, seria a cessação do matrimônio, perdendo o caráter célebre. E também a isonomia dos descendentes anteriormente intitulados como ilegítimos, agora com um tratamento isonômico diante a legislação, não somente estes frutos advindos de outras uniões, mais aqueles que também provenientes pela adoção.

Conforme, Juliana Zacarias Fabre Tebaldi e Fernando Frederico de Almeida Júnior, a definição poderá ser classificada em dois sentidos, restrito e amplo, o sentido restrito compreende exclusivamente entre o pai e filho que convivem sobre o poder familiar, quanto ao sentido amplo abarca o restante da classe hereditária.

E havendo a possibilidade de uma família monoparental conforme disciplinado no artigo 226, § 4º da Carta Magna de 1988, aquela constituída por apenas um dos genitores e descendentes, pouco importa ser adotado ou consanguíneo. Outra inovação é acerca da união estável, o evento de considerar a união estável como família, não somente pelo matrimônio.

Art. 226 A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (Constituição Federal, 1988).

Diante o exposto observar-se a definição de família, suportou diversas alterações sendo uma mudança constantemente, seja em decorrência de jurisprudências, seja no desenvolvimento da sociedade, como atualmente já é admissível à família constituída por casal do mesmo sexo, sem distinção das demais, é um avanço, considerando o aspecto histórico, em que antes que dificilmente seria possível. Conforme Cristiana Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Com o passar dos tempos, porém, o conceito de família mudou significativamente até que, nos dias de hoje, assume uma concepção múltipla, plural, podendo dizer respeito a um ou mais indivíduos, ligados por traços biológicos ou sócio-psico-afetivos, com intenção de estabelecer, eticamente, o desenvolvimento da personalidade de cada um. No entanto, não se pode perder de vista que, em cada sociedade, a partir dos mais diversificados valores, a família assume diferentes funções, influenciada pelas circunstancia de tempo e lugar. Isto implica reconhecer ao fenômeno familiar um permanente

processo de mudança, evolução. (Farias e Rosenvald 2011, p. 9).

Houve modificações e ainda há por vir. Conforme a coletividade vai mudando e se moldando as novidades, cabendo aos costumes ser adequada a atualidade que vive. A seguir será abordado acerca do Abandono e será conceituado à adoção e a base legal.

3. Abandono e conceito de adoção

Hoje o abandono versa sobre um obstáculo da sociedade grave, vimos constantemente nos meios mediáticos que menores são abandonados pela família consanguínea, em lugares públicos, sem condição. E numerosos os pretextos que induzem a praticar esse ato, podemos destacar o medo, condições econômicas, rejeições, o desamparo, distúrbios psicológicos, a constante insegurança, por motivo de uma gravidez antes do tempo.

Existem países como o Japão que chega a estabelecer a quantia de descendentes por família e no Brasil, uma das formas protetivas a população é a oferta de anticoncepcionais gratuitos, porém não é assim que ocorrem, motivos como falta ao acesso de educação, ao planejamento familiar, entre outros, acarretam o nascimento dessas crianças e possuindo resultados diversos menores abandonados. Que decorre um número exorbitante desses menores abandonados em abrigos.

Existem diversos tipos de abandono, este em comento difere do abandono afetivo, intelectual, material. É aquele que diariamente vimos nos meios telemáticos, tipificado no Código Penal Brasileiro - Decreto Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940, no artigo 133 abandono de incapaz e artigo 134 abandono de recém-nascido.

Art. 133 Abandonar pessoa que está sob seu cuidado, guarda, vigilância ou autoridade, e, por qualquer motivo, incapaz de defender-se dos riscos resultantes do abandono: Pena - detenção, de seis meses a três anos.

§ 1º - Se do abandono resulta lesão corporal de natureza grave: Pena - reclusão, de um a cinco anos.

§ 2º - Se resulta a morte:

Pena - reclusão, de quatro a doze anos.

Aumento de pena

§ 3º - As penas cominadas neste artigo aumentam-se de um terço:

I - se o abandono ocorre em lugar ermo;

II - se o agente é ascendente ou descendente, cônjuge, irmão, tutor ou curador da vítima.

III - se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos. (Código Penal, 1940).

Art. 134 Expor ou abandonar recém-nascido, para ocultar desonra própria:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

§ 1º - Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - detenção, de um a três anos.

§ 2º - Se resulta a morte:

Pena - detenção, de dois a seis anos. (Código Penal, 1940).

O ECA, em seu artigo 13 parágrafo único estabelece que querendo a gestante entregar seu filho para adoção, pode fazer e tem respaldo do Poder Judiciário. Devendo procurar a justiça de infância e juventude, e terá atendimento adequado, tendo assistência pelo defensor público e um atendimento por uma equipe especializada. "Art. 13 [...] Parágrafo único. As gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas à Justiça da Infância e da Juventude." (BRASIL, 1990)

Em relação à conceituação de adoção e legislação pertinente, tem-se que a adoção se depara na imprescindibilidade da criança em ter um lar com os devidos amparos necessários, em contrassenso a existem famílias que tem a vontade e

condições de ter um menor, partindo desse binômio considera-se como um instrumento capaz de suprir essas necessidades.

Tendo como objetivo o estabelecimento de um atual vínculo familiar, desconsiderando o antecedente, dando oportunidade a criança a inserção em um novo lar. Assim, proporcionando a famílias, os menores que por alguma razão não conseguem ser criados pelas pessoas que os conceberam, e oportunizando pessoas com entraves biológicos, e criar um menor como fosse filho biológico, segundo Ghirardi:

[...] a análise das motivações dos pais adotivos para a devolução da criança insere-se no âmbito das experiências ligadas ao abandono e rejeição. Embora estas vivências possam ser encontradas em qualquer família, aos pais biológicos não cabe devolver a criança. Quando ocorrem situações extremadas que lhes impossibilitam ficar com o filho, os pais biológicos os entregam ou então, os abandonam. Portanto, como possibilidade ou vicissitude, a devolução está inserida no campo das experiências com a adoção, constituindo-se como uma reedição de vivências anteriores ligadas ao desamparo e mobiliza intenso sofrimento psíquico tanto para a criança como para os adotantes. (2015, p. 119).

Tal instituto possui regulamentação desde 1979, na antiga codificação de Menores, hodiernamente está disciplinado no ECA, Código Civilista, na Magna Carta de 1988 e na Lei número 12.010 de 2009.

Para a conceituação de adoção temos que levar em consideração primeiramente, constitui um ato jurídico, com formalidade, assim sendo solene, que por meio deste ato um indivíduo recebe em seu ambiente familiar, como filho fosse um menor que necessita de um apoio familiar. Independente de houver algum grau de parentesco seja, consanguíneo ou de afeto.

Também cabe observar que adotar nada mais é que o início de um posicionamento jurídico do menor, pois são diversos os pretextos que menores são

vindos ao mundo e postos a adoção, pela situação financeira dos pais, a ausência de responsabilidade, gravidez precoce, situação de pobreza, e como meio, a melhor forma seria adoção. Que nada mais é que o embate de perspectiva entre quem pretende adotar, conforme Eunice Granato:

A adoção, como hoje é entendida, não consiste em 'ter pena' de uma criança, ou resolver situação de casais em conflito, ou remédio para a esterilidade, ou ainda, conforto para a solidão. O que se pretende com a adoção é atender as reais necessidades da criança, dando-lhe uma família, onde ela se sinta acolhida, protegida, segura e amada. (2008, p.26).

É o meio jurídico que propicia ao menor uma vida honrada, e que possa ser cumprido o direito fundamental estabelecido na Carta Magna de 1988, garantindo além a garantia a viver, mais também a dignidade do menor. Porém, conforme aplicação da legislação que guarnecem a adoção, em semelhança ao processo em específico, como a destituição do poder familiar, ainda é muito demorado, ocasionando o atraso na vida desses menores que esperam a adoção, e dos possíveis adotantes que possui interesse em adotar.

No período da destituição do poder familiar, os menores continuam em abrigos, e esses processos se prolongam no tempo, levando em consideração que a primazia de quem pretende adotar é na maior parte por crianças pequenas. De tal modo o Estado fica omissos e a demora da justiça traz mudanças irreparáveis na história do adotado, sendo o abrigo o único lar, porém somente até completarem a maioridade, porque depois são colocados fora dos abrigos. Sendo que a responsabilidade é de todos e não somente do Estado.

Considerando que a finalidade da adoção é o bem-estar do menor, quando essa criança é inserida em um lar, aos cuidados de uma família, ela se sentirá protegida. Quanta a norma relacionada à adoção, já em 1916 na codificação de Clóvis Beviláqua houve pequenos resquícios, disciplinava conforme o direito romano, com objetivo de continuar a família e havia regras quanto à adoção,

entendia que os casais que por natureza biológica não pudessem ter filhos, que de algum modo à natureza os negou, poderiam adotar.

Os procedimentos da adoção antes eram bem simplificados, bastava levar para ter eficácia por escritura pública que difere de hoje o menor, jamais perderia o vínculo com familiares originários, ocasionando mais tarde um estímulo para adoção à brasileira, que consiste quando um casal registra um menor. Limitava também a idade de quem iria adotar, tinha que ter idade maior há trinta anos, com pedido para adotar depois de cinco anos de matrimônio. Posteriormente surgiu a codificação de menores de 1979, a adoção precisava de uma decisão judicial, e irrevogável esse ato, ocasionando o efeito de cessamento das conexões com os consanguíneos.

Quanto à legislação sobre adoção na Carta Magna de 1988, especificamente no artigo 226, trouxe a isonomia entre os filhos, agora não há mais diferenças entre filhos adotivos e consanguíneos. Estabelecendo que agora fosse assessorada pelo Poder Público, com normas específicas, aplicando a estrangeiro também. Tudo embalsado no princípio da dignidade da pessoa humana, para Maria Berenice Dias:

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos a realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito. (2009, p. 61).

No ECA, estabeleceu normas de proteção aos menores de dezoito anos, e sempre prevalecendo os melhores interesses dos menores e a codificação civilista atual recepcionou diversos artigos, e foram revogados apenas os artigos que são incompatíveis, desse modo, afirma Dani Laura Peruzzolo:

Mas não havendo a possibilidade de armar vínculos familiares, as crianças vão crescendo dentro da Instituição até alcançar a idade de 18 anos. Neste período, já adolescentes, são

desligados da Instituição mesmo não estando preparados para iniciar um novo momento de suas vidas sozinhos, isto é, sem a tutela, o carinho, e muitas vezes, sem nenhuma referência externa ao abrigo que possa acolhê-lo nos momentos futuros. (2004, p.286-287).

A referida codificação civilista vigente, houve muita contenda, pois, muitos doutrinadores entendiam que a mesma havia revogado o ECA, mais parte majoritária entende que não revogou.

Importante destacar que o ECA se mostra muito mais abarcante que a codificação civilista, como artigo 39 § 1º que compreende adoção como um dos meios excepcionais e irrevogável, só sendo possível assim que esgotada os meios de manter o vínculo com os consanguíneos e também tem a vedação expressa da adoção feita por procuração.

Art. 39. A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.

[...]

§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei. (Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990).

No artigo 40 do ECA, vem disciplinando que quem pretenda adotar tenha idade superior de dezoito anos a data do pedido, exceto se este estiver sobre as guardas ou tutelas dos adotantes, já no artigo 41 do ECA ressalta o artigo antes citado 226 da Carta Magna de 1988, a igualdade jurídica de todos os descendentes, ressalta ainda a aptidão para adoção, tem que ser maior de dezoito anos, com diferença de dezesseis anos de quem pretende adotar e independente se este constituir matrimônio ou não.

Considerando que a opção sexual, ter constituído matrimônio ou não, não influi na capacidade de adoção, é necessário levar em consideração as devidas condições materiais para criação do adotado, relacionar também os aspectos

morais do menor. Pouco importando os demais aspectos como a capacidade civil de quem pretende adotar. “Art. 41. A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.” (BRASIL, 1990)

Outro fato importante é que a adoção não poderá ser concedida para mais de uma pessoa, salvo se casadas ou que constitua união estável, também existe a possibilidade de adoção conjunta, bem como, versar de pessoas separadas ou divorciadas inclusive, neste último o estágio realizado no transcorrer do matrimônio, outra possibilidade é quando a adoção vier à deferida quando um do casal falecer no transcorrer do procedimento, sob a premissa de ter manifestação inconfundível em semelhança a vontade de adotar.

E conforme o artigo 43 do ECA a adoção somente é deferida na hipótese que for notório os benefícios para o menor, que ainda dependerá do consentimento do respectivo representante legal, salvo se a família consanguínea seja desconhecida e já houve destituído o poder familiar, já na hipótese se superior a doze anos, é preciso o consentimento da criança, assim retrata o artigo em comento. “Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. (BRASIL, 1990).

Em seguida temos o estágio de convivência, em que deverá ser seguido por uma equipe profissional, quanto ao prazo desse estágio o juiz competente irá fixar, pois modifica segundo o caso concreto. Existe uma possibilidade de esse estágio ser dispensado, acontecimento que se comprove o convívio por ambos, em relação a guarda de fato em regra não permite a dispensa, segundo Eunice Ferreira Rodrigues Granato:

Esse estágio é um período experimental em que adotando convive com os adotantes, com a finalidade precípua de se avaliar a adaptação daquele que a família substituta, bem como a compatibilidade desta, com a adoção. É de grande importância esse tempo de experiência, porque, constituindo

um período de adaptação do adotando e adotantes à nova forma de vida, afasta adoções precipitadas que geram situações irreversíveis e de sofrimento para todos os envolvidos. (2009, p. 81).

Conforme o artigo 46 § 2º do ECA, na hipótese de a adoção for por pessoa estrangeira, esse estágio, tem um prazo mínimo de trinta dias e deverá ser cumprido no Brasil. Enfim, no artigo 47 do ECA, define adoção como um ato constitutivo que mediante sentença, a mesma torna-se não revogável, e atribuem todos os direitos e obrigações ao adotado como filho de sangue fosse. "Art. 47. O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão." (BRASIL. 1990)

Art. 46.

[...]

§ 2º Em caso de adoção por estrangeiro residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência, cumprido no território nacional, será de no mínimo quinze dias para crianças de até dois anos de idade, e de no mínimo trinta dias quando se tratar de adotando acima de dois anos de idade. (Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990).

Na codificação civilista vigente, encontra-se previsão expressa acerca do instituto da adoção a partir do artigo 1.618 que informa como constituirá. Tem-se previsão no ECA e no artigo 1.619 dispõe da precisão da assistência do Poder Público e a sentença.

A legislação específica da adoção é a norma número 12.010 de 2009 tal lei trouxe artigos que versam sobre prazos processuais menores, com objetivo de dar mais agilidade e um processo efetivo, dentre as inovações está o CNA, cuja finalidade é a facilitação de colocação da criança em um lar e disciplinou no artigo 8º, a possibilidade da genitora que tiver vontade de por seu filho para adoção, ter um acompanhamento por profissionais habilitados.

No artigo 19 § 2º do ECA estipulou um prazo de permanência dos menores em abrigo, prazo este de dezoito meses, exceto se houver necessidade da criança em permanecer, mais nessa ocasião, precisará de decisão fundamentada da autoridade quem tem competência.

Art. 19

[...]

§ 2º A permanência da criança e do adolescente em programa de acolhimento institucional não se prolongará por mais de 18 (dezoito meses), salvo comprovada necessidade que atenda ao seu superior interesse, devidamente fundamentada pela autoridade judiciária. (Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990).

E o menor somente será encaminhado para adoção depois de esgotadas todas tentativas de reintegração com os consanguíneos e dentre as novidades é a adoção de irmãos que necessita ser pelo mesmo adotante, exceto se considerar abuso ou algo equiparado.

No artigo 50 § 5º do ECA, estabelece a implementação dos cadastros de adoção, seja estadual ou nacional, e sobre os cadastros por adotantes que não residem no país, nessa ocasião haverá cadastro diversos que, na falta de postulantes do Brasil serão consultados. Já no artigo 163 trouxe o prazo da perda do poder familiar, sendo este de cento e vinte dias.

Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

[...]

§ 5º Serão criados e implementados cadastros estaduais e nacional de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pessoas ou casais habilitados à adoção. (Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990).

No artigo 197-C § 1º do ECA, estabelece a obrigatoriedade de os adotantes participarem de cursos preparatórios, oferecidos para guiar e incitar a adoção, sem discriminações raciais, adotar menores que tenha necessidade especial, crianças maiores e até irmãos.

Art. 197-C Intervirá no feito, obrigatoriamente, equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, que deverá elaborar estudo psicossocial, que conterà subsídios que permitam aferir a capacidade e o preparo dos postulantes para o exercício de uma paternidade ou maternidade responsável, à luz dos requisitos e princípios desta Lei.

§ 1º É obrigatória a participação dos postulantes em programa oferecido pela Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política municipal de garantia do direito à convivência familiar e dos grupos de apoio à adoção devidamente habilitados perante a Justiça da Infância e da Juventude, que inclua preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças ou de adolescentes com deficiência, com doenças crônicas ou com necessidades específicas de saúde, e de grupos de irmãos. (Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990).

Cursos esses oferecidos pela Justiça da Infância e Juventude, já em relação ao processo, a legislação aponta sobre o prazo que será de sessenta dias para o julgamento, conforme dispõe o artigo 199-D do ECA.

Art. 199-D O relator deverá colocar o processo em mesa para julgamento no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contado da sua conclusão.

Parágrafo único. O Ministério Público será intimado da data do julgamento e poderá na sessão, se entender necessário, apresentar oralmente seu parecer. (Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990).

Uma das finalidades da lei, além de garantir mais agilidade e efetividade, foi desburocratizar o procedimento sempre respeitando o melhor interesse do menor,

oferecendo uma família hábil a receber esse menor e que todos os interesses sejam respeitados. Para isso, ocorreram muitas mudanças positivas, que são observadas na lei, especialmente em relação ao procedimento a seguir.

4. Procedimento processual da adoção em âmbito nacional

No artigo 42 do ECA, estão expressos os requisitos para efetuar o processo de adoção, estabelecendo quem poderá figurar como adotante, como os com idade maior há dezoito anos, este deverá ter diferença de idade de dezesseis anos e independente se constituir casamento ou não, são diversos os requisitos e assim que concludos será considerado válido.

Art. 42. Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil.

§ 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.

§ 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

§ 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.

§ 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

§ 5º Nos casos do § 4º deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.

§ 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença. (Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990).

Existem também algumas vedações, como adoção por ascendente ou irmão do menor, adoção conjunta nesse caso é necessário no mínimo que quem irá adotar mantenha matrimônio ou união estável, pois tem como objetivo maior a comprovação da estabilidade familiar, também é cabível mencionar que os que estiverem divorciados, ou feita separação judicial, eles podem proceder a adotar em conjunto, mais o estágio de convivência seja realizado no convívio anteriormente, restando fazer um acordo sobre a guarda do menor e o direito de visita.

Além disso, outra possibilidade de adoção é quando esta vier a ser deferida quando um do casal falecer no transcorrer do procedimento, desde que após tenha manifestação inconfundível a vontade de adotar e em seguida o artigo 43 do ECA dispõe que somente será possível a adoção do menor, quando houver real vantagem e deve se fundar em motivo legítimo. Como dispõe o artigo, "A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos". Já o artigo 45 da mesma lei, aponta que penderá da concordância dos genitores do menor, ou dos representantes.

Art. 45 A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

§ 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder, poder familiar.

§ 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento. (ECA, 1990).

Conforme o artigo 46 do ECA, um dos elementos mais importantes do procedimento da adoção, é o estágio de convivência em que terá que ser seguido por profissionais habilitados e terá a incumbência de apresentar um relatório detalhadamente apresentando o lado positivo do deferimento da adoção pelo casal. O estágio, nada mais é, que um tempo de experiência em que possibilita o

adotante conviver com o menor e aferir a adaptação naquele ambiente familiar, se são compatíveis.

Art. 46 A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso.

§ 1º O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo.

§ 2º A simples guarda de fato não autoriza, por si só, a dispensa da realização do estágio de convivência.

§ 2º-A. O prazo máximo estabelecido no caput deste artigo pode ser prorrogado por até igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária.

§ 3º Em caso de adoção por pessoa ou casal residente ou domiciliado fora do País, o estágio de convivência será de, no mínimo, 30 (trinta) dias e, no máximo, 45 (quarenta e cinco) dias, prorrogável por até igual período, uma única vez, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária.

§ 3º-A. Ao final do prazo previsto no § 3º deste artigo, deverá ser apresentado laudo fundamentado pela equipe mencionada no § 4º deste artigo, que recomendará ou não o deferimento da adoção à autoridade judiciária.

§ 4º O estágio de convivência será acompanhado pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, que apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida.

§ 5º O estágio de convivência será cumprido no território nacional, preferencialmente na comarca de residência da criança ou adolescente, ou, a critério do juiz, em cidade limítrofe, respeitada, em qualquer hipótese, a competência do juízo da comarca de residência da criança. (Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990).

O estágio de convivência trata-se de uma medida utilizada para evitar uma adoção antes, de forma precipitada que pode gerar uma situação incomoda para os envolvidos, tratando-se assim, como uma medida necessária e experimental na família envolvida.

O magistrado irá determinar o prazo desse estágio de convivência, pois irá depender de cada caso concreto o período, há duas hipóteses de dispensa desse estágio, será admissível no momento que quem pretende adotar, ter idade inferior a um ano, ou independentemente da idade, se já estiver um período suficiente para avaliação de convívio com o pretense a adoção, período este suficiente para constituir o vínculo.

Lembrando que o liame da adoção consistirá por meio de uma sentença judicial, que através de mandado inscrito no registro civil. Essa inscrição tem que está registrado o nome de quem pretende adotar, nome dos ascendentes e haverá o cancelamento do registro originário.

Produzindo efeitos após o trânsito em julgado, consiste uma sentença constitutiva, assim está previsto no artigo 47 do ECA, e havendo solicitação do pretense a adotar, o registro pode ter sua lavratura no respectivo Cartório de Registro Civil de onde habita.

Art. 47 O vínculo da adoção constitui-se por sentença judicial, que será inscrita no registro civil mediante mandado do qual não se fornecerá certidão.

§ 1º A inscrição consignará o nome dos adotantes como pais, bem como o nome de seus ascendentes.

§ 2º O mandado judicial, que será arquivado, cancelará o registro original do adotado.

§ 3º A pedido do adotante, o novo registro poderá ser lavrado no Cartório do Registro Civil do Município de sua residência.

§ 4º Nenhuma observação sobre a origem do ato poderá constar nas certidões do registro.

§ 5º A sentença conferirá ao adotado o nome do adotante e, a pedido de qualquer deles, poderá determinar a modificação do prenome.

§ 6º Caso a modificação de prenome seja requerida pelo adotante, é obrigatória a oitiva do adotando, observado o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 28 desta Lei.

§ 7º A adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto na hipótese prevista no § 6º do art. 42 desta Lei, caso em que terá força retroativa à data do óbito.

§ 8º O processo relativo à adoção assim como outros a ele relacionados serão mantidos em arquivo, admitindo-se seu armazenamento em microfilme ou por outros meios, garantida a sua conservação para consulta a qualquer tempo.

§ 9º Terão prioridade de tramitação os processos de adoção em que o adotando for criança ou adolescente com deficiência ou com doença crônica

§ 10 O prazo máximo para conclusão da ação de adoção será de 120 (cento e vinte) dias, prorrogável uma única vez por igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária. (Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990).

Poderá haver a alteração do sobrenome do menor, desde que seja requerido pela pessoa que o adote e com a presença do menor. O artigo 47 do ECA também confere prioridade perante a tramitação do processo, quando se tratar de casos de menores com deficiências e doenças.

Importante citar que o abandonado possui direito de posteriormente ter acesso a sua família consanguínea e acesso ao eventual processo de adoção que estabelece um limite de idade, quando o menor possuir dezoito anos, poderá ter acesso. É necessária a preservação dos autos do processo para que isso ocorra, será resguardado amparo psicológico e jurídico segundo o artigo 48 do ECA:

Art. 48 O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos. Parágrafo único. O acesso

ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica. (Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990).

Quanto ao processo o mesmo necessita de tramitação com sigilo de justiça por sempre envolver menores, conforme o artigo 143 do ECA, sendo é vedado a publicidade dos autos do processo, com finalidade de preservar a identidade do menor envolvido, para que não possa ser identificado, seja auto administrativo ou policial que relacione a menores que se comine causador de ato infracional e vedando o uso fotografias, nomes, apelidos, filiação, residência, até mesmo a inicial no nome e sobrenome.

4.1 Da destituição do poder familiar e do Cadastro Nacional de Adoção

A destituição do poder familiar consiste, na perda de direito e dever, relativos aos consanguíneos, que calham sobre o menor, procedimento parte que tornará a criança apta para a adoção, nessa ocasião ela irá perder o vínculo com sua família consanguínea, que vai acontecer por meio do processo específico, o que será na busca de uma nova família que lhe dê proteção, conveniências, educação e alimentação, sobretudo afeto.

Tal instituto de bastante relevância, contudo na disciplina de direito de família, ocorre à destituição quando não tiver mais possibilidade do exercício de seus direitos e deveres para com os filhos, bem como questões ligadas à parte afetiva, dentre outras. Hodiernamente o poder familiar, conforme Carlos Roberto Gonçalves consistem em:

No conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores. O instituto em apreço resulta de uma necessidade natural. Constituída a Família e nascidos os filhos, não basta alimenta-los e deixa-los crescer à lei da natureza, como os animais inferiores. Há que educa-los e dirigi-los. (2010, p.396).

Assim este instituto, deva ser dirigido em observância aos princípios, como: dignidade da pessoa humana, melhor interesse da criança, isonomia, razoabilidade e proporcionalidade, para garantia da proteção da criança envolvida.

Cabe ressaltar que hoje o poder familiar, não é um instituto novo, é o anterior pátrio poder, em que pode ser exercida tanto pela mãe quanto pelo pai, essa nomenclatura de pátrio poder, foi alterada pela codificação civilista vigente.

No artigo 3º do ECA, dispõe que os menores têm respaldo aos direitos fundamentais, de forma a assegurar todos os ensejos, com a finalidade de desenvolver a moralidade do abandonado, a mentalidade, espiritualidade, e outras formas expressa no artigo legal, sem qualquer forma de diferença entre os menores, e se aplicando a todos.

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. (Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990).

Na codificação civilista vigente, também encontraremos amparos, como o artigo 1.634, que vai estabelecer o cabimento, ou seja, aos pais, tendo como incumbência criar e conduzi-los a uma educação, permitir ou não para casamento, assim como, em viagens ao exterior há necessidade de permissão, na hipótese de representação judicialmente até os dezesseis anos.

Art. 1.634 Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município.

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Código Civil Brasileiro, 2002).

Há várias proposições em que extinguirão na hipótese em que o filho atinge os dezoito anos, com o falecimento, tanto dos pais quanto do menor, também se castigar sem moderação, por práticas que é contrária a moralidade, e o mais comum por os pais abandonar o menor.

Porém, nas ocasiões que a família não se mostrar com aptidão para o exercício do poder familiar, caberá a destituição e conforme artigo 155 do ECA, que tem competência para propor é o *parquet* e os que possuem conveniência legitimam. "Art. 155 - O procedimento para a perda ou a suspensão do poder familiar terá início por provocação do Ministério Público ou de quem tenha legítimo interesse." (BRASIL, 1990)

Quanto à peça de ingresso, o artigo 156 do ECA, vai estabelecer dos elementos que devem ser observados, como a quem é dirigida, qualificar as partes, expor os fatos e os pedidos, e demonstrar a prova a ser produzido, indicar quem será testemunha, e poderá haver a dispensa se, a peça for impetrada pelo *parquet*.

Art. 156 A petição inicial indicará:

I - a autoridade judiciária a que for dirigida;

II - o nome, o estado civil, a profissão e a residência do requerente e do requerido, dispensada a qualificação em se tratando de pedido formulado por representante do Ministério Público;

III - a exposição sumária do fato e o pedido;

IV - as provas que serão produzidas, oferecendo, desde logo, o rol de testemunhas e documentos. (Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990).

São de destacar, que se existir motivos graves, caberá à decretação cautelar, liminarmente ou de forma incidental, suspender o poder familiar, a criança ficará com alguém com idoneidade, por meio de um termo que a pessoa aceita se responsabilizar pelo menor, até que se resolva a ação proposta. Isso após ouvir o *parquet*. Segundo prever o artigo 157 do ECA.

Art. 157 Havendo motivo grave, poderá a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decretar a suspensão do poder familiar, liminar ou incidentalmente, até o julgamento definitivo da causa, ficando a criança ou adolescente confiado a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade.

§1º Recebida a petição inicial, a autoridade judiciária determinará, concomitantemente ao despacho de citação e independentemente de requerimento do interessado, a realização de estudo social ou perícia por equipe interprofissional ou multidisciplinar para comprovar a presença de uma das causas de suspensão ou destituição do poder familiar, ressalvado o disposto no § 10 do art. 101 desta Lei, e observada a Lei no 13.431, de 4 de abril de 2017.

§ 2º Em sendo os pais oriundos de comunidades indígenas, é ainda obrigatória a intervenção, junto à equipe interprofissional ou multidisciplinar referida no § 1o deste artigo, de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, observado o disposto no § 6º do art. 28 desta Lei. (Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990).

Posteriormente, vai haver a citação da parte requerida, de modo pessoal, exceto se já tenha esgotado todas as maneiras para realiza-la, terá o período de dez dias para oferecer respostas, e a indicação de prova que almeja a produção, bem como, indicar testemunha e documentos. Na hipótese do requerido estiver com privação de liberdade, é obrigatório à citação ser pessoal. Assim encontra-se disciplinado no artigo 158 do ECA.

Art. 158 O requerido será citado para, no prazo de dez dias, oferecer resposta escrita, indicando as provas a serem produzidas e oferecendo desde logo o rol de testemunhas e documentos.

§ 1º A citação será pessoal, salvo se esgotados todos os meios para sua realização.

§ 2º O requerido privado de liberdade deverá ser citado pessoalmente.

§ 3º Quando, por 2 (duas) vezes, o oficial de justiça houver procurado o citando em seu domicílio ou residência sem o encontrar, deverá, havendo suspeita de ocultação, informar qualquer pessoa da família ou, em sua falta, qualquer vizinho do dia útil em que voltará a fim de efetuar a citação, na hora que designar, nos termos do art. 252 e seguintes da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

§ 4º Na hipótese de os genitores encontrarem-se em local incerto ou não sabido, serão citados por edital no prazo de 10 (dez) dias, em publicação única, dispensado o envio de ofícios para a localização. (Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990).

Outro fator relevante, consoante o disposto nos 161 do ECA, que caso não haja a contestação do pedido, o magistrado oferecerá vista ao *parquet* em cinco dias, e tem a probabilidade de ofício ou a requerimento, estabelecer que seja realizada uma perícia por profissionais habilitados competentes, que se comprove se a necessidade se suspender ou destituir.

Art. 161 Se não for contestado o pedido e tiver sido concluído o estudo social ou a perícia realizada por equipe

interprofissional ou multidisciplinar, a autoridade judiciária dará vista dos autos ao Ministério Público, por 5 (cinco) dias, salvo quando este for o requerente, e decidirá em igual prazo. (Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990).

Após a apresentação da resposta, irá haver vistas ao Ministério Público, exceto se ele for o requerente. Logo, determinará audiência de instrução e julgamento, em que vai ser ouvida a testemunha, e haverá o recolhimento do parecer de forma verbal, exceto fatos que for de forma escrita, segundo prever o artigo 162 e parágrafos do ECA.

Art. 162 Apresentada a resposta, a autoridade judiciária dará vista dos autos ao Ministério Público, por cinco dias, salvo quando este for o requerente, designando, desde logo, audiência de instrução e julgamento.

§ 1º (Revogado).

§ 2º Na audiência, presentes as partes e o Ministério Público, serão ouvidas as testemunhas, colhendo-se oralmente o parecer técnico, salvo quando apresentado por escrito, manifestando-se sucessivamente o requerente, o requerido e o Ministério Público, pelo tempo de 20 (vinte) minutos cada um, prorrogável por mais 10 (dez) minutos.

§ 3º A decisão será proferida na audiência, podendo a autoridade judiciária, excepcionalmente, designar data para sua leitura no prazo máximo de 5 (cinco) dias.

§ 4º Quando o procedimento de destituição de poder familiar for iniciado pelo Ministério Público, não haverá necessidade de nomeação de curador especial em favor da criança ou adolescente. (Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990).

Existe uma data aprazada para finalizar o procedimento, no limite de cento e vinte dias, e a sentença terá que ter averbação no local do registro do menor, consoante artigo 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Art. 163 O prazo máximo para conclusão do procedimento será de 120 (cento e vinte) dias, e caberá ao juiz, no caso de notória inviabilidade de manutenção do poder familiar, dirigir

esforços para preparar a criança ou o adolescente com vistas à colocação em família substituta.

Parágrafo único. A sentença que decretar a perda ou a suspensão do poder familiar será averbada à margem do registro de nascimento da criança ou do adolescente. (Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990).

Após o recolhimento das asseverações dos pais do menor, o juiz de imediato poderá ensejar pelo deferimento da medida, e logo emitir a sentença para adoção. Acontecendo a adoção do abandonado, por obviedade também extingue dos pais naturais sobre aquele menor, sendo presumido que tais consentiram com a medida e que haverá a renúncia deste. Sendo entendível que apenas pelo fato do deferimento, já se presume extinto o poder, de forma que são impossíveis os dois institutos coexistirem.

Dessa forma, por abordar sobre menores envolvidos é indispensável à presença do MP, seja como parte, seja como fiscal da lei, sob penalidade de ser nula qualquer ato processual produzido. E sobre a obediência dos requisitos legais estabelecidos.

Quanto aos direitos fundamentais do menor estabelecido na Carta Magna vigente no artigo 227, enumerando como sendo dever da família, da sociedade e Estado resguardar diversos direitos ao menor como a liberdade, e para efetivação desses direitos o Estatuto da Criança e do Adolescente reforçou os direitos, expressos na Constituição Federal, se esses direitos forem violados, poderá ser suspenso, ocorrer à perda, até mesmo como já mencionado poderá ocorrer à extinção.

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. (Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990).

O ECA prescreve normas processuais e quando essas forem insuficientes será subsidiariamente aplicado o Código de Processo Civil, considerando o melhor interesse da criança, o que se depreende da leitura do artigo 152 ECA, portando observa-se que o poder família tem regras regulamentada pela legislação civilista.

Em relação à perda do poder familiar, que é a ocasião mais gravosa, será feita por determinação judicial, estando prevista no artigo 1.638 da codificação civilista de 2002 que estabelece o cabimento. Para configurar tal instituto basta a prática de conduta como castigar sem moderação, abandonar o filho, submeter a ato contrário à moralidade e bom costume e na ocasião em que qualquer dos genitores cometerem as faltas estabelecidas no artigo 1.637 CC/2002.

Conforme esse artigo, o fato de os genitores serem detectado cometendo abuso de autoridade e houver a falta do dever dos pais de maneira a prejudicar o menor, caberá ao magistrado, se houver requisição de algum parente ou *parquet*, proporcionara medidas que darão segurança a criança, podendo ocorrer à suspensão.

Se houver a probabilidade de reverter o laço afetivo entre pai e filho, haverá o deferimento da suspensão e não a perda, e no artigo 23 do ECA disciplina que o carecimento de recurso material não é pretexto aceitável para a possível suspensão ou perda. Da mesma maneira o fato dos pais ou responsável pela criança sofrer de transtornos mentais ou doença, somente por essa razão não haverá o impedimento do convívio com aquela família originaria, e muito menos os acolhimentos dos menores. “Artigo 23 A falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder familiar.” (BRASIL, 1990)

Quanto à extinção, é uma terminação utilizada a circunstâncias em que interrompe definitivamente o poder familiar, seja pelo falecimento, emancipar o menor, também poderá acontecer caso que completa dezoito anos, extingue em razão de decisão legal.

Quanto à suspensão, visa restringir as funções dos pais, e será decretada por decisão judicial, e sem tempo pré-estabelecido, porquanto necessitar a conveniência do menor e consoante o disposto nos 1.637 da codificação civilista de 2002, pelo abuso de autoridade, a falta do dever a eles incumbidos, caberá ao magistrado, a tomar medidas, como a suspensão.

Artigo 1.637 Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar à medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha. (Código Civil Brasileiro, 2002).

Sendo possível a decretação da suspensão quando se constata a ocasiões que contrarie a moralidade, por condenações dos responsáveis em razão de crimes, cuja penalidade seja superior a dois anos. Lembrando que a suspensão poderá reanalisada e alterada pelo juiz quando houver alterações nos cenários e fato que ocasionou. Podendo a decretação ser para um filho unicamente ou aos demais.

Quanto ao Cadastro Nacional de Adoção - CNA, tendo como finalidade cumprir o que dispõe o artigo 50 § 5º da Lei de Adoção, que estabelece acerca dos cadastros de família que quer adotar o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, por meio da Resolução n.º 54/2008, criou o referido cadastro, nestes termos:

Art. 50 A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

[...]

§ 5º Serão criados e implementados cadastros estaduais e nacional de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e de pessoas ou casais habilitados à adoção. (Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990).

Verifica-se que a finalidade oferecer agilidade aos processos, uma maneira de tornar mais ágil o procedimento, como facilitar a localização de famílias e pessoas que tem desejo em adotar, pois a autoridade competente irá manter nas comarcas ou foros regionais, o registro dos menores que estão aptos à adoção e um registro acerca das pessoas que tem desejo de adotar.

Para o procedimento da adoção é obrigatório que a pessoa que almeja adotar, tenha realizado a inscrição e que preencha os requisitos, cabendo aos interessados se adequarem a esses. Importante destacar que, esse cadastro é digital e que sua finalidade, para qual foi criado é auxiliar os magistrados das Varas da Infância e juventude, direcionando os procedimentos em todo território brasileiro.

Esse cadastro terá seu preenchimento feito pela justiça do estado em que reside a pessoa pretensa a adotar, sendo o magistrado que fará o lançamento dos dados informados ao cadastro e assim de forma unificada, para César Fiuza:

Em cada comarca há registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas em adotar, a comissão estadual judiciária de adoção deverá manter, outrossim, registro centralizado de estrangeiros interessados em adoção. É a partir desses registros que todo o processo deverá ter início. (2009, p. 989).

Para pretendentes estrangeiros residentes no Brasil ou no exterior, hoje é cabível adoção, estes deverão buscar a justiça estadual e assim se candidatarem, o magistrado irá localizar algum menor no banco de dados da comarca, que ainda não foi adotado, normalmente menor com idade superior há três anos, que se encontra fora do protótipo dos adotantes do Brasil, segundo dispõe a resolução do CNJ número 190 de 2014.

A inscrição no CNA possui prazo de cinco anos possível a renovação, sendo que o sistema automaticamente informará sobre a data do vencimento. Na plataforma digital informa os documentos necessários para inscrição no Cadastro

Nacional de Adoção é a identidade, se casado à certidão de casamento, o comprovante de residência, certidão civil e penal, declarar que possui rendimentos necessários, apresentar o cadastro de pessoas físicas – CPF e uma declaração que ateste a saúde mental do adotante.¹⁴²

Após a apresentação da documentação, o pretense adotante passará por uma preparação, disponível até aula semanal, com duração de dois meses, o resultado é pelo Ministério Público, que emitirá um parecer e o magistrado tem a faculdade de conceder ou não a certificação de habilitação.

Ocorrerá a baixa no cadastro quando houver o falecimento, quando desistir do ato, ou porque já adotou, ao menor na hipótese de adoção, quando completar os dezoito anos, ou falecimento. Conforme a resolução número 54 de 2008, os pretensos a adoção, que se habilitarem antes da data da resolução, antes de 2008, a esses tem a possibilidade do cadastro em mais de um estado e aos habilitados após a resolução, só é possível ser inserido na comarca que residir.

Esse cadastro ocorre o cruzamento de forma automática de informações dos sistemas, possibilitando o encontro do perfil do pretense a adotar com os perfis do menor, buscando semelhanças entre ambos, até em região diversa do que menor reside. O objetivo maior é a possibilidade dos encontros com casais hábeis a adotarem, com os menores. Isso só é possível com o cadastro, visto como uma proposta que veio para colaborar com o procedimento atual, para Eunice Ferreira Rodrigues Granato assevera que:

A principal finalidade é possibilitar o encontro de pessoas interessadas em adotar, com crianças e adolescentes que possam ser adotados podendo assim haver a concretização

142 CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/cadastro-nacional-de-adoacao-cna/passos-a-passos-da-adoacao>>. Acesso em 06 de outubro de 2018.

de adoções que não ocorreriam, não fosse a oportunidade aberta pelo cadastro nacional de adoção. (2014, p. 83).

E o mais gravoso é que esses abandonados continuam nos acolhimentos além do tempo prescrito na lei, que seria de dois anos, habitualmente permanecendo nos abrigos até completarem os dezoito anos.

Embora os elementos estatísticos nos mostrem que a quantia de pessoas apta a adotarem e inscritas no CNA, sejam superiores ao número de menores aguardando em abrigos para serem adotados, alegam que a causa da demora é em razão das características pessoais impostas pelos adotantes, que são diversas das crianças que esperam para ser adotadas, buscam por menores de pele branca, com idade não maior há três anos e que não possua irmãos.

Sendo esse o modelo que utilizam para adotar, porém acontece que maior parte dos menores que estão nos abrigos, estão junto com os irmãos, que não poderá haver a separação deles e sempre com idade acima de três anos. Desse modo, considera-se que apesar de notório a existência do ajuntamento de menores seja inferior a quantia de inscritos, enquanto houver a exigência por características físicas como critério dessas pessoas para adotarem, vai ser muito dificultoso mudar essa realidade.

5. A demora no procedimento de adoção e os programas que incentivam a adotarem

Segundo estabelecido no artigo 5 inciso LXXVIII da Constituição Federal, inciso que foi incluído por meio da Emenda Constitucional de número 45 de 2004, em que todos são garantidos o tempo razoável nos processos e uma forma que seja célere.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à

vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Constituição Federal, 1988).

Na mesma forma Pacto da São José da Costa Rica, dispôs acerca da celeridade dos processos, no artigo 8º, que a todos são garantidos em um período razoável, por magistrados e tribunais competentes e imparciais, já previstos anteriormente na norma legal, para que quando forem apurar acusações criminais ou de outras matérias em desfavor delas ou para determinar direito e obrigação.

Art. 8º Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (Pacto da São José da Costa Rica, 1969).

Porém, esses prolongamentos demasiados dos processos fazem com que quando o pretense a adotar, esteja concretamente com o menor, já passou um lapso temporal muito grande, que irá fazer falta em períodos decisivos para as formações saudáveis do psíquico infantis.

E não há dúvida que hoje, vigora o princípio da total primazia, que as crianças devem permanecer no ápice da escala de preocupações de quem governa, devendo compreender, primeiramente que tem o dever de atendimento de todas as precisões dos processos nas adoções, e que é necessário um cuidado e providencia prévia para que a concretização do processo ocorra.

Contudo, como é notório, o judiciário encontra-se diferentes obstáculos, dificuldade como processo célere, esses obstáculos estão relacionados aos

crescimentos de demanda, crescimento da comunidade, falta de recurso material e necessita de uma atualização na tecnologia de forma a modernizar, também há ausência do preparo de profissional competente.

Acumulando processos que versam sobre motivos sem relevância, repetitivo, normalmente ocasionado por questões psicológicas e até mesmo objetivando interesse pessoal, sobrecarregando o judiciário, assim impedindo um processo célere e favorecendo a demora, ocasionando discursos críticos, por parte da população, consoante assevera Andréia Mendes Svedas:

Processos referentes a causas absurdas, irrelevantes, repetitivas, movidas por modismo, por interesses psicológicos ou satisfação pessoal, colaboram, significativamente, para o acúmulo de processos que aguardam julgamento. Pesquisas revelam que tais causas abarrotam o Judiciário, favorecendo a morosidade, criando opinião crítica na maioria das pessoas de que a Justiça continua lenta e sem agilidade. (2001, p. 18).

Importante destacar que essa demora no judiciário no Brasil, é de um problema de natureza preocupante, já que ocorre a afetação do direito fundamental, que por meio do Estado busca a proteção de seu direito, que em diversas situações, tem se tornado cerceado, vista a dimensão burocrática existente. O direito jurisdicional é um direito de todos indivíduos, previsto na Carta Magna, garantido aos cidadãos de reclamar ao judiciário a obrigação de fazer. Tal prestação tem que ser eficaz, com rapidez e com adequação ao caso concreto.

Há muitas ações que tramitam no judiciário, que suportariam ser concluídas em um período menor, com menos custos, sem ocasionar excesso na atribuição do judiciário, como a título de exemplificação as ações que versam sobre crianças em situações de abandono, segundo Valtércio Pedrosa:

Inúmeros processos que tramitam na justiça brasileira poderiam ser resolvidos em menor tempo, com custo mais baixo, sem causar hipertrofia de atribuições judiciárias. Adoção de menores abandonados, pedidos de guarda e

tutela, divórcios consensuais, inventários, execução de testamentos, alvarás, etc., desde que não existissem disputas entre os interessados, poderiam ser resolvidos em instâncias administrativas. Estas ações caracterizam o cotidiano do judiciário nas pequenas cidades. São de pouca complexidade e não envolvem conflitos sociais dignos de apreciação pelo Poder Judiciário. (2005, p. 09).

Para amenizar a morosidade, nos casos como de tutelas, guardas, divórcios, inventários, executar testamentos e alvarás entre outras hipóteses, contando que não exista disputa entre o interessado na causa, esses casos deveriam ser solucionados na esfera administrativa.

Desse modo, os processos passam a ser incentivos a adoção, uma vez que o tempo extenso de espera conglomerado com os demais procedimentos, que ocorre desde a inscrição no CNA, até quando a adoção for deferida, esta demora ocasiona problemas de ansiedades, frustração, tanto para criança, como para o adotante.

O ato de adotar engloba bastantes elementos, prescritos na norma legal, o qual deve ser observado e respeitado, porém, em questão jurídica relacionada com esse procedimento, poderá ocasionar o acarretamento de diferentes danos aos pais pretensos a adotarem e ao menor, como exemplificação o transtorno psicológico motivado pela demora no judiciário, em que resulta em perdas da pretensão dos novos pais na conclusão daquele procedimento imposto a ser seguido.

Segundo esse liame, cabe mencionar que é objeto de discussão, essa morosidade pelo judiciário, para a concessão da adoção a quem requer e o repúdio a esta demora, a própria lei atribui um período antes de o menor ser entregue aos adotantes, porém o que ocorre lamentavelmente segundo Françoise Dolto é manipulação do desejo de crianças, pelo demasiado tempo no decorrer de entrevistas, causando consequência psíquica aos pais adotantes ao ponto de levarem a desistência.

[...] deploro a lei da adoção, que impõe um certo tempo – às vezes meses – antes de se dar uma criança em adoção aos pais. Deploro também a manipulação de seu desejo de criança, que se produz por demasiado tempo no decorrer das entrevistas com os pais que desejam adotar. Conheço pais adotivos que, tendo realizado uma série de entrevistas psicológicas, chegaram a um estado de indiferença em relação a uma adoção que haviam desejado tanto. No meu entender não é esse o momento, escolhido pela instituição, para fazê-los adotar uma criança pequena, de que não tem mais vontade, seja porque esperaram por demasiado tempo, seja porque mediram em demasia a responsabilidade que assumem. A meu ver, deveria ser elaborada uma lei de adoção desde o primeiro dia de vida da criança que, sabidamente, a mãe que a pariu não quer assumir plenamente, mesmo se ela tem, imaginariamente, a veleidade de querê-lo. (1978, p. 240).

Assim, é possível ser dispensado alguns requisitos, como o estágio de convivência para aqueles que já detém a guarda, nos termos do artigo 46 § 1º do ECA, pois o fato do adotante conhecer o menor e dispensar lhe afetividade de forma voluntária, já é demonstração da existência de um vínculo familiar, para Maria Berenice Dias cita Belmiro Pedro Welter, a morosidade no procedimento de adoção é visto como inconstitucional:

Sustenta Belmiro Pedro Welter, não sem razão, a inconstitucionalidade do tortuoso, moroso e desacreditado processo de adoção judicial. O autor preconiza a dispensabilidade do cumprimento de todos os requisitos legais (1618 a 1629 e ECA 39 a 52), sob fundamento de que o reconhecimento do filho afetivo é consensual e voluntário. (2005, p. 101)

É imprescindível a comprovação de afetividade entre o menor e o adotante, para a verificação da probabilidade de convivência, já que em muitos dos casos de adoção, visto a já citada morosidade, a criança ganha vínculos e costumes e cuidados o que poderão vir a divergirem daqueles esperados pelos adotantes, conforme ensina Gina Khafif Levinzon:

[...] a demora pode ser séria e destruir um bom trabalho, de modo que, quando os pais recebem a criança, muita coisa já aconteceu na vida dela. É comum os pais receberem um bebê que teve cuidados inadequados antes de ser adotado, e como resultado pode-se dizer que eles não apenas receberam um bebê, mas também um “problema psicologicamente complexo”. (2009, p. 20/21)

Desse modo, visualiza-se que existe severa crítica pelas doutrinas em relação ao alongamento no procedimento e no processo, visto que está se tratando dos interesses dos menores, em que há necessidade de ser ágeis e de evitar os prolongamentos desnecessários já em relação a ordens cronológicas dos cadastros de adoção, não é regra, tem a prevalência do princípio, em que sempre os interesses dos menores deverão prevalecer, principalmente quando possuir vínculo de afeto.

De tal modo, é notória a variedade dos casos que poderão ensejar a demora nos processos, como nas ocasiões que pretende adotar, pleiteia certo requisito específico para a adoção, seja por idades, cores, sexos e deficiência. E colaborando com as lentidões dos processos de destituições do poder familiares, que é um fator que leva turbulência para um processo que busca celeridade, razões que resultam no fato de as crianças ganharem idades e aqueles que possuíam interesses em adota-las, já não possuem mais, segundo Maria Antonieta Motta:

É louvável o objetivo da lei em comprovar a compatibilidade entre as partes e verificar as probabilidades de sucesso da adoção, e compreende-se que para isto uma série de cuidados e providências prévias à sua concretização devam ser tomados. Entretanto, o prolongamento demasiado do processo faz com que, quando os pais adotivos tenham finalmente a criança, muito já aconteceu na vida deles e na vida dela em um período decisivo para a formação sadia do psiquismo infantil. (1997, p. 124)

Temos a previsão legal (Art. 42 § 2º ECA) de que irmãos deverão serem adotados em conjunto, com a finalidade de proteger os vínculos familiares. Porém, isso não é possível para alguns adotantes, sendo um empecilho, atribuído a fator

econômico, para a criação do menor de forma digna, as famílias têm diversas despesas em favor de alimentar o menor, educar entre outros. Os períodos de constância dos processos de adoção variam conforme os perfis das crianças, pois a morosidade se justifica pela exigência estabelecida pelos adotantes, quanto maior a exigência mais tempo levará os procedimentos.

Segundo o que depreende do CNJ, o período que estende os processos de adoção é menor que três anos, e que o tempo para tramitar seja menor que quatrocentos dias é o que busca o CNJ acabou editando um provimento de número 36 de 2014143, tendo imposto medidas para a corregedoria local investigarem os magistrados que prolonguem por mais de um ano, para proceder às emissões das sentenças, de forma em que se necessite de fiscalizações rigorosas em relação ao período do trâmite.

Por fim, conforme toda explanação, tem-se a consciência que o Estado é o possuidor das responsabilidades de resguardarem os direitos de todos, principalmente dar amparo aos menores, orientado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, cabendo a ele a promoção de método que apresentem eficácia, a mover o judiciário, de forma a ter um processo célere, para que no final garanta o objetivo maior que é a inserção dos menores em famílias. de acordo com Liberati (1991, p. 21) "deverão estar em primeiro lugar na escala da preocupação dos governantes; devemos entender que, primeiro, devem ser atendidas todas as necessidades das crianças e adolescentes (...)".

Quanto aos programas que incentivam as pessoas a adotarem, consoante o artigo 197-C, § 1º do ECA, que dispõe da obrigatoriedade da participação de quem postula a adoção em programa ofertado pelas autoridades, de forma a proporcionar

143 JUSBRASIL. Conselho Nacional de Justiça edita documento que visa acelerar processos de adoção no Brasil. Disponível em: <<http://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/123898107/consehnacional-de-justica-edita-documento-que-visa-acelerar-processos-de-adoacao-no-pais>>. Acesso em: 08 de outubro de 2018.

estímulo para adoções, sem olhar para raça, idade do menor, ou se a criança possui deficiências e nos casos de adoções conjuntas. Esses programas são oferecidos pela justiça da infância e juventude.

Desse modo, adotar menores com idade mais avançada é uma enorme dificuldade no Brasil e a maioria das pessoas que almejam adotar tem interesse, por criança mais novas. Tem-se constatado diariamente campanhas para o incentivo de adoção tardia.

Ocorreu em 2015, um incentivo a adoção tardia, no momento que jogadores de futebol do time Sport Club do Recife, adentraram na partida de mãos dadas a menores que conviviam em acolhimentos na cidade Recife estado de Pernambuco, que esperavam para ser adotados. O referido ato teve grande repercussão, quando com o lema "a adoção de um dos pequenos torcedores" obteve apoio do CNJ. 144

Em Santa Catarina criou-se diversas campanhas, uma delas denominada "laço de amor", que tem como finalidade o incentivo para adoção de crianças maiores mostrando a história, bem-sucedidas, de pessoas que optaram em adotá-las e hoje sobrevivem felizes¹⁴⁵.

Já em São Paulo uma maneira de incentivo, para adotarem menores portadores de necessidades especiais criou-se uma organização não governamental com a nomenclatura de "adoção tardia e especial". Tal organização produz resultados positivos¹⁴⁶.

144 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Campanha da justiça de Pernambuco e do Sport Club incentiva adoção tardia. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80352-campanha-da-justicade-pernambuco-e-do-sport-clube-incentiva-adocao-tardia>>. Acesso em 04 de agosto de 2018.

145 CAMPANHAS LAÇO DE AMOR. Psicologia de família e adoção. Disponível em: <<http://www.portaladocao.com.br/a-campanha/>>. Acesso em: 04 de agosto de 2018.

146 INCLUSIVE. INCLUSÃO E CIDADANIA. Campanha promove adoção de crianças "esquecidas". Disponível em: <<http://www.inclusive.org.br/?p=19652>>. Acesso em: 04 de agosto de 2018

Portanto, são notáveis enormes preocupações das pessoas, em proteger o interesse daquele que necessita ser inserido em um âmbito familiar, motivo esse que muitos indivíduos se têm mobilizado para dar eficácia ao procedimento, para que possam ter direitos de conviver em uma família.

Considerações finais

A pesquisa sobre o tema teve como objetivo a demonstração da demora do procedimento de adoção no judiciário brasileiro, avaliando variados assuntos que guiam a adoção, o qual é de grande relevância para o entendimento dos contextos presentes no artigo científico. Nesse sentido, averiguou-se que os motivos dos abandonos podem estar atrelados a variados agentes, como rejeições, idades das mães, fator econômicos, dentre vários citados na pesquisa.

Como meio de eliminar os sofrimentos dos menores abandonados, a legislação brasileira, sempre tem inovado em relação à adoção, como demonstrado no aspecto histórico ocorre desde antes da codificação de Clóvis Beviláqua até os dias atuais, de maneira que os processos sejam mais céleres e efetivos. Mesmo assim verifica-se que o processo ainda continua moroso, sendo que as evoluções legislativas têm se aprimorado de maneira a dar garantia ao melhor interesse do menor e, por conseguinte a garantia da convivência familiar digna.

Desse modo, apesar da Carta Magna de 1988, do ECA e a codificação civilista vigente abarquem a adoção, o instituto só se constituiu com a criação da lei número 12.010 de 2009, em que ocorreram as inserções e reformas de variados artigos que passou a abarcar o prazo processual de forma mais mitigada, além da criação do CNA.

Esses cadastros de adoção, nada mais é que um instrumento que consiste na inserção de informação de quem pretendem adotar e os menores a serem adotado,

cuja destinação é a adoção, com a finalidade do cruzamento e desse jeito proporcionar o encontro de um perfil compatível entre o menor e o adotante.

Contudo, apesar das legislações regentes prevejam um prazo menor, relacionado ao caso de o cadastro ser uma das ferramentas hábeis para o aceleração dos procedimentos de adoção, visto que a encontra de perfil compatível entre aqueles que encontram cadastrados, ainda hodiernamente, existe uma demora bastante ampla do judiciário para conclusões dos processos.

Conforme já abordado, cabe destacar que o tempo de permanência dos processos de adoção muda conforme os perfis das crianças e dos adolescentes, pois quanto for maior as requisições daqueles que almejam adotar, que manifesta interesse, mais demorado tornarão os procedimentos.

A demora no procedimento de adoção afasta a criança dos perfis impostos pelos pretensos adotantes, com isso ela adquire idade avançada, em que resulta na dificuldade para inserir em uma família, acarretando uma frustração no menor envolvido e do adotante, que conseqüentemente poderá levar o adotante perder interesse na conclusão do procedimento.

Mediante exposto, apesar de a legislação brasileira prever inúmeros elementos para ser observado no procedimento de adoção, tal preceito deve ser mitigado, de maneira a analisar a razão e proporção, dar celeridade ao procedimento adotivo, por conseguinte, proteger o interesse da criança, inserção em uma família e diminuir os sofrimentos decorrentes de abandonos.

THE MOROSITY IN THE ADOPTION PROCEDURE IN BRAZIL

Abstract

The purpose of this study is to make clear the delay in adoption procedures at the national level. In the following, we will first show some basic elements that guide adoption procedures. A posteriori, to consider the denomination and the historical

aspect of this institute in the Brazilian scope, as well as the reasons that induce the consanguineous family to the abandonment of their children. Continuously, it will be treated about the themes of this institute, also the legal regulation that give support to the adoption. Then, an analysis of the adoption procedure that has the procedure before the Judiciary in Brazil will be carried out. And in the end, a study of the problem will be made in relation to the delays in adoption procedures, as well as how they are carried out and the registration of adoptions. Intending to make the demonstrations through the use of analytical and interpretative methodology, as well as its dimension in the legal world.

Keywords: Adoption. Slackness. Abandonment Smaller. Family.

Referências

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 09 de setembro de 2018.

BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069 de 13 de Julho de 1990**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em 09 de setembro de 2018.

BRASIL, **Lei nº 12. 010 de 03 de Agosto de 2009. Dispõe sobre Adoção**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20072010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em 10 de agosto de 2018.

BRASIL, **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.amb.com.br/fonavid/Legislacao_Pacto_San_Jose_da_Costa_Rica__1969.pdf>. Acesso em: 08 outubro de 2018.

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 203.

COELHO. Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil: Família e Sucessões**. 5.ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS. Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. revista, atualizada ampliada. 2ª tiragem. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009. p. 61.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 63.

DIAS, Maria Berenice; Pereira, Rodrigo da Cunha (coord.) **Direito de Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

DINIZ, Vanessa do Carmo. **O princípio da afetividade nas relações familiares. Diálogo das Fontes. Dignidade da Pessoa Humana. Funcionalização, Socialização e Esticidade**. Abril/maio/junho de 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIDIER JUNIOR, Freddie. **Notas sobre a garantia constitucional do acesso à justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do Poder Judiciário**. In: Revista de Processo. Ano 27. n.º 108. São Paulo, Revista dos Tribunais, out-dez/2002.

DOLTO, Françoise. **Reflexões sobre a adoção**. In: Os caminhos da educação. São Paulo: Martins Fontes, 1978.

FARIAS, Cristiana Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**.13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolzer e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: **Direito de Família. As famílias em perspectiva constitucional**. São Paulo: Saraiva. 2011.

GONÇALVES, **Carlos Roberto. Direito civil brasileiro** 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: **direito família** – 7 ed.

Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

GHIRARDI, Maria L. A. Moura. **A devolução de crianças e adolescentes adotivos sob a ótica psicanalítica: reedição de histórias de abandono**. 2008. 119 f.

Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção doutrina e prática**. Curitiba: Juruá, 2005.

GRANATO, Eunice Ferreira Rodrigues. **Adoção Doutrina e Prática: com comentários**

à nova lei da adoção. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário compacto jurídico**. 14. ed. p.121. São Paulo: Rideel, 2011.

KOZESINSKI, C. A. B. G. **A História da Adoção no Brasil. Ninguém Cresce Sozinho**, 2017. Disponível em:

<<http://ninguemcrescesozinho.com.br/2016/12/12/a-historia-da-adocao-no-brasil/>>. Acesso em: 01 de setembro de 2018.

LEVINZON. Gina Khafif. **Adoção**. 3.ed., São Paulo: Casa do Psicólogo, 2009.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adoção Internacional: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Malheiros, 1995.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PEDROSA, Valtércio. **A lentidão do Judiciário brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 749, 23 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7039>>. Acesso em: 04 de outubro de 2018.

MOTTA, M. A P. **Adoção Algumas Contribuições Psicanalíticas**. In: SUANNES, A. et al. Direito de Família e Ciências Humanas. Caderno de Estudos nº 1. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1997.

PERUZZOLO, Dani L. **O desafio da educação para o desligamento de adolescentes institucionalizados em abrigos de proteção especial**. In: AZAMBUJA, Maria R. F.; SILVEIRA, M. V.; BRUNO, D. D. Infância em família um compromisso de todos. Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2004. 286 – 287.

REALE, Miguel. **Visão geral do projeto de Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 40, 1 mar. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/509>>. Acesso em: 30 de setembro de 2018.

SANTOS, Romualdo Baptista dos. **A tutela jurídica da afetividade**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 153.

SVEDAS, Andréia Mendes. **Morosidade da Justiça – Causas e Soluções**. Brasília: Consulex, 2001.

METODOLOGIA DA PESQUISA E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: FUNDAMENTOS DE UMA ABORDAGEM CONSEQUENCIALISTA DA INVESTIGAÇÃO JURÍDICA

LEANDRO FERNANDEZ TEIXEIRA: Juiz do Trabalho Substituto no Tribunal Regional do Trabalho da Sexta Região. Mestre em Relações Sociais e Novos Direitos pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo JusPodivm/BA. Diretor de Prerrogativas da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da Sexta Região — AMATRA VI (gestão 2018/2020). Professor. Membro do Instituto Baiano de Direito do Trabalho (IBDT).

RESUMO: O presente trabalho examina os aspectos metodológicos fundamentais do movimento da Análise Econômica do Direito, abordando suas premissas teóricas e as limitações em sua utilização, e oferece, ao final, exemplos de sua aplicação em variadas áreas do Direito.

PALAVRAS-CHAVE: Metodologia da Pesquisa; Análise Econômica do Direito; Individualismo metodológico; Eficiência; Mercado.

ABSTRACT: *This paper examines key methodological aspects of the movement of Law and Economics, approaching its theoretical assumptions and limitations in its use, and offers, at the end, examples of its application in several areas of Law.*

KEYWORDS: *Research Methodology; Law and Economics; Methodological individualism; Efficiency; Market.*

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais — 2. A ruptura paradigmática com o positivismo jurídico — 3. Surgimento e evolução da Análise Econômica do Direito — 4. Mitos, equívocos e confusões em torno da Análise Econômica do Direito — 5. Premissas Teóricas da Análise Econômica do Direito — 5.1 Individualismo

metodológico e conduta racional maximizadora — 5.2 O mercado: noções fundamentais — 5.3 Eficiência — 6. Limitações da Análise Econômica do Direito — 7. Algumas contribuições da Análise Econômica do Direito para a pesquisa jurídica — 8. Conclusões — Referências Bibliográficas.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

É freqüente, nos países influenciados pela cultura jurídica romano-germânica, uma visão do Direito dissociada de outras áreas do conhecimento humano. Nestes ambientes, leis e decisões judiciais costumam ser anunciadas como a solução para problemas da sociedade. Na maioria dos casos, todavia, elas são apenas *parte* da resposta. Às vezes podem, lamentavelmente, ser um verdadeiro agravante do problema.

Compreender a estrutura do comportamento humano e reconhecer a importância das conseqüências de uma escolha — legislativa, judicial, administrativa ou particular — como elemento a ser considerado no próprio momento em que se elege uma opção são pressupostos para uma aplicação do Direito efetivamente vinculada à realidade social que este regula. Concorrem eles, portanto, em larga medida, para a afirmação da autoridade e da legitimidade do ordenamento jurídico.

Inquietados precisamente com estas questões, estudiosos de todo o mundo estão voltando sua atenção para as propostas teóricas do movimento *Law and Economics*, iniciado nos Estados Unidos da América. O presente artigo insere-se neste quadro de disposição científica de investigação dos pilares desta abordagem do Direito, especialmente quanto aos seus fundamentos metodológicos.

Para tanto, examinar-se-á o contexto de seu surgimento, esclarecendo-se, após, algumas noções equivocadas ainda verificadas em sua difusão doutrinária. Na sequência, serão estudados os pressupostos teóricos do *Law and Economics*, bem

como os limites em sua aplicação. Encerra-se o opúsculo com a apresentação de alguns exemplos de manejo do instrumental teórico analisado.

O ponto de partida da investigação proposta consiste na abordagem, ainda que sucinta, do contexto de superação do positivismo jurídico. Este será o objeto da seção seguinte.

2. A RUPTURA PARADIGMÁTICA COM O POSITIVISMO JURÍDICO

No período posterior à Segunda Guerra Mundial proliferaram debates jurídicos acerca das concepções da teoria do direito e do próprio papel deste na sociedade. Muito mais do que discussões acadêmicas, destacou-se, na época, a sensação de inquietude intelectual e perplexidade de que estava tomada grande parte da comunidade jurídica.

O pensamento positivista, estrutura paradigmática¹⁴⁷ sobre a qual se desenvolvera a quase totalidade da produção jurídica do período, revelou-se absolutamente incapaz de obstar algumas das maiores atrocidades da história da humanidade¹⁴⁸. Antes, serviu-lhe como instrumento de legitimação e veículo de

147 Os paradigmas são compreendidos por THOMAS KUHN como “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (A Estrutura das Revoluções Científicas. 5 ed. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998, p. 13).

148 ROBERT ALEXY, em perspicaz análise, assim descreve a situação dos direitos humanos na Alemanha daquele período: “Se se quer descrever a história dos direitos fundamentais e do homem do século 20 na Alemanha com uma curva, então se pode, no ano de 1900, iniciar com um nível relativamente baixo, mas não não-observável, que até a primeira guerra mundial suavemente sobe. De 1919 até 1933 deveria ser apontado um bater para e para cá vibrante, com grandes oscilações para cima e para baixo e, no total, com leve subir. Em 1933 a curva cai abruptamente para baixo, para lá desaparecer completamente. Depois de 1945, ela deixa ver-se outra vez para, desde 1949, um pouco lenta, mas continuamente e com poucas oscilações relativamente reduzidas, subir até ao final do século a um nível realmente alto.” (ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Trad. Luís Afonso Heck. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 100-101). A seu turno, KONRAD HESSE, após elaborar uma síntese histórica acerca do reconhecimento dos direitos fundamentais na Alemanha, conclui pela ausência de uma tradição de sua consagração como elemento basilar da vida política da nação, diversamente da evolução no tratamento da matéria verificada em diversos outros países ocidentais. Assim, afirma o autor que “os direitos fundamentais não puderam deter a eliminação, pelo Nacional-socialismo, do ordenamento constitucional democrático e do Estado de Direito; mais ainda, nem sequer impedi-lo numa mínima proporção. O

concretização. Isto porque, para o positivismo, a validade das normas não reside em aspectos atinentes ao seu conteúdo, mas a um juízo de compatibilidade formal com as normas hierarquicamente superiores. Elementos de ordem moral e valorativa eram simplesmente considerados como destituídos de relevância jurídica¹⁴⁹.

Os fatos históricos, contudo, revelaram a insuficiência do paradigma positivista, reclamando sua superação. A crise da “ciência normal” alcançou um estágio irreversível, constatando-se o progressivo aparecimento de formulações teóricas que objetivavam substituir o positivismo jurídico¹⁵⁰.

Precisamente neste contexto despontou aquilo que seria denominado de pós-positivismo, com destaque para as construções doutrinárias engendradas no continente europeu.

O pós-positivismo, ressalte-se, não corresponde a uma corrente doutrinária homogênea, mas reúne os esforços doutrinários de diversos juristas preocupados

que se seguiu foi, durante os doze anos de domínio nacional-socialista até a capitulação incondicional do Reich, em 1945, o desprezo mais absoluto dos direitos humanos e civis.” (HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 28).

149 Discorrendo acerca dos postulados do paradigma positivista, LUÍS ROBERTO BARROSO aduz que: “A busca da objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos *de fato*, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos *de valor*, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça.” (grifos no original) (BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 348-349).

150 Obtempera KUHN, a respeito do processo de superação de um paradigma que a “transição de um paradigma em crise para um novo do qual pode surgir uma nova tradição de ‘ciência normal’ está longe de ser um processo cumulativo obtido através de uma articulação do velho paradigma. É antes uma reconstrução da área de estudos a partir de novos princípios, reconstrução que altera algumas das generalizações teóricas mais elementares do paradigma, bem como muitos de seus métodos e aplicações” (Op. cit., p. 116).

com o desenvolvimento de novos paradigmas no direito, aptos à produção de justiça e realização da dignidade humana¹⁵¹.

Um dos aspectos mais evidentes na transição paradigmática, na Europa, consistiu na reaproximação do Direito relativamente à Filosofia¹⁵². A Moral readquiriu, então, relevância para a discussão jurídica e as teorias do Direito fundadas na argumentação obtiveram crescente número de adeptos.

Há que se salientar, aqui, que a reação ao positivismo não ocorreu de maneira idêntica por todo o globo. Enquanto, conforme afirmado, a doutrina europeia conferiu, neste processo de ruptura, elevada importância ao pensamento filosófico, nos Estados Unidos o que se verificou foi a preocupação com a compreensão do Direito em conjunto com as demais ciências sociais¹⁵³. Foi neste contexto que emergiu o movimento do Realismo Jurídico Americano, temática que inicia o próximo tópico.

3. SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

151 Indica BARROSO que o "*pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética." (grifos no original) (BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 349-350). Ressalte-se, ainda, que a emergência de um novo paradigma jurídico viria a influenciar a própria configuração do Estado, conforme assinala LÊNIO STRECK: "A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exurge aquilo que se pode denominar de *plus normativo do Estado democrático de Direito*." (STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Forense, 2004, p. 02).

152 A respeito do recurso à Filosofia em momentos de instabilidade teórica, vale transcrever a meditação de THOMAS KUHN: "Creio que é sobretudo nos períodos de crises reconhecidas que os cientistas se voltam para a análise filosófica como um meio para resolver as charadas de sua área de estudos, Em geral os cientistas não precisam ou mesmo desejam ser filósofos, Na verdade, a ciência normal usualmente mantém a filosofia criadora ao alcance da mão e provavelmente faz isso por boas razões. Na medida em que o trabalho de pesquisa normal pode ser conduzido utilizando-se do paradigma como modelo, as regras e pressupostos não precisam ser explicados" (Op. cit., p. 119).

153 Neste sentido: GICO JR., Ivo T. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n.º 1, jan./jun. 2010, p. 12.

O progressivo reconhecimento das fragilidades do positivismo jurídico redundou, consoante asseverado, em variadas reações acadêmicas em torno do mundo. Nos Estados Unidos, a ampla aceitação de que gozava o utilitarismo filosófico favoreceu a receptividade, a partir da década de 1920, de um conjunto de idéias que, posteriormente, viria a ser denominado de Realismo Jurídico. As linhas mestras deste movimento foram construídas, sobretudo, nas faculdades de Columbia e Yale¹⁵⁴. O seu mais destacado precursor, contudo, foi um professor vinculado à *Harvard Law School*: OLIVER WENDELL HOLMES¹⁵⁵. No opúsculo "*Path oh the Law*", publicado em 1897, HOLMES insurgia-se contra a ciência jurídica tradicional, que visualizava a aplicação formalista dos precedentes¹⁵⁶ como o método adequado na investigação jurídica. Sustentava o jurista a necessidade de preocupação com os fins sociais pretendidos pelo Direito¹⁵⁷.

A partir das contribuições teóricas de seus "pais fundadores", o *American Legal Realism* firmou-se como uma linha de pensamento jurídico (não homogênea, ressalte-se) que rejeitava o formalismo e o hermetismo característicos das teorias então em voga¹⁵⁸ e negava a tese da possibilidade de oferecimento de uma única

154 GREEN, Michael Steven. *Legal Realism as Theory of Law*. *William & Mary Law Review*, Vol. 46, pp. 1915-2000, 2005, p. 1917. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=761007>. Acesso em 08 nov. 2011.

155 Além de professor de Direito em Harvard, HOLMES foi juiz da Suprema Corte de Massachusetts e, posteriormente, da Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Outros importantes nomes para o Realismo Jurídico, atuantes em Columbia e Yale, foram KARL LLEWELLYN, UNDERHILL MOORE, WALTER WHELLER COOK, HERMAN OLIPHANT e LEON GREEN (LEITER, Brian, *American Legal Realism*. *U of Texas Law, Public Law Research Paper* No. 42, p. 03. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=339562> or doi:10.2139/ssrn.339562. Acesso em 08 nov. 2011).

156 Precisamente este modelo de elaboração de decisões judiciais levaria ROSCOE POUND a cunhar a expressão crítica "jurisprudência mecânica" (GELTER, Martin; GRECHENIG, Kristoffel. A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs o doutrinalismo alemão. *Direito e Economia: textos escolhidos*. SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 341).

157 *Ibidem*, p. 343.

158 Esclarece BRIAN LEITER que o "*American Legal Realism was the most important indigenous jurisprudential movement in the United States during the twentieth century, having a profound impact not only on American legal education and scholarship, but also on law reform and lawyering. (...) The Realists were lawyers (plus a few social scientists), not philosophers, and their motivations*

solução para os litígios, encontrada a partir de premissas abstratas. O indeterminismo do Direito revela-se, pois, como um dos pontos basilares do movimento¹⁵⁹.

were, accordingly, different. As lawyers, they were reacting against the dominant "mechanical jurisprudence" or "formalism" of their day. "Formalism," in the sense pertinent here, held that judges decide cases on the basis of distinctively legal rules and reasons, which justify a unique result in most cases (perhaps every case). The Realists argued, instead, that careful empirical consideration of how courts really decide cases reveals that they decide not primarily because of law, but based (roughly speaking) on their sense of what would be "fair" on the facts of the case. (...) Legal rules and reasons figure simply as post hoc rationalizations for decisions reached on the basis of nonlegal considerations" ("O Realismo Jurídico norte-americano foi o movimento original jurisprudencial mais importante nos Estados Unidos durante o século XX, tendo um profundo impacto não só no ensino jurídico americano, mas também sobre a reforma da lei e do exercício da advocacia. (...) Os realistas eram advogados (somados a alguns cientistas sociais), e não filósofos, e as suas motivações eram, portanto, diferentes. Como advogados, eles estavam reagindo contra a dominante "jurisprudência mecânica" ou o "formalismo" de suas épocas. "Formalismo", aqui, no sentido de autorizar aos juízes que decidam os casos à base, estritamente, de regras e fundamentos legais, justificando um resultado único na maioria dos casos (talvez todos os casos). Os realistas argüem, ao contrário, que uma análise empírica cuidadosa de como os tribunais realmente decidem os casos revela que eles não decidem principalmente por causa da lei, mas com base (grosso modo) no senso do que seria "justo" sobre os fatos do caso. (...) As regras e fundamentos legais figuram apenas como racionalizações *post hoc* para decisões tomadas com base em considerações extra-legais") (Tradução livre do autor) (Op. cit., p. 01). Relativamente a esta postura dos realistas perante as regras jurídicas, MICHAEL STEVEN GREEN obtempera, a partir de uma perspectiva filosófica que *"Therefore, to say that the realists denied the existence of legal rules is to attribute to them the following position: The fact that something is valid law does not give those to whom the law applies an objective reason for obedience. In this sense, the realists' ruleskepticism is similar to philosophical anarchism. The philosophical anarchist denies that valid law always gives those to whom it applies a moral reason (even a prima facie moral reason) for compliance. But legal realism goes beyond philosophical anarchism as it is usually understood. The philosophical anarchist can accept that the law provides objective reasons for action that are not moral"* (grifos no original) ("Portanto, dizer que os realistas negavam a existência de regras jurídicas é atribuir-lhes a seguinte posição: O fato de que algo é lei válida não dá sobre quem a norma é aplicada uma razão objetiva para a obediência. Neste sentido, o ceticismo sobre as regras (*ruleskepticism*) é semelhante ao anarquismo filosófico. O anarquista filosófico nega que a lei válida sempre dá àqueles a quem se aplica uma razão moral (mesmo uma razão *prima facie* moral) para o cumprimento. Mas o realismo jurídico vai além do anarquismo filosófico, como é geralmente entendido. O anarquista filosófico pode aceitar que a lei prevê razões objetivas para a ação que não são de ordem moral") (Tradução livre do autor) (Op. cit., p. 1925/1926).

159 *"The Realist famously argued that the law was 'indeterminate'. By this, they meant two things: first, that the law was rationally indeterminate, in the sense that the available class of legal reasons did not justify a unique decision (at least in those cases that reached the stage of appellate review); but second, that the law was also causally or explanatorily indeterminate, in the sense that legal reasons did not suffice to explain why judges decided as they did. Causal indeterminacy entails rational indeterminacy on the assumption that judges are responsive to applicable (justificatory) legal reasons"* (grifos no original) ("Os realistas notoriamente argumentaram que a lei era

É possível, assim, afirmar, sinteticamente, que os pilares do Realismo Jurídico consistiam na rejeição da possibilidade de fornecimento de uma resposta única, na admissão do papel subjetividade do magistrado na construção das decisões judiciais e a necessidade de uma visão pragmática do Direito, acolhendo-se contribuições de outras áreas do saber¹⁶⁰.

Décadas após impulsionar uma profunda transformação no modo de compreender (e de lecionar) o Direito, o *American Legal Realism* viria a perder prestígio no meio acadêmico. O movimento legou, todavia, questionamentos e premissas indispensáveis para o surgimento de variadas outras correntes no seio do pensamento jurídico norte-americano, das quais são exemplos mais representativos os *Critical Legal Studies*, o *Law and Society* e o *Law and Economics*¹⁶¹. Precisamente o último será, daqui em diante, o objeto de apreciação do presente trabalho.

*Law and Economics*¹⁶² consiste na aplicação ao Direito de aportes teóricos oriundos das ciências econômicas, viabilizando 1) a compreensão do ordenamento

'indeterminada'. Através desta afirmação, eles exprimiam duas coisas: primeiro, que a lei era racionalmente indeterminada, no sentido de que a classe de fundamentos legais disponíveis não justificavam uma decisão única (pelo menos nos casos que atingiram a fase recursal), e segundo, que a lei era também indeterminada de modo *causal* ou *explicativo*, no sentido de que fundamentos legais não são suficientes para explicar por que os juízes decidiram como decidiram. Indeterminação causal implica indeterminação racional no pressuposto de que os juízes são sensíveis aos fundamentos legais aplicáveis" (Tradução livre do autor) (LEITER, Brian. Op. cit., p. 03)

160 GICO JR., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n.º 1, jan./jun. 2010, p. 12.

161 GELTER, Martin; GRECHENIG, Kristoffel. A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs o doutrinalismo alemão. Direito e Economia: textos escolhidos. SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 340.

162 No Brasil, a expressão *Law and Economics* é traduzida ora como "Direito e Economia", ora como "Análise Econômica do Direito". No presente trabalho, adotar-se-á o segundo uso, conquanto se reconheça que, no âmbito doutrinário, há quem o identifique a uma das correntes do movimento mais amplo que denominam de "Direito e Economia". Não obstante, a expressão "Análise Econômica do Direito" tem conquistado crescente aceitação no solo pátrio, inclusive sendo utilizada para nomear cursos ou disciplinas específicas de Pós-Graduação. Assim, nos momentos nos quais se abordar a mencionada vertente do *Law and Economics*, esta circunstância será expressamente referida.

jurídico como estrutura de incentivos ao comportamento humano e 2) o esclarecimento das conseqüências dos comandos legais e judiciais, assumindo relevância no próprio processo de elaboração destes¹⁶³.

Os primeiros estudos que aproximaram a abordagem econômica do Direito foram conduzidos por AARON DIRECTOR, no âmbito da concorrência, RONALD COASE¹⁶⁴, com a publicação da obra "*The Nature of the Firm*", no ano de 1937, bem como por GARY BECKER¹⁶⁵, com sua tese de doutorado "*The Economics of Discrimination*"¹⁶⁶, de 1957, todos professores da Universidade de Chicago. Todavia, seguramente o trabalho seminal no campo que viria a se consolidar como Análise Econômica do Direito foi "*The Problem of Social Cost*", publicado em 1960 por COASE. Nesta obra, inaugurou-se a Teoria dos Custos de Transação, construção que permanece, até a atualidade, como importante reflexão acerca das implicações econômicas das normas jurídicas e referência para a elaboração de políticas legislativas e decisões judiciais¹⁶⁷.

163 Impende ressaltar, pela riqueza de sua visão sistemática, a definição apresentada por IVO GICO JR., para quem a Análise Econômica do Direito consiste na "aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito" (Op. cit, p. 17).

164 RONALD COASE foi o ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 1991.

165 GARY BECKER recebeu o Prêmio Nobel de Economia em 1992.

166 Em sua tese, BECKER aplicou a noção de maximização a hipóteses de discriminação racial e sexual no trabalho, demonstrando que "o comportamento extramercado podia ser rigorosamente formulado, tornando aceitável entre os economistas o estudo de problemas que normalmente eram considerados objeto de outras ciências sociais" (VELJANOVSKI, Cento. A economia do direito e da lei: uma introdução. Tradução: Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994, p. 32).

167 Seguramente uma das maiores contribuições deste pesquisador foi a construção teórica que viria a ser denominada de Teorema de COASE. Assumindo que, no mundo real, existem *externalidades*, isto é, "custos ou benefícios que as actividades de algum agente impõem a terceiros que não por via do sistema de preços", o teorema pode ser formulado do seguinte modo: "se os custos de transacção são nulos, qualquer definição inicial dos direitos de propriedade leva a um resultado eficiente" (RODRIGUES, Vasco. Análise Económica do Direito: Uma Introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p. 41 e p. 50). Esclareça-se que, dentre os custos de transação estão, por exemplo,

Um ano após a publicação de "*The Problem of Social Cost*", GUIDO CALABRESI, professor da Universidade de Yale, apresentou o trabalho "*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*"¹⁶⁸, no qual discutia implicações econômicas no campo da Responsabilidade Civil.

A partir da abordagem de COASE e de CALABRESI, que empregavam, de maneira sistemática, aspectos de teorias econômicas para analisar o sistema jurídico, diversos outros estudiosos direcionaram suas pesquisas para a Análise Econômica do Direito. Dentre eles, impende destacar os nomes de GARY BECKER e RICHARD POSNER.

Uma das mais relevantes contribuições de BECKER consistiu na extensão da Análise Econômica do Direito ao âmbito penal. Na obra "*Crime and Punishment: An Economic Approach*", publicada em 1968, o autor abordou a questão da criminalidade a partir de uma perspectiva da teoria da escolha racional, cujo delineamento será examinado em momento posterior.

A seu turno, RICHARD POSNER é considerado como um dos mais influentes — e talvez o mais polêmico — doutrinador em *Law and Economics*. Autor de diversas obras de referência na área, POSNER já sustentou ser a maximização da riqueza o critério adequado para avaliação da equidade de um sistema jurídico¹⁶⁹, conferindo-lhe proeminente valor ético. A tese foi alvo de severas críticas, as quais o levaram a alterar seu pensamento original¹⁷⁰ e assumir uma postura

as despesas necessárias para obtenção de informação suficiente para entabular dada negociação e os gastos com a negociação e a celebração do ajuste.

¹⁶⁸ Em 1970, CALABRESI publicou outra importante obra também na área da Responsabilidade Civil: "*The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*".

¹⁶⁹ "(...) busquei (...) desenvolver uma teoria moral que transcenda o utilitarismo clássico e que afirme, como critério de julgamento da equidade de uma ação ou instituição, sua capacidade de maximizar a riqueza da sociedade" (POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 138).

¹⁷⁰ Na obra "*Problemas de filosofia do direito*", POSNER mitiga substancialmente a relevância da maximização da riqueza como prioridade na análise de um sistema, ponderando que ela "implica que, se a prosperidade da sociedade puder ser promovida por meio da escravização de seus

explicitamente pragmática¹⁷¹. A temática da maximização da riqueza será retomada adiante, ao se abordar as questões relativas à eficiência e à racionalidade. Saliente-se, ainda, que outra destacada idéia de POSNER é a defesa de que o sistema de *commom law*, por suas características, tende a ser eficiente ¹⁷².

A consistência e o refinamento das contribuições de COASE, CALABRESI, BECKER e POSNER lançaram as bases para a construção de uma nova abordagem dos problemas jurídicos. As conseqüências das leis e das decisões judiciais assumem, nesta visão, uma relevância até então negligenciada na tradicional teoria do Direito. Concomitantemente, consagra-se a rejeição da ilusão de que a técnica jurídica, empregada de modo isolado, é suficiente para a solução dos conflitos sociais, reconhecendo-se a relevância de aportes teóricos de outras áreas do saber

membros menos produtivos, o sacrifício de sua liberdade terá sido válido. Essa implicação, porém, é contrária às inabaláveis instituições morais norte-americanas e, como enfatizei no último capítulo, a conformidade com a intuição é o teste definitivo de uma teoria moral — na verdade, de qualquer teoria” (POSNER, Richard A. Problemas de filosofia do direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 506). Arremata o autor, asseverando que o “fato de que, pragmaticamente interpretada, a maximização da riqueza é mais instrumental do que basilar não constitui objeção a seu uso como guia do direito e de políticas públicas. Pode ser o princípio certo para o fim em questão, ainda que só seja certo em virtude de fins que não são exclusivamente econômicos. Pelo menos pode ser o princípio geral, deixando ao proponente dos desvios da maximização da riqueza o ônus de demonstração de sua conveniência” (Op. cit., p. 520).

171 “A vertente pragmática que adoto enfatiza as virtudes científicas (a pesquisa feita com imparcialidade e seriedade), coloca o processo de investigação acima dos resultados das pesquisas, prefere a efervescência à imobilidade, rejeita as distinções que não fazem diferença prática — em outras palavras, rejeita a ‘metafísica’ —, vê com olhar duvidoso a descoberta de ‘verdades objetivas’ em qualquer campo de pesquisa, não tem interesse em criar uma base filosófica adequada para seu pensamento e ação, aprecia a experimentação, gosta de desafiar as vacas sagradas e — nos limites da prudência prefere dar forma ao futuro a manter-se em continuidade com o passado. Veja-se, portanto, que estou falando de uma atitude, e não de um dogma (...)” (Ibidem, p. 40).

172 Ibidem, p. 479/480. O debate acerca da eficiência nos sistemas de *commom law* e de *civil law* é riquíssimo. Ele está intimamente relacionado com questões de política legislativa e com o exame da racionalidade dos respectivos modelos processuais. A discussão, todavia, foge aos objetivos deste trabalho. Para um aprofundamento: GORGA, Érica; SZTAJN, Rachel. Tradições do Direito. Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005; ANDONOVA, Veneta; ARRUÑADA, Benito. Instituições de mercado e competência do Judiciário. Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

para o desenvolvimento de respostas mais completas e vinculadas à realidade social. Este aspecto, impende ressaltar, vai ao encontro da visão de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS acerca do paradigma emergente. Para o autor português, uma de suas mais marcantes características consiste na adoção da idéia de que os temas objeto da investigação científica não são, na pós-modernidade, examinados de maneira estanque por cada disciplina, mas a partir da multiplicidade de contribuições, oriundas dos variados campos do conhecimento, que sejam pertinentes para a elucidação da questão pesquisada¹⁷³.

A consolidação da abordagem da Análise Econômica do Direito viabilizou o aprofundamento de algumas de suas premissas e exame de elementos não abrangidos nas obras pioneiras, com o surgimento de correntes no seio do movimento. Dentre elas, as mais importantes são a Escola de Chicago, a Escola de Yale, a Escola da *Public Choice* e a Nova Economia Institucional¹⁷⁴. Não há, no

173 "A fragmentação pós-moderna não é disciplinar e sim temática. Os temas são galerias por onde os conhecimentos progredem ao encontro uns dos outros. Ao contrário do que sucede no paradigma actual, o conhecimento avança à medida que o seu objecto se amplia, ampliação que, como a da árvore, procede pela diferenciação e pelo alastramento das raízes em busca de novas e mais variadas interfaces" (SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as Ciências. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 76).

174 A Escola de Chicago é apontada como mais vinculada à análise positiva, diversamente da Escola de Yale, mais tendente à análise normativa. A Escola da Escolha Pública, a seu turno, é direcionada à Ciência Política (SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 77), dedicando-se ao "estudo da forma como a escolha racional por parte dos indivíduos que exercem os poderes públicos explica o comportamento do Estado" (RODRIGUES, Vasco. Análise Econômica do Direito: Uma Introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p. 23). Consoante já adiantado, parte da doutrina denomina de "Análise Econômica do Direito" uma específica corrente do movimento de *Law and Economics*, em contraposição à Nova Economia Institucional. Conquanto ambas possuam alguns objetivos idênticos ("analisar como a definição dos direitos em cada caso específico afeta o comportamento dos agentes econômicos"), sua diferenciação decorreria dos distintos objetos e enfoques: enquanto na "Análise Econômica do Direito" o "objeto de estudo são leis formais, e o propósito é usar a Teoria Econômica para recomendar como as leis devem ser criadas e impostas para que induzam os agentes a agir de forma eficiente", a Nova Economia Institucional "leva em conta também outras instituições além das leis, desde instituições informais e não escritas a costumes e normas" (MUELLER, Bernardo; SZTAJN, Rachel, ZYLBERSZTAJN, Décio. Economia dos Direitos de Propriedade. Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 93).

presente trabalho, a pretensão de estudo específico de cada uma das mencionadas correntes, mas, apenas, das premissas teóricas e dos fundamentos metodológicos do *Law and Economics*. Importa ressaltar somente que, em larga medida, as distinções entre os “ramos” decorrem dos enfoques priorizados pelos correspondentes autores.

Para finalizar esta seção introdutória, registre-se que é possível desenvolver a investigação em Análise Econômica do Direito em duas dimensões: positiva (âmbito do ser) e normativa (âmbito do dever-ser)¹⁷⁵. Na primeira, o estudioso examina o conjunto de normas jurídicas existentes em dado sistema, suas conseqüências e sua eficiência. BRUNO MEYERHOF SALAMA, acompanhando o pensamento de ROBERT COOTER, acentua que é possível destacar três versões desta primeira dimensão: a reducionista (segundo a qual seria possível reduzir o Direito à Economia), a explicativa (a qual sustenta a possibilidade de compreensão do sistema jurídico como resultado “das decisões de maximização de preferências das pessoas em um ambiente de escassez”) e a preditiva (que busca antecipar as conseqüências das norma jurídicas sobre o comportamento dos agentes)¹⁷⁶.

Por sua vez, a dimensão normativa da Análise Econômica do Direito propõe políticas públicas e alterações legislativas, a partir do estudo de suas conseqüências econômicas, objetivando a eficiência¹⁷⁷.

175 Sinteticamente, IVO GICO JR. esclarece que “a AED positiva nos auxiliará a compreender o que é a norma jurídica, qual a sua racionalidade e as diferentes conseqüências prováveis decorrentes da adoção dessa ou daquela regra, ou seja, a abordagem é eminentemente descritiva/explicativa com resultados preditivos. Já a AED normativa nos auxiliará a escolher entre as alternativas possíveis a mais eficiente, isto é, escolher o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) previamente definido” (GICO JR. Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n.º 1, jan./jun. 2010, p. 20).

176 SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? Direito & Economia. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Port Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 52/53.

177 PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 88.

Ressalte-se, por oportuno, que, tanto no campo da Análise Econômica do Direito positiva quanto no da normativa, é freqüente a condução de pesquisas com a utilização de dados empíricos. Na primeira, tais informações podem ser utilizadas, por exemplo, para prever condutas, a partir de determinado quadro, ou para analisar se certa norma ou política pública está alcançando os resultados pretendidos. No caso da normativa, os dados obtidos podem, por exemplo, fundamentar a propositura ou alteração de leis ou políticas públicas.

Estas considerações são particularmente importantes para reafirmar a seriedade científica das investigações desenvolvidas com base na Análise Econômica do Direito. O manejo de dados empíricos em muitos desses estudos evidencia, ao lado de outros elementos, sua falseabilidade. Com efeito, a possibilidade de refutação dos resultados obtidos e de crítica ao processo de pesquisa materializam a objetividade metodológica característica da contemporânea compreensão de ciência¹⁷⁸.

Traçado o delineamento básico acerca da abordagem propugnada pela Análise Econômica do Direito, cumpre afastar algumas compreensões incorretas a seu respeito, normalmente decorrentes de conhecimento parcial ou superficial do movimento de *Law and Economics*. É o que se realizará no tópico seguinte.

4. MITOS, EQUÍVOCOS E CONFUSÕES EM TORNO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Análise Econômica do Direito apenas recentemente tem conquistado espaço relevante nos debates acadêmicos no Brasil. Precisamente em razão disso, ainda é frequente a constatação de noções equivocadas acerca de sua abordagem.

178 "A assim chamada objetividade da ciência repousa na objetividade do método crítico. Isto significa, acima de tudo, que nenhuma teoria está isenta do ataque da crítica; e, mais ainda, que o instrumento principal da crítica lógica — a contradição lógica — é objetivo" (POPPER, Karl. *Lógica das Ciências Sociais*. 3 ed. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 16).

Lamentavelmente, nestes casos, muitas vezes ocorre a prévia rejeição de suas contribuições para o incremento do estudo do sistema jurídico, configurando-se tais pré-noções incorretas como obstáculos ao avanço das discussões jurídicas.

A orientação de afastamento dos preconceitos como postulado da Metodologia da Pesquisa remonta a dois dos principais filósofos ocidentais modernos: RENÉ DESCARTES¹⁷⁹ e FRANCIS BACON¹⁸⁰. Lastreada nesta recomendação, esta seção objetiva desvelar e esclarecer alguns equívocos.

O primeiro deles é a idéia de que a Análise Econômica do Direito se constitui em uma única teoria. Consoante asseverado no tópico anterior, a partir dos trabalhos pioneiros na área, desenvolveram-se diversos ramos de pesquisa, com enfoques e, mesmo, objetos variados, sendo infundada a noção de unidade.

RICARDO LORENZETTI, em sua “Teoria da Decisão Judicial”, denuncia outras anomalias. Conquanto escritas no contexto argentino, suas observações são perfeitamente aplicáveis ao atual quadro brasileiro. Aduz o autor que várias interpretações deformadas do *Law and Economics* passaram a ser divulgadas: a

179 DESCARTES consagrou a dúvida como ponto de partida da pesquisa científica e critério essencial durante toda a investigação. Dentre os preceitos que reconheceu como fundamentais, o “primeiro era de nunca aceitar coisa alguma como verdadeira sem que a conhecesse evidentemente como tal; ou seja, evitar cuidadosamente a precipitação e a prevenção, e não incluir em meus juízos nada além daquilo que se apresentasse tão clara e distintamente a meu espírito, que eu não tivesse nenhuma ocasião de pô-lo em dúvida” (DESCARTES, René. Discurso do Método. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 23).

180 Seguramente uma das mais relevantes contribuições filosóficas de BACON consistiu no ataque aos *ídolos*. “Os ídolos e noções falsas que ora ocupam o intelecto humano e nele se acham implantados não somente o obstruem a ponto de ser difícil o acesso da verdade, como, mesmo depois de seu pórtico logrado e descerrado, poderão ressurgir como obstáculo à própria instauração das ciências, a não ser que os homens, já precavidos contra eles, se cuidem o mais que possam” (BACON, Francis. *Novum Organum*. Tradução e notas: José Aluysio Reis de Andrade. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997, p. 39). FRANCIS BACON indicava a existência de ídolos *da tribo* (decorrentes das limitações presentes na própria natureza humana), *da caverna* (oriundos das limitações do próprio sujeito), *do foro* (decorrentes da reiterada interação entre os indivíduos no âmbito social) e *do teatro* (consistentes em construções doutrinárias e filosóficas) (Ibidem, p. 40/41).

liberal, a absurda, a interessada, a propagandística e a “messiânica”¹⁸¹. A primeira delas, considerando as circunstâncias político-econômicas do ambiente onde surgiu a Análise Econômica do Direito, vincula-a à interpretação liberal da Economia, conferindo ao Direito mero papel de facilitador para o mercado e, por isto, sustentando a necessidade de desregulação. Malgrado seja compreensível a confusão, esta tese simplesmente não corresponde à realidade de existência de variadas correntes e leituras ideológicas que se valem da Análise Econômica do Direito.

A denominada interpretação absurda, a seu turno, identifica a corrente de *Law and Economics* à simples redução de custos, negligenciando a complexidade de suas construções teóricas.

A terceira deformação apontada por LORENZETTI corresponde à pretensa utilização de argumentos originários da Análise Econômica do Direito como subterfúgio para a redução de investimentos em dado setor. A interpretação propagandística, por sua vez, é apresentada por aqueles que, desejando o reconhecimento como primeiros divulgadores, oferecem frágeis simplificações teóricas.

A interpretação “messiânica”, última listada pelo jurista argentino, afirma a necessidade de promoção de justiça, enquanto se combate o mercado, sem, entretanto, descrever como tal conciliação seria possível no mundo real.

É, igualmente, infundada a idéia de que a Análise Econômica do Direito é capaz de oferecer soluções definitivas para questões normativas. CALABRESI, inclusive, já afirmou ser “ridícula” esta hipótese¹⁸².

181 LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito. Tradução: Bruno Miragem; Notas da tradução: Claudia Lima Marques. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 187/189.

182 SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? Direito & Economia. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Port Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 50.

Se incorrem em grave erro aqueles que visualizam a Análise Econômica do Direito como a teoria para respostas exatas ao sistema jurídico, também se equivocam aqueles que a rejeitam por considerá-la incompatível com a moral. Com efeito, são freqüentes as resistências à aplicação de aportes teóricos do raciocínio econômico para questões ordinariamente encaradas como “não econômicas”, a exemplo de temas em Direito de Família ou em Direito Penal¹⁸³. Nesta linha, seria inadmissível substituir os deveres jurídicos, dotados de caráter ético, por cálculos econômicos de agentes racionais¹⁸⁴. Concepções deste tipo fundam-se numa incompreensão das próprias premissas do pensamento econômico. Em Economia, examina-se o comportamento humano diante de dada estrutura de incentivos¹⁸⁵, ou, exposto de outro modo, analisam-se escolhas e suas conseqüências. Nos tópicos seguintes, pretender-se-á demonstrar que é amplamente possível — e certamente enriquecedor — aplicar-se o raciocínio econômico na construção de soluções judiciais, embora se reconheça que há limitações para seu emprego.

Outro ponto a ser esclarecido é a noção de que a Análise Econômica do Direito estaria restrita a examinar a eficiência no âmbito das normas jurídicas¹⁸⁶ ou eminentemente voltada a esta, em detrimento da equidade¹⁸⁷. O estudo específico acerca da eficiência será realizado adiante. Cumpre apenas, por enquanto, antecipar

183 RODRIGUES, Vasco. *Análise Económica do Direito: Uma Introdução*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 37.

184 GELTER, Martin; GRECHENIG, Kristoffel. *A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs o doutrinalismo alemão*. *Direito e Economia: textos escolhidos*. SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 330.

185 “... [A] atenção que a Economia dá aos preços resulta apenas destes serem o incentivo que determina as escolhas que os participantes num mercado fazem. O que verdadeiramente interessa à Economia é perceber quais os incentivos a que as pessoas reagem e como é que lhes reagem: o facto de esses incentivos serem, ou não, monetários é irrelevante. Por outro, o facto dos economistas converterem em valores monetários a utilidade que as pessoas retiram das diversas situações não quer dizer que apenas lhes interesse o dinheiro” (RODRIGUES, Vasco. *Op. cit.*, p. 37).

186 SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é “Direito e Economia”?* *Direito & Economia*. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Port Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 50.

187 PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 88.

que o primeiro argumento é falho por desconsiderar a existência de outras vertentes de pesquisa no campo do *Law and Economics*, enquanto o segundo negligencia que, muitas vezes, soluções não eqüitativas revelam-se, no longo prazo, ineficientes¹⁸⁸.

Por fim, há que se mencionar o frequente equívoco segundo o qual, para a Economia, todos são egoístas. A confusão decorre do fato de o modelo econômico partir da premissa de que as escolhas humanas são realizadas visando à maximização da utilidade¹⁸⁹, lastreando-se no individualismo metodológico. Diante de sua importância e especificidade, esta temática será detidamente abordada no tópico seguinte.

5. PREMISSAS TEÓRICAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A presente seção destina-se a examinar os principais pressupostos e modelos teóricos a partir dos quais se desenvolve a pesquisa no campo da Análise Econômica do Direito. Consoante antecipado no item pretérito, este estudo será iniciado com o tema do individualismo metodológico, analisando-se, ainda, a noção de conduta racional maximizadora. A seguir, proceder-se-á ao exame da compreensão econômica da expressão “mercado”, discutindo-se aspectos basilares da dinâmica que lhe é inerente. Encerra-se o tópico com a abordagem acerca da eficiência, uma das mais importantes idéias em Economia.

Traçado o planejamento de incursão nos temas fundamentais da Análise Econômica do Direito, cumpre, agora, efetivamente avançar em seu exame.

¹⁸⁸ Ibidem, p. 89.

¹⁸⁹ “É perfeitamente compatível com todas as considerações anteriores que a utilidade, a satisfação, que um agente econômico retira de uma determinada situação seja, parcialmente, ou até na totalidade, determinada pela satisfação que julga proporcionar aos outros: o altruísmo não é incompatível com a escolha racional. Como não o é, igualmente, a maldade (um indivíduo pode obter utilidade com o sofrimento dos outros) ou qualquer outra característica psicológica que afecte aquilo que proporciona utilidade ao agente económico” (RODRIGUES, Vasco. *Análise Económica do Direito: Uma Introdução*. Coimbra: Almedina, 2007, p.16/17).

5.1 INDIVIDUALISMO METODOLÓGICO E CONDUTA RACIONAL MAXIMIZADORA

Em sua abordagem, a Análise Econômica do Direito assume como pressuposto o individualismo metodológico, consistente na presunção de que os comportamentos coletivos são um produto do conjunto de ações de todos os membros dessa coletividade. As escolhas individuais são, portanto, a “unidade de análise fundamental” em *Law and Economics*¹⁹⁰.

Com isto não se pretende afirmar que o individualismo metodológico parte de certo grupo de valores — referentes ao individualismo político — para a análise de problemas¹⁹¹, mas, simplesmente, que seus modelos de comportamento coletivo assumem por base a escolha individual, a qual é voltada racionalmente à maximização do bem-estar¹⁹².

A ação correspondente à escolha realizada por cada sujeito é uma imposição de uma realidade fática em que os bens não são suficientes para atender, ao mesmo tempo, integralmente as necessidades de todos os membros da sociedade. A *escassez* de recursos é, pois, um dado com que o indivíduo tem de conviver e a

190 RODRIGUES, Vasco. Op. cit., p. 16.

191 “(...) não se deve confundir o preceito de individualismo metodológico com individualismo político. Mesmo que um regime comunista surgisse no mundo, ele também deveria ser sociologicamente entendido com base em princípios do individualismo metodológico, isto é, compreendê-lo e explicá-lo requereria a compreensão da estrutura de incentivos de seus componentes. Não obstante, a confusão do individualismo metodológico com o individualismo político (i.e. o liberalismo no sabor *laissez-faire*) é muito comum tanto entre economistas e juseconomistas quanto entre os críticos do método” (GICO JR. Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n.º 1, jan./jun. 2010, p. 24).

192 LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito. Tradução: Bruno Miragem; Notas da tradução: Claudia Lima Marques. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 194. Vale, aqui, transcrever a meditação de KARL POPPER a respeito do método empregado pela Economia: “A investigação lógica da Economia culmina com um resultado que pode ser aplicado a todas as ciências sociais. Este resultado mostra que existe um *método puramente objetivo* nas ciências sociais, que bem pode ser chamado de método de compreensão *objetiva*, ou de lógica situacional” (grifos no original) (Lógica das Ciências Sociais. 3 ed. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 21).

partir do qual deve planejar seu comportamento e orquestrar suas relações sociais¹⁹³.

Ao escolher entre condutas possíveis, diante de um quadro de escassez, o agente racional “elege a conduta tendente a maximizar seus benefícios e minimizar eventuais custos”¹⁹⁴.

Esclareça-se que a noção de homem racional ou *homo economicus*, acima delineada, é diversa da figura que, em Direito, denomina-se de homem razoável. O parâmetro de conduta deste é analisado, *ex post*, considerando-se a “razoabilidade conforme os *standards* e princípios jurídicos”¹⁹⁵. O agente racional, a seu turno, determina suas ações de acordo com o objetivo de maximização da utilidade¹⁹⁶, em face da escassez de recursos, analisando, assim, *ex ante*, como as conseqüências da conduta eleita concorrerão para este desiderato.

193 “Se os recursos fossem infinitos, não haveria o problema de se ter que equacionar sua alocação; todos poderiam ter tudo que quisessem e na quantidade que quisessem” (SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? Direito & Economia. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 54). IVO GICO JR. rememora, ainda, que a escassez de recursos desempenha um papel fundamental também para o Direito, uma vez que, se fossem infinitos os bens, não existiria conflito (Op. cit., p. 21).

194 COULON, Fabiano Koff. Critérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais adotados pelos Tribunais brasileiros e a análise econômica do Direito. Direito & Economia. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 184. Aduz VASCO RODRIGUES que a “necessidade de escolher decorre do confronto entre os desejos, potencialmente ilimitados, do agente econômico e as restrições que enfrenta. A escolha racional consiste em encontrar a alternativa que melhor satisfaz aqueles desejos, isto é, que maximiza a utilidade do agente econômico, dadas estas restrições” (Op. cit., p. 14). Registre-se, por oportuno, que tal limitação no processo de decisão pode “em geral, ser expressa matematicamente como uma ‘restrição de viabilidade’” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 37)

195 LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito. Tradução: Bruno Miragem; Notas da tradução: Claudia Lima Marques. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 196.

196 Entende-se utilidade como a “satisfação que o indivíduo retira de uma dada situação, não tendo uma conotação exclusivamente material: é possível obter utilidade através do consumo de um alimento mas também é possível obtê-la pela observação de uma obra de arte ou pelo mero conhecimento de que uma determinada paisagem permanece intacta” (RODRIGUES, Vasco. Análise Econômica do Direito: Uma Introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p. 13).

Este modelo de homem racional concebido como ente capaz de calcular como os resultados de seus atos promoverão — e em que medida — a maximização de seu bem-estar, cotejando os efeitos das alternativas, foi alvo de severas críticas no âmbito da própria doutrina econômica. Alegava-se a inadmissibilidade da presunção de que os seres humanos passariam todos os momentos a construir projeções matemáticas de suas ações¹⁹⁷.

Precisamente diante do reconhecimento das fragilidades do modelo tradicional, progressivamente passou-se a mitigar as características até então conferidas à figura do agente racional, assumindo-se a concepção de racionalidade limitada. Esta corresponde à noção de que, conquanto seja possível assumir, como premissa genérica, que, ao agir, as pessoas objetivam maximizar seu bem-estar, existem elementos que inviabilizam um processo absoluto de eleição da melhor alternativa, a exemplo de restrições cognitivas¹⁹⁸ e assimetrias informacionais¹⁹⁹.

197 Um exemplo é a crítica caricatural engendrada por KENNETH BOULDING: “É um milagre realmente que as instituições econômicas consigam afinal sobreviver, sendo tão universalmente impopular o homem econômico. Ninguém em juízo perfeito aceitaria a idéia de sua filha casar-se com um homem econômico, alguém que contasse todos os custos e esperasse receber todas as recompensas, que jamais sofresse de uma louca generosidade ou um amor não-interesseiro, que nunca agisse sem um agudo sentido de identidade interior, e de fato não tivesse identidade interior, mesmo quando ocasionalmente levado por considerações cuidadosamente calculadas de benevolência ou malevolência” (*apud* VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei: uma introdução*. Tradução: Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994, p. 46/47).

198 ARMANDO CASTELAR PINHEIRO e JAIRO SADDI definem racionalidade limitada como “uma forma de racionalidade imperfeita que assume que as pessoas buscam maximizar a sua utilidade, mas estão sujeitas a restrições cognitivas que podem transformar a capacidade de processamento mental no fator mais importante a ser economizado” (*Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 65).

199 “A simples consideração de que uma parte pode deter informações que sua contraparte não possui (informação assimétrica) foi suficiente para que o desenho do contrato passasse a ser um determinante do desempenho econômico. Em síntese, a informação assimétrica pode resultar na não efetivação de relações econômicas socialmente desejáveis (seleção adversa) ou em práticas indesejáveis, em desacordo com os termos negociados pelas partes (risco moral). (...) Paralelamente, as análises que tomaram como fundamento que as pessoas têm limites cognitivos e que o uso do Judiciário não é instantâneo e sem custos mostraram que o desenho dos contratos era um dos principais fundamentos do custo das interações humanas e, portanto, das possibilidades de desenvolvimento econômico e do desempenho das empresas” (AZEVEDO, Paulo Furquim de; SZTAJN, Rachel, ZYLBERSZTAJN, Décio. *Economia dos Direitos de Propriedade*. *Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). Rio

Vale mencionar que os dois estudiosos que dividiram o Prêmio Nobel de Economia no ano de 2002, DANIEL KAHNEMAN e VERNON SMITH, debruçaram-se sobre a análise do processo decisório, diante de limitações cognitivas e quadros de risco, em trabalhos que integram aquilo que atualmente se denomina de Neuro-economia²⁰⁰.

Importa, assim, neste momento, assentar que a figura do agente racional utilizada nas investigações em Análise Econômica do Direito, com as necessárias ponderações acerca da existência de limitações cognitivas e de assimetrias informacionais, deve ser visualizada como um modelo de previsibilidade de comportamento humano médio, uma “média ponderada do grupo de indivíduos em exame”, permitindo a “existência de diferenças marcantes nas reações individuais”²⁰¹.

de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 114). COOTER e ULEN chama a atenção para o fato de que as assimetrias informacionais graves “podem desorganizar os mercados a tal ponto que um ótimo social não pode ser alcançado pela troca voluntária. Quando isso acontece, a intervenção do governo no mercado pode, em termos ideais, corrigir as assimetrias informacionais e induzir uma troca mais próxima da ótima” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 64). Como exemplo, pode-se citar, como o faz RACHEL SZTAJN, a legislação consumerista no ordenamento brasileiro (*Law and Economics*. *Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 79).

200 “The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2002 was divided equally between Daniel Kahneman ‘for having integrated insights from psychological research into economic science, especially concerning human judgment and decision-making under uncertainty’ and Vernon L. Smith ‘for having established laboratory experiments as a tool in empirical economic analysis, especially in the study of alternative market mechanisms’ (grifos no original) (“O Prêmio do Banco Nacional Sueco em Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel do ano de 2002 foi dividido igualmente entre Daniel Kahneman ‘por ter visões integradas de pesquisa psicológica na ciência econômica, especialmente quanto ao julgamento humano e à tomada de decisão sob incerteza’ e Vernon L. Smith ‘por ter estabelecido experimentos de laboratório como uma ferramenta na análise econômica empírica, especialmente no estudo dos mecanismos de mercado alternativos’) (Tradução livre do autor) (“The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2002”. Nobelprize.org. Disponível em: http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2002/. Acesso em: 15 nov. 2011).

201 VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei: uma introdução*. Tradução: Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994, p. 47. Neste sentido, esclarece VASCO RODRIGUES que o “que a Economia faz é assentar a sua análise naquele que parece ser o traço comum à actuação da generalidade dos seres humanos: a tentativa de ter uma vida tão satisfatória quanto possível,

Outro ponto de destaque é que, para determinar essas condutas, o agente racional reagirá à *estrutura de incentivos* do ambiente em que estiver inserido, compreendendo-se estes como “preços implícitos”²⁰². Seguramente, um dos mais relevantes componentes da estrutura de incentivos de um indivíduo reside no ordenamento jurídico, consistindo as sanções legais em preços diante dos quais os sujeitos reagirão²⁰³. É assim que, por exemplo, multas administrativas por infrações ambientais em valores elevados tendem a coibir as correspondentes práticas ilícitas, podendo-se aplicar raciocínio muito semelhante à gravidade das sanções em Direito Penal²⁰⁴.

dados os constrangimentos com que se debatem. É nisso, afinal, que consiste o pressuposto da escolha racional” (RODRIGUES, Vasco. *Análise Económica do Direito: Uma Introdução*. Coimbra: Almedina, 2007, p.25).

202 SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? *Direito & Economia*. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Port Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 55.

203 “A economia proporcionou uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento. Para os economistas, as sanções se assemelham aos preços, e, presumivelmente, as pessoas reagem às sanções, em grande parte, da mesma maneira que reagem aos preços” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 25). Em razão disto, afirma VELJANOSKI que a “principal diferença entre advogados e economistas está no fato de que estes vêem as leis como uma ‘gigante máquina de preços’ — as leis atuam como preços e impostos que geram incentivos” (VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei: uma introdução*. Tradução: Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994, p. 23).

204 A noção de homem econômico, levada ao extremo, é empregada por JACK BALKIN para definir a figura do “homem mau”: “*He is a version of the ideal-type of homo economicus interested only in maximizing his own individual preferences, indifferent to others except insofar as they serve as material obstacles to fulfilling egoistic desires. The ‘bad man’ appears to have no notion of moral obligation; he seems to be asocial in the most profound sense*” (“Ele é uma versão do tipo ideal de *homo economicus*, interessado apenas em maximizar suas próprias preferências individuais, indiferente aos outros, exceto na medida em que servem como obstáculos materiais para realizar seus desejos egoístas. O ‘homem mau’ parece não ter noção de obrigação moral, ele parece ser associal, no sentido mais profundo”) (Tradução livre do autor) (*The “Bad Man”, the Good, and the Self-Reliant*, 78 *B.U. L. Rev.* 885 (1998), p. 03. Disponível em: <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/balkbibl.htm>. Acesso em: 15 nov. 2011). Obtempera BALKIN que tanto o “homem mau” quanto o “homem bom” podem violar a lei: o primeiro, quando ela se demonstra contrária a seus interesses, o segundo, quando verifica que ela se contrapõe ao seu senso de justiça (Op. cit., p. 06). Vale esclarecer que a figura do “homem mau”, a partir da qual BALKIN constrói seus argumentos, foi proposta por OLIVER WENDELL HOLMES, precursor do Realismo Jurídico: “Se você deseja conhecer a lei e nada mais, deve então vê-la como um homem mau a vê, alguém que apenas se interessa pelas conseqüências materiais que aquele conhecimento possa dar às suas previsões, e não como a boa pessoa que tem nas sanções da sua consciência a referência para sua conduta, independentemente do que esteja na lei” (*apud* VELJANOVSKI, Cento. *A economia*

Impende ressaltar que não apenas as normas jurídicas atuam como incentivos à conduta humana, mas também os símbolos e as normas sociais²⁰⁵, uma vez que geram expectativas quanto à confiabilidade na realização dada ação, bem como, muitas vezes, acabam implicando sanções informais, nas hipóteses de sua violação. Note-se que o próprio Direito se apercebe da importância dessa regulação informal como parâmetro de comportamento dos sujeitos²⁰⁶.

De acordo com a reação à estrutura de incentivos, pode-se verificar, nas relações sociais, a ocorrência do que se denomina *oportunismo*, consistente na disposição para emprego de expedientes de qualquer natureza, independentemente de sua licitude, para satisfação do próprio interesse²⁰⁷.

Partindo das premissas declinadas, deve-se, agora, explicitar que, no processo de escolha racional da conduta maximizadora de seu bem-estar, o agente econômico atende a um conjunto de *preferências*, de ordem subjetiva, reputadas completas, transitivas e estáveis. A completude consiste na presunção segundo a

do direito e da lei: uma introdução. Tradução: Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994, p. 47).

205 "Símbolos importam porque a atitude manifesta de uma pessoa em relação aos símbolos diz aos outros algo sobre seu caráter. As pessoas confiam muito nessa informação para decidir realizar ou não comportamentos cooperativos em todos os domínios de suas vidas" (POSNER, Eric. Símbolos, sinais e normas sociais na política e no direito. Direito e Economia: textos escolhidos. SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 239).

206 Um dos exemplos mais evidentes é o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, *in verbis*: Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

207 ARMANDO CASTELAR PINHEIRO e JAIRO SADDI definem oportunismo como "uma maneira mais forte de buscar o interesse próprio, que pode passar por práticas desonestas, incluindo mentir, trapacear e roubar. Em especial, o oportunismo pode levar as pessoas a esconder ou distorcer informações, para enganar os outros em benefício próprio. Um agente econômico oportunista só respeita as regras do jogo se isso lhe convier" (Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 65). No âmbito específico dos contratos, saliente-se a possibilidade de existência de "disfunção oportunista", correspondente ao "facto de uma das partes, ou até ambas reciprocamente, poderem fazer degenerar a prometida conduta de cooperação numa conduta de apropriação de ganhos à custa dos interesses e expectativas da contraparte" (ARAÚJO, Fernando. Uma análise econômica dos contratos – a abordagem econômica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais. Direito & Economia. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 115).

qual, diante de opções, o agente sempre será capaz de indicar aquela que prefere²⁰⁸. A transitividade, a seu turno, significa que, ao ordenar suas preferências, o indivíduo manter-se-á coerente, preterindo opções que se encontrem em um nível mais baixo da escala por ele formulada em favor daquelas localizadas em um ponto mais alto²⁰⁹. Exemplificativamente, “se o agente econômico prefere a alternativa A à alternativa B e a alternativa B à alternativa C, então, prefere igualmente a alternativa A à alternativa C”²¹⁰. Pressupõe-se, ademais, que as preferências dos sujeitos são estáveis, como um requisito da própria lógica da análise do comportamento humano diante da necessidade de decidir²¹¹. Impende, ainda, reafirmar aqui o caráter subjetivo dessas preferências, correspondente à compreensão de que as pessoas classificam de modos diversos suas preferências, não se propondo a Economia a explicar tais ordenações, apenas assumindo as diferentes escalas de preferências individuais como um dado da realidade.

Observe-se que assumir a existência de uma ordenação de preferências significa afirmar que, ao realizar um comportamento, o indivíduo possui consciência das alternativas desprezadas. Denomina-se de *custo de oportunidade* esse custo, para o agente, relativo à opção que foi rejeitada²¹². Escolher entre condutas possíveis implica necessariamente renunciar à utilidade decorrente das demais opções, não adotadas.

208 RODRIGUES, Vasco. *Análise Económica do Direito: Uma Introdução*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 13.

209 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 42.

210 RODRIGUES, Vasco. *Idem*, p. 13.

211 “A estabilidade das preferências impõe que se as pessoas mudaram de comportamento, então, é porque alguma coisa ao seu redor mudou e não suas preferências. Se as preferências não fossem estáveis, todo comportamento observado seria explicável recorrendo-se à mudança de preferências e a teoria perderia seu poder explicativo. Explicaria qualquer coisa e, por isso, não explicaria nada” (GICO JR., Ivo T. *Metodologia e Epistemologia da Análise Económica do Direito*. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n.º 1, jan./jun. 2010, p. 25).

212 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 53.

Se é assim, consectário lógico da noção de conduta racional maximizadora é que, ao eleger um comportamento, o sujeito racional realiza uma *análise marginal*, consistente na ponderação de custos e benefícios oriundos da escolha, de modo que, exemplificativamente, ele somente persistirá ou intensificará determinada atividade se os benefícios marginais revelarem-se superiores aos custos marginais²¹³.

Assentadas estas premissas, importa avançar no exame, ainda que básico, acerca do mercado e de seus elementos dinâmicos basilares. É o que se empreenderá a seguir.

5.2 O MERCADO: NOÇÕES FUNDAMENTAIS

Nas seções pretéritas, restou evidenciado que o objeto central dos estudos da Economia consiste no comportamento humano. Neste ponto, impende salientar que as interações sociais travadas em decorrência da adoção de condutas pelos agentes podem se verificar num contexto de *autoridade* ou de *mercado*.

No âmbito das relações de hierarquia ou autoridade, os comportamentos dos agentes são orientados por regras de comando, resultando numa manifesta restrição à liberdade de escolha²¹⁴. Como exemplos de tais interações sociais, é possível mencionar as relações entre autoridade militares e seus subordinados.

Diversamente, o mercado consiste em um complexo de mecanismos que viabilizam o livre intercâmbio de recursos entre compradores e vendedores²¹⁵.

213 SALAMA, Bruno. O que é "Direito e Economia"? Direito & Economia. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 55.

214 GICO JR., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n.º 1, jan./jun. 2010, p. 22.

215 Neste sentido, VASCO RODRIGUES assevera que "mercado" é a "designação económica para um arranjo institucional que determina a utilização de um determinado recurso através da livre negociação entre os que o detêm (*oferta: potenciais vendedores*) e os que estão interessados em utilizá-lo (*procura: potenciais compradores*)" (grifos no original) (Análise Económica do Direito: Uma Introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p. 19).

Antes de prosseguir na análise dos aspectos fundamentais em torno das interações sociais no contexto de mercado, importa realizar duas observações.

A primeira é que a menção ao termo “mercado” não significa necessariamente que os recursos e as utilidades envolvidos em dada relação possuam caráter pecuniário²¹⁶. O ambiente de mercado deve ser raciocinado como aquele em que é possível a aproximação de interesses e a obtenção de utilidades através da liberdade de decisão dos sujeitos, sendo as operações de cunho financeiro apenas uma de suas possíveis modalidades, conquanto, reconheça-se, seja a de mais fácil visualização e de exemplificação mais freqüente.

A segunda observação é a constatação de que, diferentemente do que se verifica em outras estruturas sócio-econômicas, o resultado das alocações, no contexto de mercado, somente pode ser conhecido *ex post*²¹⁷, eis que decorrente das sucessivas interações entre sujeitos dotados de liberdade de negociação, não sendo possível, pois, indicar antecipadamente a configuração distributiva final.

Esclarecidas estas questões, assinale-se que a conduta a ser adotada pelo indivíduo racional relativamente à negociação será orientada pelo *preço* do recurso de que dispõe — e que oferece ao intercâmbio — ou que deseja obter. Preço é, assim, o incentivo ao comportamento do agente num contexto de mercado²¹⁸.

216 Obtempera IVO GICO JR. que “dizer que uma determinada troca se dá no mercado ou que determinada alocação é o resultado da dinâmica de mercado não requer como condição necessária, nem suficiente, que estejamos tratando de valores pecuniários. Nesse sentido podemos pensar em mercados de idéias, de políticos ou mesmo de sexo” (op. cit., p. 22).

217 LORENZETTI, Ricardo Luis. Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito. Tradução: Bruno Miragem; Notas da tradução: Cláudia Lima Marques. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 196.

218 RODRIGUES, Vasco. Análise Económica do Direito: Uma Introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p. 20. A aplicação da noção de preço a bens jurídicos como a vida ou a liberdade pode provocar certo estranhamento inicial. Todavia, consoante asseverado, não se deve pensar como abrangíveis pela idéia de mercado somente relações de natureza pecuniária, sendo plenamente possível utilizar o raciocínio fundado no preço para analisar questões relativas aos bens mencionados. Debruçando-se precisamente sobre esta freqüente resistência, CENTO VELJANOVSKI pondera que “se a vida é vista como sem preço pelas pessoas e a sociedade, nunca veríamos alguém fazendo algo que

Vale mencionar, aqui, que, em dadas situações de impacto em coletividades, eventualmente verifica-se a existência de sujeitos que, conquanto desejem um resultado reputado valioso por eles próprios, evadem-se de pagar o correspondente preço, aproveitando-se da disponibilidade do grupo para, sem sofrer custos, gozar, também, da utilidade paga pelos demais membros da coletividade. Tais indivíduos são doutrinariamente denominados de *free riders*²¹⁹. Um excelente exemplo é apresentado por COOTER e ULEN, ao discorrer acerca das vicissitudes da idéia de oferecimento do serviço de defesa nacional por empresas privadas: neste quadro hipotético, seguramente muitos dos potenciais compradores, sabendo da impossibilidade prática de garantir a segurança da propriedade e a integridade de alguns vizinhos pagantes sem acabar protegendo também algum não-pagante, optariam por simplesmente obter o benefício sem suportar o custo respectivo²²⁰.

Os impactos negativos da postura do *free rider* sobre os demais membros da coletividade em que está inserido são evidentes. Para além da materialização de uma espécie de falha de mercado que redundará na elevação do custo a ser suportado pelos outros sujeitos, esta figura viola o senso geral de justiça, fragilizando a busca de pacificação social que inspira os ordenamentos jurídicos, bem como a noção de solidariedade. É, pois, uma espécie de comportamento que requer a reprimenda do sistema jurídico.

envolvesse risco pessoal. Algo que possua um valor infinito deveria ser preservado a qualquer custo! Mas estamos assumindo riscos todos os dias, alguns deles muito grandes. O fato é que as ações individuais indicam que as pessoas não consideram suas vidas sem preço, e estão dispostas a transacionar o *risco* de morte por benefícios materiais ou psíquicos” (grifo no original) e arremata: “nossas instituições sociais de fato dão ‘preço’ à vida. Nos casos de delitos de responsabilidade civil extracontratual, a lei não manda que se mate a pessoa que negligentemente matou alguém; exige que o agressor pague uma indenização” (A economia do direito e da lei: uma introdução. Tradução: Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994, p. 57).

²¹⁹ POSNER, Richard A. Problemas de filosofia do direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 475.

²²⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 63.

Abstraindo-se desta situação de anomalia, verifica-se, como regra geral, que o preço é fator determinante da conduta adotada por agentes racionais em suas interações sociais, em um ambiente de mercado.

Logicamente, então, o nível em que se encontre o preço de determinado recurso influenciará a escolha dos indivíduos, no sentido de adquiri-lo ou de disponibilizar a intercâmbio. A partir desta constatação, é possível enunciar as *leis da procura e da oferta*. Segundo a primeira, “quanto menor o preço de um bem, maior a quantidade que os potenciais compradores estarão dispostos a comprar”²²¹. A lei da oferta, a seu turno, afirma que “quanto maior o preço de um bem, maior a quantidade que os potenciais vendedores estarão dispostos a vender (quantidade oferecida)”²²².

Partindo desta compreensão e considerando que, ao agir, os indivíduos objetivam a maximização de utilidade, tem-se que o resultado do livre intercâmbio *tende* a alcançar um *equilíbrio*, entendido como “padrão de interação que persiste a menos que seja perturbado por forças externas”²²³. É dizer, não havendo fatores extrínsecos que impliquem alterações no preço ou em outros elementos envolvidos nas relações, a consequência lógica das premissas até aqui explicitadas é a tendência à ausência de modificação do comportamento dos sujeitos.

Sabe-se que, no plano fático, serão inúmeras as hipóteses nas quais um mercado — não reduzido, repise-se, estritamente a relações de caráter pecuniário — não alcançará um equilíbrio ou simplesmente se afastará dele. Isto, todavia, não esvazia o interesse em conhecer ou projetar modelos de equilíbrio, os quais podem servir como instrumento para comparação de conseqüências e vantagens decorrentes de diferentes ações, orientando, assim, o processo decisório, seja de

221 RODRIGUES, Vasco. Op. cit., p. 20.

222 Ibidem, p. 21.

223 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., p. 37.

particulares, seja do Poder Público, norteando, *v.g.*, a formulação de políticas públicas.

O critério a ser aplicado para este exame da relevância social de dado equilíbrio será a eficiência, temática a ser estudada a seguir.

5.3 EFICIÊNCIA

Uma das mais relevantes contribuições da aplicação de aportes teóricos da Economia ao Direito consiste na demonstração das conseqüências de condutas e decisões, viabilizando o cotejo com os resultados das alternativas existentes, conforme declinado no item supra. A definição, todavia, de qual das opções comparadas é mais vantajosa pode tornar-se algo extremamente problemático, por envolver um juízo sobre o que é “melhor”. Em razão disto, tem-se, no âmbito econômico, buscado um critério idôneo a, na maior medida possível, afastar a subjetividade nesta análise e a permitir a indicação de soluções que redundem no maior benefício social. Este papel tem sido reconhecido à noção de *eficiência*.

Pode-se abordar a eficiência sob três diferentes perspectivas. Na primeira, ela corresponde à “maximização de ganhos e minimização de custos”²²⁴. Sob esta ótica, uma situação será eficiente se a única maneira de elevação dos benefícios for, também, o aumento dos custos.

A segunda perspectiva lastreia-se na idéia de *melhoria de Pareto*²²⁵, segundo a qual a modificação de um quadro será superior ao anterior estado de coisas se dela resultar benefício para ao menos um sujeito, sem gerar prejuízo para outros²²⁶. A nova situação é dita, nesta hipótese, mais eficiente que a prévia.

224 SALAMA, Bruno. O que é “Direito e Economia”? Direito & Economia. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 55.

225 O proponente da noção de eficiência ora analisada foi VILFREDO PARETO, cientista político, advogado e economista italiano.

226 RODRIGUES, Vasco. Análise Económica do Direito: Uma Introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p. 26.

Observe-se que, após sucessivas melhorias, atingir-se-á um ponto em que será impossível elevar a utilidade de certo indivíduo sem, com isto, prejudicar outros agentes. Alcança-se, neste quadro, aquilo que se denomina de *ótimo de Pareto*²²⁷, podendo-se, também, simplesmente afirmar que esta situação é *Pareto-eficiente*. Sinteticamente, pode-se asseverar que dado equilíbrio é Pareto-eficiente quando não for possível o aumento do benefício de um sujeito sem causar prejuízos a outros²²⁸.

Vale salientar que o fato de uma situação ser Pareto-eficiente não significa necessariamente que ela será justa ou correta, de um ponto de vista normativo, mas, apenas, que a melhoria da utilidade de um sujeito somente seria viável com a piora do estado do outro.

Observe-se que a eficiência de Pareto revela-se um critério bastante rigoroso para a tomada de decisões, uma vez que, segundo sua ótica, não seria recomendável qualquer alteração que levasse a uma situação pior de certo indivíduo, ainda que, concomitantemente, redundasse numa ampliação de benefícios para outras pessoas. Considerando-se que, do ponto de vista prático, é bastante improvável que dada modificação no *status quo* não gere, de algum modo, prejuízos a alguns sujeitos, a estrita vinculação à noção de eficiência de Pareto possui evidentes limitações em sua aplicação. Para contorná-las, é freqüente, no pensamento econômico, a introdução da noção de compensação, o que conduz à terceira perspectiva sob a qual se pode visualizar a eficiência.

227 PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 120/121.

228 "Diz-se que uma determinada situação é *Pareto eficiente* ou *alocativamente eficiente* se é impossível mudá-la de modo a deixar pelo menos uma pessoa em situação melhor (na opinião dela própria) sem deixar outra pessoa em situação pior (mais uma vez, em sua própria opinião)" (grifos no original) (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 38).

A terceira ótica corresponde à denominada *eficiência de Kaldor-Hicks*. Segundo esta formulação, há situações nas quais os prejuízos impostos por dada alteração podem ser objeto de uma compensação. Nestes casos, deve-se considerar uma melhoria mesmo aquelas modificações que redundem em benefícios para alguns e piora para outros, desde que haja a possibilidade de os primeiros realizarem a compensação necessária para a satisfação dos prejudicados²²⁹. O que se analisa, percebe-se, é o efeito líquido global da alteração, de modo que se o excedente gerado em favor dos beneficiados permite, além da melhoria da utilidade destes, a compensação dos prejudicados, ela será considerada mais eficiente que a situação pretérita²³⁰.

Importa ressaltar que, segundo esta perspectiva, embora se requeira que o benefício dos ganhadores seja superior ao prejuízo dos perdedores, não se exige que a compensação seja efetivamente realizada, mas apenas que seja possível²³¹.

Verificar que dada situação é a mais eficiente, mesmo sob o critério de Kaldor-Hicks, não significa afirmar que necessariamente ela será justa. A discussão acerca dos valores eficiência e justiça é seguramente uma das mais relevantes no campo da Análise Econômica do Direito. Já se mencionou que, em trabalhos do passado, RICHARD POSNER sustentava ser a maximização da riqueza o critério adequado para avaliação da equidade de um sistema jurídico, vindo, posteriormente, a relativizar severamente esta posição, admitindo que há hipóteses nas quais elementos morais devem afastar a resposta que, do ponto de vista econômico, seria a mais eficiente. A riqueza do debate entre eficiência e justiça

229 "De acordo com este critério, a passagem de uma situação para outra constitui uma melhoria se os agentes econômicos por ela beneficiados estivessem interessados na sua concretização mesmo que tivessem que pagar a compensação necessária para conseguir o assentimento dos prejudicados" (RODRIGUES, Vasco. Op. cit., p. 39).

230 PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, Economia e Mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 121.

231 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., p. 64.

talvez resida precisamente na constatação de que existem casos nos quais as contribuições da Economia para o Direito sofrerão enormes limitações. Por isto, há quem entenda — com razão — que a maximização de riqueza consiste somente em um dos elementos que devem ser considerados para a ampliação do bem-estar²³².

Não se deve, contudo, abraçar a idéia temerária de que eficiência e justiça seriam valores antitéticos. Seguramente, em muitas hipóteses a solução mais eficiente se identificará com a mais justa, mas, mesmo nos casos nos quais isto não se verifique, o instrumental econômico possuirá, em alguma dimensão, utilidade para subsidiar decisões que, fundadas na justiça, afastam a solução reputada mais eficiente. Neste sentido, IVO GICO JR. aponta duas contribuições da Análise Econômica do Direito: a constatação do que é injusto, a partir da verificação do que é ineficiente, e a previsão das conseqüências de dada decisão, bem como de seu custo de oportunidade²³³.

Delineadas as noções fundamentais do instrumental utilizado pela Análise Econômica do Direito, cumpre, agora, refletir acerca das fragilidades de sua abordagem, considerando-se que qualquer investigação científica que se pretenda séria deve pressupor uma postura de sinceridade intelectual e de incentivo à crítica de suas construções. Será este o objeto do tópico seguinte.

6. LIMITAÇÕES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Até este momento, foram examinados os aspectos teóricos e metodológicos fundamentais da Análise Econômica do Direito. Cumpre, após o domínio deste

²³² "A maximização da riqueza, a qual é cega em relação à distribuição, é atualmente apenas vista como um meio para se aproximar ao máximo da maximização da utilidade" (GELTER, Martin; GRECHENIG, Kristoffel. *A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs o doutrinalismo alemão*. Direito e Economia: textos escolhidos. SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). São Paulo: Saraiva, 2010, p. 367).

²³³ GICO JR. Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n.º 1, jan./jun. 2010, p. 27.

instrumental, refletir acerca dos limites da construção do raciocínio jurídico a partir desta abordagem.

Há que se ter em mente, de início, a advertência segundo a qual não existe método absoluto, idôneo a oferecer respostas a todo tipo de investigação nas variadas áreas do conhecimento. Neste sentido, MARIO BUNGE obtempera que cada "*clase de problemas requiere un conjunto de métodos o técnicas especiales. Los problemas del conocimiento, a diferencia de los del lenguaje o los de la acción, requieren la invención o la aplicación de procedimientos especiales adecuados para los varios estadios del tratamiento de los problemas, desde el mero enunciado de éstos hasta el control de las soluciones propuestas*"²³⁴.

Não existe, portanto, para a Análise Econômica do Direito, a ilusão de possibilidade de solução de qualquer natureza de problema. Compreender isto, em verdade, é um excelente passo para evitar-se criar novos problemas, decorrentes da aplicação irresponsável dos aportes teóricos da economia a qualquer espécie de dilema jurídico.

Já se antecipou, ademais, que a Análise Econômica do Direito não possui a pretensão de indicar quais valores devem nortear uma sociedade. A conhecida tentativa de RICHARD POSNER de alçar a maximização da riqueza à condição de critério ético fundamental, vale reafirmar, não prosperou, havendo o próprio jurista reconhecido as fragilidades da idéia e a necessidade de observância de outros valores que a sociedade reputa como essenciais.

Esclareça-se que, não obstante as pesquisas de caráter normativo possam, por exemplo, propor políticas públicas, elas o fazem considerando o sistema moral e jurídico vigente em dada comunidade. As pesquisas de índole positiva, a seu

234 BUNGE, Mario. *La investigación científica: su estrategia y su filosofía*. 3 ed. México: Siglo XXI Editores, 2004, p. 07.

turno, podem complementar aquelas, examinando se os resultados pretendidos estão realmente sendo alcançados.

Outra limitação da Análise Econômica do Direito consiste na impossibilidade de abrangência de toda a complexidade do mundo real. Esta é, seguramente, uma limitação, mas o é de qualquer formulação teórica que pretenda alguma generalidade. A utilização de modelos é necessária para viabilizar a abordagem das questões fáticas e, para tanto, inevitavelmente há nuances ou perspectivas que devem ser deixadas à margem. Impõe-se, então, verificar quais variáveis são relevantes para a solução do problema, de modo a não esvaziar a investigação ou afastá-la dos dados da realidade a ponto de torná-la inútil²³⁵.

Para além da necessidade de eleição das variáveis relevantes, é imprescindível assumir uma postura de sinceridade intelectual, diante do fato inexorável de que o ser humano não dispõe de todo o conhecimento idôneo a permitir uma adequada abordagem para qualquer problema. A ignorância, em verdade, é elemento importantíssimo para o progresso científico, em razão de colocar diante do homem questões que somente podem ser solucionadas através de novas investigações científicas — ou da revisão de anteriores²³⁶. Os ajustes na

235 Neste sentido, GICO JR. Ivo. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n.º 1, jan./jun. 2010, p. 24. Obtempera, ainda, o autor que “um mapa perfeito da cidade de São Paulo terá o mesmo tamanho da própria cidade, o que o tornará praticamente inútil. No mesmo sentido, quanto mais próximo da realidade for o modelo científico, mais complexo ele se tornará, até o ponto em que deixa de ser um modelo e se torna a própria realidade, quando então se torna inútil enquanto mecanismo de facilitação da compreensão” (op. cit., p. 24). Vale salientar que a definição clara das variáveis integra uma das “regras” do método científico, consoante afiança MARIO BUNGE: “*R2 Proponer conjeturas bien definidas y fundadas de algún modo, y no proposiciones que no comprometan en concreto, ni tampoco ocurrencias sin fundamento visible: hay que arriesgar hipótesis que afirmen la existencia de relaciones bien definidas y entre variables netamente determinadas, sin que esas hipótesis estén en conflicto con lo principal de nuestra herencia científica*” (op. cit., p. 09).

236 Adverte, por isto, POPPER que o reconhecimento do caráter ilimitado da ignorância humana “dá uma nova virada na idéia socrática de ignorância. A cada passo adiante, a cada problema que resolvemos, não só descobrimos problemas novos e não solucionados, porém, também, descobrimos que aonde acreditávamos pisar em solo firme e seguro, todas as coisas são, na verdade, inseguras e em estado de alteração contínua”. E arremata: “Poder-se-ia dizer: não há nenhum

delimitação das variáveis, bem como na elaboração de modelos são, então, fundamentais para a construção de respostas sólidas e coerentes para os problemas postos perante aquele que se vale da Análise Econômica do Direito.

Outras duas questões merecem ser examinadas, ambas relacionadas com as contingências da necessidade de utilização de modelos e reduções.

A primeira diz respeito à idéia de racionalidade dos indivíduos. Já se mencionou que, na atualidade, a noção tradicional de conduta racional maximizadora tem sido revisada, para admitir a existência de elementos que impedem que, em todas as ocasiões, os sujeitos adotem o comportamento que amplie ao máximo sua utilidade. Assimetrias na informação e restrições cognitivas são alguns dos melhores exemplos destes fenômenos. O conhecimento desses fatores é importantíssimo para a elaboração e a condução da pesquisa, devendo-se observar, por exemplo, se o caso a ser analisado envolve uma relação de consumo ou interações entre empresas que integram um oligopólio.

A segunda questão é que, mesmo nas hipóteses nas quais seja possível aplicar a idéia de conduta racional maximizadora sem maiores restrições, em alguns casos esta premissa metodológica não será suficiente para explicar uma decisão adotada por certo indivíduo. Um exemplo é a hipótese de ocorrência de ótimos múltiplos, situação em que o “agente fica indiferente ante uma ou mais possibilidades”, sendo necessário “suplementar a escolha com outros enfoques para poder predizer qual das possibilidades será escolhida”²³⁷.

conhecimento sem problemas; mas, também, não há nenhum problema sem conhecimento. Mas isto significa que o conhecimento começa da tensão entre conhecimento e ignorância. Portanto, poderíamos dizer que, não há nenhum problema sem conhecimento; mas, também, não há nenhum problema sem ignorância” (POPPER, Karl. *Lógica das Ciências Sociais*. 3 ed. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004, p. 13/14).

²³⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito*. Tradução: Bruno Miragem; Notas da tradução: Claudia Lima Marques. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 205.

O reconhecimento da existência de limitações em determinada abordagem é imprescindível para a condução de uma pesquisa séria e coerente. Deve-se, então, modular o procedimento de investigação, afastando-se a aplicação da Análise Econômica do Direito ao se enfrentar problemas relativamente aos quais ela se revele impertinente, e atentando para eventuais contingências nos casos para os quais ela possa contribuir.

Assentados os aspectos fundamentais da Análise Econômica do Direito e ponderadas as suas restrições, cumpre, enfim, avançar para o exame de exemplos de sua utilização. É o que se realizará a seguir.

7. ALGUMAS CONTRIBUIÇÕES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PARA A PESQUISA JURÍDICA

Uma introdução à abordagem propugnada pela Análise Econômica do Direito seria gravemente omissa sem a enunciação de exemplos de emprego de seu instrumental metodológico. Esta seção destina-se precisamente a apresentar, sem pretensão de aprofundamento, algumas contribuições das ferramentas de *Law and Economics* a variados campos do Direito.

No campo do Direito Contratual, pode-se aplicar a Análise Econômica do Direito para fixação de sanções por descumprimento idôneas a realmente dissuadir as partes de adotar uma postura não-cooperativa.

A seu turno, no âmbito da Responsabilidade Civil extracontratual, os aportes teóricos do *Law and Economics* viabilizam uma maior consistência na fixação de indenizações, considerando-se, por exemplo, a regra de HAND²³⁸, a satisfação de

²³⁸ Segundo a proposta formulada pelo Juiz LEARNED HAND, para a fixação da responsabilidade do sujeito que ocasiona um dano, é necessário avaliar se o benefício obtido com a conduta supera ou não os investimentos em precaução, isto é, "o autor do dano é culpado se o custo marginal de sua precaução é menor do que o benefício marginal resultante" (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 346).

custos de precaução²³⁹ no desenvolvimento de dada atividade e a lei da pendente negativa da curva da demanda²⁴⁰.

No Direito Concorrencial, é possível aplicar a Análise Econômica do Direito para verificar a eficiência de dado arranjo competitivo, bem como regular o comportamento de agentes econômicos, repelindo eventuais condutas indesejadas.

No campo do Direito Penal, o reconhecimento do sistema jurídico como componente da estrutura de incentivos dos agentes pode ser um elemento útil para auxiliar na graduação legislativa e na dosimetria jurisprudencial das penas.

No âmbito do Direito Ambiental, por sua vez, pode-se afirmar que o denominado princípio do poluidor-pagador não é nada além do emprego da noção econômica de internalização de custos sociais²⁴¹.

Estes são apenas alguns exemplos de utilização da Análise Econômica do Direito, a qual, repise-se, não se pretende idônea a oferecer respostas definitivas a quaisquer questões jurídicas. Não há dúvidas, entretanto, que consiste seu campo de aplicação é amplíssimo, constituindo-se numa ferramenta enriquecedora para a elaboração de políticas públicas e de decisões judiciais.

8. CONCLUSÕES

Diante das considerações declinadas, é possível enunciar as seguintes conclusões:

239 Custos de precaução são os “investimentos que as partes realizam para tentar evitar a ocorrência de eventos danosos” (COULON, Fabiano Koff. Critérios de quantificação dos danos extrapatrimoniais adotados pelos Tribunais brasileiros e a análise econômica do Direito. Direito & Economia. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 186).

240 Conforme este postulado, o “aumento das indenizações previne os danos” (LORENZETTI, Ricardo Luis. Op. cit., p. 199).

241 RODRIGUES, Vasco. Análise Económica do Direito: Uma Introdução. Coimbra: Almedina, 2007, p. 44.

- a) O surgimento do movimento denominado de *Law and Economics* foi viabilizado, em grande medida, pelos questionamentos realizados pelo Realismo Jurídico Americano à tradicional teoria do Direito. Os precursores do movimento foram AARON DIRECTOR, RONALD COASE, GARY BECKER e GUIDO CALABRESI.
- b) A Análise Econômica do Direito consiste na aplicação ao Direito de aportes teóricos oriundos das ciências econômicas, viabilizando 1) a compreensão do ordenamento jurídico como estrutura de incentivos ao comportamento humano e 2) o esclarecimento das conseqüências dos comandos legais e judiciais, assumindo relevância no próprio processo de elaboração destes.
- c) Existem, na atualidade, diversas correntes na abordagem da Análise Econômica do Direito, distinguindo-se em razão dos enfoques empregados e, mesmo, de objetos específicos.
- d) A Análise Econômica do Direito assume como pressuposto o individualismo metodológico, consistente na presunção de que os comportamentos coletivos são um produto do conjunto de ações de todos os membros dessa coletividade. Considerando-se que os indivíduos buscam racionalmente a maximização de seu bem-estar, eles elegerão, diante de um quadro de escassez de recursos, o comportamento que lhes agregue maior utilidade.
- e) Num ambiente de mercado, entendido como aquele em que é possível a aproximação de interesses e a obtenção de utilidades através da liberdade de decisão dos sujeitos, o preço de dado recurso influenciará a postura em suas relações sociais. Uma das mais importantes contribuições da Análise Econômica do Direito é auxiliar

na busca da eficiência nestas interações e, para além delas, nos mais variados comportamentos humanos.

f) A Análise Econômica do Direito oferece elementos consistentes para a construção de políticas públicas, leis e decisões judiciais, nos mais variados ramos do Direito, coerentes com a compreensão de que os indivíduos reagem a incentivos e que as conseqüências dos comportamentos — estatais e particulares — não devem ser negligenciadas, sob pena de descompasso do ordenamento jurídico com a realidade fática.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Constitucionalismo discursivo. Trad. Luís Afonso Hech. 2. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ANDONOVA, Veneta; ARRUÑADA, Benito. Instituições de mercado e competência do Judiciário. Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ARAÚJO, Fernando. Uma análise econômica dos contratos – a abordagem econômica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais. Direito & Economia. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

AZEVEDO, Paulo Furquim de; SZTAJN, Rachel, ZYLBERSZTAJN, Décio. Economia dos Direitos de Propriedade. Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

BACON, Francis. *Novum Organum*. Tradução e notas: José Aluysio Reis de Andrade. Coleção Os Pensadores. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1997.

BALKIN, Jack. *The "Bad Man", the Good, and the Self-Reliant*, 78 B.U. L. Rev. 885 (1998). Disponível em: <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/balkbibl.htm>. Acesso em: 15 nov. 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BUNGE, Mario. *La investigación científica: su estrategia y su filosofía*. 3 ed. México: Siglo XXI Editores, 2004.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COULON, Fabiano Koff. *Crêterios de quantificação dos danos extrapatrimoniais adotados pelos Tribunais brasileiros e a análise econômica do Direito*. *Direito & Economia*. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

GELTER, Martin; GRECHENIG, Kristoffel. *A divergência transatlântica no pensamento jurídico: o direito e economia norte-americano vs o doutrinalismo alemão*. *Direito e Economia: textos escolhidos*. SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). São Paulo: Saraiva, 2010.

GICO JR., Ivo T. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. *Economic Analysis of Law Review*, v.1, n.º 1, jan./jun. 2010.

GORGA, Érica; SZTAJN, Rachel. *Tradições do Direito*. *Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

GREEN, Michael Steven. *Legal Realism as Theory of Law*. *William & Mary Law Review*, Vol. 46, 2005. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=761007>. Acesso em 08 nov. 2011.

HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

KUHN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. 5 ed. Tradução: Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

LEITER, Brian, *American Legal Realism*. *U of Texas Law, Public Law Research Paper* No. 42. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=339562> or doi:10.2139/ssrn.339562. Acesso em 08 nov. 2011.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial: fundamentos de direito*. Tradução: Bruno Miragem; Notas da tradução: Claudia Lima Marques. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MUELLER, Bernardo; SZTAJN, Rachel, ZYLBERSZTAJN, Décio. *Economia dos Direitos de Propriedade*. *Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

NOBELPRIZE.ORG. The Sveriges Riksbank Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2002. Disponível em: http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economics/laureates/2002/. Acesso em: 15 nov. 2011.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POPPER, Karl. *Lógica das Ciências Sociais*. 3 ed. Tradução de Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2004.

POSNER, Eric. *Símbolos, sinais e normas sociais na política e no direito*. Direito e Economia: textos escolhidos. SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). São Paulo: Saraiva, 2010.

POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Problemas de filosofia do direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo; revisão técnica e da tradução Mariana Mota Prado. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

RODRIGUES, Vasco. *Análise Económica do Direito: Uma Introdução*. Coimbra: Almedina, 2007.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é "Direito e Economia"?* Direito & Economia. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as Ciências*. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Forense, 2004.

SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Orgs.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei: uma introdução*. Tradução: Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

PENHORA DE DIREITOS EM CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - IMPRESCINDIBILIDADE DE PRÉVIA ANUÊNCIA DO CREDOR

LINCOLN NOLASCO: Procurador Federal licenciado e Advogado; Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia/MG; Pós-graduado em Direito Público pela Universidade Federal de Uberlândia/MG.

RESUMO: Alicerçado no entendimento uníssono que considera possível a penhora dos direitos do devedor provenientes de contratos de Alienação Fiduciária, o presente trabalho propõe-se a explorar a pertinente discussão acerca da prévia necessidade de anuência do credor. Dessa forma, através de aprofundada pesquisa doutrinária e Jurisprudencial, constatou-se ser indispensável a anterior anuição do credor, visto ser a Alienação Fiduciária espécie de Negócio Jurídico de natureza personalíssima, para que a restrição se efetive.

Palavras-chave: Penhora de direitos. Prévia anuência credor.

ABSTRACT: Based on the unanimous understanding that it is possible to seize the rights of the debtor arising from Fiduciary Alienation Agreements, this opinion proposes to explore the pertinent discussion about the creditor's prior consent. Thus, through in-depth doctrinal and jurisprudential research, it was found to be indispensable the previous annuity of the creditor, since the Fiduciary Alienation is a kind of Legal Business of a very personal nature, so that the restriction becomes effective.

Keywords: Attachment of rights. Previous creditor consent.

Depreende-se da exegese do artigo 789 do Código de Processo Civil que o devedor responde com a totalidade do seu patrimônio, quer seja presente ou futuro, pelo adimplemento de suas obrigações. Entretanto, há ressalvas legais, compreendidas

pelas hipóteses de impenhorabilidade, que obstam a penhora do bem de forma relativa, pois em casos específicos podem ser relativizadas.

Outrossim, a partir do exposto, discute-se a doutrina e Jurisprudência pátria acerca da viabilidade e possibilidade jurídica da referida constrição recair sobre bens alienados fiduciariamente, bem como sobre os direitos decorrentes de tais contratos.

Não se pode olvidar que está sedimentado na doutrina o entendimento uníssono que considera ser impossível a penhora do bem alienado fiduciariamente, o que não poderia ser diferente dada conjuntura dos fatos, pois, o credor fiduciário possui a propriedade do imóvel, cabendo ao devedor apenas a posse indireta. Todavia, esse adquire direitos sobre o bem a medida em que realiza os pagamentos das parcelas, sendo-lhe estes direitos passíveis de sofrer constrição.

Posta assim a questão, analisar-se-á justamente a possibilidade de que a penhora recaia sobre os direitos que o devedor fiduciário adquire à medida que realiza a quitação dos pagamentos e, a imprescindibilidade da anuência do credor fiduciário para que a penhora de direitos se efetive.

Destarte, há de se ponderar, a priori, que o contrato de alienação fiduciária possui natureza personalíssima, *ou seja*, o credor fiduciário ao favorecer ou firmar contrato com o devedor fiduciário leva em consideração suas condições econômicas e pessoais, sendo essas determinantes para a concretização do Negócio Jurídico.

Ora, pois, é notório que nesse tipo de contrato as características pessoais do contratante são relevantes e atuam como causa para a formalização do mesmo. À vista disso, conclui-se que a análise prévia das condições econômicas e pessoais permite ao credor firmar contrato de forma mais segura e adequada ao perfil do devedor visando o adimplemento da dívida, pois, embora assista ao credor a

possibilidade de permanecer com o bem diante do inadimplemento, seu interesse primeiro é sempre o adimplemento da dívida.

Nesse sentido destacamos o entendimento Jurisprudencial externado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a seguir transcrita:

PROCESSO CIVIL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. POSSE DIRETA. DEVEDOR FIDUCIANTE. BEM QUE NÃO PERTENCE AO PATRIMÔNIO DO DEVEDOR. IMPOSSIBILIDADE DE CONSTRIÇÃO. DIREITOS ORIUNDOS DO CONTRATO INTUITU PERSONAE. IMPOSSIBILIDADE DE PENHORA. 1 - Na alienação fiduciária há desmembramento da posse: o devedor fiduciante tem a direta e o fiduciário a indireta e a propriedade resolúvel do bem. Se a res não integra o patrimônio do devedor, não pode ser penhorada. 2 - Os direitos oriundos do contrato de alienação fiduciária não podem ser penhorados, porquanto, tratando-se de contrato intuitu personae, **seus direitos não são livremente cessíveis**. (Acórdão n.154852, 20010020059537AGI, Relator: ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO 1ª Turma Cível, Data de Julgamento: 11/03/2002, Publicado no DJU SEÇÃO 3: 12/06/2002. Pág.: 173)

Assim sendo, corroborando com o acertado entendimento segundo o qual é passível de ser penhorado direitos oriundos do contrato firmado pelo devedor fiduciário, encontra-se respaldo legal no artigo 11 da lei 6.830/80, cujo teor segue transcrito:

*Art. 11, da lei nº 6.830/80. A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem; I - dinheiro; II - título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa; III - pedras e metais preciosos; IV - imóveis; V - navios e aeronaves; VI - veículos; VII - móveis ou semoventes; e VIII - **direitos** e ações. (Grifo nosso).*

Tal entendimento coaduna com Jurisprudência uníssona dos Tribunais que admitem a constrição em comento, como se revelam as ementas adiante transcritas:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE COBRANÇA - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - PENHORA - BEM IMÓVEL COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - IMPOSSIBILIDADE - **POSSIBILIDADE DE PENHORA SOMENTE DOS DIREITOS DO DEVEDOR FIDUCIANTE**

ORIUNDOS DO CONTRATO. *Os bens gravados com alienação fiduciária não podem sofrer impedimento judicial para eventual garantia de obrigação que poderá ser imputada ao devedor fiduciante. Embora não seja possível a penhora de bem alienado fiduciariamente, por não integrar o patrimônio do devedor, a jurisprudência permite a penhora dos direitos que o devedor tem sobre o bem alienado.* V.v. - *É possível a penhora de bem imóvel gravado com alienação, tendo em vista que, nos termos da Súmula 478 do Superior Tribunal de Justiça, o crédito relativo a cotas condominiais tem preferência sobre o crédito hipotecário.* (TJMG - Agravo de Instrumento Cv 1.0000.18.096143-5/001, Relator(a): Des.(a) Alexandre Santiago, 11ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 28/11/0018, publicação da súmula em 05/12/2018). Grifo nosso.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.617.051 - SP (2016/0198462-0) RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO RECORRENTE: DANIEL MERCHAN JACOMASSI RECORRENTE: JULIANA DE ALMEIDA FERNANDES JACOMASSI ADVOGADO: LUÍS CARLOS VIANNA ANDRADE - SP114861 RECORRIDO : CARVALHO & SANTOS COMERCIO DE ARTIGOS DO TABACO LTDA ADVOGADO : CELSO CORRÊA DE MOURA - SP176341 RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PENHORA. DIREITOS. POSSIBILIDADE. 1. "Como a propriedade do bem é do credor fiduciário, não se pode admitir que a penhora em decorrência de crédito de terceiro recaia sobre ele, **mas podem ser constrictos os direitos decorrentes do contrato de alienação fiduciária**" (AgInt no AREsp 644.018/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 10/06/2016). Assim, **a penhora não recaiu sobre o bem, mas tão-somente sobre os direitos que os Agravantes possuem sobre ele** (ver pág. 27 deste autos e fl. 121 dos autos da execução). **Igualmente a admitir essa constrição**, confira-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: [...] Portanto, ainda que não se saiba se a propriedade será consolidada em nome do credor fiduciário ou se passará a pertencer aos Agravantes em decorrência do pagamento da dívida, a penhora sobre direitos que os demandantes possuem é possível, inadequada qualquer defesa, pelos Agravantes, neste momento, com amparo na Lei nº 8.009/90, porque, repita-se, o bem alienado fiduciariamente, por não integrar o patrimônio dos devedores, não pode ser objeto de penhora, como não o foi, enquanto os direitos objeto da constrição não são abrangidos pela legislação por eles invocada. Aliás, enuncie-se que

o inciso XI do artigo 655 do Código de Processo Civil, autoriza a penhora sobre direitos. Ante o exposto, nego provimento ao recurso. (...). 4. Recurso especial provido. (REsp 1697645/MG, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 25/04/2018) 3. Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial. Advirta-se que eventual recurso interposto contra esta decisão estará sujeito às normas do NCPC, inclusive no que tange à possível de fixação de multa (arts. 1.021, § 4º e 1.026, § 2º). Publique-se. Intime-se. Brasília (DF), 28 de junho de 2018. Ministro Luis Felipe Salomão Relator. (STJ -REsp:1617051 SP 2016/0198462-0, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Publicação: DJ 01/08/2018).

Superada a questão acerca da possibilidade de penhora de direitos do devedor fiduciário, passa-se agora à análise da necessidade de prévia anuência do credor, em sua maioria instituições financeiras, para que a restrição se efetive. Dessa maneira, ter-se-á a penhora do direito de aquisição do domínio, afigurando-se, pois, como uma espécie de sub-rogação.

Parte da doutrina e Jurisprudência, alicerçados em uma hermenêutica superficial e rasa da legislação pátria, consideram desnecessário o consentimento do credor para que ocorra a contrição sobre os direitos do devedor fiduciário. O referido entendimento encontra respaldo na ausência de previsão legal que estabeleça a necessidade de prévia anuência.

Ora, pois, a fim de resguardar os direitos da parte exequente, é mister a expedição de ofício ao credor fiduciário, para que esse esclareça a atual situação do contrato de financiamento, bem como para que seja possível a penhora do crédito do executado, correspondente às parcelas já quitadas do referido negócio jurídico.

É necessário não perder de vista a posição que a jurisprudência pátria vem assumindo diante da matéria sub examine, conforme se depreende das ementas abaixo transcritas:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. FGTS. PENHORA. BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE.

*IMPOSSIBILIDADE. DIREITOS DO DEVEDOR FIDUCIANTE. NECESSIDADE DE ANUÊNCIA DO CREDOR FIDUCIÁRIO. IMPRESCINDIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO DO INTERESSE E DA UTILIDADE. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS HÁBEIS. I - Assente na jurisprudência desta Corte o entendimento de não ser possível a penhora de bem alienado fiduciariamente, não havendo impedimento, contudo, à constrição dos direitos do devedor fiduciante oriundos do contrato firmado com a instituição financeira. II - **Ademais, é imprescindível à constrição dos direitos do devedor fiduciante a anuência do credor fiduciário e a demonstração das informações sobre o valor do débito, das quantias pagas, do prazo ainda existente e da viabilidade da eventual assunção do crédito integral em razão do pagamento do débito ainda existente, requisitos não satisfeitos na espécie.** Precedentes desta Corte. III - Agravo de instrumento a que se nega provimento. (TRF - 1 - AG: 21773 MG 2008.01.00.021773-9, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIR ARAM MEGUERIAN, Data de Julgamento: 10/08/2012, SEXTA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.342 de 27/08/2012).*

RECURSO ESPECIAL Nº 1.399472 -MG (2013/0269025-1) RELATORA: MINISTRA ASSUETE MAGALHÃES RECORRENTE FAZENDA NACIONAL ADVOGADO: PROCURADORIA- GERAL DA FAZENDA NACIONAL - PR 0000000 RECORRIDO: MIXFORT INDÚSTRIA E COMÉRCIO E REPRESENTAÇÃO DE PRODUTOS AGROPECUÁRIOS LTDA ADVOGADO: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS - SE 000000M DECISÃO. Trata-se de Recurso Especial, fundamentado na alínea a do permissivo constitucional, interposto pela FAZENDA NACIONAL, na vigência do CPC/73, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado: "PROCESSUAL CIVIL E CIVIL AGRAVO VEÍCULO ALIENADO EM EXECUÇÃO FISCAL VEÍCULO ALIENADO FIDUCIARIAMENTE PENHORA SOBRE OS DIREITOS IMPOSSIBILIDADE NECESSIDADE DE ANUÊNCIA DO CREDOR FIDUCIÁRIO AGRAVO IMPROVIDO. 1. É incabível a penhora de bem alienado fiduciariamente por dívida do devedor -fiduciante para com terceiro, tendo em vista que o bem ainda não foi incorporado à sua esfera patrimonial. O que se admite é a constrição do direito resultante do contrato de alienação, de modo que, à medida que se vai pagando o financiamento, a parte disponível do executado vai aumentando, proporcionalmente. AGA 0008972-42.2010.4.01.000/PA, REL. Desembargador Federal Reynaldo Fonseca, 7ª Turma do TRF 1,

DJF1 22.10.2010; AC 2001.31.00.000566-7/AP, Rel. Juiz Federal André Prado de Vasconcelos, 6ª Turma Suplementar do TRF1, DJF1 28.09.2011; AC 2002.38.00.037383-9/MG, Rel. Desembargador Federal Leomar Barros Amorim de Sousa, Juiz Federal Convocado Cleberson José Rocha (conv.), 8ª Turma do TRF1, DJF1 08.08.2008) 2. **Conquanto o devedor-fiduciante seja depositário, por deter a posse direta do bem, é imprescindível a anuência do credor-fiduciário para eventual constrição dos direitos inerentes ao contrato de alienação, na medida em que, na qualidade de proprietário resolúvel e possuidor indireto, é ele quem dispõe das ações que tutelam a propriedade de coisas móveis.** (AGA 2008.01.00.034838-0/MG, Rel. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, 8ª Turma do TRF1, DJF1 05.12.2008; AG 2002.01.00.032360-6/MG, Rel. Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, 8ª Turma do TRF1, DJ 01.07.2005) 3. *Agravo de instrumento não provido. (...). (STJ - REsp:1399472 MG 2013/0269025-1, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Publicação; DJ 01/03/2018.*

Em virtude dos fatos apresentados, chega-se a conclusão de que nada obsta que os direitos adquiridos pelo devedor fiduciante sejam constrictos e suportem os efeitos gerais da penhora, porém, em que pese não haver previsão legal que exija o prévio consentimento do credor, este deve, imprescindivelmente, ser comunicado da penhora e anuir com a mesma para que se efetive.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito processual civil** / 11. Ed. ver., ampl; e atual. Com a reforma processual - 2006/2007.

BARROSO, Darlan; ROSSIO, Roberto -RT. **Processo Civil** - Col. Elementos do Direito - Vol. 6.

CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio fiduciário**. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

COSTA, Alfredo de Araújo Lopes da, **Manual elementar de direito processual civil** / 3.ed. 1982.

DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil**. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito Civil. **Teoria Geral**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

FIORANELLI, Ademar. **Direito Registral Imobiliário**. Porto Alegre: SAFE, 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil. Parte Geral** (abrangendo os Códigos Civis de 1916 e 2002). 8. ed. V ol. I, São Paulo: Saraiva, 2006

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume II: teoria geral das obrigações**. 6.ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009

KONNO, Alyne Yumi. **Registro de Imóveis: teoria e prática**. São Paulo: Memória Jurídica, 2009.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil** / 2. Ed. 1995

LISBOA, Roberto Senise. **Manual elementar de direito civil** / 2. Ed. ver. e atual em conformidade com o novo Código Civil. 2002

LOURENÇO, Haroldo - Método. **Processo Civil Sistematizado** - 4ª Ed. 2018

MARINONI, Luíz Guilherme; ARENHART, Daniel - RT. **Curso de Processo Civil** - Vol. 3 - 4ª Ed. 2019

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil** / 9. Ed. atual. 2003.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil: volume único** / 3.ed. ver., atual. E ampl. 2011

OPITZ, Oswaldo. **Alienação fiduciária em garantia** / 2. Ed. rev. e ampl. 1971

SIMAS, Henrique de Carvalho. **Manual elementar de direito civil brasileiro**, 1958.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil** / 10. Ed., ver. e atual. 2003.

SERRA, Márcio Guerra. **Registro de Imóveis I: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SILVA, Ulysses da. **Direito Imobiliário: o registro de imóveis e suas atribuições**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

TARTUCE, Flávio; CASTILHO, Ricardo. **Direito civil. Direito Patrimonial e Direito Existencial: estudos em homenagem à professora Giselda Maria Fernandes Hironaka**. São Paulo: Método, 2006. p. 25-64. - TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Manual dos contratos em geral** / 4. Ed. refundido e actual. 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduarado - RT. **Curso Avançado de Processo Civil** - Vol. 4 - 16ª Ed. 2018.

AUXÍLIO RECLUSÃO: POLÍTICA PÚBLICA VOLTADA PARA FAMÍLIA DO ENCARCERADO

JILIA DIANE MARTINS: Doutoranda em Filosofia (PUC/PR); Mestre em Desenvolvimento Regional (UnC); Pós-Graduação em Ciências Penais (ANHANGUERA-UNIDERP) Graduação em Direito. Advogada Criminalista. Professora na UnC.

RESUMO: O presente artigo pretende discutir a importância do benefício do auxílio reclusão para que os processos de desenvolvimento atinjam seus objetivos e tornem-se eficazes e relevantes, bem como o longo caminho para a consolidação do auxílio reclusão como política pública com a finalidade de suprir as carências básicas dos dependentes do encarcerado, e, ainda, possibilitar a compreensão de seus objetivos e seu alcance, desmistificando a sua incidência. Além do mais, discute-se a importância da intervenção e da participação da sociedade para a Proposta de Emenda a Constituição número 304/13, que pretende o fim do auxílio reclusão e a criação de benefício para a vítima de crime e seus dependentes, diante dos resultados da pesquisa de opinião dos internautas formulada pela Câmara de Deputados.

Palavras chave: Auxílio Reclusão; Desenvolvimento; Encarcerado; Esfera Pública.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. O LONGO CAMINHO ATÉ A CONSOLIDAÇÃO DO AUXÍLIO RECLUSÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA. AUXÍLIO RECLUSÃO ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA PARA A ELIMINAÇÃO DE CARÊNCIAS BÁSICAS. A PROPOSTA DE EMENDA A CONSTITUIÇÃO PARA O FIM DO BENEFÍCIO AUXÍLIO RECLUSÃO. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Segundo os ensinamentos do economista Sérgio Boisier (2010), as propostas de desenvolvimento, sejam elas nacional, regional ou local, tem como objetivo principal gerar condições para que os indivíduos alcancem o *status* de pessoa humana e, para que isso ocorra, é importante que este indivíduo possa alcançar dignidade, ou seja, supõe-se que inexistam carências básicas.

Partindo desse ensinamento, para que o desenvolvimento seja, de fato, relevante e eficaz, deve possibilitar a todos os indivíduos uma existência digna, com a eliminação de carências como alimentação, saúde e educação. Deverá proporcionar uma melhoria na qualidade de vida daqueles que pertencem a região em processo de desenvolvimento.

Numa leitura contrária, onde se constatem a existência de carências básicas, é possível afirmar que o desenvolvimento desta região tem-se mostrado ineficiente, uma vez que não alcança seu objetivo principal, de fazer com que todos se reconheçam como pessoas humanas, dotadas de dignidade, bem como não proporciona melhoria na qualidade de vida dos indivíduos diante das carências encontradas naquela sociedade.

Desta forma, para iniciar um estudo sobre situações que digam respeito ao desenvolvimento regional, é necessário entendê-lo não apenas por um viés estritamente econômico. O fator econômico é, sim, relevante quando estudando o desenvolvimento, mas não será o único viés responsável para que alcance seus objetivos.

Neste sentido, Dallabrida, na obra "Desenvolvimento Regional: por que algumas regiões se desenvolvem e outras não?" (2001, p.18) esclarece:

Primeiro é necessário distinguir crescimento econômico de desenvolvimento. Não existe concordância entre os autores. Uns até consideram crescimento econômico como sinônimo de desenvolvimento. No entanto, para um maior número de autores, o crescimento econômico é condição indispensável

para o *desenvolvimento*, mesmo admitindo não ser condição suficiente.

Apresenta-se assim, de forma inequívoca que desenvolvimento não está limitado ao viés econômico. Por mais que uma região apareça desenvolvida economicamente, sem que haja bem estar da população, não se poderá falar em desenvolvimento regional, uma vez que este não terá alcançado seu objetivo de possibilitar a melhoria na qualidade de vida da população inserida naquela região em processo de desenvolvimento.

Siedenberg (2008), esclarecendo melhor a diferença entre desenvolvimento e crescimento econômico bem identifica que os locais são mais do que orçamentos e simples negócios, são mais que o viés econômico. Locais abrangem também pessoas, culturas, herança histórica, patrimônio físico e oportunidades. Assim, os locais são avaliados em todas as dimensões possíveis para que se possa afirmar que o processo de desenvolvimento atingiu seu objetivo inicial de proporcionar melhoria na qualidade de vida da população.

Ainda neste sentido, Dallabrida (2010, p.17) aponta que desenvolvimento pode ser entendido como:

(...) um processo de mudança estrutural, situado histórica e territorialmente, caracterizado pela dinamização socioeconômica e a melhoria da qualidade de vida de sua população. Assim entendido, como processo, o desenvolvimento não se apresenta como um estágio a ser galgado, um modelo a ser seguido. Talvez seja até equivocado falar-se em regiões desenvolvidas e não desenvolvidas, ou subdesenvolvidas! Ou seja, seria mais adequado falar-se em regiões em processo de desenvolvimento, onde em algumas encontramos um maior dinamismo, com um projeto de futuro definido, *construído* coletivamente em todos os momentos de sua história, logo, com maior capacidade de proporcionar condições socioeconômicas qualificadas e uma boa qualidade de vida ao conjunto de sua população.

Dessa maneira, o desenvolvimento, embora possa ser constatado de forma objetiva, é, também, uma questão subjetiva e multissetorial, é antes de tudo, um estado, e não uma condição. Assim, a melhoria da qualidade de vida, com a eliminação das carências daqueles pertencentes a região em processo de desenvolvimento é um dos objetivos das propostas de desenvolvimento, além do progresso econômico.

Assim, no momento do encarceramento de um indivíduo, seus dependentes podem acabar privados das condições mínimas para a sobrevivência. Desta forma, o auxílio reclusão, destinado às famílias dos encarcerados contribuintes, tem como objetivo suprir as carências básicas dos dependentes, possibilitando existência digna, contribuindo para que o desenvolvimento alcance seu objetivo principal e torne-se eficaz.

Buscando analisar uma das políticas públicas que afetam os encarcerados e, especificamente a família deste, este estudo está pautado em revisão bibliográfica e análise da legislação, com o objetivo de compreender o que se denomina por Auxílio Reclusão. A escolha do objeto e a elaboração deste artigo se deu pelo fato de que existe pequena literatura abordando o tema, e, na medida em que tal temática demonstra-se relevante socialmente, torna-se ainda mais importante quando confrontado com os objetivos do desenvolvimento regional.

A busca por referências bibliográficas, bem como das leis que regem o auxílio reclusão ocorreu nos sites oficiais do governo, bem como na biblioteca particular desta pesquisadora e na biblioteca digital da Universidade do Contestado e, ainda, com a análise de textos estudados no Programa de Mestrado em Desenvolvimento Regional da Universidade do Contestado, *campus* Canoinhas.

O LONGO CAMINHO ATÉ A CONSOLIDAÇÃO DO AUXÍLIO RECLUSÃO COMO
POLÍTICA PÚBLICA

É preciso, antes de mais nada, enfrentar o fato de que a conquista do território brasileiro, por um povo com diferente estado de desenvolvimento e detentor de novas tecnologias, traz consigo a conseqüente dominação do povo que aqui habitava, bem como o seu extermínio, quando necessário. Este é o início da história brasileira.

Aliás, o termo “conquista” mostra-se mais apropriado, quando comparado com o termo “colonização”, correntemente utilizado na literatura. Isso se dá pela forma como ocorreu a conquista, um processo forçado de dominação do povo que habitava o território brasileiro.

Neste sentido, Marchant (*apud* CUNHA, 2012, p. 18)

Durante o primeiro meio século, os índios foram sobretudo parceiros comerciais dos europeus, trocando por foices, machados e facas o pau-brasil para tintura de tecidos e curiosidades exóticas como papagaios e macacos, em feitorias costeiras (...)

Assim, nos cinquenta anos iniciais da história do processo de colonização, os índios habitantes do território tornaram-se parceiros comerciais dos europeus aqui chegados. Após este período, ocorreu a dominação e exploração da mão de obra do povo indígena.

Com relação ao período colonial, este foi marcado pelo trabalho escravo, tanto nas atividades rurais quanto nas atividades urbanas (MARQUESE, 2006). A exploração dos negros vindos da África e, em seguida, a exploração do trabalho dos imigrantes, deixou para os dias atuais, como herança, o preconceito e a discriminação dos indivíduos de cor ou das classes mais pobres da população brasileira.

Quanto as propriedades de terra durante o Brasil Colônia, são traços marcantes o latifúndio, grandes propriedades, muitas vezes não exploradas de

forma suficiente, bem como a existência de senhores proprietários de grandes somas (NOZOE, 2006).

Esta é a origem da atual concentração de terras e da desigualdade social ainda enfrentada, já que a questão social não estava presente no pensamento colonial e durante muito tempo na história do Brasil.

Com a abolição da escravatura, e a mudança no tratamento do trabalho daquele ex escravo, que agora não viveria mais em senzalas, mas teria que buscar alternativas, constituem-se as favelas (SILVA, 2012).

A preocupação com a questão social surge na Europa, somente no século XIX, com a emergência do sistema capitalista (PEREIRA, 2010), mas sua evolução lenta chega ao Brasil, principalmente, no início do século XX.

Durante a Primeira Guerra Mundial, nos anos de 1910, o Brasil sente a necessidade de produzir internamente seus produtos, uma vez que parte do mundo encontrava-se nas batalhas da Guerra corrente. Por este motivo, a indústria brasileira se desenvolve de forma rápida, e, como consequência, a população urbana aumenta, diante da oferta de empregos. Segundo Giannotti (2007), com o passar do tempo, a classe trabalhadora se forma mais politizada, dando início ao movimento operário, buscando e exigindo uma legislação social para a proteção da classe trabalhadora. No início, esta formação da classe trabalhadora que reivindica direitos era reprimida pela polícia, com o uso da força. Com o passar do tempo, o Estado cede às exigências, garantindo direitos aos trabalhadores.

Durante os anos de 1917, até 1920, o movimento dos trabalhadores se amplia de forma considerável, principalmente pela influência do jornal "A Plebe", que dissemina informações sobre o movimento para toda a população. Diante da pressão exercida pelo movimento operário, em 1919 é criada a Lei de acidente de trabalho, através do Decreto nº 3.724 - de 15 de janeiro de 1919, que regulava as

obrigações decorrentes dos acidentes de trabalho, prevendo indenizações aos acidentados.

Em 1922, no governo de Artur Bernardes, ocorreu uma forte repressão do movimento operário, mas em 1923, a Lei Eloi Chaves, criada pelo Decreto nº 4.682, de 24 de janeiro de 1923, cria a Caixa de Aposentadoria e Pensões para os empregados das empresas ferroviárias. É uma das principais leis para a constituição futura da Previdência Social. Com Getúlio Vargas na presidência, em 1930, é instituído o Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, para a orientar e supervisionar a Previdência Social, decorrente da pressão exercida pelo movimento dos trabalhadores, aliada a política populista de Getúlio.

Mesmo durante a ditadura, as leis trabalhistas vem fortemente estabelecer direitos aos trabalhadores. Em 1943 é criada a Consolidação das Leis do Trabalho, a chamada CLT. Por ela, garante-se aos trabalhadores o salário mínimo, a jornada de trabalho de 8 horas diárias, férias, descanso semanal remunerado, a previdência social à todos os trabalhadores e institui a regulamentação do trabalho do menor e da mulher.

É com a LBA, de 1942, com a atenção a criança e ao idoso, e ações comunitárias para geração de emprego e renda que se tem o sistema precursor da assistência social. Mas somente no ano de 1960, com a aprovação da Lei Orgânica da Assistência Social, é que são instituídos benefícios aos trabalhadores contribuintes.

Entre os benefícios dispostos na lei 3.807/60, está o auxílio reclusão, política pública do Estado, criada com o objetivo de garantir subsistência a família do segurado encarcerado. Tem como fundamento, desta forma, a necessidade de se amparar a família do segurado, que está privada da fonte de assistência, garantindo-lhes dignidade no momento em que preocupa-se com a eliminação da carências básicas dos dependentes.

AUXÍLIO RECLUSÃO ENQUANTO POLÍTICA PÚBLICA PARA A ELIMINAÇÃO DE CARÊNCIAS BÁSICAS

Por políticas públicas, pode-se entender a linha de ação coletiva que concretiza direitos garantidos em lei, sejam eles dispostos na Constituição Federal ou na legislação infraconstitucional. Segundo Teixeira (2002), políticas públicas podem ser entendidas como:

Diretrizes, princípios norteadores de ação do poder público; regras e procedimentos para as relações entre poder público e sociedade, mediação entre atores da sociedade e do Estado. São, nesse caso, políticas explicitadas, sistematizadas ou formuladas em documentos (leis, programas, linhas de financiamento) que orientam as ações que normalmente envolvem aplicações de recursos públicos.

Dentro da categoria de políticas públicas, ainda buscando efetivar direitos dispostos na legislação, encontram-se as políticas sociais, que intervêm nos desequilíbrios da distribuição em favor da acumulação e em detrimento da satisfação de necessidades básicas. Ou seja, intervêm nos desequilíbrios oriundos da relação entre capital e trabalho.

Atuam como linha de ação coletiva que concretizam os direitos sociais que já foram declarados em lei, como aqueles trazidos pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, entre eles, educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança, e exigem uma atuação positiva das instituições, principalmente do Estado, para que assim seja satisfeitas as necessidades sociais, principalmente nos mecanismos de distribuição e redistribuição de bens e serviços sociais, que decorrem das demandas da sociedade em sua relação de reciprocidade e antagonismos com o Estado.

Para entender a relevância do benefício do auxílio reclusão, enquanto política pública, necessário entender que crime nada mais é do que um fato humano que lesa bens ou interesses que a sociedade considera relevantes (CAPEZ, 2010). Esta

lesão aos bens ou interesses é juridicamente tutelada com a ameaça de punição, com dois objetivos: a prevenção geral, como intimidação que se dirige aos membros da sociedade; e para prevenção especial, no sentido de retribuição do mal causado pelo agente que o cometeu, bem como para reeducá-lo (CAPEZ, 2010).

Em que pese a ameaça da pena, é recorrente a prática de crimes na sociedade e, ocorrendo um crime a ameaça da pena será pelo Estado efetivada, iniciando a fase de execução desta, com a reclusão do condenado, no regime determinado na sentença penal condenatória, que pode ser fechado, semi aberto, ou aberto.

Ocorrendo a prisão do segurado, seja antes ou depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, desde que em regime fechado ou semiaberto, é devido aos dependentes deste o auxílio reclusão. Este benefício foi disposto pela primeira vez na Lei Orgânica da Assistência Social, no seu artigo 22, inciso II, alínea "b", como prestação assegurada pela previdência social em forma de benefício aos dependentes do segurado encarcerado.

Daí resulta a queda de um dos mitos sobre o auxílio reclusão. Não se trata de valor pago ao encarcerado pela sua privação de liberdade. É um benefício concedido aos dependentes deste, quando o segurado encontrar-se em situação de privação de liberdade.

Importante definir quem são os segurados da previdência social para que se saiba quem são os destinatários do benefício auxílio reclusão. Segundo o Ministério da Previdência Social²⁴², os segurados estão enquadrados em uma das categorias seguintes:

Empregado – Trabalhador com carteira assinada que presta serviços de natureza não eventual a empregador, mediante recebimento e salário.

²⁴² Disponível em: http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_120516-092041-086.pdf em 13 de abril de 2018.

Empregado doméstico – Trabalhador com carteira assinada, que presta serviço em residência de outra pessoa ou família, como cozinheira, governanta, jardineiro, caseiro etc., desde que a atividade não tenha fins lucrativos para o empregador.

Trabalhador avulso – Trabalhador que presta serviço a diversas empresas, sem vínculo de emprego, contratado por sindicatos ou órgãos gestores de mão-de-obra, como estivador, amarrador de embarcações e ensacador de cacau, entre outros.

Contribuinte individual – Pessoa que trabalha por conta própria, sem vínculo de emprego. Entre os contribuintes individuais, está o Empreendedor Individual – empresário ou empresária que tenha auferido receita de até R\$ 60 mil (anual), optante do Simples

Nacional, que tenha até um empregado e não possua mais de um estabelecimento, nem participe de outra empresa como titular, sócio ou administrador. São exemplos: ambulante, cabeleireiro, manicure, esteticista, costureira, artesão, borracheiro, sapateiro, mecânico e diversos outros.

Segurado especial – Agricultor familiar e o pescador artesanal, que exercem atividade individualmente ou em regime de economia familiar.

Segurado facultativo – Pessoa maior de 16 anos de idade que não tem renda própria, mas contribui para a Previdência Social, como o estudante, a dona de casa, o síndico não remunerado etc²⁴³.

Em resumo, somente se enquadra como segurado da previdência social, aquele que se encontra contribuindo para com a própria previdência social. Outro mito sobre o auxílio reclusão aqui é exposto: além de não ser pago diretamente ao encarcerado quando da sua privação de liberdade, o auxílio reclusão somente será devido para os dependentes do encarcerado que se encontre na qualidade de segurado da previdência social no momento em que ocorrer o encarceramento. Do

contrário, seus dependentes não receberão qualquer benefício da previdência social para a subsistência.

Por dependentes do segurado, conforme o artigo 16 do Decreto 3048/99, entendem-se o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado de qualquer condição, menor de vinte e um anos ou inválido, os pais, ou o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de vinte e um anos ou inválido. Nenhuma outra pessoa poderá receber o benefício, uma vez que trata-se de prestação com o objetivo de suprir carências básicas oriundas da privação de liberdade do segurado contribuinte da previdência social.

Ainda, outro requisito é essencial para o deferimento do benefício aqui tratado. Este somente será devido aos dependentes do segurado cujo salário-de-contribuição seja igual ou inferior a R\$ 1.319,18 (um mil, trezentos e dezenove reais e dezoito centavos), conforme a Portaria MF nº 15 de 16 de janeiro de 2018. Desta forma, será devido o auxílio reclusão aos dependentes de segurado encarcerado de baixa renda, apenas.

Sabendo que a questão social constitui-se numa relação dialética entre as demandas advindas das manifestações da questão social, ou seja, de tudo aquilo que diz respeito a vida dos indivíduos, todas as suas necessidades, com as respostas do poder público, através de uma política pública, esta pode ser dividida em várias categorias, uma vez que trata-se do foco pelo qual se decide olhar a realidade.

A questão social deve ser vista como uma condição da sociedade de mercado e da ordem social burguesa estabelecida por consequência do sistema capitalista instituído, assim será possível entender as desigualdades, os antagonismos e as lutas das classes sociais para que todos os grupos adquiram força política (MONTAÑO, 2012).

Desta forma, pode-se dividi-la em desigualdade social, vulnerabilidade socioeconômica, política, ética, etc. Nesse contexto, é preciso considerar a vulnerabilidade, situação na qual o indivíduo estar à mercê da ação, marcado pela fragilidade perante as situações. Importante frisar que vulnerabilidade não diz respeito apenas a desigualdade econômica, mas, sim, a múltipla vulnerabilidade, uma vez que outras restrições sociais também são consideradas para esta caracterização (PADOIN; VIRGOLIN, 2010).

E desta forma pode ser encarada a situação da privação de liberdade de um indivíduo para os seus dependentes. O seio familiar encontra-se impossibilitado de ação diante da situação de encarceramento do provedor de suas necessidades básicas, e se vê desprovido de condições para prover a sua subsistência e garantir a própria dignidade.

Como dito, a existência de carências básicas, como alimentação, saúde, moradia vem de encontro aos objetivos de toda proposta de desenvolvimento, uma vez que não permite aos indivíduos reconhecimento do estado de pessoa humana, retirando-lhes a dignidade, impedindo que as propostas de desenvolvimento alcancem seus objetivos.

Assim, o benefício concedido pela previdência social, aos dependentes do segurado de baixa renda, privado de liberdade, em regime fechado ou semi aberto, contribui para que seus dependentes vejam supridas suas necessidades básicas, conferindo-lhes dignidade de tratamento, lançando-os ao *status* de pessoa humana.

A PROPOSTA DE EMENDA A CONSTITUIÇÃO PARA O FIM DO BENEFÍCIO AUXÍLIO RECLUSÃO

É imprescindível, na discussão sobre a questão social, problematizar as vulnerabilidades, a justiça social, o papel do Estado no processo de constituição da

igualdade e a responsabilidade pública na eliminação das vulnerabilidades. O que não pode ser diferente quando tratada a questão do benefício auxílio reclusão concedido aos dependentes do segurado que se encontre em situação de privação de liberdade.

A intervenção, que nada mais é do que uma prática sempre partida da reflexão sobre a realidade social, é necessária em todas as políticas públicas, inclusive nas políticas sociais e, para que isso ocorra, é necessária a interação com os movimentos sociais - ação histórica dos grupos -, constituindo-se de espaços não institucionalizados onde ocorre a ação coletiva, além do controle social por parte de toda a sociedade civil.

Assim, reside importância no conceito de esfera pública para a melhor compreensão das políticas públicas, principalmente das políticas sociais. Por esfera pública, então, pode-se entender um espaço comum de encontro dos membros da sociedade, da seguinte forma:

A esfera pública é um espaço comum em que, supostamente, os membros da sociedade se encontram através de uma variedade de meios – imprensa, electrónica e também encontros face a face – para discutirem assuntos de interesse comum e, deste modo, serem capazes de formar a seu respeito uma mente comum. (TAYLOR, 2010, p. 4)

A esfera pública é constituída por dois elementos essenciais: a visibilidade social, pela qual se faz necessária a publicidade das informações que orientam as decisões políticas nos espaços públicos, para que assim possam ser discutidas as políticas públicas e sociais e, ainda, o controle social, que exige participação da sociedade civil na pactuação das regras sociais, nas decisões e avaliação destas regras pactuadas.

A participação popular é importante dentro dos processos de ação e decisões, uma vez que estes processos criam e modificam as estruturas básicas da própria

sociedade, como a infraestrutura econômica, na produção de bens e serviços; a superestrutura, ou seja, as instituições políticas responsáveis pela gestão; e as estruturas de distribuição do consumo.

Desta forma, a discussão sobre o benefício do auxílio reclusão se faz altamente necessária, pois tem impacto econômico e social. Esta discussão tem ocorrido nos últimos tempos. Como exemplo, a Câmara dos Deputados, pesquisando a opinião dos internautas sobre o possível fim do benefício auxílio reclusão e a conseqüente criação de benefício para as vítimas de crimes, elaborou enquete. Esta enquete, que conta com mais de um milhão de respostas e, deste total, 95% (noventa e cinco por cento) aprova o fim do auxílio reclusão para a criação de novo benefício voltado às vítimas de crimes, sugere a necessidade de saber o pensamento da população sobre Proposta de Emenda a Constituição – PEC 304/13, de autoria da deputada Antônia Lúcia (PSC-AC).

Esta Proposta de Emenda a Constituição, se aprovada, destinaria os recursos atuais do auxílio reclusão às vítimas de crimes, quando esta sobreviver, ou aos seus dependentes, em caso de morte. Ou seja, extinguiria a atual política pública voltada aos dependentes do encarcerado segurado da previdência social, e criaria uma nova política, desta vez voltada às vítimas de crimes, enquanto segurados da previdência social ou aos seus dependentes.

Esta proposta prevê que deve ser pago determinado valor, através de um benefício da previdência social, à vítima de crime pelo período em que esta ficar afastada da atividade que provê seu sustento. Em caso de morte da vítima do crime ocorrido, o benefício seria convertido em pensão aos dependentes da vítima, conforme o texto da PEC 304/13.

Como visto na tabela anterior, a grande maioria dos internautas (noventa e cinco por cento) concorda com o fim do benefício do auxílio reclusão e a conseqüente destinação de seus recursos para às vítimas dos crimes cometidos.

Ocorre que a formulação da questão na enquete não permite a discussão separada entre a extinção do auxílio reclusão e a nova política pública voltada às vítimas de crimes, no momento em que coloca a criação da nova política pública condicionada à extinção do atual auxílio reclusão.

Desta forma, a necessidade de se discutir o benefício atual, para a melhor compreensão de seu alcance, objetivos e resultados contribuirá para que o diálogo sobre a Proposta de Emenda a Constituição que corre no Congresso Nacional que lhe extingue possa ser racional e efetivo.

Para que isto ocorra, a participação de toda a sociedade na esfera pública, e a intervenção nesta política pública são imprescindíveis para que a Proposta de Emenda a Constituição reflita os anseios da sociedade e ocorra a consequente adaptação da legislação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo se propôs a tomar como objeto o benefício denominado auxílio reclusão, enquanto política pública. Num primeiro momento, mostra-se a ligação do benefício com as propostas de desenvolvimento. Esta ligação surge quando se compreende que toda proposta de desenvolvimento tem como objetivo a melhoria da qualidade de vida da população.

Em que pese a necessidade de melhoria dos indicadores econômicos da região para que o desenvolvimento aconteça, a melhoria na qualidade de vida da população é seu objetivo último. Para tanto, é essencial criar condições para que os indivíduos se reconheçam como pessoas humanas, dotadas de dignidade.

Para que se possa afirmar que um indivíduo possui dignidade, é importante que sejam supridas as suas carências básicas, entre elas, alimentação, educação e saúde. Neste sentido, o benefício do auxílio reclusão servirá, justamente, para garantir que estas carências básicas da família do contribuinte privado de liberdade

sejam supridas, garantindo tratamento digno, auxiliando para que o processo de desenvolvimento alcance seu objetivo.

Para que fosse possível a instituição do auxílio reclusão como política pública voltada para a família do encarcerado, longos anos de evolução foram necessários, uma vez que, já durante o processo de colonização, havia a marca da exploração do povo indígena pelos colonizadores.

Este processo se estende para o tempo da colônia, período marcado pela exploração da terra e do trabalho dos negros e, pouco mais tarde, dos imigrantes. Este período lega aos dias atuais o preconceito e a discriminação com as classes mais pobres da população, bem como a concentração de terras do período original a desigualdade social enfrentada até a atualidade.

A preocupação com a questão social, no Brasil, tem início somente no século XX, com a Primeira Guerra Mundial, principalmente, uma vez que é neste momento que a produção industrial brasileira se fortalece, e com ela tem início o movimento operário, reivindicando direitos aos trabalhadores. Inicialmente o movimento é reprimido pela polícia, mas acaba por ganhar força e conquistar uma série de direitos.

Apenas em 1960 é aprovada a Lei Orgânica da Assistência Social, onde se instituem benefícios aos trabalhadores contribuintes. Entre estes benefícios, é encontrado o auxílio reclusão, destinado à família do contribuinte encarcerado em regime fechado ou semi aberto, ainda que antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Entendendo que política pública é uma linha de ação coletiva para a concretização de direitos e que política social está nesta incluída, como atuante nos desequilíbrios e satisfação das necessidades, pode-se incluir o auxílio reclusão nesta categoria.

Importante é ressaltar que se trata de benefício concedido aos dependentes do encarcerado segurado, ou seja, somente o contribuinte, seja ele empregado ou doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual, segurado especial ou facultativo. Os dependentes do encarcerado que não sustente a condição de segurado não receberão o benefício.

Além do mais, restou claro que somente o segurado de baixa renda, com salário de contribuição inferior a R\$ 1025,81 (um mil e vinte e cinco reais e oitenta e um centavos) é que terão direito ao benefício. Assim a vulnerabilidade social advinda do encarceramento do segurado será suprida pelo auxílio reclusão.

Por fim, é visto a essencialidade de se problematizar as políticas públicas, principalmente pela necessidade de intervenção, que nada mais é do que a prática refletida. Assim, a interação dos movimento sociais e a participação da sociedade, por meio de discussões é primordial para a conquista e manutenção das políticas públicas.

Partindo desta afirmação, está corrente uma enquete elaborada pela Câmara dos Deputados, onde se questiona os internautas a opinião sobre o possível fim do auxílio reclusão, para a criação de um benefício em favor das vítimas de crime e seus dependentes.

Desta enquete, resulta que 95% daqueles que responderam a pergunta, concordam com o fim do auxílio reclusão, concordando com os termos da Proposta de Emenda a Constituição número 304/2013, demonstrando que neste ponto, a discussão sobre a política pública objeto deste artigo deve continuar em pauta, para que se possa adequar a legislação aos anseios da sociedade.

REFERÊNCIAS

BOISIER, S. Descodificando El Desarrollo Del Siglo Xxi: Subjetividad, Complejidad, Sinapsis, Sinergía, Recursividad, Liderazgo, Y Anclaje Territorial. *In*: **Semestre**

Económico, vol. 13, núm. 27, julio-diciembre, 2010, pp. 11-37. Medellín, Colombia, 2010.

BRASIL, Câmara dos Deputados, disponível em: <http://www2.camara.leg.br/enquetes/?wicket:interface=:2:1:::> , em 13 de abril de 2018.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm , em 13 de abril de 2018.

BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm em 13 de abril de 2018.

BRASIL, Decreto nº 3048/99, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm , em 13 de abril de 2018.

BRASIL, Decreto nº 3724/19, disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-3724-15-janeiro-1919-571001-publicacaooriginal-94096-pl.html> , em 13 de abril de 2018.

BRASIL, Decreto nº 4682/23, disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/103693/decreto-4682-23> , em 13 de abril de 2018.

BRASIL, Lei de Execução Penal, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210compilado.htm , em 13 de abril de 2018.

BRASIL, Lei Orgânica da Assistência Social, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742compilado.htm , em 13 de abril de 2018.

BRASIL, Ministério da Previdência Social, disponível em: http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/3_120516-092041-086.pdf , em 13 de abril de 2018.

BRASIL, Portaria MF nº 15, disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=89503> , em 13 de abril de 2018.

BRASIL, Proposta de Emenda a Constituição nº 304/13, disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=589892> , em 13 de abril de 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 14ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Índios no Brasil: história, direitos e cidadania**. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

DALLABRIDA, Valdir Roque. **Desenvolvimento regional**: por que algumas regiões se desenvolvem e outras não? Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

GIANNOTTI, Vito. **História das lutas dos trabalhadores no Brasil**. Mauad Editora Ltda, 2007.

MARQUESE, Rafael de Bivar. A dinâmica da escravidão no Brasil: resistência, tráfico negreiro e alforrias, séculos XVII a XIX. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo , n. 74, Mar. 2006 . Available from http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002006000100007 . access on 13 abril. 2018.

MONTAÑO, Carlos. Pobreza, "Questão Social e seu Enfrentamento. In: Serv. Soc. Soc., São Paulo, n. 110, p. 270-287, abr./jun. 2012, disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ssoc/n110/a04n110.pdf> , em 13 de abril de 2018.

NOZOE, Nelson. Sesmarias e apossamento de terras no Brasil colônia. Revista conomiA, v. 7, n. 3, p. 587-605, 2006.

PADOIN, Isabel Graciele; VIRGOLIN, Isadora Wayhs Cadore. A Vulnerabilidade Social Como Uma Dificuldade A Participação Política. Apresentado em: Seminário Interinstitucional de Ensino, Pesquisa e Extensão. Unicruz-RS, 2010.

PEREIRA, Potyara Amazoneida Pereira. A questão social e as transformações das políticas sociais: respostas do Estado e da sociedade civil. Revista Ser Social, n. 6, p. 119-132, 2010.

SIEDENBERG, Dieter Rugard. A gestão do desenvolvimento: ações e estratégias entre a realidade e a utopia, *in* **Desenvolvimento regional**: abordagens interdisciplinares. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

SILVA, I. C. T. da. Urbanização desordenada x políticas públicas: um caso de estudo do Mutirão II - Sapé – PB. 2012. 46f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Geografia)- Universidade Estadual da Paraíba, Guarabira, 2012.

TAYLOR, Charles. A Esfera Pública. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2010, disponível em: http://www.lusosofia.net/textos/taylor_charles_esfera_publica.pdf , em 13 de abril de 2018.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. O papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade. Salvador: AATR, 2002. Disponível em: <http://www.escoladebicicleta.com.br/politicaspUBLICAS.pdf> , em 13 de abril de 2018.

O SEGURO GARANTIA COMO MECANISMO DE APRIMORAMENTO DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS E COMBATE À CORRUPÇÃO

JOSE KAERIO FRANCA LOPES: Especialista em Direito Administrativo pela UCAMPROMINAS; Graduado em Bacharel em Direito pela Faculdade Luciano Feijão e; Analista de Controle Externo no TCE/MG

RESUMO: A preocupação básica deste estudo é apresentar o instituto do seguro garantia, nos moldes do *surety bond* dos EUA, a fim de averiguar suas funcionalidades e utilizá-lo como possível ferramenta capaz de superar as fraudes e corrupção que assolam as licitações públicas brasileiras, principalmente aquelas que tratam de obra pública. Este artigo também evidencia as diferenças entre o *surety bond* com o sistema de garantias brasileiro, além de abordar as principais vantagens e críticas do modelo de garantia americano, por meio de pesquisas bibliográficas e considerando as contribuições de autores como FURTADO (2013), GALIZA (2015) E CARVALHOSA (2015 e 2016), entre outros. Concluiu-se a importância da interlocução e fiscalização da seguradora nas licitações públicas, evitando conluio entre licitantes e agentes públicos e assegurando a formalização de contratos administrativos apenas com fornecedores capacitados e experientes, somado ainda a necessidade de criação de legislação regulatória para garantir a efetividade da seguradora na participação dos contratos públicos e evitar que essas venham também a se corromper.

Palavras-chave: *performance bond*. Garantia. Seguradora. *Surety bond*.

Introdução

O presente trabalho tem como tema analisar o instituto do seguro garantia, advindo da legislação norte-americana, o qual pode servir, caso haja algumas adaptações, como uma ferramenta para dar maior efetividade, tanto no aspecto

econômico como qualitativo, das contratações públicas, além de reduzir à corrupção e as fraudes nas licitações públicas, principalmente aquelas relacionadas às obras públicas.

Nesta perspectiva, é possível indagarmo-nos sob o funcionamento seguro garantia no EUA, quais suas inovações ao modelo já aplicado na Lei 8.666/93, bem como o porquê desse instituto jurídico ser capaz de corrigir as eventuais falhas e lacunas encontradas em nossa legislação licitatória.

Ademais, com este trabalho poderemos analisar as vantagens da adoção do modelo de seguro garantia ao invés outros tipos de garantia, assim como as diferenças entre esse contrato de seguro e os utilizados nas relações civis.

Atualmente, ao falarmos em licitações públicas, principalmente obras públicas, podemos constatar uma situação calamitosa acerca da tratativa com o dinheiro público. Ora, o Tribunal de Contas da União (TCU) apontou em seu acórdão nº 2449/2017244 que existem indícios de irregularidades em três a cada quatro obras públicas, onde os prejuízos podem ultrapassar a R\$ 26,2 bilhões de reais.

Soma-se ainda os constantes atrasos e aditivos contratuais aos quais passam as contratações públicas, sem contar as recentes descobertas dos inúmeros conluíus firmados entre empreiteiras e agentes públicos, os quais geraram impactos orçamentários catastróficos nas grandes estatais brasileiras, como foi o caso da Petrobras, a qual sofreu déficits bilionários resultantes da corrupção e da fraude, portanto necessita-se incorporar ao ordenamento pátrio mecanismos capazes de evitar tal situação e garantir a aplicação do princípio constitucional da eficiência nos contratos administrativos.

244Acórdão julgado e publicado pelo Plenário do Tribunal de Contas da União em 08 de novembro de 2017, o qual tem o escopo de auditar 94 obras, dentre as quais 72 apontam irregularidades, cabendo ao Congresso Nacional decidir acerca do envio ou suspensão dos recursos financeiros e bloqueio da Lei Orçamentaria Anual de 2018. (BRASIL, 2017, n.p.)

Com base nos argumentos expostos acima, o seguro garantia, torna-se um instrumento hábil para evoluirmos a legislação atual e precária, pois ele impõe que nas contratações públicas de obra, a empresa CONTRATADA firme um contrato de seguro com uma seguradora no valor do contrato e esta passa a fiscalizar e otimizar a execução da obra, a fim de que não recaia sobre ela indenização à Administração Pública por eventuais falhas e atrasos na obra, sejam decorrentes de má-fé ou não da empreiteira.

[...]A apólice de *performance bond* "fornece fundos suficientes para o adimplemento na hipótese do tomador inadimplir a obrigação assumida no contrato objeto da apólice"¹⁶, mediante a assunção de responsabilidade, pela seguradora, da prestação do objeto do contrato, que pode ser realizada por ela mesma ou delegada a um terceiro, conforme veremos adiante¹⁷. (XAVIER, 2017, p. 15)

Neste contexto, o objetivo primordial deste estudo é, pois, investigar como o seguro garantia consegue propiciar melhores resultados para as licitações, através de uma análise das diferenças entre o modelo adotado pela legislação norte-americana e o adotado pelo nosso ordenamento jurídico.

Os objetivos propostos pelo tema foram alcançados por meio da utilização da pesquisa bibliográfica como recurso metodológico, a qual baseou-se em uma análise minuciosa de monografias, cartilhas de governo, livros, legislação correlata e artigos científicos divulgados no meio eletrônico, sendo que todas as fontes utilizadas são atualizadas e de recente elaboração, garantindo fidedignidade dos argumentos expostos.

Desenvolvimento

Segundo Galiza 2015, após inúmeros calotes sofridos pelo governo norte-americano de empreiteiras em contratos de obra, em 1983, o Congresso americano aprovou o "*Heard Act*" que obrigou a exigência de garantias em todos os contratos públicos, cujo diploma normativo sofreu atualização em 1935 para o "*Miller*

Act²⁴⁵, o qual instituiu, de forma definitiva, o atual sistema de garantias (*surety inserance* ou *surety bond*) firmado entre os órgãos públicos, empresas privadas e seguradoras.

O sistema *surety inserance*²⁴⁶ traz consigo vários tipos de contrato de garantia. Como *performance bond stricto sensu*, *bid bond*, *payment bond*, dentre outros. Não obstante, não é oportuno abordá-los neste momento, aliás, cabe inicialmente diferenciar o sistema de garantia licitatório norte-americano do sistema comum de garantia oferecido pelo mercado privado, para então ser possível compreender a plenitude de todo o sistema *surety inserance*.

Galiza (2015) elenca quatro diferenças básicas dos contratos de seguros administrativos e civis, quais sejam: (i) Os seguros tradicionais possuem somente duas partes, segurado e seguradora, já o seguro garantia prevê três: segurado (empresa contratada), tomador (órgão público) e seguradora; (ii) No seguro tradicional a seguradora assina o contrato prevendo a ocorrência de um sinistro, já no modelo administrativo vislumbra a sua não ocorrência, autorizando a seguradora a não firmar o contrato caso perceba possibilidade de ocorrência, ou seja, a previsibilidade do risco deve ser 0; (iii) A remuneração da seguradora não tem a finalidade de pagar o sinistro, muito pelo contrário, o seguro garantia remunera a seguradora pelos custos administrativos e de fiscalização e investigação da contratada; e (iv) A seguradora, no seguro administrativo, pode solicitar garantias financeiras adicionais para emitir o seguro.

245 O Miller Act (ato normativo de Miller) de 1935 (decretado originalmente em 1893 como a lei Heard) determina a contratação de seguro garantia de execução e de pagamento para todos os contratos e serviços públicos federais superiores a 100 mil dólares. A proteção de pagamento, por meio de seguro garantia de pagamento, é o método preferido para os contratos superiores a 25 mil dólares. (GALIZA, 2015, p. 16)

246 GALIZA (2015, p. 28) e GOMES (2016, p. 11) Afirma ser comum denominar todos os contratos *surety bond* como *performance bond*, assim podemos concluir que não há erro em chamar *performance bond lato sensu* todo o sistema de seguro garantia.

Como visto acima, o *surety bond* trouxe uma nova configuração distinta dos contratos de seguro em geral, principalmente no que tange ao risco, pois muitas vezes, a administração pública não dispõe de corpo técnico capaz de fiscalizar e investigar a contratada, haja vista a rotatividade de servidores, falta de capacitação e conhecimento técnico próprio do cargo.

De toda forma a seguradora assume um papel relevante na licitação, ornando-se um agente garantidor da execução do contratado, evitando que a Administração Pública arque com públicos, passando a seguradora a agir ativamente na relação contratual a fim de que não venha a sofrer com eventuais indenizações decorrentes dessas interlocuções.

Carvalhosa evidencia de maneira objetiva o argumento exposto acima, senão vejamos:

Diante desse cenário de total insegurança e ausência de qualquer credibilidade nas instituições públicas, é necessário que sejam pensadas, para o futuro, soluções para minimizar os efeitos perversos da corrupção sistêmica disseminada em nosso território.

No que diz respeito aos contratos com o governo – foco principal das discussões desde que se tornaram conhecidos os escândalos recentes do caso Petrobras – a única solução viável é acabar com a interlocução direta entre o Poder Público e as empreiteiras e suas fornecedoras.

Para tanto, é fundamental a utilização obrigatória, em tais contratos de seguros, de garantia de obra (performance bonds), espécie do seguro de garantia (*surety bond*), de inspiração norte-americana, que, de resto, já vem sendo adotado há décadas pela própria Petrobras com alguns de seus fornecedores. [...]

Cessam aqui as interlocuções diretas dos entes públicos com as empreiteiras, interlocução essa que leva aos criminosos arranjos de corrupção.

O beneficiário da apólice é o ente público contratante. O garantidor é a companhia de seguro que paga ao beneficiário

(ente público). Se a seguradora for obrigada a pagar ao ente público o valor da apólice em virtude do descumprimento pela pessoa jurídica privada contratada, esta deverá ressarcir inteiramente a companhia de seguros, conforme contrato de ressarcimento pleno, firmado no momento da emissão da apólice. (CARVALHOSA, 2015, n.p.)

Superado o fato acima, deve-se aprofundar o assunto verificando os contratos de seguro garantia norte-americanos em espécie, os quais são apenas três de maior relevância²⁴⁷, dividindo-se em:

- a) *Bid Bond*: É o seguro firmado após a conclusão da licitação e antes da assinatura do contrato, tem o intento de cobrir os prejuízos que a Administração Pública tiver pela necessidade de repetir o certame caso o licitante se recuse a assinar o contrato, ou não cumpra com as obrigações preliminares previamente estabelecidas no edital.
- b) *Performance bond (stricto sensu)*: Trata-se do próprio seguro da obra, o qual é obrigatório no sistema americano, podendo cobrir o valor integral da obra, o que é o mais comum; bem como autoriza a seguradora a acompanhar e fiscalizar a execução integral do contrato.
- c) *Payment bond*: Visa garantir o recebimento do crédito dos subcontratados, fornecedores e empregados da empreiteira pelos eventuais serviços e materiais adquiridos.

As vantagens do *Performance bond (lato sensu)* não se esgota apenas na garantia fornecida pela seguradora, mas diversos outros benefícios²⁴⁸, os quais são apresentados de maneira indireta, devido ao *underwriting process*.

247 (GALIZA, 2015, p. 28) e (GOMES, 2016, p. 11 apud SCHUBERT, p. 50)

248 Carvalhosa (2016, p.1) afirma que o *performance bond* objetiva: (i) impedir a interlocução direta entre o Poder Público e fornecedores; (ii) quebrar a corrupção sistêmica; (iii) garantir o preço, a qualidade e os prazos dos contratos; (iv) garantir o retorno do investimento público através do cumprimento rigoroso dos prazos; (v) Incentivar a exigência de licenciamento ambiental e projeto técnico de necessidade e viabilidade da obra.

Para a formalização de um seguro *performance bond* a seguradora submeterá a contratada a um processo de subscrição prévio da garantia, denominado *underwriting process*, o qual se perfaz em três fases, quais sejam: pré-qualificação; avaliação e; auditoria.

A subscrição da *performance bond* traz vantagens consideráveis ao beneficiário, principalmente quando este for a Administração Pública, pois a seguradora verifica com maior *expertise* os riscos envolvidos na realização daquele projeto, prioritário ao interesse público. A seguradora dispõe de incentivo suficiente para assim agir³⁶ pois, na relação contratual da apólice de *performance*, o tomador fica obrigado através de garantias ou contragarantias (*indemnity agreements*) exigidas pela seguradora a título de ressarcimento pelo eventual sinistro do tomador³⁷. (XAVIER, 2017, p. 18).

A pré-qualificação consiste na análise da seguradora se a contratada dispõe de qualificação econômico-financeira para suportar os ônus do contrato, podendo a seguradora diligenciar os documentos fornecidos na licitação, solicitar contragarantias e comprovar a solvência da licitante vencedora perquirindo concorrentes, outros contratantes e etc.

A avaliação da subscrição (*underwriting assentment*), ocorre após a qualificação da empresa averiguada, sendo que o objeto da análise é a performance desta, ou seja, a seguradora verifica as características do serviço, da contratada e do contrato, emitindo parecer se há possibilidade ocorrer sinistro, caso haja, não se fornece a apólice e o processo se encerra, caso não haja, a apólice é emitida. A terceira e última etapa, auditoria, realiza-se no decorrer da execução da obra e consiste na livre fiscalização realizada pela seguradora, ou empresas especializadas por elas subcontratadas, a fim de garantir a fiel execução do contrato público, agindo conjuntamente com a Administração Pública.

Destarte, havendo qualquer prejuízo para a Administração Pública em decorrência de má execução da obra ou atraso, a seguradora é acionada podendo: (i) ressarcir monetariamente o órgão público; (ii) executar a obra por ela mesma ou; (iii) contratar outra empresa do ramo para executar a obra. Após o ressarcimento, a seguradora tem o direito, em ação própria, de pleitear contra a empreiteira o regresso dos valores desembolsados para conclusão da obra, a qual se encontra concluída nos prazos e critérios licitados, independentemente de qualquer descumprimento contratual, sendo essas as principais características do *surety bond* americano.

No Brasil, o sistema de seguros em licitações, disciplinado pela lei 8.666/93 e Circular SUSEP nº 477/13, tem uma outra roupagem, sofrendo demasiadas limitações, nosso ordenamento prevê diversos tipos de garantias, sendo o seguro garantia, apenas uma delas.

Para assegurar o cumprimento do contrato, e desde que haja previsão anteriormente, no instrumento convocatório, pode a Administração exigir da parte contratada determinada *garantia*. Esta, entretanto, **não poderá exceder a 5% do valor do contrato**, como regra geral. Excepcionalmente, quando o objeto contratual encerrar grande complexidade técnica e riscos significativos, **a garantia poderá alcançar o percentual de 10% do valor contratual**. Tão logo executado o contrato, porém, deve a garantia ser restituída ao contratado (art. 56, § 4o, do Estatuto).

São previstas as garantias de caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, a fiança bancária e o seguro-garantia (art.56, § 1o). (CARVALHO FILHO, 2017, p. 159, **grifo nosso**.)

O ilustre doutrinador acima resume bem as garantias dos contratos brasileiros, os quais têm percentuais definidos pelo agente público responsável pela elaboração do edital, não podendo superar, em regra, 5% do valor do contrato,

salvo materiais, serviços e obras complexos²⁴⁹, ou de bens da Administração entregues ao particular para execução do contrato, devendo o valor desses bens serem somados à garantia exigida.

Ademais, a Lei 8.666/93 traz em seu bojo a possibilidade de se exigir garantia de até 1% do valor estimado da contratação a fim de garantir que o adjudicatário assine o contrato.

Dessa forma já se expõe a primeira diferença do seguro garantia americano, o qual é possível exigir o valor integral do contrato, e não apenas um percentual diminuto.

Como visto também, a garantia brasileira possui diversas modalidades (caução em dinheiro, títulos da dívida pública, seguro garantia e fiança bancária), dentre as quais cabe ao adjudicatário escolher a mais apropriada.

“Assim, cabe à Administração a decisão de exigir a prestação da garantia, e ao contratado, a escolha da modalidade a ser prestada, entre as anteriormente indicadas.” (FURTADO, 2013, p. 431). Noutra esteira, os EUA exigem a previsibilidade de garantia em todos os contratos de obra, cujo valor seja igual ou superior a \$ 100.000,00 dólares.

Outra diferença do sistema de garantia brasileiro ao americano, é que neste é permitido à seguradora agir ativamente na fiscalização da execução do contrato, já aquele, não há previsão legal e nem interesse da seguradora em realizar tal acompanhamento, pois para o eventual inadimplemento da contratada não recai responsabilidade para a fornecedora de seguros, podendo o poder público apenas rescindir o contrato formado, executando a garantia diminuta e realizando uma

²⁴⁹ Considera-se como material, serviço ou obra complexa, aquela de grande vulto que demanda alto conhecimento técnico e pode acarretar riscos financeiros consideráveis, conforme dispõe o art. 56, § 3º da Lei 8.666/93.

nova licitação para concluir a obra ou serviço inacabado, ao passo que ficará a mercê da nova empresa contratada, e assim sucessivamente.

Uma vez superado o sistema de garantias em contratos públicos brasileiros, cabe perquirir certos questionamentos, quais sejam: O que seria necessário para incorporar o *performance bond* ao ordenamento brasileiro? Uma vez incorporado à legislação brasileira o *performance bond* produziria todos os efeitos esperados, ou necessitaria de adaptações legislativas ou no mercado brasileiro para atingir tais efeitos?

O doutrinador Carvalhosa assevera sobre o tema abordado acima:

Tais garantias são plenamente compatíveis com nosso regime de licitações públicas, **independendo, assim, de qualquer modificação legislativa.** Todas as leis em vigor que tratam da matéria de concorrência, de licitação e de contratação com o Poder Público preveem a constituição de garantia para a contratação e execução dos respectivos contratos, sendo absolutamente desnecessárias novas leis estabelecendo o regime de *security bond* na modalidade de *performance bond*.

A única providência necessária é exigir em todos os editais a adoção do regime de garantias nas concorrências públicas em todos os níveis, acima de um determinado valor.

Quando muito, o governo federal poderá expedir um decreto administrativo exigindo que as licitações, conforme preveem as leis concernentes, contenham a cláusula de garantia sob o regime de *performance bond* para a respectiva obra. Poderá, ainda, esse mesmo decreto administrativo abranger todos os estados e municípios que recebam, direta ou indiretamente, verbas da União para realização de obras públicas. (CARVALHOSA, 2015, n.p., **grifo nosso**)

Carvalhosa defende não ser necessária novas mudanças legislativas para incorporação do *performance bond* no Brasil, bastando previsão editalícia ou um

Decreto administrativo com o escopo de tornar obrigatória no edital o respectivo instrumento jurídico.

Com a máxima vênia, existem posicionamentos opostos, acreditando que a eficácia do sistema está intrínseca a fortes alterações legislativas e de mercado, todavia, para chegar nesse entendimento, é corolário apresentar as principais críticas realizadas a esse sistema.

Tisaka (2016) elenca algumas críticas acerca da incorporação do *performance bond* ao ordenamento jurídico brasileiro, afirmando que a corrupção no Brasil possui raízes profundas e não se esgota apenas nos contratos de obra, ademais, ainda segundo o autor, as principais causas de aditivos contratuais e atrasos na execução do projeto são a elaboração de projetos básicos simples e defeituosos pelo poder público.

Outro argumento explanado pelo mesmo autor é que a legislação brasileira é insuficiente e obscura acerca do tema, o que acarreta num cenário de incertezas e riscos financeiros para a seguradora, inviabilizando a prestação da garantia.

Já Galiza (2015) defende a aplicação do *surety bond* norte-americano no Brasil, assim como Carvalhosa (2015), entretanto se aproxima de Tisaka (2016) no que tange a necessidade de ser criada uma lei robusta sobre o tema, semelhante a lei mexicana de 04 de abril de 2013 (*“Ley de Instituciones de Seguros y de Fianzas”*²⁵⁰).

Outras críticas de suma importância são as arguidas por Xavier (2017, p. 55), que explana na possibilidade do *performance bond* ocasionar as seguintes fraudes: (i)

250 No México, a venda desse seguro depende fortemente do setor público, já que 70% da obras vêm dessa esfera. Existem atualmente 15 seguradoras especializadas nesse tipo de produto. Outro fato importante daquele país é que, em 2008, foram convocados os setores de seguros e fianças para o projeto de uma reforma das leis desse setor. O resultado saiu em 2013³ (*“Ley de Instituciones de Seguros y de Fianzas”*), com uma legislação ampla e detalhada de 510 artigos. (GALIZA, 2015, p. 25).

formação de cartel entre empresas e seguradoras para atingirem determinados mercados; (ii) conluio das empresas com as seguradoras, onde estas não firmariam apólices com as empresas vencedoras, beneficiando outras específicas e; (iii) conluio entre seguradoras para cobrar das empresas ônus não contabilizados para a emissão da apólice.

Para evitar tais fraudes, o autor acima defende a abertura de mercado para ingresso de novas seguradoras reduzindo o *market share* e aumentando o número de *players*, bem como o compartilhamento de dados entre a SUSEP, as seguradoras, os órgãos públicos e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Conclusão

Diante exposto, conclui-se que o *performance bond* trata-se de um instrumento jurídico eficaz no combate a corrupção, pois, apesar de não ser um remédio universal para todas as fraudes licitatórias, pode trazer uma inúmeros avanços nesse sentido.

Ora, como visto o *performance bond* rompe a interlocução direta entre empreiteiras e agentes públicos, colocando mais uma figura na relação, descentralizando funções, ao passo em que se permite a fiscalização da obra pela seguradora.

Ademais, o *underwriting process* ajuda na identificação de empresas fraudulentas ou aventureiras, bem como a formalização da apólice resguarda o interesse públicos acima de qualquer irregularidade na execução, no Conrado ou na fé dos envolvidos.

Não obstante, a incorporação não se perfaz automaticamente com uma mera previsão em editais de licitação ou decretos administrativos, assim como defende Carvalhosa (2015), mas buscando criar normas densas através do diálogo entre órgãos públicos, seguradoras e fornecedores, a fim de criar uma norma

verdadeiramente eficaz, podendo ainda utilizar “*Ley de Instituciones de Seguros y de Fianzas*” do México como ponto de partida.

Por fim, ressalta-se que a criação dessa norma deve vir atrelada às medidas administrativas de abertura de mercado para seguradoras e fomento no controle de suas atividades, prevenindo-se da criação de um sistema mais fraudulento do que o já existente.

Portanto, verifica-se que o *surety bond* norte-americano pode ser uma saída viável para maior fiscalização e austeridade da *res publica*, além de acarretar em serviços de melhor qualidade e cumprimento de todos os prazos estimados para a sua execução; desde que, frisando mais uma vez, o ingresso desse instituto jurídico no Brasil ocorra de maneira planejada e amplamente discutida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 8.666/93, de 21 de junho de 1993. Regulamentada o art. 37, inciso XXI, da

Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm. Acesso em: 26 dez. 2017.

_____, Tribunal de Contas da União. Fiscobras 2017: TCU aponta indícios de irregularidades graves em três de cada quatro obras fiscalizadas. 2017. Disponível em < <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/fiscobras-2017-tcu-aponta-indicios-de-irregularidades-graves-em-tres-em-cada-quatro-obras-fiscalizadas.htm>>. Acesso em: 26 dez. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: atlas, 2017.

CARVALHOSA, Modesto Souza Barros. "Combate à corrupção ataca capitalismo de laços". Revista dos Tribunais Online Essencial. Thomson Reuters, n 967, mai., 2016. Acesso em: 29 dez. 2017.

_____. "Aspectos Relevantes da Lei Anticorrupção e o Caso Petrobras." Legal Ethics Compliance. 2015. Disponível em: <
<http://www.lecnews.com/artigos/2015/05/08/aspectos-relevantes-da-lei-anticorruptao-e-o-caso-petrobras/> >. Acesso em: 29 dez. 2017.

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de licitações e contratos administrativos. 5. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: fórum, 2013.

GALIZA, Francisco. Uma análise comparativa do seguro garantia de obras públicas. Rio de Janeiro: ENS-CPES, 2015.

GOMES, Frederico Yokota Choucair. Análise econômica do Performance Bond nos contratos de obras públicas. 2016. Disponível em: <
http://www.academia.edu/30388405/AN%C3%81LISE_ECON%C3%94MICA_DA_PERFORMANCE_BOND_NOS_CONTRATOS_DE_OBRAS_P%C3%94BLICAS >. Acesso em: 02 jan. 2018.

SIQUEIRA, Rodrigo Felipe de. A utilização do seguro garantia como instrumento de garantia em licitações e contratos administrativos. Monografia de Especialização em Gestão de Negócios. Departamento de Gestão e Economia - DAGEE/Universidade Tecnológica Federal do Paraná. Curitiba, 2013.

TISAKA, Maçahico. "Seguro Performance Bond para obras públicas". Revista Brasil Engenharia. São Pulo, n. 631, p. 86-87, dez., 2016.

XAVIER, Vítor Boaventura. O seguro garantia de execução do contrato – *Performance Bond*: Uma análise dos aspectos regulatórios e concorrenciais da sua exigência pela Administração Pública no Brasil. Monografia de Bacharel em

Direito. Faculdade de Direito/Universidade de Brasília – UnB. Brasília, Distrito Federal, 2017.