

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 844

(Ano X)

(10/03/2018)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2018

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF) -
Coordenador-Geral. Fundador do Conteúdo Jurídico.
Mestre em Direito Penal Internacional Universidade de
Granda/Espanha.

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: SHN. Q. 02.
Bl. F, Ed. *Executive Office Tower*. Sala 1308. Tel. 61-
991773598 ou 61-3326-1789
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



06/03/2018 Kiyoshi Harada

» [Chega ao fim o imbróglio jurídico em torno dos incentivos fiscais inconstitucionais](#)

ARTIGOS

09/03/2018 Layza Eliza Mendes Montenegro

» [Direito a um julgamento justo](#)

09/03/2018 Benigno Núñez Novo

» [A prescrição intercorrente em matéria tributária](#)

09/03/2018 Pilar Jimenez Castro

» [Decadência e prescrição tributárias nos lançamentos por homologação em vista da jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça](#)

09/03/2018 Joseph Bruno dos Santos Silva

» [O papel das relações trabalhistas na evolução dos direitos fundamentais sociais](#)

09/03/2018 Ronaldo Paulino Filho

» [Aspectos Legais do Trespasse e Estabelecimento Empresarial](#)

08/03/2018 José Aécio Vasconcelos Filho

» [A teoria da escolha pública e o problema do desequilíbrio fiscal no Brasil](#)

08/03/2018 Marília de Miranda Chiappetta dos Santos

» [As tutelas provisórias no novo Código de Processo Civil](#)

08/03/2018 Benigno Núñez Novo

» [Direito Empresarial](#)

08/03/2018 Rebecca Braz Vieira de Melo

» [O direito fundamental à liberdade de locomoção e o habeas corpus coletivo](#)

07/03/2018 Roberto Rodrigues de Moraes

» [Decisão do STJ sobre COFINS e PIS e o conceito de insumos da COFINS e do PIS cria oportunidade para recuperação de créditos nos últimos 5 anos](#)

07/03/2018 Benigno Núñez Novo

» [A Lei da Terceirização: um grande equívoco e retrocesso](#)

06/03/2018 Sérgio da Silva Ferreira

» [Direito ao Esquecimento: genuíno mecanismo de proteção à dignidade humana ou escamoteado instrumento de violação às liberdades comunicativas?](#)

06/03/2018 Benigno Núñez Novo

» [A importância do Mercosul para o Brasil](#)

06/03/2018 Irving Rahy de Castro Pereira

» [Função social da propriedade: considerações constitucionais acerca das ocupações de imóveis rurais](#)

05/03/2018 Flâmila Machado de Carvalho

» [Reflexões acerca do direito à privacidade sob uma perspectiva sociológica e psicológica no direito brasileiro](#)

05/03/2018 Fernanda Rocha Ramos

» [A evolução do entendimento do STF a respeito do papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade \(art. 52, inciso X, da Constituição Federal\): análise crítica](#)

05/03/2018 Benigno Núñez Novo

» [A importância do instituto da delação premiada](#)

05/03/2018 Adir Machado Bandeira

» [A distanásia do Novo Código de Processo Civil](#)

05/03/2018 Antônio Augusto Souza Dias Júnior

» [O anacronismo da súmula 323 do STF](#)

05/03/2018 Filipe Serafim Mapilele

» [Descentralização administrativa num contexto de concentração do poder: Análise sobre a proposta de descentralização do Presidente Moçambicano](#)

05/03/2018 Alisson Bruno Barbieri Leite

» [Juizados Especiais Criminais: esperança de justiça mais célere](#)

TESE DOUTORADO

05/03/2018 Benigno Núñez Novo

» [A educação prisional no Mercosul, unidade prisional de Bom Jesus, Estado do Piauí, Brasil](#)

CHEGA AO FIM O IMBRÓGLIO JURÍDICO EM TORNO DOS INCENTIVOS FISCAIS INCONSTITUCIONAIS

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.

Os incentivos fiscais na área do ICMS são regidos pela Lei Complementar nº 24/75 recepcionada pela Constituição de 1988 (art. 155, § 2º, XII, g).

Ocorre que nunca foram observados os requisitos dessa lei complementar por exigir a quase impossível unanimidade dos Estados componentes da Federação Brasileira. Daí os incentivos fiscais unilateralmente concedidos pelos Estados, ensejando a chamada “Guerra Fiscal”.

Os Estados prejudicados ingressaram com ADIs no STF. Se a Corte Suprema concedesse a medida liminar suspendendo a vigência de Lei unilateralmente aprovada pelo Estado-réu, ao invés de aplicar o art. 12 da Lei nº 9.868/99, tudo seria resolvido de imediato. Mas, os processos versando sobre a inconstitucionalidade dos incentivos fiscais se arrastaram por vários lustros. Quando vieram as decisões de mérito, as situações jurídicas irregulares já haviam se consolidado com o passar dos anos. A declaração de inconstitucionalidade passados mais de dez anos, com efeito *ex tunc*, ofende o princípio da segurança jurídica.

Em 2011, o Colendo Supremo Tribunal Federal julgou simultaneamente onze ADIs acumuladas, concluindo pela inconstitucionalidade das leis impugnadas, sem modulação de efeitos. Aí teve início o drama dos contribuintes beneficiados que teriam que recolher os impostos com multa, juros e correção monetária.

Em meio à ameaça de edição da Súmula Vinculante nº 69 do STF considerando inconstitucionais os incentivos do ICMS sem a aprovação em convênio [1], foi apresentado o PLC nº 238/13 prevendo a remissão de créditos tributários constituídos em decorrência de incentivos fiscais irregulares, mediante aprovação de um convênio no âmbito do Confaz a

ser subscrito por 3/5 das unidades federadas e 1/3 das unidades federadas integrantes de cada uma das cinco regiões do País [2]. Esse PLC nº 238/13, por outro lado, flexibilizava a concessão de novos incentivos fiscais mediante alteração do art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Só que o Confaz, órgão de fato, sem personalidade jurídica [3], atropelando o processo legislativo em andamento decretou por iniciativa própria a remissão dos créditos tributários oriundos de incentivos fiscais declarados inconstitucionais.

Criou-se um verdadeiro imbróglio jurídico em torno dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de incentivos fiscais diversos por decisão do STF que julgou em bloco as onze ADIs represadas.

O PLC nº 238/13, na parte que introduzia normas nebulosas nos parágrafos do art. 14 da LRF, flexibilizando os requisitos legais para concessão de incentivos fiscais, resultou na aprovação Lei Complementar nº 148, de 25-11-2014.

A parte concernente à remissão de créditos tributários decorrentes de incentivos fiscais irregulares converteu-se na Lei Complementar nº 160, de 7-8-2017 (arts. 1º a 8º).

Entretanto, legislando em caráter concreto, o art. 9º dessa Lei Complementar, mediante acréscimos dos §§ 4º e 5º ao art. 30 da Lei nº 12.973, de 13-5-2014, conferiu aos créditos tributários gerados pelos incentivos fiscais irregulares, a natureza de subvenção para investimentos, nos seguintes termos:

“§4º Os incentivos e os benefícios fiscais ou financeiro-fiscais relativos ao imposto previsto no inciso II do *caput* do art. 155 da Constituição Federal, concedidos pelos Estados e pelo Distrito Federal, são considerados subvenções para investimentos, vedada a exigência de outros requisitos ou condições não previstos neste artigo.

§ 5º O disposto no § 4º deste artigo aplica-se inclusive aos processos administrativos e judiciais ainda não definitivamente julgados.”

O art. 10 dessa LC nº 160/17, por sua vez, determinou a aplicação dos §§ 4º e 5º do art. 30 da Lei nº 12.973/14 aos incentivos fiscais ou financeiro-fiscais do ICMS sem aprovação por convênio no âmbito do Confaz.

Trocando em miúdos, os créditos tributários decorrentes da declaração de inconstitucionalidade dos incentivos fiscais irregulares do

ICMS, mesmo aqueles em cobrança administrativa ou judicial foram convertidos em subvenção para investimento.

O que são subvenções para investimentos?

Nos termos do parágrafo 3º, do art. 12 da Lei nº 4.320/64:

Subvenções são transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como:

I – subvenções sociais, as que se destinam a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa;

II – subvenções econômicas, as que se destinem a empresas públicas ou privadas de caráter industrial, comercial, agrícola ou pastoril.

Resulta desses textos que subvenções são auxílios pecuniários para fins sociais ou econômicos.

As despesas de investimento estão definidas no § 4º, do art. 12:

§ 4º Classificam-se como investimentos as dotações para o planejamento e a execução de obras, inclusive as destinadas à aquisição de imóveis considerados necessários à realização destas últimas, bem como para os programas especiais de trabalho, aquisição de instalações, equipamentos e material permanente e constituição ou aumento do capital de empresas que não sejam de caráter comercial ou financeiro.

Nesse conceito estão abrangidas as transferências para implantação de indústria, sua expansão, inclusive aquisição de imóveis necessários à implantação ou expansão.

Conjugando-se os dois conceitos que derivam da lei aplicável nacionalmente temos que as subvenções para investimento são ajudas financeiras do governo destinadas a fomentar as atividades econômicas (industrial, comercial ou pastoril).

O caminho encontrado pelo legislador afigura-se correto.

De fato, não era o caso de conceder simplesmente a remissão de créditos tributários que significa perdão dos créditos tributários aos maus pagadores de tributos, com ofensa ao princípio da isonomia tributária. O

sábio legislador nacional, para solucionar o impasse criado por ação dos governadores, deu à questão a roupagem jurídica adequada, conferindo a natureza de subvenção para investimento àqueles créditos tributários oriundos de incentivos fiscais irregularmente concedidos.

Realmente, resta claro que os governantes não concederam os aludidos incentivos fiscais, unilateralmente, sem a intermediação do Confaz como exige a Constituição, simplesmente por amor aos contribuintes. Infere-se com clareza lapidar que esses incentivos foram outorgados com o nítido objetivo de desenvolver a economia regional, para que pudesse contribuir no crescimento do PIB, na geração de novos empregos e conseqüentemente no aumento da arrecadação tributária, a médio prazo, decorrente de riquezas acrescidas.

Desde o início, aqueles incentivos fiscais do ICMS se revestiam, materialmente, da natureza jurídica de subvenção para investimento.

A única diferença é que ao invés de fornecer dinheiro público aos contribuintes para expansão de suas atividades, permitiu-se que os contribuintes beneficiados por incentivos fiscais retivessem parte do dinheiro correspondente ao ICMS devido.

Contudo, o caminho para a continuidade da guerra fiscal permanece livre e desimpedido. Por isso tenho dito que a guerra fiscal está no sangue do brasileiro. Todos a amam: os governantes, os contribuintes, os parlamentares e a cúpula do Judiciário

A única solução para pôr termo a essa guerra fiscal consiste na edição de Súmula Vinculante pelo STF considerando inconstitucionais os incentivos fiscais concedidos sem a intermediação do Confaz como consignado no Projeto de Súmula Vinculante de nº 69, ou, a federalização do ICMS, um imposto de vocação nacional.

Notas:

[1] A Proposta da Súmula Vinculante nº 69 tinha a seguinte relação:

“Qualquer isenção, incentivo, redução de alíquota ou da base de cálculo, crédito presumido, dispensa de pagamento ou outro benefício relativo ao ICMS, concedido sem prévia aprovação em convênio celebrado no âmbito do Confaz, é inconstitucional”.

Essa PSV não chegou a ser editada e publicada. Sem efeito modulatório ela causaria mais problemas do que soluções, desfazendo as relações jurídicas estabilizadas com o passar do tempo. Na verdade, houve pedido do Senado Federal para suspender a edição dessa Súmula Vinculante.

[2] Norte, Nordeste, Centro Oeste, Sul e Sudeste.

[3] O Confaz foi “instituído” pelo Convênio nº 8/75, porém, às vezes, ele tem funcionado como órgão legislativo.

DIREITO A UM JULGAMENTO JUSTO

LAYZA ELIZA MENDES MONTENEGRO:
Universidade Federal da Paraíba - UFPB.
Bacharela em Direito. Advogada (OAB/PB).

RESUMO: Na vigência de uma Lei Maior que elenca diversas garantias processuais fundamentais e imperiosas a uma tutela jurisdicional efetiva, faz-se necessário que o processo esteja fundado em uma concepção constitucionalizada, de modo a se concretizar um julgamento justo, tendo em vista que, apesar da impossibilidade de se determinar o que é justo, é possível verificar os casos de injustiça e violação constitucional. Nessa conjuntura, destaca-se a necessidade de compatibilização do processo com as garantias constitucionais, mesmo quando diante de uma produção legislativa severa e simbólica que tenta resolver o problema da criminalidade e violência no país a partir do endurecimento legal e, até mesmo, da supressão de garantias e direitos constitucionalizados.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Direito a um julgamento justo; 2.1. O devido processo constitucional; 2.2. Garantias constitucionais para um julgamento justo; 2.3. Peculiaridade do processo penal; 3. Conclusão; 4. Referências

1. Introdução

Ante o Estado Democrático de Direito declarado constitucionalmente, reconhece-se o dever de existir um processo democrático constitucionalizado como garantia mínima de todos de ter um julgamento justo. O conceito de justiça não é preciso e não se trata de um conceito fechado e determinado no tempo e espaço, mas de um significado que exige o acompanhamento do desenvolvimento social.

O direito a um julgamento justo é um direito fundamental, mesmo sem que se possa determinar o que seja justiça, é possível verificar os casos em que fora violada, pois a injustiça salta aos olhos, ainda que não reconhecida.

Assim, em um contexto social marcado pela violência e, portanto, de injustiça, faz nascer um sentimento de necessidade de produção legislativa mais severa e incriminadora com a finalidade de resolver essa conjuntura e apaziguar o ânimo da sociedade.

Muitas vezes, ao retribuir com a mesma moeda, permite-se que algumas garantias processuais fundamentais sejam olvidadas como medida exigível para afastar o mal. Há o surgimento de uma legislação simbólica como a única medida efetiva e rápida a ser desenvolvida pelo poder público, justificada pelo clamor social, ao tempo em que se verifica a supressão de direitos e garantias dos cidadãos, fazendo surgir uma zona cinzenta entre a necessidade e a constitucionalidade.

2. DIREITO A UM JULGAMENTO JUSTO

O direito a um julgamento justo ampara os indivíduos contra intervenções estatais arbitrárias, dando-lhes segurança, ainda mais quando já se vivenciou períodos de grave violação de direitos.

Nesse contexto, a instauração de um processo, assim como o seu desenvolvimento, deve ser pautada em lei, previamente produzida e de conhecimento público, a ser aplicada de forma igualitária e elaborada em conformidade com a Constituição, tendo em vista que esta goza de supremacia e serve de fundamento de validade para toda a ordem jurídica.

A supremacia constitucional se impõe por meio de dois institutos jurídicos importantes: a rigidez da Constituição, que demanda para alteração dos preceitos constitucionais um procedimento mais difícil do que aquele exigido para elaboração da legislação infraconstitucional; e o controle de constitucionalidade dos atos normativos, que permite a invalidação daqueles que contrariem a Constituição. Mas ela depende ainda de outro elemento, de natureza sociológica, que os textos normativos não têm como impor: a existência de uma cultura constitucional, caracterizada pela generalizada adesão do povo à Constituição estatal, que ocorre quando este a toma como algo que é seu, e pelo qual vale a pena lutar.^[1]

Assim, torna-se imprescindível a observância da cláusula do *due process of law*, pautada em garantias processuais que devem ser

concretizadas durante a prestação jurisdicional estatal como forma de evitar lesões a direitos e danos irreparáveis.

Nessa senda, o processo deve estar ancorado na preservação dos direitos e das garantias constitucionais, de modo a aferir legitimidade democrática aos pronunciamentos jurisdicionais e certificar o desenvolvimento de um julgamento justo.

A função jurisdicional, no Estado Democrático de Direito, não é atividade beneficente, obsequiosa ou criativa, mas atividade-dever do Estado, razão pela qual, em contrapartida, é direito fundamental de qualquer um do povo (governantes e governados) e também dos próprios órgãos estatais obtê-la, a tempo e modo, vale dizer, de forma adequada e eficiente, pela garantia do devido processo constitucional.^[2]

Julgamento justo, este, que só será alcançado a partir da construção de um provimento em que seja assegurado a participação isonômica e efetiva das partes, o dever de fundamentação das decisões, sua publicidade, e o estabelecimento de um juízo natural e imparcial.

Na concepção de J. J. Gomes Canotilho, será considerado processo justo aquele em que houver *proteção alargada de direitos fundamentais* quer nas dimensões processuais quer nas dimensões substantivas. E arremata:

A proteção alargada através da exigência de um processo equitativo significará também que o controlo dos tribunais relativamente ao carácter “justo” ou “equitativo” do processo se estenderá, segundo as condições particulares de cada caso, às dimensões materiais e processuais do processo no seu conjunto. O parâmetro de controlo será, sob o ponto de vista intrínseco, o catálogo dos direitos, liberdades e garantias constitucionalmente consagrados e os direitos de natureza análoga constantes de leis ou convenções internacionais. Mas o controlo pautar-se-

á ainda pela observância de outras dimensões processuais materialmente relevantes.^[3]

Nessa senda, a interpretação do direito deve se coadunar aos princípios e regras constitucionais, ainda mais quando se está diante de um processo penal em que a liberdade do indivíduo, direito fundamental, é passível de privação.

Algumas garantias individuais precisam ser tuteladas para a realização de um devido processo constitucional, como forma de assegurar que ninguém seja privado de seus bens e de sua liberdade sem antes enfrentar um julgamento justo.

2.1 O DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL

O estudo do processo deve estar inserido no sistema unitário do ordenamento jurídico, haja vista o paralelo existente entre o direito processual e o regime constitucional em que o processo se desenvolve.

A Constituição, fruto do equilíbrio das forças políticas existentes na sociedade em dado momento histórico, deve servir de fundamento para compreensão do processo e dos princípios a ele estabelecidos.

Com a evolução do Direito Constitucional, a partir do segundo pós-guerra, denominada por alguns autores americanos e europeus de *neoconstitucionalismo*, inaugura-se um novo período da hermenêutica constitucional, refletindo a pujança da *força normativa da Constituição*^[4], de modo que esta se coloca em posição de supremacia e norte interpretativo a todo o sistema jurídico. Difunde-se, assim, a concepção de Constituição normativa e dirigente que passa a albergar, no seu texto, direitos fundamentais que garantem o viés democrático ao Estado de Direito.

Nessa conjuntura, faz-se mister também a remodelação da prestação jurisdicional. Para isso, o processo, além de mero instrumento através do qual o Poder Judiciário exerce sua função típica (instrumento técnico), passa a ser visto como garantia de liberdade (instrumento ético).

Foram a constitucionalização e a internacionalização dos direitos fundamentais, particularmente desenvolvidas na jurisprudência dos tribunais constitucionais e das instâncias supranacionais de Direitos Humanos, como a Corte Europeia de Direitos Humanos, que revelaram o conteúdo da tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental, minudenciado em uma série de regras mínimas a que se convencionou chamar de garantias fundamentais do processo, universalmente acolhidas em todos os países que instituem a dignidade da pessoa humana como um dos pilares do Estado Democrático de Direito. ^[5]

Nesse passo, o devido processo legal ganha relevância, funcionando como meio de manutenção dos direitos fundamentais e impedindo que as liberdades públicas fiquem ao arbítrio das autoridades executivas, legislativas e judiciais^[6].

A ideia de devido processo legal tem antecedente histórico na *Magna Charta Libertatum*, outorgada, em 1215, pelo Rei João “Sem Terra”, que estabelecia em seu artigo 39 que “nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, de sua liberdade ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer forma destruído, nem o castigaremos nem mandaremos forças contra ele, salvo julgamento legal feito por seus pares e de harmonia com a lei do país”. Já a expressão, em si considerada, *due process of law*, veio a ser empregada em 1354, durante o reinado de Eduardo III, quando o Parlamento inglês editou o *Statute of Westminster of the Liberties of London*. Posteriormente, a terminologia foi utilizada na Constituição norte-americana de 1787, incluída por meio da V Emenda, passando a ter difusão mundial.

O princípio do devido processo legal age como fator de segurança jurídica e proteção da confiança dos indivíduos, por assegurar paridade de condições em face do Estado quando este pretende restringir a liberdade ou o direito aos bens jurídicos tutelados constitucionalmente.

A atual Constituição brasileira, em seu artigo 5º, inciso LIV, fez menção expressa ao princípio do devido processo legal, consubstanciando uma das mais relevantes garantias constitucionais do processo, intimamente relacionado às garantias do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB/88). Nesse sentido, “a própria Constituição incumbese de configurar o direito processual não mais como mero instrumento de regras acessórias de aplicação do direito material, mas, cientificamente, como instrumento público de realização da justiça”^[7]. Assim, ante a prevalência do *due process* sobre quaisquer leis infraconstitucionais que prevejam a realização de provimento estatal sem a sua observância, a doutrina passou a denominar de *devido processo constitucional*.

Em verdade, como preleciona Tiago Dantas^[8], “o verdadeiro significado da terminologia *due process of law*, no nosso idioma, seria ‘perfeita adequação ao Direito’, e não ‘devido processo legal’ (*Problemas de direito positivo*, p. 50)”. Outrossim, Rui Portanova, ao tratar do princípio do devido processo legal, aduz que este “é tão amplo e tão significativo que legitima a jurisdição e se confunde com o próprio Estado de Direito”^[9].

Nesse contexto, há de se observar que o *due process* é o principal alicerce do processo constitucional, instituindo um bloco de direitos e garantias fundamentais inafastáveis que constituem a essência de um Estado Democrático de Direito. Consoante dispõe Rosemiro Pereira Leal:

[...] Na **teoria jurídica da democracia**, o procedimento só é legítimo quando garantido pela instituição do **devido processo constitucional** que assegure a todos indistintamente uma estrutura espaço-temporal (devido processo legal e devido processo legislativo) na atuação (exercício), aquisição, fruição, correição e aplicação de direitos. (grifos no original) ^[10]

Nesse diapasão, aos olhos da teoria processual constitucionalizada, o devido processo legal – alçado ao *status* constitucional – é fundamento de legitimidade e validade das instituições jurídicas. Desse modo, o processo passa a ser estudado

consoante os institutos e princípios constitucionais, ou, como aduz Pereira Leal, “sequer o processo deve ser pensado ‘à luz da Constituição’, porque é o processo a luz da Constituição”^[11].

Assim, utilizando-se da teoria do processualista italiano Elio Fazzalari^[12], que remodelou o conceito de procedimento e, principalmente, de processo; abandonando a ideia de relação jurídica; para conformá-los a essa nova visão – neoconstitucionalista – do direito, conclui-se que o processo é *procedimento qualificado pelo contraditório*. Nesse sentido, o contraditório há de ser direito-garantia constitucionalizado e aderente à realidade social, de modo a assegurar a simétrica participação dos interessados na preparação do provimento estatal.

Em razão disso, a manifestação do poder do Estado, exercido em nome do povo, que se projeta no pronunciamento jurisdicional (e, também, no pronunciamento legislativo) tem de ser realizada sob rigorosa disciplina constitucional principiológica, qualificada como devido processo constitucional. ^[13]

Assim, o devido processo constitucional deve orientar e informar todo o processo jurisdicional, legislativo e administrativo, uma vez que, mais do que mero instrumento técnico, o processo é meio de acesso à ordem jurídica justa, para tanto, deve pautar o seu desenvolvimento em propósitos justos.

Nessa perspectiva, seguindo as diretrizes de uma tutela jurisdicional efetiva, consequência do próprio Estado Democrático de Direito – constituído para realizar o bem de todos (art. 3º, IV, da CRFB/88) – devem ser concretizadas algumas garantias fundamentais do processo, compreendidas nas denominações de *devido processo legal* ou *processo justo*, por comportarem a realização imperativa e imparcial dos preceitos componentes do ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PARA UM JULGAMENTO JUSTO

Em 1789, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão prelecionou em seu art. 16 que “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. Nessa conjuntura, os direitos fundamentais, reconhecidos pelo Estado Democrático de Direito ao povo, atuam de forma a limitar as arbitrariedades do poder estatal.

Certo é que o reconhecimento expresso dos direitos fundamentais nos textos constitucionais e ordenamentos jurídicos infraconstitucionais contemporâneos permitiu a criação de um bloco compacto de salvaguarda das pessoas e de suas liberdades contra quaisquer atos de abuso do poder ou de arbítrio provenientes do Estado, incompatíveis com o princípio maior da vinculação de qualquer ato estatal ao Estado Democrático de Direito, sobretudo o ato jurisdicional, que somente pode ser praticado em processo devidamente constitucionalizado [...].^[14]

Entretanto, impende destacar que a mera previsão de direitos fundamentais no ordenamento jurídico-constitucional não lhes assegura plena efetividade, sem o estabelecimento das garantias (processuais) que afirmem o sistema de proteção. Se antes de 1988 a luta era pela incorporação dos direitos fundamentais e das garantias processuais na Constituição, no atual contexto, busca-se a concretização do extenso rol de direitos que foram consagrados.

No Estado Democrático Contemporâneo, a eficácia concreta dos direitos constitucional e legalmente assegurados depende da garantia da tutela jurisdicional efetiva, porque sem ela o titular do direito não dispõe da proteção necessária do Estado ao seu pleno gozo. ^[15]

As garantias fundamentais do processo são, em verdade, princípios constitucionais, expressão pura do Estado Democrático de Direito, que possuem como diretriz de interpretação a dignidade do ser

humano. Parte-se da certeza de que não será delimitado o alcance dessas garantias, mas faz-se uma tentativa de contribuir para definir as características básicas do processo contemporâneo, que deve não apenas prender-se ao procedimentalismo codificado, mas buscar obter efetividade dos seus resultados na tutela de direitos, respeitando-se valores humanitários.

O devido processo legal tem como vigas-mestras o contraditório e a ampla defesa que devem ser assegurados às partes em qualquer processo administrativo ou jurisdicional e aos acusados em geral, conforme enuncia o artigo 5º, LV, da CRFB/88.

O contraditório é a garantia de participação efetiva dos atores processuais com igualdade de oportunidade. Sem ele, o processo tornar-se-ia meio procedimental inquisitório.

[...] É o contraditório que viabiliza a participação simetricamente igualitária das partes destinatárias do pronunciamento jurisdicional decisório final (decisão interlocutória, sentença, acórdão, provimento) na fase procedimental da sua preparação, influenciando as mesmas partes na sua construção. [...] ^[16]

O processo deixa de ser um monólogo e converte-se em um diálogo, fazendo com que a atividade jurisdicional assuma um papel mais democrático, abrindo espaço ao convencimento praticado pelas partes em relação ao juiz e deste em relação àquelas.

Nessa senda, observa-se que o dever de fundamentar, ao lado do contraditório, é igualmente determinante para a caracterização do processo judicial hodierno. O contraditório é consequência do princípio político da participação democrática, assim, a decisão judicial não pode ser fundada em meios de direito levantados de ofício, mas a partir da discussão preventiva.

O dever da fundamentação, disposto no art. 93, IX, da CRFB/88, visando ao afastamento do arbítrio judicial e à fiscalização da atividade jurisdicional, impõe ao julgador a necessidade de motivar seus

pronunciamentos decisórios, conferindo legitimidade democrática e constitucional. Nessa senda, transcreve-se lição de Lenio Luiz Streck:

No Estado Democrático de Direito, mais do que fundamentar uma decisão, é necessário justificar (explicitar) o que foi fundamentado. Fundamentar a fundamentação, eis o elemento hermenêutico pelo qual se manifesta a compreensão do fenômeno jurídico. Não há princípio constitucional que resista à falta de fundamentação; não há embargo declaratório que possa, posteriormente à decisão, restabelecer aquilo que é a sua condição de possibilidade: o fundamento do compreendido. O dever de fundamentar as decisões (e não somente a decisão final, mas todas as do *iter*) está assentado em novo patamar de participação das partes no processo decisório. A fundamentação está ligada ao controle das decisões, e o controle depende dessa alteração paradigmática no papel das partes da relação jurídico-processual. Por isso, o protagonismo judicial-processual – que, como já se viu, provém das teses indicadas por Büllow, Menger e Klein ainda no século XIX – deve soçobrar diante de uma adequada garantia ao contraditório. ^[17]

Nesse espeque, observa-se a existência de uma relação umbilical entre o contraditório e o dever de fundamentação. É que, não basta dizer que a decisão é racional, torna-se imprescindível demonstrar o respeito ao contraditório participativo, a partir do exame da argumentação apresentada.

A legitimidade democrática das decisões jurisdicionais, comprometidas com o princípio do Estado Democrático de Direito, está assentada na exclusiva sujeição dos órgãos jurisdicionais às normas que integram o ordenamento jurídico, sobretudo as normas constitucionais, emanadas da

vontade do povo, porque discutidas, votadas e aprovadas pelos seus representantes, no Congresso Nacional.^[18]

Nesse sentido, quando se fala sobre a função política da motivação das decisões judiciais, preleciona-se que este imperativo tem “a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões”^[19].

Ademais, a publicidade, visando à eliminação de todo procedimento sigiloso e da inacessibilidade ao público interessado, constitui uma relevante garantia ao indivíduo no que concerne ao exercício da fiscalização.

Rompendo com o contexto de juízos secretos e de caráter inquisitivo – reação oriunda na Revolução Francesa – o sistema da publicidade dos atos processuais repercute diretamente sobre as garantias de independência, imparcialidade, autoridade e responsabilidade do juiz^[20].

Nesta senda, v. g., nada há de mais democrático, e mesmo potencializador da ideia de dignidade do homem, do que a publicidade de atos do processo, que inviabilizam que estes não sejam levados ao conhecimento de todos. Evita-se um processo às escuras, em que direitos sejam burlados como resultado do desconhecimento do teor de decisões judiciais. Portanto, o princípio da publicidade é expressão pura da democracia.^[21]

Assim, para o desenvolvimento de um processo constitucionalizado, reconhece-se a necessidade de dar publicidade aos atos processuais. No entanto, impende salientar que esta regra geral de publicidade pode ser relativizada, limitando a presença às próprias partes e aos seus advogados, ou somente a estes, quando visa a preservar direito à intimidade do interessado, conforme previsão constitucional, mas desde que não reste prejudicado o interesse público à informação.

Ademais, quando se fala em defesa nacional, ordem pública, moral, bons costumes, em suma, interesse social (art. 5º, LX, da CRFB/88), tende-se a excepcionar o referido princípio. Todavia, ante a abertura interpretativa da expressão, impõe-se a aplicação do princípio da proporcionalidade quando se está a analisar o caso concreto em que direitos e garantias fundamentais estão em conflito e precisam ser sopesadas, isso na tentativa de evitar a perpetração de abusos.

Destaca-se, ainda, a garantia do juízo natural, depreendida do inciso XXXVII, art. 5º, da CRFB/88, que prescreve: “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, sendo complementado pelo inciso LIII, do mesmo dispositivo, que dispõe: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Nesse contexto, o princípio em comento apresenta dupla acepção, a de que só é juiz o órgão investido de jurisdição e a que impede a criação de tribunais *ad hoc* e de exceção.

Assim, o órgão jurisdicional deve ser instituído, determinado e delimitado sob critérios gerais fixados previamente no ordenamento. É a antítese do *juízo pós-constituído ou juízo de exceção*^[22], criado após a existência do fato. Assim, “ninguém pode ser protegido por um juiz especial, como ninguém deve ser perseguido por um juiz *ad-hoc*”^[23].

Nessa trilha, o juízo natural, apesar de não assegurar a total imparcialidade do julgador, configura-se como um mínimo indispensável.

2.3 PECULIARIDADE DO PROCESSO PENAL

Partindo do olhar da teoria geral do processo, passa-se a verificar a incidência e repercussão dessas garantias constitucionais no âmbito processual penal.

No processo penal, resolvem-se os conflitos mais exasperados entre cidadão e Estado, tendo em vista que o direito penal só age quando estritamente necessário, incidindo quando os demais ramos do direito não são capazes de proteger o bem jurídico violado.

Sobretudo quando se está diante de um caso em que se põe em risco a liberdade de locomoção ou algum outro direito fundamental indisponível, torna-se imprescindível a observância de garantias mínimas, de modo a se ter um julgamento baseado no princípio acusatório (processo acusatório).

[...] O processo acusatório é o que assegura todas as garantias do devido processo legal. Pressupõe a existência de garantias constitucionais decorrentes do respeito à dignidade humana e ajustadas ao perfil de um processo penal democrático, caracterizado pela constante mediação do juiz, principalmente quando houver restrição a algum direito ou garantia fundamental. [...] ^[24]

A extrema necessidade de observância de direitos e garantias mínimas se deve ao fato de que, além das consequências finais passíveis de ocorrer no processo penal como o encarceramento do réu, durante o desenrolar do processo, só pelo fato de este existir, surgem repercussões negativas à pessoa do acusado, já que a sociedade ainda vê um acusado como definitivamente culpado.

Apesar de um contexto histórico mundial em que o processo penal se desenvolve com características eminentemente inquisitoriais e totalitárias, faz-se mister romper com a ideia de processo que sempre buscou justificar os atos de governo e de imposição da força física, em que pese a dificuldade em conjugar os elementos de uma cultura inquisitória, ainda sobrevivente às reformas do Código Processual Penal brasileiro de 1941, com o princípio acusatório de previsão constitucional.

Ao se pretender adotar uma postura não inquisitiva, faz-se necessário elucidar que a forma, no processo penal, mais do que pretensão jurídica, é uma garantia individual. Contudo, não se trata de dar importância unicamente ao formalismo processual, muitas vezes ensejador de injustiças, mas é que a forma, especialmente no processo penal, apresenta um complexo de garantias destinadas ao acusado indispensáveis à limitação do subjetivismo e do arbítrio das autoridades.

Quanto ao Processo Penal, relativamente aos direitos dos acusados, a postura a ser adotada é aquela professada pelos mais ferrenhos legalistas: *respeito às regras do jogo* de maneira transparente. Nada mais do que isso. Todavia, quando as regras do jogo passam a ser o entrave para a *turba sedenta pelo gozo sádico* – mormente em tempos *neoliberais* de encarceramento total da pobreza –, os argumentos jurídicos transcendentais da condenação em nome da *paz social*, da *segurança jurídica*, do *interesse social em formatar o apenado* subvertem a lógica de garantias e se constituem no fundamento retórico e deslegitimado de uma condenação. [...] *As regras do jogo* são esquecidas por um discurso empolado, bonito, valorativo, emitido pelos imaginariamente ‘bons’, por aqueles que sabem o que é melhor para a sociedade e acusados, afinal, exercem as funções de juízes na sociedade em nome do Outro. [...] ^[25]

Nesse sentido, por mais que se propague um discurso de necessidade de endurecimento do sistema punitivo com a criação de uma legislação simbólica, muitas vezes rígida, mas não efetiva, as garantias processuais não podem se conformar como mero acessório do Direito Penal, mas como normas que necessitam ser respeitadas e aplicadas consoante os ditames constitucionais.

[...] *As regras do jogo democrático* devem ser garantidas de maneira crítica e constitucionalizada, até porque como ‘Direito Fundamental’ (e as normas processuais o são) não se transige, não se negocia, defende-se, deixou assentado Ferrajoli. Dito de outra forma, as regras do jogo devem ser constantemente interpretadas a partir da matriz de *validade Garantista*, não se podendo aplicar cegamente as normas do Código de Processo Penal, sem que se

proceda, antes e necessariamente, uma *oxigenação constitucional*. [...] ^[26]

Portanto, ao se compreender a importância do processo penal na democracia, onde se exige a legitimidade do provimento judicial, impõe-se a sua análise como procedimento em contraditório, adotando-se uma postura que tanto proteja os valores e bens da sociedade quanto respeite os direitos fundamentais dos indivíduos.

Nessa perspectiva, é preciso buscar um equilíbrio entre *jus puniendi* e *status libertatis* e acreditar que o processo pode ser um lugar para reconstrução da democracia.

[...] uma democracia não se faz a partir da soma de vários 'guardas da lei', mas sim de uma constituição comunitária que oferece a todo cidadão a garantia de ser governado pela lei (entendida num contexto em que a legalidade só se legitima sob o manto da constitucionalidade), e não pela vontade de qualquer um de seus representantes. ^[27]

Para isso, é preciso compreender que as garantias processuais penais estão amarradas em um eixo comum que é o sistema acusatório. Nesse passo, é inegável a importância dos direitos e garantias fundamentais na demarcação racional das possibilidades do legislador e do juiz.

3. CONCLUSÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil elenca um rol de direitos e garantias fundamentais que constituem um núcleo essencial de preservação, compreendido na extensão das cláusulas pétreas. Tais direitos e garantias possuem eficácia imediata e servem de limite à ação estatal, de modo a impedir que o legislador atue ao seu talante, olvidando quem lhe outorgou o seu dever-poder, a Constituição.

Ocorre que, essa tutela dos cidadãos contra arbítrios é, muitas vezes, desrespeitada, por meio da elaboração de leis restritivas que esvaziam a força normativa dos direitos e garantias fundamentais.

Essa situação se torna mais constante quando se trata de direitos e garantias penais e processuais penais. É que, dissemina-se um discurso de que, para controlar a criminalidade e a impunidade, faz-se necessário a produção de leis mais severas, que relativizem direitos, liberdades e garantias inerentes ao indivíduo. Trata-se, em verdade, de uma produção legislativa simbólica, sem efetividade prática.

A sociedade que clama por esse controle, não se deixa aperceber que são adotadas, em verdade, medidas de exceção como alternativa ao inexistente Estado Social.

Ora, ratificar direitos e garantias processuais e penais não significa ser maleável com a criminalidade, mas ser instrumento de fortalecimento do Estado Democrático de Direito e de seu sistema jurídico.

Nesse sentido, os direitos e garantias fundamentais mais do que meras expressões retóricas, devem ser refletidos em práticas, deixando de ser apenas narrados para serem efetivados. Trilha-se, portanto, no sentido de mudar a realidade social para que o Estado de Direito não seja um estado de exceção, onde figuras excepcionais são a regra e circulam travestidas de legitimidade.

Contudo, tem-se a certeza de que – apesar de, muitas vezes, o país caminhar na contramão da civilização – é muito mais racional lutar pela preservação de direitos e garantias constitucionais que asseguram um mínimo existencial digno.

4. REFERÊNCIAS

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5 ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., 9 reimp. Portugal - Coimbra: Edições Almedina, 2012.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito processual constitucional*. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2010.

GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Disponível em: . Acesso em: 18 dez. 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel e CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução do alemão Alexandre Krug. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 9 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da, e SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2ª tiragem, 2009.

STRECK, Lenio Luiz, e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

NOTAS:

[1] KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Tradução do alemão Alexandre Krug. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 26.

[2] MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 47.

[3] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed., 9 reimp. Portugal - Coimbra: Edições Almedina, 2012, p. 495.

[4] Na concepção de Konrad Hesse: “A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar ‘a força que reside na natureza das coisas’, tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os princípios responsáveis pela vida constitucional. Portanto, a intensidade da força normativa da Constituição apresenta-se, em primeiro plano, como uma questão de vontade normativa, de vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)”. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 24.

[5] GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Disponível em: . Acesso em: 18 dez. 2013.

[6] DANTAS, Thiago *apud* BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5 ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010, p. 661.

[7] CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 86.

[8] BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5 ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2010, p. 663.

[9] PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 146.

[10] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 9 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 39.

[11] LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 9 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 66.

[12] “Se pois, o procedimento é regulado de modo que participam também aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos – de modo que o autor dele (do ato final, ou seja, o juiz), deve dar a tais destinatários o conhecimento das sua atividade, e se tal participação é armada de modo que os contrapostos ‘interessados’ (aqueles que aspiram a emanação do ato final – ‘interessados’ em sentido estrito – e aqueles que queiram evitá-lo, ou seja, os ‘contra-interessados’) estejam sob plano de simétrica paridade, então o procedimento compreende o ‘contraditório’, faz-se mais articulado e complexo, e do genus ‘procedimento’ é possível extrair a species ‘processo.” Fazzalari, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*, 5ª ed., Padova: Cedam, 1989, p. 57-58 apud DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Ed. Del Rey. 2010. p. 89-90.

[13] DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 35.

[14] DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 70.

[15] GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Disponível em: . Acesso em: 18 dez. 2013.

[16] DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 36.

[17] STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica, Constituição e Processo, ou de “como discricionariedade não combina com democracia: o contraponto da resposta correta”*. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 17.

[18] DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 119.

[19] GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel e CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 74.

[20] GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel e CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 75.

[21] CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Direito processual constitucional*. 4. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 28

[22] Conforme ensina Ronaldo Brêtas: “[...] Entende-se por juízo e tribunal de exceção àqueles órgãos jurisdicionais criados ou designados, sob deliberação legislativa ou por ato arbitrário do governante, pouco importa, com o objetivo de julgarem casos específicos, tenham ou não ocorrido, segundo critérios subliminares convenientes ao Estado ou aos seus governantes.” DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Processo constitucional e estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 113.

[23] GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. Disponível em: . Acesso em: 18 dez. 2013.

[24] CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18 ed. – São Paulo: Saraiva, 2011, p. 74.

[25] ROSA, Alexandre Morais da, e SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2ª tiragem, 2009, p. 87-88.

[26] ROSA, Alexandre Morais da, e SILVEIRA FILHO, Sylvio Lourenço da. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro. 2ª tiragem, 2009, p. 8.

[27] STRECK, Lenio Luiz, e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *O que é isto – as garantias processuais penais?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 114.

A PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo discutir a prescrição intercorrente em matéria tributária. A prescrição intercorrente está inserida no lapso temporal que toma o processo executivo, em razão da inércia do exequente, tendo como consequência a extinção do feito. Paralisado o processo por mais de 5 (cinco) anos impõe-se o reconhecimento da prescrição, uma vez que a prescrição pode ser reconhecida de ofício em todos os tipos de execução, tanto as federais, estaduais ou municipais, inclusive as de autarquias. O prazo prescricional, geralmente, será de 5 (cinco) anos, em decorrência de expressa disposição por parte do Código Tributário Nacional: "Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos". É preciso que os operadores do direito fiquem atentos aos processos com prescrição intercorrente para requerer seus arquivamentos, utilizando-se da previsão legal constante do Inciso V do art. 924 do NPC, colaborando assim para com a celeridade do Judiciário.

Palavras-chave: Prescrição intercorrente; Tributário; Processo paralisado; 5 anos.

ABSTRACT: The purpose of this article is to discuss intercurrent taxation requirements. The intercurrent prescription is inserted in the temporal lapse that takes the executive process, due to the inertia of the exequent, having as consequence the extinction of the done. Paralyzing the process for more than five (5) years, it is necessary to recognize the prescription, since the prescription can be recognized ex officio in all types of execution, whether federal, state or municipal, including those of local authorities. The prescriptive period will generally be 5 (five) years, due to express provision by the National Tax Code: "Art. 173. The right of the Public Treasury to constitute the tax credit shall be extinguished after five (5) years. " It is necessary that the operators of the law pay attention to the processes with intercurrent prescription to require their filings, using the legal prediction contained in Section V of art. 924 of the NPC, thus contributing to the speed of the Judiciary.

Keywords: Intercurrent prescription, Tributary, Paralyzed process, 5 years.

RESUMEN: El presente artículo tiene por objetivo discutir la prescripción intercurrente en materia tributaria. La prescripción intercurrente está inserta en el lapso temporal que toma el proceso ejecutivo, en razón de la inercia del ejecutor, teniendo como consecuencia la extinción del hecho. En el caso de que el proceso por más de 5 (cinco) años se impone el reconocimiento de la prescripción, ya que la prescripción puede ser reconocida de oficio en todos los tipos de ejecución, tanto las federales, estatales o municipales, incluso las de municipales, incluso las de municipales. El plazo prescripcional, generalmente, será de 5 (cinco) años, en consecuencia de expresa disposición por parte del Código Tributario Nacional: "Art. 173. El derecho de la Hacienda Pública a constituir el crédito tributario se extingue después de 5 (cinco) años ". Es necesario que los operadores del derecho estén atentos a los procesos con prescripción intercurrente para requerir sus archivados, utilizando la previsión legal constante del Inciso V del art. 924 del NPC, colaborando así con la celeridad del Poder Judicial.

Palabras clave: Prescripción intercorrente, impuestos, Proceso paralizado, 5 años.

1 INTRODUÇÃO

Podemos conceituar a prescrição intercorrente como a estagnação do exequente, o qual não buscou, por meio de atos concretos, a satisfação do seu direito na execução já instaurada.

De início, importante conceituar que a prescrição é a extinção da possibilidade de pretensão de determinado direito em juízo pela perda do prazo determinado em lei, em razão da inércia do seu titular, sendo que os prazos de prescrição variam conforme a natureza da obrigação. A prescrição tem como objetivo manter o equilíbrio da ordem jurídica, e, assim, evitar a possibilidade de perpetuação de lides. Com relação à prescrição intercorrente, trata-se da perda do direito de ação no curso do

processo, em razão da inércia do autor, que não praticou os atos necessários para seu prosseguimento e deixou a ação paralisada por tempo superior ao máximo previsto em lei para a prescrição do direito discutido.

A prescrição intercorrente está inserida no lapso temporal que toma o processo executivo, em razão da inércia do exequente, tendo como consequência a extinção do feito.

Cássio Scarpinella (2014, p.86) define prescrição intercorrente como “[...] a falta de impulso processual pelo exequente que pode acarretar a perda da ‘pretensão’ à tutela jurisdicional executiva”.

Toda a discussão acerca da aplicação da prescrição intercorrente acabou com a chegada do Novo Código de Processo Civil - Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

A prescrição intercorrente pode ser aplicada para que as pretensões executórias não subsistam indefinidamente no tempo, não obstante a inércia da parte interessada, de modo a garantir a segurança jurídica, bem como a aplicação do princípio da duração razoável do processo, prevista no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal.

2 DESENVOLVIMENTO

A prescrição intercorrente tem como o objetivo principal assegurar a harmonia social, trazendo a pacificação social e a segurança jurídica, e tem fundamento em diversos princípios, tais como o da liberdade de ação, da lealdade, boa-fé, da celeridade do processo, da racionalidade, da economia processual e, ainda, como bem demonstrado, no princípio da duração razoável do processo.

Em observância ao princípio constitucional da duração razoável do processo, cumpre estabelecer que o objetivo da prescrição intercorrente também visa a não sujeitar o executado a uma execução “ad eternum”, ou seja, com uma litispendência sem fim. Dessa forma, a Jurisprudência e a Doutrina vêm se consolidando na perspectiva de que a suspensão da

execução por prazo superior ao da exigibilidade do direito importa prescrição intercorrente.

Para que se consume a prescrição intercorrente, deverá haver a paralisação injustificada da execução por determinado tempo. Esse tempo equivale ao prazo prescricional da pretensão embasada no título executivo. Nesse sentido, enunciado nº 150 da súmula da jurisprudência do STF: "Prescreve a execução no mesmo prazo de prescrição da ação".

Urge destacar que a expressão intercorrente foi inaugurada com a introdução do § 4º do artigo 40 da Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/90).

Dessa feita, a prescrição intercorrente objetiva manter preservada a finalidade do instituto em questão, qual seja, coibir a perpetuação dos litígios, garantindo, conseqüentemente, estabilidade às relações jurídicas.

A execução fiscal, compreendida dentro das execuções em geral, além de garantir o interesse do credor, deve também levar em consideração defesas dos direitos do devedor. Nesse sentido, Marins conclui que, juntamente com a necessidade de satisfação do crédito fazendário, "surge a necessidade de se buscar também o respeito incondicional ao sistema de garantias da relação jurídico tributária. Desse limite, por mais que se propugne pelo interesse público da satisfação do crédito fazendário, não pode passar a execução fiscal". Conforme explanado, um desses limites é temporal, sendo inviável a cobrança estatal de dívidas por tempo indeterminado.

Trata-se a prescrição intercorrente na execução fiscal, portanto, de instituto que impede negligência por parte da Fazenda Pública, a qual fica obrigada, sob pena de perda do manejo do processo executivo e, conseqüentemente, extinção do feito, a ser sempre diligente e cuidadosa na localização do executado e de seus bens.

A execução fiscal é o procedimento para cobrança de créditos já constituídos pelos órgãos lançadores, nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional (Exemplo: Secretaria da Receita Federal do Brasil, INCRA, Fundo Gestor do FGTS, entre outros.) e rege-se pela Lei

6830/1980 (Lei de Execuções Fiscais — LEF) que trata especificamente da cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública.

Com o lançamento eficaz, quer dizer, adequadamente notificado ao sujeito passivo, abre-se à Fazenda Pública o prazo de cinco anos para que ingresse em juízo com a ação de cobrança (ação de execução). Fluindo esse período de tempo sem que o titular do direito subjetivo deduza sua pretensão pelo instrumento processual próprio, dar-se-á o fato jurídico da prescrição. A contagem do prazo tem como ponto de partida a data da constituição definitiva do crédito, expressão que o legislador utiliza para referir-se ao ato de lançamento regularmente comunicado (pela notificação) do devedor.” (CARVALHO, Paulo de Barros, página 470).

Diz-se que ocorre hipótese de prescrição intercorrente, se é que efetivamente existente, em situações nas quais há comprovada e incontestada inércia do Credor em promover diligências no sentido de obter a satisfação do crédito exequendo.

O Ministro Teori Albino Zavascki em Recurso Especial, descreve bem a mudança de jurisprudência do STJ:

“TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO. DIREITO PATRIMONIAL. POSSIBILIDADE, A PARTIR DA LEI 11.051/2004”.

1. A jurisprudência do STJ sempre foi no sentido de que "o reconhecimento da prescrição nos processos executivos fiscais, por envolver direito patrimonial, não pode ser feita de ofício pelo juiz, ante a vedação prevista no artigo 219, parágrafo 5º, do Código de Processo Civil" (RESP 655.174/PE, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 09.05.2005).

2. Ocorre que o atual parágrafo 4º do artigo 40 da LEF (Lei 6.830/80), acrescentado pela Lei 11.051, de 30.12.2004 (artigo 6º), viabiliza a

decretação da prescrição intercorrente por iniciativa judicial, com a única condição de ser previamente ouvida a Fazenda Pública, permitindo-lhe arguir eventuais causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional. Tratando-se de norma de natureza processual, tem aplicação imediata, alcançando inclusive os processos em curso, cabendo ao juiz da execução decidir a respeito da sua incidência à hipótese dos autos.

3. Recurso especial a que se dá provimento. (REsp 873.271/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, julgado em 06.03.2007, DJ 22.03.2007 página 309)”

O prazo prescricional, geralmente, será de 5 (cinco) anos, em decorrência de expressa disposição por parte do Código Tributário Nacional: “Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos”.

Assim, do instituto da prescrição intercorrente se resulta, conforme dispõe o artigo 156, inciso V, do Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário e por sua vez o fim da demanda fiscal, juntamente à extinção do processo executivo com resolução do mérito, tal qual o artigo 269, inciso IV do Código de Processo Civil.

A importância atrelada à esta modalidade de prescrição em parte se deve à impossibilidade de permitir que a Fazenda cobre tributos ad infinito. Em menção a este instituto, o Ministro Luis Fux em Recurso Especial de número 543.913 (REsp 543.913-RO), da Primeira Turma do STJ, disserta: “Após o decurso de determinado tempo, sem a promoção da parte interessada, deve-se estabilizar o conflito pela via da prescrição, impondo segurança jurídica aos litigantes, uma vez que afronta os princípios informadores do sistema tributário a prescrição indefinida”. Ainda neste mesmo instrumento, o Ministro trata do fundamento para existência da prescrição intercorrente, a seguir disposto: “Essa exegese impede que seja eternizada no Judiciário uma demanda que não consegue concluir-se por ausência dos devedores ou de bens capazes de garantir a execução”.

**APELAÇÃO CÍVEL - DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL
- EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE - PROCESSO**

PARALISADO POR MAIS DE CINCO ANOS - RECONHECIMENTO DE OFÍCIO - INTERRUÇÃO DA PRESCRIÇÃO POR DESPACHO DO JUIZ QUE ORDENA A CITAÇÃO (LC 118 /2005) - REINÍCIO DA CONTAGEM DO PRAZO PRESCRICIONAL EM FACE DA INÉRCIA DO EXEQUENTE EM DAR REGULAR ANDAMENTO AO FEITO - INTIMAÇÃO DA SUSPENSÃO DO FEITO E REMESSA AO ARQUIVO PROVISÓRIO - DESNECESSIDADE. 1. A prescrição é instituto criado com o objetivo de estabilizar relações jurídicas perpetradas no tempo, penalizando o credor que deixa de exercer seu direito em face do devedor, extinguindo, por conseguinte, a possibilidade do primeiro de exercer sua pretensão em juízo. 2. O art. 174, parágrafo único, inciso I, do CTN, com a redação dada pela Lei Complementar n. 118 /2005, prevê que a prescrição se interrompe pelo despacho do juiz que ordena a citação em execução fiscal. 3. Não obstante, consoante interpretação autorizada do art. 202, parágrafo único, do Código Civil, aplicável aos créditos tributários por força do art. 109 do CTN, a prescrição recomeça a correr, após a sua interrupção, quando restar caracterizada a inércia do Fisco em dar regular andamento ao feito. 4. Verificado que a paralisação do feito por mais de 06 (seis) anos se deu em virtude da ausência de diligência cabível ao exequente (indicação de endereço hábil para a citação da executada), não há como imputar o transcurso do prazo prescricional à máquina judiciária. Inaplicabilidade, ao caso, da Súmula n. 106 do Superior Tribunal de Justiça. 5. Desnecessidade de intimação da Fazenda para dar regular andamento à execução. Prescrição configurada. 6. Recurso não provido.

A prescrição intercorrente consegue evitar o acúmulo de processos e travancamento dos serviços do Judiciário e dos órgãos de defesa da Fazenda Pública, em face ao não andamento dos autos. Desta maneira, é poupada a via administrativa que interage no processo de execução fiscal, em casos em que este seja infrutífero e não satisfativo. Diante da impossibilidade de ingressar no patrimônio do devedor pela sua não localização, parece lógico que não devam ser mobilizados os órgãos mencionados, deixando a eles a função de agir em autos que possa de fato verificar-se arrecadação.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Paralisado o processo por mais de 5 (cinco) anos impõe-se o reconhecimento da prescrição, uma vez que a prescrição pode ser reconhecida de ofício em todos os tipos de execução, tanto as federais, estaduais ou municipais, inclusive as de autarquias. É preciso que os operadores do direito fiquem atentos aos processos com prescrição intercorrente para requererem seus arquivamentos, utilizando-se da previsão legal constante do Inciso V do art. 924 do NPC, colaborando assim para com a celeridade do Judiciário.

Decorridos mais de cinco anos após a citação da empresa, dá-se a prescrição intercorrente, inclusive para os sócios. A observação foi feita pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao negar pedido de reconsideração da Fazenda do Estado de São Paulo em processo de execução fiscal contra uma empresa de escapamentos.

Segundo lembrou a ministra, não obstante a citação válida da pessoa jurídica interromper a prescrição em relação aos responsáveis solidários, no caso de redirecionamento da execução fiscal, há prescrição intercorrente se decorridos mais de cinco anos entre a citação da empresa e a citação pessoal dos sócios, de modo a não tornar imprescritível a dívida fiscal. Mantém-se, portanto, as conclusões da decisão agravada, no sentido de que, decorridos mais de cinco anos após a citação da empresa, dá-se a prescrição intercorrente, inclusive para sócios, reiterou Eliana Calmon.

REFERÊNCIAS

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: Tutela Jurisdicional Executiva**, vol.3, 7. Ed., rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 17ª edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2005.

MARINS, James. **Direito Processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)**. 2ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 566.

DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO TRIBUTÁRIAS NOS LANÇAMENTOS POR HOMOLOGAÇÃO EM VISTA DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PILAR JIMENEZ CASTRO: Pós-graduada em Direito Constitucional e Analista Processual do Ministério Público do Distrito Federal (MPDFT).

Resumo: Temas dos mais polêmicos em matéria tributária, a decadência e a prescrição nos lançamentos por homologação continuam a suscitar dúvidas e a gerar acirradas disputas judiciais, apesar das recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça a respeito. Neste artigo, em vista de entendimento paradigma firmado pela corte incumbida de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional em recurso especial representativo de controvérsia, analisar-se-ão os termos inicial e final de ambos os institutos.

Sumário: 1.Introdução. 2. Modalidades de lançamento tributário. 2.1. Lançamento de ofício. 2.2. Lançamento por declaração. 2.3. Lançamento por homologação. 3. Breves comentários acerca da prescrição e decadência. 4. Prescrição e decadência no lançamento por homologação segundo o Superior Tribunal de Justiça. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução.

O Direito Tributário, ramo do direito público, tem como principal finalidade obter receitas públicas derivadas ao Estado. Ante o poder de império, o particular é obrigado a contribuir, especialmente por meio dos tributos, para a manutenção estatal e a efetivação dos preceitos constitucionais que visam ao bem comum.

Apesar da crítica doutrinária, o conceito de tributo possui base legal e está disciplinado no artigo 3º do Código Tributário Nacional:

“Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, há cinco espécies de tributos, quais sejam: impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais. A natureza jurídica é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, independentemente da denominação e demais características formais adotadas pela legislação (artigo 4º do CTN).

A compulsoriedade e o ônus do contribuinte decorrem do encontro da hipótese de incidência (pressuposto normativo) com o fato gerador (mundo dos fatos), esta subsunção enseja a obrigação tributária, que pode ser principal ou acessória, conforme artigos 114 e 115 do CTN.

A cobrança da exação pelo Estado depende de um procedimento oficial, denominado lançamento, previsto no artigo 142 do citado diploma normativo. A partir do lançamento o crédito tributário é constituído. No entanto, como forma de estabilização das relações jurídicas e sociais, existe prazo para que o Fisco exerça seu direito, seja para a constituição seja para a ação de cobrança do crédito.

A prescrição e a decadência são, portanto, desdobramentos do princípio da segurança jurídica, que extinguem a exigibilidade do crédito tributário.

O presente artigo tem por objetivo analisar ambos os institutos, especificamente no lançamento por homologação, alicerçado em precedente do Superior Tribunal de Justiça.

2. Modalidades de lançamento tributário.

Verificado o fato gerador, nasce, automaticamente, a obrigação tributária, representativa do dever do sujeito passivo. De outra face, este dever corresponde a um direito do sujeito ativo, caracterizado pelo crédito

tributário, mediante o qual o Estado exige o cumprimento do ônus patrimonial ou não patrimonial.

Ao contrário da obrigação (*ex lege*), o crédito nasce com o lançamento. O procedimento oficial consiste em definir, precisamente, o montante devido a título de tributo ou penalidade pecuniária, o devedor (sujeito passivo) e o prazo para pagamento, de sorte a atribuir exigibilidade à imposição tributária. O conceito legal encontra previsão no próprio Código Tributário Nacional, artigo 142, a seguir transcrito:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível”.

Em que pese a celeuma doutrinária, o legislador do CTN entende, *a priori*, que não existe crédito antes do lançamento, de modo que a natureza jurídica quanto ao crédito é constitutiva, e quanto à obrigação, declaratória.

Como regra, o lançamento decorre de atividade privativa da autoridade administrativa legalmente designada. No entanto, o CTN permite a participação do sujeito passivo, seja ele responsável ou contribuinte, na atividade.

Nesse viés, a intensidade da participação do sujeito passivo implica três modalidades de lançamento: de ofício ou direto, por declaração ou misto e por homologação.

2.1. Lançamento de ofício.

Previsto no artigo 149 do CTN, a participação do contribuinte ou responsável é insignificante ou quase nula, cabe a ele apenas pagar. A

Administração Pública já tem em sua base de dados todas as informações necessárias à constituição do crédito, de forma que a autoridade procede diretamente ao lançamento, como decorrência de seu poder-dever. A doutrina cita como exemplos o IPTU, o IPVA, as contribuições de iluminação pública (COSIP) e as taxas.

De acordo com Ricardo Alexandre:

“(...) dependendo das circunstâncias, todos os tributos podem vir a ser lançados de ofício, seja porque a lei determina que o lançamento seja feito originariamente de ofício, seja porque foi necessário o suprimento de uma omissão ou a correção de algum vício em lançamento anteriormente realizado.”

2.2. Lançamento por declaração.

Elencada no artigo 147 do CTN, a modalidade está em desuso, mas é possível citar como exemplo a declaração de bagagem acompanhada do indivíduo que retorna de viagem ao exterior.

O sujeito passivo ou terceiro cumpre com uma obrigação acessória, qual seja, a declaração. Posteriormente, há a homologação pela Administração Fazendária e o pagamento do débito devidamente apurado.

A colaboração de ambos os sujeitos da relação jurídica é importante para o procedimento administrativo. De um lado, o contribuinte fornece a matéria de fato. De outro, o Fisco exerce a atividade homologatória.

Vale destacar que é admissível a retificação da declaração por iniciativa do próprio declarante, desde que realizada mediante comprovação de eventual erro e ante da notificação do lançamento tributário.

2.3. Lançamento por homologação.

A atividade do sujeito passivo é ampla. Compete a ele fornecer as informações, calcular o valor devido e pagar o tributo. Ao Fisco cabe apenas a homologação do pagamento ou da atividade do contribuinte.

Encontra previsão no artigo 150 do CTN. Com a homologação administrativa o crédito tributário é definitivamente extinto, ou seja, o pagamento antecipado não tem o condão de desfazer a dívida.

A homologação pode ocorrer de maneira expressa ou tácita. Será expressa quando a Administração Fazendária edita ato formal homologando a atividade realizada pelo sujeito passivo. Ocorre a homologação tácita quando deixa-se escoar o prazo legal para a ratificação.

Conforme determina o CTN, no artigo 150, par. 4º:

“§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”.

3. Breves comentários acerca da prescrição e decadência.

Os institutos são separados pelo lançamento. Antes dele, há a decadência, de modo que a Fazenda Pública tem fulminado o próprio direito se não age no prazo legalmente estabelecido.

Após o procedimento administrativo, o Estado está sujeito à prescrição. Caracterizada pela extinção do direito de ação de cobrança tributária. O artigo 174 do CTN determina que tal prazo é de cinco anos, contado da data da constituição definitiva.

Por fim, não se caracteriza a prescrição se já operada a decadência, ante a impossibilidade de constituição do crédito definitivo.

4. Prescrição e decadência no lançamento por homologação segundo o Superior Tribunal de Justiça.

Conforme dito, a decadência e a prescrição nos lançamentos por homologação continuam a suscitar dúvidas e a gerar acirradas disputas judiciais, interessante, portanto, a análise da matéria à luz da jurisprudência do STJ.

O entendimento paradigma está consubstanciado em acórdão lavrado, no que ora interessa, nos seguintes termos:

“PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE O FISCO COBRAR JUDICIALMENTE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO CONSTITUÍDO POR ATO DE FORMALIZAÇÃO PRATICADO PELO CONTRIBUINTE (IN CASU, DECLARAÇÃO DE RENDIMENTOS). PAGAMENTO DO TRIBUTO DECLARADO. INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. VENCIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DECLARADA.

1. O prazo prescricional quinquenal para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento por homologação tributária declarada (mediante DCTF, GIA, entre outros), nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que, cumprido o dever instrumental de declaração da exação devida, não restou adimplida a obrigação principal (pagamento antecipado), nem sobreveio quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional.

(...)

4. A entrega da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF, de Guia de Informação e Apuração do ICMS – GIA, ou de outra declaração dessa natureza prevista em lei (dever instrumental adstrito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação), é modo de constituição do crédito tributário, dispensando a Fazenda Pública de qualquer outra providência conducente à formalização do valor declarado.

5. O aludido entendimento jurisprudencial culminou na edição da Súmula 436/STJ, verbis: “A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco.”

(...)

6. O dies a quo do prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data do vencimento da obrigação tributária expressamente reconhecida.

(...)

19. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução 08/2008.” (STJ, Primeira Seção, REsp 1120295/SP, rel. min. Luiz Fux, maio de 2010).

Extraem-se da transcrita decisão judicial e da súmula 436 do Superior Tribunal de Justiça as seguintes conclusões: nos lançamentos por homologação, a entrega de informações pelo contribuinte constitui o crédito tributário, tendo início o prazo prescricional na data do vencimento da obrigação; em caso de falta do cumprimento da obrigação principal, ou

seja, na falta de recolhimento do crédito tributário informado, nasce para a administração o direito/dever de ação executiva, independentemente de qualquer notificação ao contribuinte.

É certo ainda que o mesmo tribunal, em diversos outros julgados, entendeu que a Administração não fica impedida de, dentro do prazo decadencial, efetuar o lançamento suplementar de eventuais diferenças que eventualmente considere devidas, para o que o contribuinte deve ser regularmente notificado, tornando-se exigível o crédito tributário correspondente somente ao final do processo administrativo fiscal (CTN, arts. 145 e 149, inc. V, e Decreto n. 70.235/72) – entre outros, STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp. 947348/RS, rel. min. Luiz Fux, junho/2008.

Em base ao transcrito entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça, tem-se atribuído ao contribuinte a competência para constituir definitivamente o crédito tributário, incidido em confusão entre decadência e prescrição, desconsiderado o prazo decadencial e antecipado o lapso prescricional.

Sendo o lançamento, que resulta na constituição do crédito tributário, da competência privativa da autoridade administrativa, não há como se ter lançamento pelo próprio contribuinte. A atividade de lançamento é obrigatória e vinculada (CTN, art. 3º), porquanto prevista em lei e de responsabilidade do administrador, que atuará segundo os limites e parâmetros fixados na norma. Ademais, é insuscetível de atribuição, de transferência ao administrado.

A propósito, comentando o disposto no art. 142 do CTN em sua obra intitulada Curso de Direito Tributário, leciona o tributarista Hugo de Brito Machado que:

“a constituição do crédito tributário é da competência privativa da autoridade administrativa. Só esta pode fazer o lançamento. Ainda que ela apenas homologue o que o sujeito passivo efetivamente fez, como acontece nos casos do art. 150 do CTN, que cuida do lançamento dito por homologação. Sem essa homologação não existirá,

juridicamente, o lançamento, e não estará por isto mesmo constituído o crédito tributário. Ainda quando de fato seja o lançamento feito pelo sujeito passivo, o Código Tributário Nacional, por ficção legal, considera que a sua feitura é privativa da autoridade administrativa, e por isto, no plano jurídico, sua existência fica sempre dependente, quando feito pelo sujeito passivo, de homologação da autoridade competente.”

Incumbe ao contribuinte, por expressa disposição do art. 147 do CTN, prestar à autoridade administrativa informações sobre a matéria de fato indispensáveis à realização do lançamento - obrigação acessória (CTN, art. 113, caput e § 2º) - e, no caso dos tributos lançados por homologação (CTN, art. 149, inc. II a VII), antecipar o recolhimento do crédito tributário – obrigação principal (CTN, art. 113, caput e § 1º), cuja extinção se sujeita à condição resolutória da posterior homologação expressa ou tácita do Fisco, no prazo de cinco anos (CTN, art. 150). Contribuinte não efetua lançamento, não constitui crédito tributário, muito menos definitivamente. Tem, sim, o dever prestar informações e antecipar o pagamento do crédito tributário, cabendo à administração homologar tácita ou expressamente tais informações e verificar o pagamento. Em qualquer dos casos, se o valor considerado devido pelo contribuinte estiver aquém do devido, o fisco efetuará o lançamento suplementar, do qual o contribuinte será notificado, para impugná-lo, querendo, sem prejuízo da possibilidade da cobrança judicial do valor informado pelo próprio contribuinte como devido.

Cuidando-se de homologação das informações prestadas e de pagamento contribuinte, o que se tem é que o prazo que transcorre entre a ocorrência do fato gerador e o pagamento ou a falta de pagamento do crédito tributário é o decadencial, destinado à constituição do crédito tributário. Somente com a ação ou omissão do Fisco no prazo de cinco anos, contado, no caso da não ocorrência da antecipação do pagamento, do primeiro dia do ano seguinte ao que deveria ter sido realizado (CTN, art.

173, inc. I); ou, ocorrendo o pagamento, da ocorrência do fato gerador (CTN, art. 150, § 4º), se terá o crédito tributário definitivamente constituído e iniciado o prazo prescricional.

Transcorrendo em branco o prazo quinquenal, não mais poderá a administração efetuar qualquer lançamento suplementar, e o crédito tributário estará definitivamente constituído no valor informado pelo contribuinte, tendo início, em consequência, o prazo quinquenal destinado ao exercício da ação de cobrança (CTN, art. 174, caput). Se o contribuinte nada informou, resta caracterizada a perda do direito de efetuar o lançamento, que deveria ter sido realizado de ofício (CTN, art. 149, inc. II).

Além de o contribuinte não ter competência para a constituição do crédito tributário, não cabe considerar a data de seu vencimento como termo inicial do prazo prescricional. Isto porque dito termo não é senão o momento em que constituído definitivamente o crédito público, prestando-se as informações do contribuinte à realização do lançamento. Até este momento está-se dentro do prazo decadencial. A constituição definitiva ocorre com a homologação tácita ou expressa ou tácita da atividade do contribuinte.

Sabe-se, os prazos decadencial e o prescricional não se confundem nem correm ao mesmo tempo. Somente uma vez constituído definitivamente o crédito tributário é que tem início o lapso prescricional. Atribuir às informações prestadas o condão de constituir o crédito tributário e ter como iniciado o prazo prescricional na data do vencimento do tributo representa suprimir da administração o prazo decadencial no que diz com o valor informado como devido. Impõe-se resguardar a competência privativa da administração tributária no lançamento tributário, de tal modo que, homologada a atuação do contribuinte, constitui-se definitivamente o crédito tributário; não homologada, efetua-se o lançamento suplementar, do qual o contribuinte será notificado (CTN, art. 173, § único, c/c o 145).

Para a parte do crédito tributário considerado como devido pelo contribuinte, inicia-se o lapso prescricional, independente de qualquer notificação. Para o lançamento suplementar, se realizado no prazo de cinco anos contados, segundo o caso, na forma do CTN, arts. 173, inc. I e

II, e 150, § 4º, fica afastada a decadência. Em qualquer hipótese, a prescrição somente tem início com a homologação tácita ou expressa da autoridade administrativa ou com o esgotamento da mesma instância, se o lançamento for suplementar, e sempre que não se verifique qualquer causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário (CTN, art. 151).

5. Conclusão.

Em síntese, nos tributos lançados por homologação, o contribuinte não constitui crédito tributário, mas presta informações à autoridade administrativa sobre a matéria de fato indispensáveis ao lançamento, além de antecipar o recolhimento do tributo, competindo privativamente ao Fisco constituir dito crédito, pela homologação expressa ou tácita da atividade do contribuinte. Decadência e prescrição não se confundem, dizem com atividades diferentes a cargo da administração tributária e não correm concomitantemente. Enquanto não ocorrida a homologação expressa ou não transcorrido o prazo decadencial, não se inicia o quinquênio destinado ao exercício da ação executiva.

6. Referências bibliográficas.

ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário. 11. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador – Ed. JusPodivm, 2017, pg. 327-461.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática transformadora. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 8ª Ed, revista e atualizada de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 28a Edição. Malheiros Editores. São Paulo, 2007, pg. 110-250.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 33a ed. São Paulo: Atlas, 2017.

PAULSEN, Leandro. Curso de Direito Tributário Completo - 4.ed. rev. atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SABBAG, Eduardo de Moraes, Manual de Direito Tributário. São Paulo, Saraiva, 2013.

Notas:

[1] ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário. 11. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador – Ed. JusPodivm, 2017, pg. 451.

[2] MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 28a Edição. Malheiros Editores. São Paulo, 2007, pg. 99.

O PAPEL DAS RELAÇÕES TRABALHISTAS NA EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

JOSEPH BRUNO DOS SANTOS SILVA:

Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, especialista em Direito Constitucional, atualmente Analista do Ministério Público da União.

RESUMO: O presente trabalho discorre acerca da evolução dos direitos sociais sobre o prisma das relações de trabalho, área em que estes direitos tiveram suas primeiras aspirações. Também chamados pela doutrina abalizada de direitos fundamentais de segunda geração, os direitos sociais são fruto de um processo histórico evolutivo, concebidos à partir da constatação da necessidade de intervenção do Estado nas relações de trabalho e, posteriormente, no bem-estar social. O período da revolução industrial, acompanhado da doutrina do liberalismo puro, demonstraram a incapacidade de se cuidar do bem-estar social, máxime nas relações de emprego, sem a intervenção estatal, razão pela qual à partir das relações de trabalho se teceu a ideia de garantias sociais mínimas. Assim, o presente trabalho traz seu foco especificamente na situação histórica da qual emanaram os primeiros direitos sociais.

Palavras-chave: Direitos Sociais – Revolução industrial – Direitos Trabalhistas.

INTRODUÇÃO

Tratar acerca das relações de trabalho, em seu aspecto histórico, passa necessariamente pela conjunção de três fatores: Econômico, Social e Político (DELGADO, 2008, p. 87). Traduz-se o fator econômico no caráter produtivo da relação entre empregado e empregador, na produção de bens e riquezas a partir dessa relação; o fator social tange ao cuidado quanto ao empregado, o trabalhador que cede a força laborativa; o fator político diz respeito às ações da sociedade e do Estado voltadas à contratação e gerenciamento da força de trabalho.

O intercâmbio, ou correlação, dos três fatores supramencionados nos faz entender as diretrizes trabalhistas de cada época. O Direito do

Trabalho, de acordo com Robortella, “sempre oscilou entre o econômico e o social, funcionando como mediador, na procura de soluções de compromisso, transacionais, entre os interesses da economia e as necessidades sociais” (ROBORTELLA,1994, p. 97).

No Brasil, máxime a partir da Constituição Federal de 1988, o Direito do Trabalho brasileiro renova-se, e passa a ter uma forte carga social e protetiva, passando o empregado a ser o centro da norma trabalhista, e o trabalho a ser mais do que um fator de produção, constituindo-se em um verdadeiro direito social (art. 1º, §4º, Constituição Federal de 1988).

Todavia, há de se entender que a conquista dos direitos sociais possui na historicidade um de seus marcos. Não se trata de uma conquista pontual, mas uma evolução, na qual os direitos fundamentais “reflitam valores aos quais as sociedade venham atribuindo importância no decorrer de sua evolução e cujo processo político e social de conformação pode ser complexo e difícil, podendo envolver avanços e resistências” (PORTELA,1994, p. 97).

A preponderância dos fatores sociais sobre os econômicos foi uma evolução diante de um panorama de prevalência dos meios de produção sobre a dignidade da pessoa humana. Passa-se, à partir de então, a pensar-se o direito trabalhista à partir da pessoa humana, e não estritamente sobre o prisma econômico.

Assim, expostas mencionadas premissas, o objetivo do presente trabalho é a análise dos aspectos históricos dos direitos trabalhistas e de como as relações de trabalho influenciaram a ideologia social que prevaleceu no século XX.

A metodologia utilizada no presente estudo se pauta na coleta e análise de informações doutrinárias, de autores com posições diversas acerca do tema.

O enfoque principal, portanto, será destinado à análise das circunstâncias fáticas nas relações de trabalho que foram propícias ao surgimento dos direitos sociais, inicialmente cingidos tão somente a estas

relações, e que posteriormente foram gradativamente ampliados na ordem internacional e nos ordenamentos jurídicos internos de cada país.

DESENVOLVIMENTO

As relações de trabalho sempre instigaram posições bastante divergentes. Lidar com uma balança que pesa, de um lado, os direitos dos trabalhadores e, de outro, os ganhos do empregador, é uma atividade bastante complexa e conflituosa. Umberto Romagnoli (1998, p. 22) explicita, de forma ímpar, que a flexibilização dos direitos trabalhistas, para grande parte dos empresários, é “considerada como uma droga: se acostumam com ela rapidamente, nunca têm o suficiente e querem doses cada vez maiores”.

O conflito de interesses entre empregadores e empregados, estopim dos direitos sociais vinculados às relações trabalhistas, tem sua origem nos primórdios do trabalho assalariado. Remonta o período da Revolução Industrial, principiada em países da Europa, principalmente na Inglaterra, e o gradativo êxodo da mão de obra campestre para as cidades, com a substituição das práticas laborativas advindas do período feudal pela forma assalariada de sua prestação. Segundo Sergio Pinto Martins (2009, p. 05):

Com os novos métodos de produção, a agricultura também passou a empregar um número menor de pessoas, causando desemprego no campo. Inicia-se, assim, a substituição do trabalho manual pelo trabalho com o uso de máquinas. Havia necessidade de que as pessoas viessem, também, a operar máquinas não só a vapor, mas as têxteis, o que fez surgir o trabalho assalariado.

Com o surgimento e disseminação da forma assalariada de prestação de serviços, assim como pela crescente mecanização dos setores produtivos, iniciam-se os conflitos e oposições entre a classe assalariada e os empregadores, proprietários dos meios de produção. Tais conflitos resumem-se na correlação entre o lucro empresarial e os ganhos salariais dos empregados e na necessidade social cada vez maior da disponibilidade de emprego remunerado.

A dinâmica da relação de emprego à época da Revolução Industrial se dava basicamente pela noção de oferta e procura: As fábricas necessitavam de mão de obra para consecução de seus fins produtivos, oferecendo, para tanto, vagas de trabalho remuneradas. Os trabalhadores, frente à disponibilidade de empregos urbanos, saíam dos centros rurais e aderiam ao serviço assalariado, em que, na arguta lição de Mauricio Godinho Delgado (2008, p. 85), combinava-se a liberdade (separação do titular da mão de obra e do detentor dos meios de produção) e a subordinação.

Entretanto, a dinâmica de oferta e procura não foi suficiente, e nem se propunha a tal, para garantir o equilíbrio entre empregadores, titulares dos meios de produção, e empregados, detentores da mão de obra.

Com a mecanização das fábricas, principiam-se as primeiras crises de emprego, tendo em vista a menor necessidade de força laboral, resumida ao controle e utilização dos novos artefatos mecânicos. Com a diminuição da oferta de emprego, cria-se uma imensa massa laborativa disponível nos centros urbanos, em busca constante por novas oportunidades de labor assalariado. Segundo Antônio Ferreira Cesarino Júnior e Marli A. Cardone (1993, p. 62):

Ao emprego dos maquinismos se atribui o aparecimento da desocupação e o rebaixamento do nível intelectual do operário, em virtude de a divisão do trabalho sujeitá-lo a fazer eternamente o mesmo serviço. Houve, a princípio, até a destruição das máquinas e das fábricas pelos operários, *petições* no sentido de interdizer por lei as máquinas e as fábricas, donde a necessidade de leis para proteção das máquinas.

Como efeito da chamada lei de oferta e procura, a grande oferta de mão de obra faz com que aqueles que trabalhavam nas fábricas se sujeitassem a desumanas condições de trabalho, buscando garantir de toda forma o trabalho exercido, tendo em vista a fácil substituição de empregados em exercício pela massa laboral ociosa.

Neste contexto, surgem os primeiros movimentos de oposição e contestação ideológica ao sistema até então vigente. Um dos movimentos mais emblemáticos foi o Ludismo, formado por trabalhadores ingleses seguidores de Nell Ludd, que uniam forças para literalmente destruir as máquinas que compunham as fábricas, às quais creditavam a crise de emprego, e, por consequência, todas as mazelas decorrentes da crise empregatícia. Acerca do ludismo, Voltaire Schilling^[1] expõe a aterradora situação causada pelo movimento:

Liderados pelos assim apontados como ‘homens de maus desígnios’, usando máscaras ou escurecendo o rosto, os esquadrões luditas, armados com martelos, achas, lanças e pistolas, aproveitando para se deslocarem à noite, vagavam de um distrito ao outro demolindo tudo o que encontravam pelo caminho, apavorando os donos das fábricas. O comandante da operação chamava-se de ‘General Ludd’, com poder de vida e morte sobre os companheiros. Em Nottingham revelou-se um tipo enorme, Enoch Taylor, um ferreiro que levava ao ombro uma poderosa maça de ferro batizada com o seu nome mesmo: Enoch. Bastava uma martelada daquelas para que a porta do estabelecimento viesse abaixo, enquanto que mais uma outra aplicada num engenho qualquer dentro da oficina reduzia-o a um monte de ferro inútil.

No campo teórico, pensadores como Karl Marx e David Ricardo (MARTINS, 2009, p. 06) expunham em suas obras todo descontentamento e necessidade de mudança do sistema vigente. Marx aclarava a nova dinâmica das relações de trabalho, criticando a forma com que o Estado negligenciava os males dela advindos (MARX, 2004, p. 47):

A criação do proletariado sem lar nem pão – despedido pelos grandes senhores feudais e cultivadores, vítimas de repetidas e violentas expropriações – era necessariamente mais rápida que a sua absorção pelas manufaturas nascentes. Por outro lado, estes homens, bruscamente arrancados de suas ocupações habituais, não se podiam adaptar prontamente à disciplina no novo sistema social, surgindo, por conseguinte,

deles, uma porção de mendigos, ladrões e vagabundos. Daí a legislação contra a vadiagem, promulgada nos fins do século XVI, no oeste da Europa. Os pais da atual classe operária foram duramente castigados por terem sido reduzidos ao estado de vagabundos e pobres. A legislação os tratou como criminosos voluntários, supondo que dependia de seu livre arbítrio o continuar trabalhando (...).

A ação predatória dos empregadores se dava principalmente pela vigência do liberalismo, doutrina que apregoava a intervenção mínima do Estado e, em consequência, a regulação do mercado pela lei da oferta e da procura. Na arguta lição de Sergio Pinto Martins (2009, p. 07):

No Liberalismo não há intervenção do Estado na economia. É representado pela expressão francesa: “*laissez faire, laissez passer, Le monde va de lui-même*” (deixa fazer, deixa passar, o mundo caminha por ele mesmo). Haveria liberdade de toda e qualquer manifestação da vida humana, na liberdade e da propriedade. O Estado interviria na vida das pessoas dentro de certos limites. O trabalho seria regulado pela lei da oferta e da procura, inclusive os salários.

O Liberalismo influenciava as relações laborativas na medida em que propiciava aos proprietários dos setores produtivos a possibilidade de aumento dos lucros em detrimento da dignidade dos trabalhadores. A contraprestação salarial não era limitada por um piso mínimo, mas pela conjuntura das relações produtivas do momento, em geral tendente a diminuir o valor do trabalho humano em detrimento do lucro empresarial (MARTINS, 2009, p. 07). Interessante observarmos que no período de prevalência do Liberalismo, ao Estado cumpria somente garantir os direitos fundamentais de cunho individual, a exemplo da vida, da liberdade e da propriedade, não intervindo ou garantindo direitos na área social.

Engels, um dos grandes pensadores do socialismo, explicava a ação estatal como decorrência do poder das forças detentoras dos meios de produção (SÜSSEKIND et al, 2005, p. 90). O poder do Estado estaria, para Engels, a serviço dos proprietários dos meios de produção,

omitindo-se em meio às péssimas condições vividas pelos trabalhadores assalariados, em prol do aumento desenfreado do lucro.

Durante longos anos as condições de trabalho a que eram submetidos os empregados foram as piores possíveis. Jornadas de trabalho extenuantes, retribuição salarial ínfima, elevados índices de acidentes de trabalho, péssimas condições de higiene e saúde, ausência de descanso semanal, entre outros, eram as consequências visíveis da disparidade de empregados e empregadores. Como assevera Carlos Henrique Bezerra Leite (2009, p. 36):

Esse quadro de injustiças e desigualdades sociais propiciou o acúmulo de riquezas para uns poucos e bolsões de pobreza e miséria para muitos. Com o passar dos anos, o modelo político liberal perdeu a capacidade de organizar uma sociedade marcada pelas diferenças sociais decorrentes da Revolução Industrial.

Em face das mazelas observadas nos grandes centros urbanos, decorrentes da nova ordem econômico-laboral, houve a urgente necessidade de amparo do Estado à massa trabalhadora emergente. O cuidado estatal aos trabalhadores ocorreu de forma lenta e gradativa, forçada por levantes sociais e pelas ideias de grandes pensadores.

A partir da força social criada pela grande massa assalariada urbana, os direitos laborativos foram, paulatinamente, sendo conquistados, quebrando a barreira do capital e da negligência do Estado. Assevera Luiz Carlos Amorim Robortella (1994, p. 95):

(...) na esteira dos ideais socialistas, foi a correção das desigualdades econômicas através da instituição de desigualdades jurídicas que, suprimindo liberdades, geram igualdade jurídica real. Sob esse prisma, o direito do trabalho clássico opõe-se à maior liberdade no jogo das forças do mercado e na gestão da empresa(...).

A conquista dos direitos sociais relacionados ao trabalho, na arguta lição de Maurício Godinho Delgado (2008, p. 93), subdivide-se em quatro fases principais: Manifestações Incipientes ou Esparsas,

Sistematização e Consolidação, Institucionalização e, por fim, a fase de Crise e Transição.

Na fase de Manifestações Incipientes, tem-se como marco a expedição do *Peel's Act*, em 1802 na Inglaterra, o qual estabeleceu restrições à utilização do trabalho de menores nas fábricas, até então prática corrente no país, onde proprietários de fábricas empregavam famílias inteiras, idosos, adultos, jovens e crianças.

Na fase de Sistematização e Consolidação tem como marco inicial o Manifesto Comunista (1848), elaborado por Marx e Engels, e se estende até o fim da Primeira Grande Guerra Mundial, com a criação da OIT (1919). Nesta fase, observa-se a intensidade das ideias revolucionárias ao regime então vigente, de exploração do homem pelo capital. A classe trabalhadora começa a movimentar-se de forma coletiva, tornando-se voz ativa na sociedade, conseguindo grandes avanços nas condições de trabalho (DELGADO, 2008, p. 95).

A terceira fase, de Institucionalização dos Direitos Trabalhistas, inicia-se com a criação da OIT (1919), findando no pós Segunda Grande Guerra Mundial (1945). Neste período, os direitos trabalhistas passam definitivamente a compor a estrutura dos Estados, adentrando a ordem jurídica, deixando-se para trás o Estado Liberal omisso às questões laborativas. Começa-se de fato uma tentativa de equilíbrio na balança entre empregadores e empregados.

Por fim, na fase de Crise e Transição, que compreende as últimas décadas do século XX (1980), os direitos trabalhistas buscam se adequar aos novos conceitos tecnológicos e às cíclicas crises econômicas vivenciadas pelos setores produtivos. Passa-se do simples e puro temor da mecanização a um processo de especialização da mão de obra, o qual continua a garantir postos de trabalho.

Observa-se, assim, o processo histórico da conquista e consolidação dos direitos sociais relacionados às relações de trabalho, caminho árduo percorrido por trabalhadores, pensadores e governantes para que de fato houvessem conquistas e melhorias nas condições laborativas.

Mas não é só, Outros fatores corroboraram para a necessidade de amparo estatal aos trabalhadores, garantindo-lhes um mínimo de dignidade.

As crises econômicas, correntes ao decorrer da história da economia mundial, demonstram a necessidade de cuidados e amparo estatal. Conforme assevera Sergio Pinto Martins (2009, p. 35), acerca das modernas crises econômicas:

A partir de 1973, começaram a surgir as crises econômicas, como a que ocorreu com o petróleo, aumentando o preço destes produtos. Em seguida, vieram várias outras crises, como a das bolsas de valores nos países, do dólar, etc. As crises acabam sendo permanentes e cíclicas. Trouxeram as crises um agravamento do processo inflacionário nos países de um modo geral, não apenas no Brasil e nos países em vias de desenvolvimento, mas em toda parte.

Como corolário das crises econômicas, advém dificuldades financeiras às empresas (empregadoras por excelência), influenciando-se de forma direta a oferta empregatícia. Daí a necessidade de amparo ao trabalhador, através de normas previdenciárias e assistencialistas.

Outra causa ensejadora do cuidado estatal é o desemprego. Trata-se da crise que de longa data é preocupação dos governos e da sociedade. Segundo Luiz Carlos Amorim Robortella (1994, p. 99):

Um dos mais graves problemas do Primeiro Mundo, e que se alastra pelo Segundo e Terceiro, é o persistente, contínuo e aparentemente incontrolável aumento do desemprego. Em todas as economias os estudiosos apontam para um desemprego estrutural e não meramente conjuntural. O modelo de industrialização ou reestruturação não favorece a criação de empregos; ao contrário, o que se vê é a diminuição de postos de trabalho, apesar da paradoxal realidade do aumento da produtividade.

O trabalho (seja oriundo de vínculo empregatício ou não) é um direito constitucionalmente valorado a todos os cidadãos. Reconhece o

art. 1º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 o trabalho como um “Valor Social”. Segundo Pedro Lenza (2009, p. 759):

Trata-se, sem dúvida, de importante instrumento para se implementar e assegurar a todos uma existência digna, conforme estabelece o art. 170, *caput*. O Estado deve fomentar uma política econômica não recessiva, tanto que, dentre os princípios da ordem econômica, destaca-se a busca do pleno emprego (art. 170, VIII). Aparece como fundamento da República (art. 1º, IV), e a ordem econômica, conforme os ditames da justiça social, funda-se na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa.

Assim, diante de mencionados fatos, históricos e conjunturais, urge a necessidade de intervenção do Estado para equiparar o desequilíbrio inerente às relações trabalhistas. Maurício Godinho Delgado (2008, p. 196-197) enfoca sobremaneira a importância do princípio da proteção nas relações laborais, que atua como verdadeiro balanceador das relações entre empregados e empregadores, tendo em vista a patente diferença de forças entre as partes:

Informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro –, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

Assim, mesmo para os autores que defendem uma possível flexibilização dos direitos sociais trabalhistas, há sempre a noção de um mínimo, segundo cada autor, que deve ser respeitado como forma de preservação da dignidade do trabalhador. Conforme apontado por Arnaldo Sussekind (2005, p. 206):

A nosso entender, portanto, a *desregulamentação* do Direito do Trabalho, que alguns autores consideram uma das formas de flexibilização, com esta não se confunde. A desregulamentação retira a proteção do Estado ao trabalhador, permitindo que a autonomia privada, individual ou coletiva, regule as condições

de trabalho e os direitos e obrigações advindos da relação de emprego. Já a flexibilização pressupõe a intervenção estatal, ainda que básica, com normas gerais abaixo das quais não se pode conceber a vida do trabalhador com dignidade. Precisamente porque há leis é que determinados preceitos devem ser flexíveis ou estabelecer fórmulas alternativas para sua aplicação.

Sergio Pinto Martins (2009, p. 129), por exemplo, coloca como *inadmissíveis* as técnicas de flexibilização de direitos com fim único de suprimi-los.

Mencionadas as bases históricas pertinentes, cabe concluir o presente trabalho mencionando que a Constituição da República de 1988, firma, em seus artigos 6º e 7º direitos sociais que, em sua gênese, guardam estrita relação com a intervenção estatal nas relações de trabalho.

Assim, a Constituição da República, fundamentada na dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III da Constituição da República), firmou a garantia de uma existência digna ao corpo social, quer trabalhador ou não, à partir de premissas básicas nascidas historicamente no período da revolução industrial, e evolutivamente conquistada através dos anos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2008. DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, 3º volume: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. – 23.ed., rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. – São Paulo: Saraiva, 2007.

JÚNIOR, Antônio Ferreira Cesarino; Cardone, Marly A. Direito Social: teoria geral do direito social, direito contratual do trabalho, direito protecionista do trabalho. – 2ªed.- São Paulo: LTr, 1993.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de direito processual do trabalho. São Paulo: LTr, 2009.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 13. Ed. rev. Atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Sergio Pinto. Flexibilização das condições de trabalho. 4. Ed. – São Paulo : Atlas, 2009.

MARX, Karl. A origem do capital: a acumulação primitiva; Tradução Klaus Von Puchen. 2 ed. São Paulo: Centauro, 2004.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. Direito Internacional Público e Privado. 5ª ed. rev. ampl. e atual. Juspodivm: Salvador. 2013.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. O moderno direito do trabalho; prefácio Octavio Bueno Magano. São Paulo: LTr, 1994.

ROMAGNOLI, Umberto. Estabilidade versus precariedade, in Anais do Seminário Internacional de Relações de Trabalho. Brasília: Ministério do Trabalho, 1998.

SCHILLING, Voltaire. O movimento Ludita. Disponível em: educaterra.com.br/voltaire/mundo/2006/03/13/001. Acessado em 16/04/2010.)

SÜSSEKIND, Arnaldo...[et al.]. – 22. Ed. Atual. São Paulo: LTr, 2005.

^[1] (Schilling, Voltaire. O movimento Ludita. Disponível em: educaterra.com.br/voltaire/mundo/2006/03/13/001. Acessado em 16/04/2010)

ASPECTOS LEGAIS DO TRESPASSE E ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL

RONALDO PAULINO FILHO: Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Especialista em Direito Constitucional Aplicado. Especialista em Direito Processual Civil. Advogado, Professor de Direito e Pesquisador.

1. Conceito.

Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário ou por sociedade empresária. A doutrina majoritária chama também de fundo de comércio, fundo de empresa e azienda. Oscar Barreto Filho, define o estabelecimento como: “o complexo de bens materiais e imateriais, que constituem o instrumento utilizado pelo comerciante para a exploração da atividade mercantil”. [1]

A definição é estabelecida pelo Artigo 1142 do Código Civil, onde a lei não faz distinção entre Bens, que são:

Bens Corpóreos: Também chamados de bens matérias: móveis, utensílio, maquinário, equipamentos, imóvel, veículos, mercadorias etc.

Bens Incorpóreos: Também chamado de bens imateriais: ponto comercial, marca, patente.

Ao reunir os bens de forma organizada você tem o estabelecimento empresarial, vale mencionar que o Imóvel é elemento integrante do estabelecimento, mas não é o estabelecimento. O enunciado nº7 da primeira jornada de direito comercial da Justiça Federal diz que o nome de domínio integra o estabelecimento empresarial como bem incorpóreo para todos os fins de direito.

No caso de várias unidades como: filiais, agências etc. são consideradas estabelecimentos ligadas com a sede, no caso o estabelecimento principal, onde consiste o centro de gerência de toda a

empresa, o principal estabelecimento, portanto, consiste no local de definição da gerência, ou seja, onde as decisões são tomadas, devendo ser mencionado para fins de determinação do juízo competente para decretação de uma possível Falência conforme o Artigo 3º da Lei 11.101/05.

2. Estabelecimento é Diferente de Patrimônio

Para o entendimento da diferenciação, imagine uma padaria que possui dois imóveis: Um se encontra a padaria em si, e o outro o valor do aluguel é utilizado para compra de mercadoria. O dinheiro obtido com o aluguel será direcionado para compra de mercadoria para o estabelecimento, no entanto, mesmo nesse caso, o imóvel alugado não integra o conceito de estabelecimento.

Só aqueles bens que estão diretamente relacionados à atividade empresarial, podem ser: ações, aplicação em ouro, são outros bens que compõe o conceito de patrimônio, mas não integram o conceito de estabelecimento

3. Natureza Jurídica do Estabelecimento

Quem realiza a atividade empresarial é o empresário, a sociedade empresária, são eles sujeitos de direito. O estabelecimento não é sujeito de direito, ele é objeto de direito. O Artigo 1143 do Código Civil diz: “Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza”. É uma unidade, conjunto de bens, mas de fato ou é de direito?

A universalidade de direito é a reunião de bens decorrente da vontade de lei, herança e massa falida etc. Os bens do estabelecimento empresarial não são decorrentes de lei, mas pela vontade do empresário ou sociedade empresária sendo assim, é considerado pela doutrina majoritária como uma universalidade de fato e não uma universalidade de direito.

4. Aviamento

O chamado Aviamento consiste no potencial de lucratividade do estabelecimento, ou seja, vai comprar o estabelecimento com base no

que? Quem vende o estabelecimento não vende só os bens materiais, mas sim o conceito e conjunto de bens que tenha a lucratividade. Também chamado de “Good Will of Trade”

Oscar Barreto Filho faz uma comparação como a fertilidade está para o solo ou a velocidade está para o carro, não tem como dissociar o estabelecimento empresarial com o aviamento. Aviamento é um atributo, é um status daquele estabelecimento empresarial, não pode considerar individualizado, é inerente ao estabelecimento empresarial a clientela é mera situação de fato, ou seja, grupo de pessoas que realizam negócios com o estabelecimento de forma continuada, conforme menciona Fábio Ulhoa Coelho^[2] considerada para fins de aviamento, mas não é o aviamento.

5. Trespasse

Tema relacionado e que gera diversas dúvidas no operador do direito e na atividade empresária é a figura do Trespasse, que é diferente de cessão de cotas, sendo considerado como a operação de compra e venda de estabelecimento empresarial.

Trespasse é o nome que se dá para o contrato de compra e venda de estabelecimento empresarial que se precisa, instrumentalizar a operação. No trespasse ocorre a transferência da titularidade do estabelecimento, o titular do estabelecimento antes do trespasse era tal, depois passou a ser outro. Houve uma transferência da titularidade do estabelecimento, mas se um sócio vender suas cotas, a titularidade continua sendo anterior, são efeitos jurídicos distintos.

5.1 Formalidades do Trespasse

No Trespasse, temos duas figuras: O Alienante quem vende e o Adquirente, o que está comprando. O contrato se feito entre as partes, precisa de formalidade. O simples contrato produz efeitos entre as partes, ou seja, entre comprador e alienante já produz efeito, não precisa de nada mais para que o contrato de trespasse produza efeitos entre o alienante e o adquirente.

Para produzir efeitos perante terceiros terá que cumprir as formalidades do Código Civil que estabelece: O contrato que tenha por objeto a alienação, o usufruto ou arrendamento do estabelecimento, só produzirá efeitos quanto a terceiros depois de averbado à margem da inscrição do empresário, ou da sociedade empresária, no Registro Público de Empresas Mercantis, e de publicado na imprensa oficial.

Precisa assim de averbação na junta comercial e publicação na imprensa oficial. A regra aqui é de publicidade, é trazer publicidade ao ato, o credor tem que ficar sabendo, o concorrente tem que ficar sabendo, isso tem que ser comunicado para o mercado, há uma necessidade de uma publicidade total para produzir efeitos perante terceiro.

Precisa assim da concordância expressa ou tácita dos credores, se os bens do alienante não forem suficientes para saldar as dívidas deixadas no estabelecimento e se os credores não forem pagos antecipadamente.

6. Responsabilidade por dívidas anteriores

O Artigo 1146 do Código Civil, menciona que o adquirente responde por dívidas anteriores, só que com uma ressalva, desde que a dívida esteja regularmente contabilizada. A regra não se aplica para dívida trabalhista nem para dívida tributária, Artigo 10 e 448 da CLT, Artigo 133 do Código Tributário, respectivamente.

O alienante responde de forma solidária e por um prazo, de um ano, a contagem do prazo vai depender da dívida:

A dívida vencida será contada um ano a partir da publicação, aquela publicação na imprensa oficial. A dívida vincenda, conta a partir da data do vencimento. Essa pode ser considerada regra geral por responsabilidade, no entanto, o artigo 141, II Lei 11101/05 Lei de Falências menciona que não haverá sucessão, quem comprou não responde por dívidas do estabelecimento.

“Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata esse artigo:

II - o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arremate nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho. ”

7. Concorrência

Contrato de trespasse é o contrato que define a possibilidade ou não da concorrência, se o contrato for omissivo aplica a regra do Artigo 1147 do Código Civil:

“Não havendo autorização expressa, o alienante do estabelecimento não pode fazer concorrência ao adquirente, nos cinco anos subsequentes à transferência.

Parágrafo Único: No caso de arrendamento ou usufruto do estabelecimento, a proibição prevista neste artigo persistirá durante o prazo do contrato. ”

8. Sub-rogação nos contratos de exploração

Por fim, vale mencionar o caso de sub-rogação nos contratos de exploração, pelo Artigo 1148 do Código Civil:

“Salvo disposição em contrário, a transferência importa a sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados para exploração do estabelecimento, se não tiverem caráter pessoal, podendo os terceiros rescindir o contrato em noventa dias a contar da publicação da transferência, se ocorrer justa causa, ressalvada, neste caso, a responsabilidade do alienante”.

Caso para particularidades do estabelecimento empresarial, como situações e contratos que fazem o favorecimento do negócio. O legislador diz que quem está comprando, os contratos serão automaticamente

transferidos. Uma questão que merece ser ressaltada consiste no exemplo a seguir:

A empresa está situada em um lugar alugado, só passou o ponto. O contrato de locação é automaticamente transferido para o locatário?

Nesse caso existe dois entendimentos:

O STJ fala que o contrato de locação tem regra específica pela Lei 8245/91 Artigo 13, ou seja, transferir o contrato de locação é necessária autorização por escrito do locador.

O Enunciado da 1ª Jornada de Direito Comercial nº8 diz que:

“A sub-rogação do adquirente nos contratos de exploração atinentes ao estabelecimento adquirido, desde que não possuam caráter pessoal, é a regra, incluindo o contrato de locação.”

De que adianta se ter comprado estabelecimento se não pode ficar no ponto, seria perder investimento de toda forma. Essa seria a lógica de explicação para o enunciado mencionado.

Referências:

BARRETO FILHO, Oscar. Teoria do estabelecimento comercial. 2ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

CAMPINHO, Sérgio. O direito da empresa à luz do novo Código Civil. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Vol.1.

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de direito empresarial: teoria geral do direito societário. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2009. Vol. 1.

[1] Barreto Filho, Oscar. Teoria do estabelecimento comercial. 2ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p.75

[2] COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Vol.1, p.98.

A TEORIA DA ESCOLHA PÚBLICA E O PROBLEMA DO DESEQUILÍBRIO FISCAL NO BRASIL

JOSÉ AÉCIO VASCONCELOS FILHO: Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Procurador do Ministério Público de Contas - TCE/CE.

RESUMO: Este artigo tem como objetivo apresentar os principais aspectos da teoria da escolha pública, que procura estudar os comportamentos políticos a partir da perspectiva econômica. O trabalho também discute a aplicação das premissas dessa teoria à realidade político-econômica do Brasil, a partir da análise de algumas das possíveis causas do crônico desequilíbrio fiscal brasileiro, que persiste mesmo após a promulgação da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Palavras-chave: teoria da escolha pública, orçamento público, crise fiscal, Lei de Responsabilidade Fiscal, Novo Regime Fiscal.

ABSTRACT: This article aims to present the main aspects of public choice theory, which seeks to study political behavior from an economic perspective. The paper also discusses the application of the premises of this theory to the Brazilian reality, based on the analysis of some of the possible causes of the chronic Brazilian fiscal crisis, even after the enactment of the Lei de Responsabilidade Fiscal.

Keywords: public choice theory, budget, fiscal crisis, Lei de Responsabilidade Fiscal, Novo Regime Fiscal.

SUMÁRIO: Introdução; 1 O papel do Estado na economia; 2 Dificuldades para controlar o orçamento público; 3 Lei de Responsabilidade Fiscal e as dificuldades para a sua aplicação; 4 O novo regime fiscal; Conclusão; Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Em tempos de graves crises econômicas, como a que o Brasil enfrenta atualmente, é sempre oportuna a discussão sobre o tamanho adequado do Estado e a forma como ele deve se relacionar com o mercado.

Diversos economistas e cientistas políticos já se revezaram tentando explicar de que modo e em que medida as instituições estatais devem intervir na economia de determinada nação.

Uma resposta relativamente moderna a esse problema é dada pela teoria da escolha pública, que procura estabelecer de que maneira os agentes políticos interagem com os agentes econômicos, buscando ainda explicar porque o Estado deve se abster de controlar a maior parte dos recursos disponíveis em determinada sociedade.

Neste trabalho, procuraremos analisar, em linhas gerais, em que consiste a teoria da escolha pública, buscando relacioná-la com os problemas políticos e econômicos enfrentados pelo Brasil, especialmente a histórica dificuldade que o país enfrenta para controlar o crescimento dos gastos públicos.

A pesquisa terá ainda como objetivo verificar se instrumentos como a Lei de Responsabilidade Fiscal e a Emenda Constitucional nº 95/2017, que instituiu o Novo Regime Fiscal, podem auxiliar o país a encontrar o desejado equilíbrio fiscal.

1. O PAPEL DO ESTADO NA ECONOMIA

Como se sabe, a escassez de recursos, em contraposição às infinitas necessidades das pessoas, é um dos postulados básicos da ciência econômica.

Num contexto de mercado, em que as trocas de bens ocorrem livremente, o comportamento racional maximizador levará os agentes a realizar trocas até que os custos associados a cada troca se igualem aos benefícios aferidos, momento a partir do qual não mais ocorrerão trocas.^[1]

De acordo com essa premissa, o Estado deveria intervir o mínimo possível na economia, de modo a evitar desperdícios e diminuição na eficiência do mercado.

Na clássica lição de Adam Smith, o mercado contaria com uma “mão invisível” que o regularia, dispensando a atuação do Estado, que deveria restringir sua atuação a três funções básicas: defender a sociedade contra a violência de outros países independentes; implementar um eficiente sistema de administração de justiça; criar e manter instituições e obras que não despertem o interesse dos particulares^[2].

Embora não se possa negar a contribuição de Adam Smith para o desenvolvimento da teoria econômica, especialmente sob a vertente do liberalismo econômico, é certo que a obra do economista britânico não tratou adequadamente das denominadas falhas de mercado, situações nas quais o livre mercado não consegue alocar de modo eficiente os recursos disponíveis, gerando prejuízos para a sociedade.

A crise econômica de 1929 e a Grande Depressão que a seguiu são frequentemente lembradas como fatos que demonstram a insuficiência do modelo econômico proposto por Adam Smith como o mais adequado para o interesse social.

Embora todas as causas da crise de 1929 não estejam totalmente esclarecidas, Galbraith assevera que cinco principais fatores podem ter tido um efeito particularmente direto sobre o ocorrido: má distribuição de renda; má estrutura das empresas; má estrutura dos bancos; desequilíbrio na balança comercial americana e falta de conhecimentos econômicos.^[3]

Como se observa, pelo menos quatro dos cinco fatores poderiam ser neutralizados a partir de uma adequada regulação do mercado pelo Estado.

Com efeito, com exceção da falta de conhecimentos econômicos, todos os demais fatores poderiam ter sido neutralizados ou mitigados a partir de uma regulação estatal consistente.

Veja-se, por exemplo, a deficiência da estrutura bancária. Na década de 1920, como não havia um controle estatal rígido sobre as instituições financeiras, adotavam-se práticas financeiras que favoreciam a espiral especulativa que culminou no crash da Bolsa de Nova York.

A Grande Depressão fez com que ganhasse força a chamada doutrina keynesiana, que defende a necessidade de uma forte intervenção estatal na economia para evitar os desequilíbrios que seriam inerentes sistema capitalista.

O keynesianismo defende a atuação do Estado na realização de grandes investimentos e na adoção de uma baixa taxa de juros, de modo a manter elevados níveis de emprego e um mercado de consumo que possa sustentar a economia no longo prazo.

No campo político, essas ideias fizeram surgir e se desenvolver o chamado Estado do bem-estar social, ou Estado keynesiano, padrão de política social que atribui ao Estado a repsonsabilidade por prover uma ampla gama de serviços públicos aos seus cidadãos.

O Estado do bem-estar social se desenvolveu nos Estados Unidos e na Europa ocidental, principalmente a partir do pós-Segunda Guerra. Ocorre que, a partir da década de 60, a diminuição no ritmo de crescimento da economia mundial, associada ao aumento da inflação e dos déficits públicos, fizeram surgir fortes questionamentos ao modelo keynesiano.

Nos Estados Unidos, esses questionamentos inspiraram o surgimento da teoria da escolha pública, a partir dos estudos do economista James Buchanan. De acordo com Marco Antonio Dias, duas grandes preocupações fomentaram o desenvolvimento da nova teoria: (i) a excessiva matematização da teoria econômica, com o conseqüente prejuízo para o que deveria ser objeto essencial da análise teórica (compreensão das motivações que explicam as decisões dos agentes econômicos) e (ii) a acentuada politização das decisões econômicas, que fazia com que a racionalidade econômica fosse substituída pelos interesses políticos^[4].

O segundo ponto tem especial importância. Um Estado intervencionista pressupõe agentes políticos definindo a alocação de quantidade significativa dos recursos de determinado país. O keynesianismo defende que essa prática se justifica na medida em que esses recursos seriam direcionados ao atendimento do interesse público, ou seja, em benefício de toda a coletividade.

A teoria da escolha pública discute se os responsáveis pela condução das políticas públicas de fato se dedicam ao atendimento do interesse público. Mais do que isso, procura-se investigar se existe efetivamente um “interesse público”, ou se essa noção varia de acordo com os interesses das pessoas que estejam no poder em determinado momento.

Em outras palavras, a escolha pública defende que os homens não deixam de perseguir seus interesses particulares apenas por estarem investidos em uma função pública:

(...) dão-se conta de que os servidores públicos não são anjos, que as suas motivações não são necessariamente altruístas e que o homem não muda realmente de natureza consoante prossiga seus interesses privados ou esteja munido de poderes públicos, no âmbito de funções para que haja sido investido.^[5]

A respeito desse ponto, veja-se o que nos ensina a história política recente do Brasil. Em 2012 o governo federal editou a Medida Provisória nº 579, que mudava as regras do setor elétrico com o objetivo de obter uma significativa redução na tarifa da energia elétrica para as residências e indústrias brasileiras.

O anúncio dos percentuais de diminuição foi feito em 2013, diante de um cenário de forte impopularidade da então presidente da República. Em cadeia nacional de rádio e televisão, garantiu-se aos brasileiros que a diminuição do custo da energia seria associada ao aumento da produção de energia elétrica.

Já naquela época, muitos especialistas alertavam que a diminuição no preço da energia era insustentável do ponto de vista econômico, e que as empresas geradoras e distribuidoras de energia teriam que suportar grandes prejuízos para subsidiar a redução de tarifas imposta pelo governo.

Nos anos seguintes, verificou-se que a preocupação dos especialistas era justificável e que a redução das tarifas não estava respaldada em estudos técnicos que demonstrassem sua viabilidade. Auditoria operacional conduzida pelo Tribunal de Contas da União^[6] concluiu que a MP 579/2012 acabou restringindo a capacidade de investimento das elétricas, colocando em risco a sustentabilidade econômico-financeira do setor elétrico brasileiro.

Ao que tudo indica, o reajuste tarifário caracterizou-se como uma medida eleitoreira, que não tinha como objetivo fomentar a competitividade do Brasil ou aumentar o bem-estar da população, mas ganhar a simpatia do eleitorado.

O efeito prático dessa política foi o seguinte: com as tarifas mais baratas, houve aumento do consumo e conseqüente aumento dos custos de produção (tendo em vista a necessidade de acionamento das termelétricas). O Tesouro Nacional teve que aportar vultosas quantias para subsidiar a produção de energia; em 2015, após as eleições presidenciais, os subsídios foram suspensos e as tarifas foram reajustadas, o que pressionou a inflação e agravou a crise econômica que assolava o país.

Fenômeno semelhante acontece constantemente com os preços dos combustíveis no Brasil. Como o governo federal detém o controle acionário da Petrobras, empresa que possui o monopólio do refino e importação de derivados do petróleo, acaba definindo o preço dos combustíveis com base em questões que vão além do fator econômico.

Assim, em épocas de inflação alta, por exemplo, o governo costuma não permitir o aumento dos preços dos combustíveis (que têm significativo impacto na inflação), deixando-os abaixo dos preços

internacionais, ainda que isso implique renúncia de receitas e diminuição da capacidade de investimento da Petrobras[7].

Pode-se mencionar ainda, para finalizar, o exemplo dos governadores e prefeitos que inauguram, no final de seus mandatos, obras públicas de grande impacto social, com o objetivo de conquistar o eleitorado para uma possível reeleição. Essas obras costumam consumir vultosas somas de dinheiro público e são orientadas, muitas vezes, mais pelo apelo eleitoral do que pelas reais prioridades da comunidade naquele momento.

Esses exemplos corroboram uma das premissas da escolha pública, segundo a qual o Estado não é a instituição adequada para compensar as chamadas falhas de mercado. Sendo controlado por políticos que perseguem seus interesses individuais, o Estado, ao intervir na economia, utiliza recursos públicos para atender aos interesses privados daqueles que estão no poder e daqueles que lhes dão sustentação.

Buchanan propõe, segundo a lição de Marco Antonio Dias, um redimensionamento das funções estatais, a partir da revisão da teoria e prática das finanças públicas, de modo que a distribuição individual do custo público passe a ser relacionado à distribuição individual dos benefícios.[8]

2. DIFICULDADES PARA CONTROLAR O ORÇAMENTO PÚBLICO

O orçamento de um país é uma peça de fundamental importância em qualquer democracia. É ele que determina como o Estado deve utilizar os recursos públicos disponíveis, de modo a atender aos anseios sociais na máxima medida possível.

A doutrina identifica três principais funções do orçamento. Pela função política, o orçamento serve como instrumento de diálogo institucional entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo. O chefe do Poder Executivo elabora a proposta de lei orçamentária, que é posteriormente discutida e aprovada pelo Poder Legislativo, de acordo com

um processo legislativo específico, previsto no art. 166 da Constituição Federal.

Já a função reguladora é exercida, de acordo com Caldas Furtado, quando o orçamento funciona como agente de justiça distributiva, financiando serviços públicos para os mais carentes à conta de recursos pagos pelos mais abastados[9].

Por fim, a função econômica aparece quando se considera o fato de que o Estado é agente econômico dotado de grande importância, uma vez que quantidade significativa dos recursos disponíveis em qualquer economia estão sob a responsabilidade do Estado. Assim, a opção por uma execução orçamentária equilibrada, superavitária ou deficitária pode influenciar todos os setores da economia de um país.

Sobre esse tema, importa destacar que a doutrina especializada em Direito Financeiro costuma apontar o princípio do equilíbrio orçamentário como um dos princípios que regem a elaboração e execução do orçamento no Brasil. Ora, se existe tal princípio, como se admitem orçamentos deficitários?

Na verdade, o princípio do equilíbrio orçamentário deve ser compreendido como equilíbrio contábil; assim, a lei orçamentária deve prever um total de receitas suficientes para cobrir todas as despesas ali previstas. A Constituição não determina que o Estado deve custear todas as despesas com recursos próprios, de modo que a lei orçamentária pode estabelecer que parte dos recursos necessários ao financiamento da atividade estatal em dado exercício serão custeadas mediante a realização de operações de créditos.

Desse modo, é possível, diante de um cenário de grave crise econômica, em que há necessidade de estimular a economia, que o Estado opte por uma política fiscal expansionista, gerando déficits orçamentários, ou seja, aumentando os gastos públicos em proporção superior ao aumento das receitas, na forma preconizada pelo keynesianismo[10].

O problema ocorre quando os déficits públicos se sucedem nos diversos exercícios, levando o endividamento público a níveis insustentáveis, o que reduz a capacidade do Estado de prestar serviços públicos e de realizar investimentos.

Não existe um nível adequado de endividamento, ou mesmo um nível máximo adequado. O importante é que os recursos obtidos com as operações de crédito sejam utilizados para a realização de investimentos e para o fortalecimento da economia nacional.

Não é por acaso que a própria Constituição prevê, em sua redação ordinária, a chamada “regra de ouro” do Direito Financeiro, que proíbe a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, ressalvadas as autorizadas mediante créditos suplementares ou especiais com finalidade precisa, aprovados pelo Poder Legislativo por maioria absoluta (art. 167, III).

Ilustra a importância dessa regra o fato de que países desenvolvidos como o Japão e os Estados Unidos possuem uma elevada dívida pública e ainda assim conseguem tomar recursos emprestados a taxas de juros baixíssimas.

Por outro lado, caso as receitas obtidas com operações de crédito sejam continuamente utilizadas para o pagamento das despesas correntes, o país perde credibilidade internacional e necessita pagar taxas de juros cada vez maiores, o que faz com que uma parcela cada vez maior das receitas próprias fique comprometida com o pagamento do serviço da dívida.

O déficit que quase sempre caracterizou a política fiscal no Brasil e as consequências dele advindas são bem resumidas por Caldas Furtado:

O desequilíbrio fiscal predominou desenfreado no Brasil até recentemente, com consequências bastante negativas; os altos índices de inflação até a edição do Plano Real, a prática de elevadas taxas de juros, o endividamento público fora do controle e a excessiva

carga tributária são exemplos de consequências desse desequilíbrio.[\[11\]](#)

Apesar de todos esses efeitos nefastos, a classe política muitas vezes não tem interesse em diminuir a dívida pública. De acordo com a *public choice*, a preocupação em manter-se no poder faz com que os políticos prefiram a adoção de medidas que favoreçam a sua reeleição, em detrimento das medidas mais eficientes do ponto de vista econômico.

Como se sabe, reformas estruturais que impliquem redução dos gastos públicos são normalmente impopulares, razão pela qual são postergadas o máximo possível pelos governantes.

Nesse contexto, muitas vezes faz-se necessária a edição de leis específicas que limitem a atuação dos gestores públicos, vinculando-os a uma política fiscal minimamente responsável.

No Brasil, um exemplo de instrumento legislativo elaborado com esse propósito é a Lei de Responsabilidade Fiscal, publicada em 4 de maio de 2000.

3. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E AS DIFICULDADES PARA A SUA APLICAÇÃO

Nos termos do art. 163, I, da Constituição Federal, cabe à lei complementar dispor sobre finanças públicas. Assim, a Lei nº 4.320/64 foi recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro, após a edição da Constituição de 1988, como lei complementar.

Ocorre que a Lei nº 4.320/64, embora muito avançada para a época em que foi editada, não trata de todas as matérias mencionadas no art. 163 da Constituição Federal. Na verdade, o principal objetivo desse diploma legal foi padronizar a estrutura orçamentária dos diversos entes federados, que passaram a seguir um repositório conceitual e um modelo de orçamentação pré-estabelecido.

Reconhecendo a importância da Lei nº 4.320/64, Marcus Abraham destaca:

Pode-se dizer que ela é o 'Estatuto das Finanças Públicas'. Além de veicular relevantes princípios financeiros e institutos básicos das finanças públicas, sem ela não seria possível elaborar, executar e controlar os orçamentos públicos. Mais do que isso, apresentou-nos o modelo de orçamento-programa, em cuja execução se pretendem políticas públicas de resultados, metas e conquistas.^[12]

De todo modo, faltava a edição de uma lei complementar que regulamentasse o disposto nos diversos incisos do art. 163, tratando, entre outros, de temas como dívida pública externa e interna (inciso II), fiscalização financeira da administração pública (inciso V) e concessão de garantias pelas entidades públicas (inciso III).

Para suprir essas lacunas, e de modo a responder a pressões de organismos multilaterais que cobravam do país mais responsabilidade fiscal e uma maior transparência na realização dos gastos públicos, foi editada, em maio de 2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000).

A LRF foi inspirada, de acordo com Edson Ronaldo Nascimento e Ilvo Debus^[13], em quatro principais marcos teóricos:

1) FMI – Fiscal Transparency: o organismo financeiro internacional possui um código de transparência fiscal que cobra dos países que o integram uma gestão fiscal transparente e planejada;

2) Tratado de Maastricht: por meio desse tratado, vários países europeus se comprometeram com uma política fiscal equilibrada, havendo inclusive a previsão de metas e punições pelo seu descumprimento;

3) Budget Enforcement Act: lei norte-americana que criou mecanismos para controlar o déficit orçamentário, e que podem ter inspirado as disposições da Lei de Responsabilidade Fiscal sobre limitação de empenho e renúncia de receitas;

4) Fiscal Responsibility Act: diploma legal da Nova Zelândia que, embora não preveja metas fiscais, também teve como objetivo instituir naquele país uma gestão fiscal responsável.

Embora essas diretrizes tenham servido de guias para o legislador, deve-se destacar que diversos aspectos do ordenamento constitucional brasileiro e da nossa realidade histórica foram considerados durante a elaboração do diploma legal.

As normas sobre as limitações de gastos com pessoal, por exemplo, que constituem um dos pilares da LRF, foram necessárias a partir da constatação da dificuldade histórica que os diversos entes da República apresentam para controlar esse tipo de despesa corrente.

O mais importante, para os fins deste trabalho, é que a nova lei veio com um objetivo muito claro, já enunciado no seu art. 1º: estabelecer normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal.

O § 1º do referido dispositivo esclarece que a responsabilidade na gestão fiscal

pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

Uma análise mais detida da Lei de Responsabilidade Fiscal indica que o legislador estabeleceu regras rígidas com o objetivo de garantir o equilíbrio das contas públicas. Vejam-se, por exemplo, as regras sobre limitação de empenho em caso de frustração de receitas previstas (art. 9º),

limite de gastos com pessoal (arts. 18 a 23), limites do endividamento (art. 31) e renúncia de receitas (art. 14).

Todos esses dispositivos apresentam situações que podem comprometer o equilíbrio fiscal dos entes federados; apresentam, ainda, as soluções que devem ser adotadas para prevenir ou combater essas situações.

Mas será que essas medidas são efetivamente cumpridas, ainda que se mostrem impopulares ou contrariem o interesse de grandes empresários?

O art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal exige que a concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária deve estar condicionada à demonstração de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária e de que não afetará as metas de resultados fiscais. Havendo impacto orçamentário, a renúncia, para valer, deve estar acompanhada de medidas de compensação que gerem aumento de receita.

O problema é que esses dispositivos são solenemente ignorados. A União institui, de forma periódica, programas de regularização fiscal que concedem generosas isenções de juros e multas sem que o respectivo impacto financeiro esteja adequadamente dimensionado. O exemplo mais recente é o chamado Programa Especial de Regularização Tributária, instituído pela Lei nº 13.496/2017, que permite o desconto de encargos legais tributários com o fim de atrair a adesão dos devedores. Para “cumprir” as regras da Lei de Responsabilidade Fiscal, incluiu-se na lei um dispositivo determinando que o Poder Executivo federal estimará o montante da renúncia fiscal decorrente do disposto na lei.

Como se observa, trata-se de previsão vazia, que não proporciona a gestão fiscal planejada almejada pela LRF.

Um outro exemplo ajuda a compreender como é difícil o cumprimento dos bem-intencionados preceitos da Lei Complementar nº 101/2000. O art. 11 do mencionado diploma legal estabelece como requisito da responsabilidade na gestão fiscal a instituição e efetiva arrecadação de

todos os impostos da competência constitucional do ente da Federação, proibindo a realização de transferências voluntárias para o ente que não observe esse requisito.

Conforme advertem Carlos Antônio Luque e Vera Martins da Silva,

Tal dispositivo é extremamente relevante para o equilíbrio fiscal do setor público uma vez que há inúmeras prefeituras e estados que, no passado, foram absolutamente omissos quanto à sua arrecadação própria, preferindo viver quase exclusivamente de transferências de níveis superiores de governo.^[14]

Como se observa, o objetivo da norma, ao vedar a realização de transferências voluntárias para os municípios mais dependentes de repasses federais e estaduais, foi incentivar a instituição dos impostos municipais e a consequente arrecadação de receitas próprias.

No entanto, considerando que a instituição de tributos como o IPTU e o ISS é medida extremamente impopular, especialmente em pequenos municípios, a competência tributária para instituir tais exações ainda não foi exercida em muitos municípios.

Há que se perquirir, agora, as razões pelas quais a União e os municípios deixam de arrecadar as receitas tributárias indicadas nos parágrafos acima, mesmo que essa conduta implique descumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal e traga consequências negativas para o equilíbrio orçamentário. Afinal, conforme alerta Marcelo Guerra Martins,

(...) sem que exista uma justa causa como fundamento, ao se afastar a incidência de certos tributos (seja por isenção, seja por outro modo), concede-se aos beneficiários um alívio no dever fundamental de financiar o Estado, do que resulta numa apropriação indevida da riqueza que deveria ter

sido carregada aos cofres públicos, mas que restou em mãos privadas.[\[15\]](#)

Esse comportamento pode ser explicado pela perspectiva da teoria da escolha pública. Embora essas renúncias de receita não sejam as mais eficientes do ponto de vista econômico e não promovam uma maximização do bem-estar social, são muito importantes para garantir a reeleição daqueles responsáveis pela formulação de políticas públicas.

Os políticos, agindo como empresários, formulam políticas públicas que possam satisfazer os seus clientes (eleitores), de modo a garantir votos nas próximas eleições. De acordo com a lição de Gordon Tullock:

Politicians and businesspeople will sometimes pay a price (lost constituent support) in order to do what they think is good, but on the whole they can be expected to act in such a way as to maximize their own well-being in terms of reelection prospects. Stated in different language, politicians as businesspeople pursue policies that they think the people want because they hope the people will reward them with votes.[\[16\]](#)

Observa-se, assim, que mesmo a existência de um diploma legal editado com o propósito específico de garantir uma agenda fiscal pautada no planejamento e no controle dos riscos pode não ser suficiente quando o aumento da dívida pública for a alternativa mais conveniente para atender aos interesses eleitorais dos responsáveis pela condução dos rumos da nação.

4. O NOVO REGIME FISCAL

Não obstante os inegáveis avanços trazidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal no que se refere ao controle dos gastos públicos e ao aumento da transparência na execução do orçamento, o fato é que a despesa pública primária continuou a crescer de modo acelerado[\[17\]](#), o

que tornou necessária a edição, em dezembro/2016, da Emenda Constitucional nº 95/2016, que instituiu o denominado Novo Regime Fiscal.

Em linhas gerais, a norma estabelece um teto para as despesas primárias dos diversos Poderes e órgãos com autonomia financeira ou administrativa, correspondente ao total da despesa primária do exercício anterior, corrigida pela inflação do período.

Assim, desde a entrada em vigor da mencionada Emenda, fica vedado o aumento real da despesa primária do governo federal.

Trata-se de medida legislativa simples, que tem a inegável vantagem de fortalecer o debate acerca da alocação dos recursos disponíveis para execução em determinado exercício financeiro. Se antes o aumento de despesas (aumento direto ou via renúncia fiscal) era aprovado sem maiores discussões, conforme a força política das corporações, agora a trava para o crescimento do gasto público implicará um debate mais qualificado diante de propostas que aumentem as despesas públicas. Havendo um teto para os gastos, o autor da proposta passa a ter o ônus de indicar a área que poderá ter reduzida a sua disponibilidade orçamentária.

Há que se destacar, todavia, que a medida aprovada traz riscos para o futuro de um país em que a maior parte da parte da população depende dos serviços públicos oferecidos pelo Estado. O crescimento real zero pode auxiliar o controle do endividamento, mas ainda não é possível mensurar qual o custo social dessa medida.

Limitar o crescimento das despesas com saúde, por exemplo, em uma nação que já não presta um serviço público de saúde adequado, pode ser catastrófico. Com efeito, o envelhecimento da população brasileira impõe uma ampliação da proteção social do Estado no âmbito da saúde, sendo desarrazoada a redução de despesas públicas nessa rubrica.

Dessa forma, a Emenda Constitucional nº 95/2016 deve necessariamente ser acompanhada de um amplo debate público, seguido

de uma profunda reestruturação do Estado, que redefina prioridades e estabeleça uma alocação mais eficiente dos recursos públicos.

A primeira etapa dessa discussão talvez seja a reforma do sistema previdenciário brasileiro. Independentemente da divergência acerca da justiça ou injustiça das regras atualmente vigentes, o fato é que a edição da Emenda Constitucional nº 95/2016 impõe à sociedade brasileira o dever de decidir se as despesas previdenciárias devem continuar a crescer de modo contínuo, mesmo que esse aumento implique, ao menos nos próximos vinte anos (período durante o qual deve ser aplicada a regra trazida pela EC nº 95/2016), a diminuição de recursos disponíveis para outras áreas sensíveis, como saúde e educação.

CONCLUSÃO

Em sede conclusiva, é possível afirmar que as decisões econômicas tomadas pelos agentes políticos são muitas vezes influenciadas pelos seus interesses particulares, o que faz com que elas muitas vezes não representem a melhor solução para os interesses da sociedade.

No âmbito do Direito Financeiro, editou-se a Lei de Responsabilidade Fiscal com o objetivo obrigar os agentes políticos a adotar condutas políticas fiscais sustentáveis, ainda que mediante a adoção de medidas impopulares. Não obstante o inegável avanço trazido pela LRF, muitas de suas disposições foram distorcidas ou interpretadas em desacordo com a ratio da lei, o que permitiu que o país fosse novamente inserido num grave quadro de desequilíbrio fiscal.

Mais recentemente, a Emenda Constitucional nº 95/2016 instituiu o Novo Regime Fiscal, com o objetivo de tentar equilibrar as contas públicas e forçar o Governo Federal a retomar o controle da dívida pública.

A simplicidade dos dispositivos da EC 95/2016 tem a vantagem de evitar que interpretações heterodoxas conduzam à ineficácia da nova norma constitucional. No entanto, é necessário perceber que a mera limitação do montante da despesa primária é apenas o primeiro passo no longo caminho que o país deve percorrer para que tenha uma melhor eficiência na alocação dos recursos públicos disponíveis. O mais

importante, agora, é que a sociedade se envolva do debate orçamentário e determine o destino que deve ser dado aos tributos arrecadados de todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 79.

ALMEIDA, EDMAR LUIS FAGUNDES DE; OLIVEIRA, PATRICIA VARGAS DE; LOSEKANN, LuclanO. Impactos da contenção dos preços de combustíveis no Brasil e opções de mecanismos de precificação. **Revista de Economia Política**, v. 35, n. 3, p. 531-556, 2015. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572015000300531>. Acesso em 09/10/2017.

CARVALHO, Fernando JJ Cardim de. Equilíbrio fiscal e política econômica keynesiana. **Análise econômica**, v. 26, n. 50, 2008. Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br/index.php/AnaliseEconomica/article/download/10906/6484>>. Acesso em 14/10/17.

CATARINO, João Ricardo. **Redistribuição tributária: Estado social e escolha individual**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 174.

DIAS, Marco Antonio. James Buchanan e a “Política” na escolha pública. **Revista Estratégica**, v. 10, n. 1, 2013, p. 33.

DEBUS, Ilvo; NASCIMENTO, Edson Ronaldo. **Lei complementar nº 101/2000: entendendo a Lei de Responsabilidade Fiscal**. 2ª. ed. S.l.: s.n, 2011. Disponível em Acesso em 09/10/2017.

FURTADO, J. R. Caldas. **Direito Financeiro**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 63.

GALBRAITH, John Kenneth. **1929: A grande crise**. Tradução de Clara A. Colotto. São Paulo: Larousse do Brasil, 2010.

GICO JR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, 2010.

LUQUE, Carlos Antonio; SILVA, Vera Martins. A lei de responsabilidade na gestão fiscal: combatendo falhas de governo à brasileira. **Revista de Economia Política**, v. 24, n. 3, p. 404-421, 2004.

MARTINS, Marcelo Guerra. Facultatividade do exercício da competência tributária e renúncia de receitas na Lei de Responsabilidade Fiscal. In: PISCITELLI, Tathiane (Coord.). **O Direito Tributário na Prática dos Tribunais Superiores: Sistema Tributário Nacional e Código Tributário Nacional em debate**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 260.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas**. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 173-198.

TULLOCK, Gordon; BRADY, Gordon L.; SELDON, Arthur. **Government failure: a primer in public choice**. Cato Institute, 2002. Disponível em . Acesso em 29/11/17.

NOTAS:

[1]GICO JR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, n. 1, p. 7-33, 2010.

[2]SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas**. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 173-198.

[3]GALBRAITH, John Kenneth. **1929: A grande crise**. Tradução de Clara A. Colotto. São Paulo: Larousse do Brasil, 2010.

[4]DIAS, Marco Antonio. James Buchanan e a “Política” na escolha pública. **Revista Estratégica**, v. 10, n. 1, 2013, p. 33.

[5]CATARINO, João Ricardo. **Redistribuição tributária: Estado social e escolha individual**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 174.

[6]Acórdão nº 1868/2016 – TCU/Plenário. Disponível em <<http://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A155F0B71C01560F56913B2ACC&inline=1>>. Acesso em 08/10/2017.

[7]ALMEIDA, EDMAR LUIS FAGUNDES DE; OLIVEIRA, PATRICIA VARGAS DE; LOSEKANN, Luciano. Impactos da contenção dos preços de combustíveis no Brasil e opções de mecanismos de precificação. **Revista de Economia Política**, v. 35, n. 3, p. 531-556, 2015. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572015000300531>. Acesso em 09/10/2017.

[8]DIAS, Marco Antonio. James Buchanan e a “Política” na escolha pública. **Revista Estratégica**, v. 10, n. 1, 2013, p. 35.

[9]FURTADO, J. R. Caldas. **Direito Financeiro**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 63.

[10] Em sentido contrário, Fernando J. Cardim de Carvalho defende que Keynes define a política fiscal a partir de um nível adequado de gastos públicos, não de deficit público. Assim, não haveria, na doutrina keynesiana, qualquer impedimento para que os gastos públicos elevados fossem financiados por impostos, evitando-se o surgimento de déficits fiscais. Confira-se, a propósito, CARVALHO, Fernando JJ Cardim de. Equilíbrio fiscal e política econômica keynesiana. **Análise econômica**, v. 26, n. 50, 2008. Disponível em: <<http://www.seer.ufrgs.br/index.php/AnaliseEconomica/article/download/10906/6484>>. Acesso em 14/10/17.

[11]FURTADO, J. R. Caldas. **Direito Financeiro**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 103.

[12] ABRAHAM, Marcus. **Curso de Direito Financeiro Brasileiro**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 79.

[13] DEBUS, Ilvo; NASCIMENTO, Edson Ronaldo. **Lei complementar nº 101/2000: entendendo a Lei de Responsabilidade Fiscal**. 2ª. ed. S.l.: s.n, 2011. Disponível em Acesso em 09/10/2017.

[14] LUQUE, Carlos Antonio; SILVA, Vera Martins. A lei de responsabilidade na gestão fiscal: combatendo falhas de governo à brasileira. **Revista de Economia Política**, v. 24, n. 3, p. 404-421, 2004.

[15] MARTINS, Marcelo Guerra. Facultatividade do exercício da competência tributária e renúncia de receitas na Lei de Responsabilidade Fiscal. In: PISCITELLI, Tathiane (Coord.). **O Direito Tributário na Prática dos Tribunais Superiores: Sistema Tributário Nacional e Código Tributário Nacional em debate**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 260.

[16] TULLOCK, Gordon; BRADY, Gordon L.; SELDON, Arthur. **Government failure: a primer in public choice**. Cato Institute, 2002. Disponível em . Acesso em 29/11/17.

[17] No período 2008-2015, essa despesa cresceu 51% acima da inflação, enquanto a receita evoluiu apenas 14,5%. Esse dado foi apresentado na EMI nº 00083/2016 MF MPDG, de 15 de junho de 2016. Disponível em . Acesso em 29/11/17.

AS TUTELAS PROVISÓRIAS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

MARÍLIA DE MIRANDA CHIAPPETTA DOS SANTOS: Pós Graduada em Direito Contratual pela UFPE; Graduada pela UFPE; Advogada.

RESUMO: Este artigo busca analisar uma das principais inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015: o regime das tutelas de urgência. Procura-se, assim, analisar as consequências deste novo regime de antecipação de tutela na vida prática dos jurisdicionados.

PALAVRAS CHAVE: Novo Código de Processo Civil. Tutelas Antecipadas. Tutelas de Urgência. Doutrina.

SÚMARIO: Introdução. Tutelas de Urgência e Evidência no CPC/15. Conclusão

1. INTRODUÇÃO

Tendo em vista a realidade da justiça brasileira, onde a morosidade não é um elemento incomum, o novo Código de Processo Civil traz consigo temas de muita importância, a exemplo das tutelas de urgência e evidência, visando à imediata satisfação do bem perseguido.

A tutela provisória pode ser concedida de forma satisfativa ou cautelar, pelo que o professor Luiz Guilherme Marinoni as distingue da seguinte forma:

A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é “satisfativa sumária”. A prestação jurisdicional satisfativa sumária, pois, nada tem a ver com a tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (assegurado) cautelarmente. Se existe referibilidade, ou referência a direito, não há direito acautelado. [1]

O novo Código de processo civil trouxe significativas mudanças quanto à matéria, inovando neste assunto, que é de fundamental importância aos jurisdicionados, que possuem como direito fundamental a celeridade processual.

2. AS TUTELAS DE URGÊNCIA E EVIDÊNCIA NO CPC/15

Contudo, não é de hoje a preocupação do legislador com a morosidade da prestação jurisdicional. Antes mesmo da Constituição de 1988, o Código de Processo Civil de 1973 já previa as hipóteses de concessão das medidas liminares, com uma clara divisão entre tutelas de urgência e as tutelas antecipadas, que possuíam caráter satisfativo, e as medidas liminares, que objetivavam garantir o resultado prático do processo.

O Novo Código de Processo Civil busca inovar na matéria das cautelares, pretendendo unificar as tutelas de urgência, o que significa um importante avanço.

No Código de 1973, para a concessão da antecipação de tutela era necessária a prova inequívoca e verossimilhança da alegação, e para a concessão da medida liminar se faziam necessários, apenas, os requisitos da fundamentação e o perigo da demora.

Insta registrar que a Lei 10.444/02 inseriu o § 7º ao art. 273 CPC, consagrando a fungibilidade nas medidas de urgência, em consonância ao princípio da efetividade e da economia processual, desburocratizando o Judiciário e contribuindo para o resultado prático do processo.

Assim, no Código de Processo Civil de 1973, em que pese ser consagrada a divisão das tutelas de urgência em cautelares e tutelas antecipadas, o pleito da parte poderia ser efetivamente admitido pelo Judiciário independente da nomenclatura adotada, desde que atendidos os requisitos essenciais para obtenção da tutela jurisdicional de urgência, respeitando-se, assim, a fungibilidade das medidas.

O grande objetivo do novo Código de Processo Civil é consagrar ainda mais a simplicidade procedimental, ratificando a celeridade processual, bem como consubstanciando a efetiva tutela dos direitos materiais.

Nesse sentido, o novo CPC traz alterações significativas no que concerne às medidas de urgência, classificando-as como todas as medidas

que busquem, antes da sentença, a conservação da situação fática do bem tutelado, assegurando a tutela do direito material, ou que antecipe os seus efeitos práticos quando o tardar do tempo possa colocar em risco a prestação jurisdicional.

A partir de então, as medidas cautelares e as tutelas antecipadas são reunidas em um mesmo gênero, recebendo um tratamento conjunto, pelo que o novo CPC extingue todo o livro III, referente ao processo cautelar, constante no CPC de 1973.

Contudo, a medida cautelar ainda poderá ser concedida, tanto de maneira preparatória quanto incidental, porém serão agrupadas no referido gênero das “medidas de urgência”, as quais passam a ser divididas em “tutelas de urgência”, que abarcam as antigas tutelas antecipadas e medidas cautelares, e as “tutelas de evidência”, uma novidade consagrada pelo novo CPC.

Por oportuno, destaque-se que a principal diferença entre as tutelas de urgência e as tutelas de evidência: a tutela de exigência exige o requisito do perigo da demora, enquanto a tutela de evidência pode ser concedida independentemente da demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação. Segundo Didier, a tutela de evidência é “uma técnica processual, que diferencia o procedimento em razão da evidência com que determinadas alegações se apresentam em juízo”. [2]

Importante salientar que não há previsão no CPC/15 da tutela de evidência em caráter antecedente, apenas a de urgência, o que é criticado por Daniel Assumpção Neves:

Nos termos do art. 294, parágrafo único, do Novo CPC, a tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. Não há dúvida de que a regra aproxima as duas espécies de tutela de urgência, considerando-se que na vigência do CPC/1973 era impensável uma tutela antecipada antecedente.

O aspecto negativo do dispositivo legal fica por conta da exclusão da tutela da evidência como passível de ser concedida de forma antecedente. Tratando-se de tutela provisória satisfativa, nesses termos a tutela da evidência se aproxima de forma significativa da tutela antecipada, sendo a única diferença entre elas os requisitos para sua concessão. A satisfação fática é a mesma na tutela antecipada e na tutela de evidência. [3]

Assim, a concessão da medida cautelar ou satisfativa sem o requisito do perigo da demora pretende conceder maior efetividade ao procedimento, visando à satisfação do bem perseguido, o que representa um grande avanço trazido pelo novo CPC.

3. CONCLUSÃO

Ante o exposto, ao tratar de maneira uniforme as tutelas antecipadas e as cautelares, inserindo-as no mesmo gênero das chamadas “medidas de urgência”, ratifica-se o princípio da fungibilidade, rompendo-se, em certa medida, com o extremo formalismo técnico que norteia a legislação brasileira em vigor.

O grande desafio será concretizar, na prática, todas as importantes alterações trazidas pelo Novo CPC, efetivando-as através da prestação jurisdicional célere e eficiente, o que constitui, em suma, o grande objetivo de todo o sistema jurisdicional brasileiro.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela – 10 ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, v.2.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 5 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume único / Daniel Amorim Assumpção Neves – 8. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

Notas:

[1]MARINONI, Luiz Guilherme. **A antecipação da tutela**. 5 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 93.

[2]DIDIER Jr., Fredie. Curso de Direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela – 10 ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015, v.2. p. 617.

[3]NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume único / Daniel Amorim Assumpção Neves – 8. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

DIREITO EMPRESARIAL

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo discutir o direito empresarial. É no direito empresarial que se estuda, além da caracterização de quem seria comerciante (parte geral), os títulos de crédito, as marcas e patentes, a falência e concordata, o direito societário, o direito marítimo, o direito aeronáutico e, dependendo da corrente doutrinária a ser seguida, também o direito do mercado de capitais e o direito bancário. Abrange qualquer atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, desde que exercida profissionalmente por empresário ou sociedade empresária.

Palavras-chave: Direito empresarial; Atividade negocial; Comércio; Empresa.

ABSTRACT: The purpose of this article is to discuss business law. It is in business law that, besides the characterization of who would be a trader (general part), the titles of credit, trademarks and patents, bankruptcy and concordata, corporate law, maritime law, aeronautical law and, depending on the current doctrine to be followed, also the capital market law and banking law. It covers any economic activity organized for the production or circulation of goods or services, provided that it is exercised professionally by an entrepreneur or a company.

Keywords: Business law, Business activity, Trade, Company.

RESUMEN: El presente artículo tiene por objeto discutir el derecho empresarial. En el derecho empresarial que se estudia, además de la caracterización de quién sería comerciante (parte general), los títulos de crédito, las marcas y patentes, la quiebra y concordato, el derecho societario, el derecho marítimo, el derecho aeronáutico y, la corriente doctrinal a seguir, también el derecho del mercado de capitales y el derecho bancario. Abarca cualquier actividad económica organizada para la producción o la circulación de bienes o de servicios, desde que ejercida profesionalmente por empresario o sociedad empresarial.

1 INTRODUÇÃO

Direito comercial ou direito empresarial é um ramo do direito privado que pode ser entendido como o conjunto de normas disciplinadoras da atividade negocial do empresário, e de qualquer pessoa física ou jurídica, destinada a fins de natureza econômica, desde que habitual e dirigida à produção de bens ou serviços conducentes a resultados patrimoniais ou lucrativos, e que a exerça com a racionalidade própria de "empresa", sendo um ramo especial de direito privado. Em Portugal, veja-se direito comercial português. Rege os atos tidos como comerciais.

Assim entendido, o direito empresarial abrange um conjunto variado de matérias, incluindo as obrigações dos empresários, as sociedades empresárias, os contratos especiais de comércio, os títulos de crédito, a propriedade intelectual, entre outras. Desde 1886 nos Estados Unidos, as corporações passaram a ter direitos humanos, antes reservados apenas a pessoas físicas.

O 'Direito comercial' de Portugal, segundo Coutinho de Abreu, é definível como o sistema jurídico-normativo dos atos de comércio e comerciantes. Estes atos e sujeitos, ligam-se em regra às empresas comerciais.

Segundo o quadro jurídico-positivo português, podemos defini-lo, citando Coutinho de Abreu, como o sistema jurídico-normativo que disciplina de modo especial os atos de comércio e os comerciantes.

O direito comercial é um ramo de direito privado. No essencial, o direito privado, rege as relações entre particulares. O direito civil constitui o núcleo fundamental do direito privado - direito civil como direito privado comum.

Dentro do direito privado comum, aplicável a todas as pessoas e relações entre particulares, o direito comercial é considerado especial, tem normas diferentes do direito privado comum, aplica-se somente a certos sujeitos, objetos e relações, sendo o direito civil comum aplicável

subsidiariamente (na falta de regulação). Sendo que existe o direito privado comum, que vimos, e o direito privado especial (não excepcional), certos, como direito comercial, o direito do trabalho e outros têm autônima, daí serem considerados direito privado especial.

O direito comercial é um ramo de direito privado, não obstante contém algumas disposições de direito público (deveres jurídico-públicos dos comerciantes, disposições penais, etc).

2 DESENVOLVIMENTO

É no direito comercial que se estuda, além da caracterização de quem seria comerciante (parte geral), os títulos de crédito, as marcas e patentes, a falência e concordata, o direito societário, o direito marítimo, o direito aeronáutico e, dependendo da corrente doutrinária a ser seguida, também o direito do mercado de capitais e o direito bancário. A doutrina consagrou que disposições de ramos distintos se interpretam de forma distinta. Isso decorre, evidentemente, da natureza específica de cada ramo do direito, já que cada ramo do direito tem objeto de regulação distinto, expressões próprias, visam atender necessidades sociais diferenciadas.

O direito comercial, disciplina atos de comércio e comerciantes, sendo tais conceitos qualificáveis pela lei/doutrina.

A legislação portuguesa, entendida em sentido amplo (leis constitucionais, leis, decretos-lei do governo, decretos legislativos regionais das regiões autônomas portuguesas, regulamentos do Governo e outras entidades). Importante será referir o Código comercial de Portugal aprovado por carta de lei de 28 de junho de 1888, da autoria de Veiga Beirão, Ministro da justiça à época. Código este ainda em vigor (com várias alterações). A mais importante fonte de direito será, naturalmente, a lei ordinária.

As convenções internacionais e o direito internacional, regularmente ratificadas pelo Governo da República Portuguesa são fonte de direito comercial.

Os regulamentos e diretivas da União Europeia também são fontes de direito comercial.

A jurisprudência e a doutrina são fontes de direito comercial, as decisões judiciais participam na realização do direito. A doutrina completa o sistema, antecipa, apresenta soluções, participa da realização do direito, também é fonte de direito.

O artigo 2º do Código comercial de Portugal define e delimita os atos de comércio. Na redação deste artigo "(...) serão considerados atos de comércio todos aqueles que se acharem especialmente regulados neste código e, além deles, todos os contratos e obrigações dos comerciantes, que não forem de natureza exclusivamente civil, se o contrário do próprio ato não resultar". Sendo que os atos de comércio, naturalmente serão regulados pela lei comercial (não só apenas pelo código comercial, mas também por outras leis) e os civis serão regulados pelo direito civil geral ou comum, não sendo, pois, comerciais.

Os atos de comércio, são na maior das vezes, contratos.

Veja-se, ato(s) de comércio "especialmente regulados no código"/atos de comércio objetivo - por exemplo, a compra e venda comercial - 463 °C.com " São consideradas comerciais 1. As vendas de coisas móveis para revender, em bruto ou trabalhadas, ou simplesmente para lhes alugar o uso". Sendo este contrato de compra e venda diferente do regulado pelo código civil Português - artigo 874º do mesmo "Compra e venda é o contrato pelo qual se transmite a propriedade de uma coisa, ou outro direito, mediante um preço". Sendo o contrato de compra e venda comercial quando haja uma pretensão de revenda - aplicando-se a lei comercial. Tudo isto de um modo simplificado.

Os sujeitos dos atos de comércio podem ser comerciantes ou não comerciantes, se bem que os comerciantes são os principais protagonistas do direito comercial e têm um estatuto legal próprio. Podem ser considerados comerciantes pessoas singulares e pessoas coletivas.

No Brasil, após a vigência do novo Código Civil, convencionou-se chamar de Direito Empresarial o conjunto de legislações, tanto públicas quanto privadas, que regem as empresas brasileiras de personalidade jurídica de direito privado. Podem-se destacar os seguintes ramos de Direito que compõem o que seria o Direito Empresarial:

Direito Civil - parte empresarial;

Direito Comercial - parte do Código Comercial ainda em vigor;

Direito Tributário - pessoas jurídicas e equiparadas;

Direito do Trabalho - relações do empregador com o empregado e as entidades sindicais;

Direito Administrativo - leis das empresas sob controle público;

Direito Previdenciário - pessoas jurídicas que contribuem para o regime da previdência geral;

Direito Societário - leis sobre as companhias brasileiras e os investimentos nos mercados de capitais;

Direito Cambiário - leis sobre os títulos de crédito;

Direito Falimentar - leis sobre a falência, recuperação judicial e extrajudicial e liquidação de entidades;

Direito Econômico - leis sobre concessões públicas, regulação e defesa da concorrência e intervenção do estado na propriedade;

Direito Constitucional - organização econômica;

Direito Penal - crimes dos administradores e contadores;

Direito internacional privado - leis sobre o comércio, sobre o meio ambiente;

Direito Financeiro - leis sobre instituições financeiras, aplicações em títulos financeiros, juros, empréstimos e moeda estrangeira.

O Código Civil é o principal diploma do Direito Empresarial. Nele, estão previstas as diretrizes mais importantes a serem observadas pelos empresários e suas organizações, principalmente no que diz respeito aos aspectos legais da atividade empresarial (constituição, administração, direitos e deveres de sócios, entre outros).

Apesar de se encontrar dentro do ordenamento jurídico civil, o direito empresarial possui suas próprias características individuais. São estas:

Universalidade: apesar de possuir um regramento próprio para cada país, o mundo empresarial é universal. Isso porque, de certo modo, todos agem da mesma maneira criando empresas, empregos e movimentando capital;

Onerosidade: todos os negócios são feitos em busca de lucro, ainda que existam atitudes empresariais que não tragam este retorno de imediato. Entre elas, podemos citar ações como doações e amostras grátis. O objetivo final dos negócios sempre é o lucro em suas operações;

Simplicidade: o Direito Empresarial busca ser simples nas suas formas de tratar dos assuntos relacionados a empresas justamente para não dificultar o desenvolvimento dessas. Um exemplo disso ocorreria se o Direito Empresarial regulamentasse que as empresas não podem aceitar cheques como pagamento, ou se trouxesse alguma condição para que as empresas aceitassem essa forma de pagamento;

Fragmentarismo: apesar de o Direito Empresarial possuir normas e características próprias, ele demanda uma harmonia com os outros ramos do Direito. Assim, deve não só respeitar suas normas como também ficar atento nos outros diplomas legislativos;

Dinamismo e Elasticidade: conforme as empresas se desenvolvem, algumas mudanças são necessárias no Direito Empresarial para que o tema se mantenha atualizado. Essa condição aumenta ao passo que novas tecnologias e práticas comerciais surgem. Lembrando que, por ser um direito universal, o tema deve possuir elasticidade para ficar atento ao desenvolvimento industrial do mundo.

Atualmente, no Brasil a sociedade empresária assume, em sua maioria, duas de suas formas previstas em lei, são elas a sociedade limitada e a sociedade anônima.

Sociedade Empresária Limitada (LTDA)

Esse tipo de pessoa jurídica, que antes da vigência do Código Civil de 2002 era chamada de Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada, normalmente é relacionada à exploração de atividades econômicas de pequeno e médio porte.

Para sua existência exige-se a pluralidade de sócios, sejam pessoas físicas ou jurídicas, a integralização de capital social, responsabilizando os sócios limitadamente e em relação às quotas.

A sociedade empresária limitada está prevista entre os artigos 1052 a 1087 do Código Civil, e as matérias que não são tratadas nesse capítulo são regidas pelas regras da Sociedade Simples (tópico anterior). Ela poderá se enquadrar como microempresa ou empresa de pequeno porte, se atender às exigências legais. Sua constituição se dá por meio de contrato, o Contrato Social, que pode ser público ou privado, observando-se as regras do art. 997 do mesmo diploma, e nele consta os interesses recíprocos dos sócios e como as outras, deverá se registrar na Junta Comercial.

Capital Social

Segundo o Professor Fabio Ulhoa Coelho, o capital social representa o “montante de recursos que os sócios disponibilizam para a constituição da sociedade”, isto é, dinheiro e bens necessários para que a pessoa jurídica possa dar início às suas atividades.

Ele mesmo lembra que não se pode confundir capital social com o patrimônio social, já que este é o “conjunto de bens e direitos de titularidade da sociedade”, sendo que no início das atividades esse patrimônio é apenas os recursos iniciais que os sócios forneceram para a empresa, e com o desenvolvimento das atividades e os lucros advindos

dela, o patrimônio cresce. No momento em que o patrimônio se torna menor que o capital social, pode vir a ocorrer a falência da sociedade.

Quotas

Uma vez que os sócios dispõem de parte de seu patrimônio pessoal para compor o capital social, ele adquire uma participação societária, que na sociedade limitada é chama quota, e acaba por integrar o patrimônio de cada sócio.

A quota não pertence à sociedade, sobre isso, discorre Fabio Ulhoa Coelho:

Se o sócio possui uma dívida, o credor poderá, salvo em alguns casos específicos, executá-la sobre a participação societária que ele titulariza; já o credor da sociedade tem como garantia o patrimônio social, e nunca as partes representativas do capital social.

As decisões tomadas pelos sócios também são baseadas na sua participação societária e devem ser pelo voto da maioria.

Administração

Assim como a sociedade simples, a sociedade limitada conta com a figura do administrador, que nesse caso é o representante legal da sociedade, e será escolhido pela maioria societária qualificada.

A administração pode ser exercida também por um grupo de pessoas que atuarão em conjunto ou isoladamente, desde que previsto no Contrato Social.

Sociedade Empresária Anônima (S/A)

O artigo primeiro da Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6404/76) traz o conceito de Sociedade Anônima:

Art. 1º A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.

Essa espécie de sociedade é uma pessoa jurídica de direito privado e sempre será de natureza eminentemente mercantil, independentemente de seu objeto, conforme o Artigo 2º da mesma lei, e pode ser de capital aberto ou fechado.

Também chamada de “companhia”, ela está, em sua maioria, relacionada à exploração de atividades econômicas de grande porte.

Sua constituição se dá de um modo diferenciado. O documento básico que rege as relações entre os sócios nesse caso é o estatuto, no entanto, sendo aberta, a constituição pode ser sucessiva ou pública; nesse caso ela se dá por fases:

Elaboração de Boletins de Subscrição que devem ser registrados na Comissão de Valores Mobiliários;

Oferta de subscrição das ações ao público;

Convocação de subscritores e realização da assembleia de constituição;

Remessa do estatuto e atas das assembleias para a Junta Comercial;

Publicação da certidão do arquivamento no jornal oficial;

Sendo fechada, será simultânea ou particular, seguindo as seguintes etapas:

Elaboração de boletins de subscrição por fundadores;

Oferta direta ao público;

Convocação para assembleia;

Remessa à Junta Comercial do estatuto e ata da assembleia;

Publicação no jornal oficial da certidão do arquivamento.

Capital Social

Da mesma forma que se inicia a exploração das atividades econômicas da sociedade limitada, a sociedade anônima depende do capital social investido pelos sócios. Em contrapartida, será atribuída aos sócios, a participação societária, que nessa sociedade leva o nome de ações.

Ações

A participação societária da sociedade anônima, assim como da sociedade limitada, não pertence à sociedade, e a mesma regra proferida por Fabio Ulhoa Coelho, citada anteriormente, se aplica.

As ações conferem aos acionistas o direito de voto na assembleia geral, que é o órgão deliberativo de sua estrutura. No entanto há ações que não conferem esse direito.

O sócio titular da maioria das ações com direito a voto é normalmente o acionista controlador da companhia;

Administração

A representação legal da sociedade anônima é conferida ao diretor, não necessariamente sócio, que deverá ser eleito pelo órgão deliberativo, a assembleia geral. No case de haver um Conselho de Administração, este será responsável por eleger o representante legal da companhia.

Sociedade Simples

Se analisarmos as sociedades quanto a empresarialidade, observaremos uma nova classe de sociedade, que são as sociedades simples. Por não serem dotadas de empresarialidade, seu segmento é somente a produção e circulação de bens e serviços especiais, estes que também podem ser exercidos pelos profissionais liberais.

Essa sociedade está diretamente ligada as atividades intelectuais, de natureza científica, literária ou artística, pois levam em conta a capacidade pessoal de seus membros.

As regras contidas no Código Civil acerca dessa classe servem subsidiariamente para as sociedades empresárias, quando o mesmo diploma não traz normas específicas para cada tipo. Veremos a seguir algumas dessas regras.

Contrato Social

Decorre dos princípios supracitados o Contrato Social, que é plurilateral, pois permite a participação de um número indeterminado de partes.

Esse contrato deve conter além dos elementos de validade de todos os contratos, previstos no artigo 104 do Código Civil, as cláusulas cogentes, decorrentes de imposições legais (pluralidade de sócios, constituição de capital, ânimo societário e participação nos lucros e perdas), e as cláusulas de livre pactuação entre os sócios, configurando-o como um contrato de conteúdo misto.

É por meio do Contrato Social que se constitui a sociedade, e a sua inscrição deve ser requerida no Registro Civil de Pessoas Jurídicas dentro de 30 dias a contar da constituição da sociedade, e todas as suas modificações, tanto as que necessitam da aprovação de todos os sócios, quanto as que dependem apenas da maioria absoluta dos votos deverão ser averbadas.

Direitos e Obrigações dos Sócios

Tratados nos artigos 1001 a 1009 do Código Civil, podemos citar os seguintes direitos e obrigações:

O sócio não pode ser substituído no exercício de suas funções sem o consentimento dos demais;

A cessão total ou parcial de quota deverá ser averbada por modificação do Contrato Social com o consentimento de todos os sócios;

Os sócios são obrigados às contribuições estabelecidas no Contrato Social, respondendo ele por não cumprimento;

Verificada a mora de um sócio, os outros podem exigir indenização ou optar entre exclusão do sócio e a redução da sua quota;

O sócio que transmitir domínio, posse ou uso, a título de quota, responde por evicção e pela solvência do devedor;

O sócio que contribui com serviços não pode empregar-se em atividade estranha a da sociedade, salvo se previsto no contrato;

O sócio participa dos lucros e perdas na proporção de suas quotas;

Não é permitida cláusula que exclua qualquer sócio da participação nos lucros e perdas;

A distribuição de lucros ilícitos acarreta em responsabilidade solidária dos administradores que distribuíram e dos sócios que receberam.

Administrador

A sociedade pode contar com a figura do administrador, que segundo o Código Civil, deverá ser nomeado por instrumento separado e averbar tal instrumento junto ao registro da empresa, e caso não seja nomeado um administrador, um dos sócios será responsável pela administração.

O administrador pode praticar todos os atos referentes à gestão da sociedade que não dependerem de votação e decisão dos sócios. No entanto responderão solidariamente perante a sociedade e terceiros interessados por culpa no desempenho de suas funções.

Dissolução

Segundo o artigo 1033 do Código Civil:

Art. 1.033. Dissolve-se a sociedade quando ocorrer:

I - o vencimento do prazo de duração, salvo se, vencido este e sem oposição de sócio, não entrar a sociedade em liquidação, caso em que se prorrogará por tempo indeterminado;

II - o consenso unânime dos sócios;

III - a deliberação dos sócios, por maioria absoluta, na sociedade de prazo indeterminado;

IV - a falta de pluralidade de sócios, não reconstituída no prazo de cento e oitenta dias;

V - a extinção, na forma da lei, de autorização para funcionar.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV caso o sócio remanescente, inclusive na hipótese de concentração de todas as cotas da sociedade sob sua titularidade, requeira, no Registro Público de Empresas Mercantis, a transformação do registro da sociedade para empresário individual ou para empresa individual de responsabilidade limitada, observado, no que couber, o disposto nos arts. 1.113 a 1.115 deste Código.

Sociedade de Advogados

As regras referentes à sociedade empresária não se aplicam às sociedades de advogados, que são constituídas e reguladas segundo o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8906/94). Diferentemente das outras sociedades, cujos atos são registrados e arquivados na Junta Comercial ou no Cartório de Registro das Pessoas Jurídicas, todos os atos dessa sociedade serão registrados na Seccional da OAB onde for atuar.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito empresarial, tenha ou não as suas normas inseridas em um código próprio (autonomia formal), sempre terá autonomia jurídica (autonomia científica), evidenciada em seus métodos e princípios próprios

e uma extensão delimitada. O Direito Empresarial é também uma locução usada para indicar o conjunto de legislações, tanto públicas quanto privadas, e que regem as empresas brasileiras de personalidade jurídica de direito privado.

Na atualidade, o Direito Empresarial passou a abranger qualquer atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços, desde que exercida profissionalmente por empresário ou sociedade empresária.

REFERÊNCIAS

Carlos Alberto da Mota Pinto: **Teoria geral do Direito civil**, 4ª edição, Coimbra, 2005.

Samisssone Simbarashe: **Teoria Geral do Direito**, 3ª edição, Killert Valley, 2006.

O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO E O HABEAS CORPUS COLETIVO

REBECCA BRAZ VIEIRA DE MELO: Bacharela pela Universidade Federal da Paraíba e Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Servidora Pública do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba.

RESUMO: O presente estudo objetiva verificar a compatibilidade do *habeas corpus* coletivo com o ordenamento jurídico vigente. A importância desta análise reside na existência de recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sentidos contrários, notadamente nos processos de *habeas corpus* nº 148.459/DF e 143.641/SP. Enquanto uns defendem que a ausência de previsão legal expressa e a observância de requisitos específicos impostos à petição inicial do *habeas corpus* impediriam o conhecimento do remédio constitucional impetrado de forma coletiva, outros sustentam a necessidade de se proceder uma leitura do instituto à luz da promoção do acesso efetivo à Justiça. Elaborou-se a pesquisa de forma amparada no método dedutivo de abordagem, no método interpretativo de procedimento e utilizando como técnica de pesquisa, a bibliográfica e a legal. Ao final da análise sobre as informações coletadas, se espera confirmar ou não a admissibilidade do *habeas corpus* coletivo no Direito brasileiro.

Palavras-chave: *Habeas corpus* coletivo. Tutela coletiva. Liberdade de locomoção.

INTRODUÇÃO:

Este artigo tem por escopo analisar a tutela coletiva do direito à liberdade de locomoção, em especial, a possibilidade de se impetrar *habeas corpus* coletivo diante de violações sofridas por grupos determinados ou determináveis de pessoas que se encontrem inseridos em um mesmo contexto fático e jurídico. O tema será estruturado em três capítulos.

No primeiro capítulo, proceder-se-á um levantamento histórico das disposições legais referentes ao remédio constitucional em debate, registrando o desenvolvimento pátrio do seu regramento desde o Código do Processo Criminal de 1832 até a sua previsão no rol de garantias fundamentais do artigo 5º da Constituição de 1988.

No segundo capítulo, investigar-se-á as razões do surgimento do microssistema coletivo, perscrutando, para tanto, os fundamentos sociológicos, políticos e jurídicos. Além disso, examinar-se-á as normas do ordenamento jurídico brasileiro que versam sobre os direitos coletivos *latu sensu* e os instrumentos processuais postos à disposição para garantir a sua concretização.

Em arremate, no terceiro capítulo proceder-se-á análise detida sobre os fundamentos da decisão proferida pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal no dia 20 de fevereiro de 2018, visando esclarecer, caso possível, a posição jurisprudencial predominante acerca do conhecimento, ou não, do citado *writ*.

1 O direito fundamental à liberdade de locomoção e sua garantia constitucional

A presença de interesses controvertidos nas relações entre grupos humanos consiste em traço marcante da vida em sociedade e tem por consequência a necessidade de se estabelecer uma autoridade capaz de promover uma análise ponderada dos valores em conflito e optar por aqueles que devam prevalecer à luz do interesse público, elaborando e impondo normas de convivência coercitivas. Eis, pois, que surge o Estado, o qual é definido por Hegel (apud BONAVIDES, 2000, p. 74) como “a ‘substância ética consciente de si mesma’, (...) o valor social mais alto que concilia a contradição Família e Sociedade”.

Para viabilizar a atuação estatal, os indivíduos abdicam parcialmente de sua liberdade e dotam a organização estatal de poder – ou, nos dizeres de Max Weber (apud BONAVIDES, 2000, p. 77-78), do monopólio legítimo do uso da força – e, assim, o Estado consegue fazer com que se cumpram as decisões que toma em nome da coletividade.

Entretanto, é preciso reconhecer que as pessoas não devem ser tidas como meios para realização dos fins estatais ou – o que é ainda pior – para a conservação dos interesses dos componentes de certo estamento social.

Ao revés, o Estado deve ser instrumento potencializador das liberdades humanas, de forma que estas sejam exercidas na exata medida que permitam a todos igual gozo. O livre arbítrio deve ser a regra, sujeita a balizamentos apenas para impedir excessos que afrontem de modo desproporcional direitos de outrem. Só assim se alcança o pleno desenvolvimento das personalidades humanas e o crescimento socioeconômico e político almejado por todas as sociedades.

Todavia, não raras vezes, as instituições se afastam dos objetivos para os quais foram criadas e abusam dos poderes que lhe foram atribuídos. Tal constatação ao longo dos séculos levou a humanidade a concluir pela necessidade do estabelecimento de limites ao poder estatal como forma de evitar arbitrariedades. Montesquieu, em sua obra “Do Espírito das Leis”, publicada em 1748, já alertava: “(...) a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude tem necessidade de limites”.

Diversos foram os episódios nos quais o Estado tomou proveito da indeterminação de conceitos como soberania, interesse e segurança nacional, atribuindo-lhes o conteúdo que aprazia os interesses dos detentores do poder, na tentativa de justificar atrocidades cometidas contra certos indivíduos tidos pela organização social como supostamente indesejáveis.

Assim é que se sobreleva a importância do reconhecimento do direito de todos à livre locomoção no território nacional e da previsão de instrumento legalgarantidor contra violações perpetradas tanto por agentes estatais, quanto por particulares – o *habeas corpus*. E, para melhor compreender o desenvolvimento do remédio constitucional ora em debate, mister se faz proceder uma pequena digressão histórica nos textos constitucionais e legais brasileiros.

Apesar de consagrar em seu artigo 179 a inviolabilidade dos direitos civis dos brasileiros, a Constituição de 1824 não estabeleceu um instrumento eficaz para tutelar o direito à liberdade. Porém, o legislador, corrigindo referida omissão, ao editar o Código do Processo Criminal de 1832, em seu artigo 340, previu, pela primeira vez, a possibilidade de concessão de ordem de *habeas corpus* àqueles que entendessem que ele ou outrem sofria uma prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade, restringindo, todavia, a sua tutela apenas aos cidadãos.

Em 1871, com a edição da Lei nº 2.033, o instituto foi redimensionado e sua proteção alcançou também os estrangeiros, conforme se afere na leitura do parágrafo 8º do seu artigo, segundo o qual “não é vedado ao estrangeiro requerer para si ordem de *habeas corpus*, nos casos em que esta tem lugar”.

A Lei Maior de 1891, a seu turno, avançou ao constitucionalizar a matéria, trazendo-a para o seu artigo 72, § 22. Entretanto, de início, por sua redação aberta, permitiu a concessão de *habeas corpus* em qualquer situação de violência ou coação provocada por ilegalidade ou abuso de poder, razão pela qual, em 3 de setembro de 1926, promulgou-se emenda constitucional alterando o seu texto, com vistas a limitar a utilização do instituto apenas como resposta a violações à liberdade de locomoção. Conforme Lima (2016, p. 2462):

Como não havia outro remédio constitucional para resguardar, com a mesma presteza do *habeas corpus*, outros direitos, entendeu-se, à época, que ele se destinava a assegurar o exercício de um direito de ordem civil, comercial, constitucional ou administrativa, desde que fosse líquido e que, para o seu exercício, fosse necessária a liberdade de locomoção.

Surge, então, com suporte nas lições de Ruy Barbosa, a chamada **doutrina**

brasileira do habeas corpus, autorizando-se a utilização do *writ* não apenas nos casos de prisão e ameaça de prisão, como também nas hipóteses em que o paciente estivesse submetido à coação ou a constrangimento à liberdade individual que lhe impedisse o exercício de um ou de alguns direitos determinados (...).

Ocorre que, com a reforma constitucional de 1926 e as demais Constituições até a atual, restou superada a doutrina brasileira do habeas corpus. Em primeiro lugar, porque a utilização do *habeas corpus* passou a ficar restrita à tutela da liberdade de locomoção. Em segundo lugar, porque foi criado o mandado de segurança, destinado à proteção de outros direitos líquidos e certos, que não a liberdade de locomoção. (grifos do autor)

A Constituição de 1934 e o Texto Maior da Era Vargas não suprimiram o instituto, tendo este sido disciplinado, respectivamente, no art. 113 da Lei Fundamental de 1934 e no art. 122 da Carta Política de 1937. Contudo, em 1942, durante a Segunda Guerra Mundial, em razão de ataques sofridos por navios brasileiros, torpedeados por submarinos dos países do Eixo, o Brasil editou o Decreto nº 10.358, declarando estado de guerra em todo o território nacional e suspendendo, dentre outras garantias, o direito ao *habeas corpus*.

Com a redemocratização do país e a promulgação da Lei Maior em 1946, a garantia constitucional foi restabelecida, conforme inteligência do seu artigo 141. Entretanto, não obstante agasalhado no Texto Fundamental, o *habeas corpus* perdeu vigência durante o estado de sítio decretado no país no final do ano de 1955, sob alegações de que existiria

uma conspiração para impedir a posse de Juscelino Kubitschek e João Goulart. A medida perdurou até 9 de fevereiro de 1956.

Novo período de instabilidade política se instaurou em 1964, gerando uma série de emendas à Constituição de 1946 e de atos institucionais que culminaram com a promulgação da Carta Política de 1967, que manteve formalmente em seu artigo 150 (e em seu artigo 153, após a Emenda Constitucional nº 1/69) a previsão do *writ* nos mesmos termos das demais constituições, porém permitia a redução de sua proteção em determinadas situações. Consoante lição de Mendes e Branco (2014, p. 165-166):

Em março de 1964, depois de período de conturbação política, as Forças Armadas intervieram na condução do país por meio de atos institucionais e por uma sucessão de emendas à Constituição de 1946. De toda sorte, o Diploma não mais correspondia ao novo momento político. Em 1967, o Congresso Nacional, que se reuniu de dezembro de 1966 a janeiro de 1967, aprovou uma nova Constituição, gestada sem mais vasta liberdade de deliberação. A Constituição era marcada pela tônica da preocupação com a segurança nacional – conceito de reconhecida vagueza, mas que tinha por eixo básico a manutenção da ordem, sobretudo onde fosse vista a atuação de grupos de tendência de esquerda, especialmente comunista. A Constituição de 1967 tinha cariz centralizador e entregava ao Presidente da República copiosos poderes. Possuía um catálogo de direitos individuais, permitindo, porém, que

fossem suspensos, ante certos pressupostos.

Em 1968, o aumento das manifestações populares expressando insatisfação com o regime de exceção vigente acentuou a crise política e, neste contexto, editou-se o Ato Institucional nº 5, em 1968, ampliando os poderes do chefe do Poder Executivo e suspendendo a garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

Finalmente, em 1985, convocou-se Assembleia Nacional Constituinte e, no dia 5 de outubro de 1988, restaurando o regime democrático, promulgou-se novo Texto Constitucional que, em seu artigo 5º, incisos XV e LXVIII, assegura a brasileiros e estrangeiros o direito fundamental à livre locomoção no território nacional, cuja violação ou ameaça de violação pode ser combatida pela via judicial do *habeas corpus*.

Ademais, diferentemente do que ocorria na vigência das constituições anteriores, nem mesmo a eventual decretação de estado de defesa ou de sítio legitima a suspensão de tal garantia. Primeiro, pelo princípio da vedação ao retrocesso social impedir a redução da esfera de proteção conferida a direito fundamental. Segundo, porque a regulamentação constitucional dos estados de emergência, contida nos artigos 136 a 141 da Lei Maior, não admite tal restrição, preservando a inafastabilidade da tutela jurisdicional sobre a legalidade de prisões, como se extrai da redação do art. 136, § 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, no qual se preceitua que:

Art. 136. (...)

§ 3º Na vigência do estado de defesa:

I - a prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida, será por este comunicada imediatamente ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal, facultado ao preso requerer exame de corpo de delito à autoridade policial.

Além disso, o compromisso internacional assumido pelo país, ao ratificar e internalizar a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), não o permite, conforme interpretação realizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) ao emitir sua Opinião Consultiva nº 8/1987 e ao julgar o caso Loayza Tamayo vs. Peru. Neste sentido, por seu teor didático, vale a transcrição dos comentários à mencionada decisão, realizados por Paiva e Heemann (2017, p. 78-79):

(...) conforme decidiu a CorteIDH, embora o direito à liberdade pessoal não esteja inserido no rol previsto no art. 27.2 da CADH, que estabelece os direitos que não podem ser suspensos em hipótese alguma, o mesmo dispositivo da CADH veda a suspensão das garantias indispensáveis para a proteção daqueles direitos, entre os quais certamente se insere o habeas corpus (Mérito, § 50). Importante ressaltar que a CorteIDH, no exercício da sua jurisdição consultiva, em 1987 – logo, antes de julgar o Caso Loayza Tamayo, o que ocorreria somente após dez anos –, também enfrentou este tema quando a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) lhe formulou a seguinte consulta: “O recurso ao habeas corpus, cujo fundamento jurídico encontra-se nos artigos 7.6 e 25.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, é uma das garantias judiciais que, de acordo com a parte final do parágrafo 2º do artigo 27 dessa Convenção, não pode ser suspensa por um Estado-parte da citada Convenção Americana?”. A CorteIDH respondeu a esta consulta da CIDH e, emitindo a sua Opinião Consultiva nº 08/1987 (O habeas

corpus sob a suspensão de garantias), afirmou que o habeas corpus não pode ser suspenso porque constitui uma garantia judicial indispensável para a proteção dos direitos e liberdades protegidos pela CADH (§ 44).

Desta breve análise histórica, vê-se que o regramento do *habeas corpus* na ordem jurídica brasileira evoluiu *pari passu* à consolidação do regime democrático. Quanto maior o reconhecimento estatal do valor do elemento humano em sua sociedade, com a efetiva proteção à liberdade de locomoção e à integridade físico-psíquica dos seus integrantes – afastando temores de represálias, mais ampla e abrangente se tornou a participação popular na esfera político-jurídica.

2 A coletivização do processo

Inegavelmente, a previsão legal de instrumentos processuais de defesa não é o bastante para se garantir a concretização de direitos. É preciso também se viabilizar o efetivo acesso à Justiça, superando problemas que impeçam ou desestimulem o indivíduo a buscar a tutela estatal. Nas palavras de Garth e Cappelletti (1998, p. 8), “(...) a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo”. Nesse diapasão, os citados autores assumiram a tarefa de identificar os obstáculos ao acesso à Justiça e apontar possíveis soluções práticas – denominadas pelos mencionados juristas de “ondas renovatórias” – para que as instituições jurídicas não sejam meramente simbólicas.

Da análise procedida, verificou-se a existência de direitos de natureza coletiva a tornar imperiosa a adequação do modelo processual tradicional, concebido para gerenciar lides decorrentes de relações jurídicas individuais entre sujeitos determinados, sendo tal modificação classificada como a “segunda onda renovatória”. Embora o direito de ação seja autônomo, não se confundindo com o direito material postulado, o seu exercício deve possibilitar a devida apreciação judicial da situação jurídica concretamente posta. Consoante Didier (2016, p. 40):

Não há processo oco: todo processo traz a afirmação de ao menos uma situação jurídica carecedora de tutela jurisdicional. (...) O processo deve ser compreendido, estudado e estruturado tendo em vista a situação jurídica material para a qual serve de instrumento de tutela. A essa abordagem metodológica do processo pode dar-se o nome de instrumentalismo. (...) Observe que essa perspectiva é fundamental para compreender uma série de institutos processuais: (...) g) as peculiaridades do processo coletivo (...). Bem pensadas as coisas, a relação que se estabelece entre o direito material e o processo é circular. “O processo serve ao direito material, mas para que sirva é necessário que seja servido por ele”.

No século XIX, a industrialização ocorrida no continente europeu fomentou importante transformação social. A produção em larga escala conduziu à massificação do consumo e as transações comerciais, antes pontuais e individualizadas, passaram a ser padronizadas para atender à demanda cada vez mais crescente. Surge, assim, a sociedade de massas, que se expande, alcançando terras além-mar, como o Brasil, com o fenômeno da globalização. Alteradas as relações materiais, os conflitos também sofrem mutação, tornando-se cada vez mais uniformes, e o processo, por sua instrumentalidade, é obrigado a acompanhar tais modificações. Nos dizeres de Didier (2010, p. 33):

O direito processual civil, frente a essa nova matéria litigiosa, surgida de uma sociedade alterada em suas estruturas fundamentais (com cada vez um maior número de situações “padrão”, que geram

lesões “padrão”), foi forçado a uma mudança na sua tradicional ótica individualista.

Além disso, a inadequação procedimental acarretava a sobrecarga do sistema judiciário, em razão do número elevado de litígios semelhantes submetidos aos magistrados de modo individualizado. A ausência de uma abordagem coletiva das lides gerava uma prestação jurisdicional lenta e insegura – diante de decisões contraditórias, tendo como consequência o descrédito dos órgãos jurisdicionais. Como expõe Didier (2010, p. 34):

As motivações políticas mais salientes são a redução dos custos materiais e econômicos na prestação jurisdicional; a uniformização dos julgamentos, com a conseqüente harmonização social, evitação de decisões contraditórias e aumento de credibilidade dos órgãos jurisdicionais e do Poder Judiciário como instituição republicana. Outra consequência benéfica para as relações sociais é a maior previsibilidade e segurança jurídica decorrente do atingimento das pretensões constitucionais de uma Justiça mais célere e efetiva (EC 45/04).

Assim é que, no Brasil, um verdadeiro microssistema coletivo é paulatinamente construído. Conforme Zavascki (2009, p. 30), “foi o legislador brasileiro, na verdade, que protagonizou, de modo muito mais profundo e mais rico do que nos demais países da *civil law*, a ‘revolução’, mencionada por Cappelletti e Garth, em prol da criação de instrumentos de tutela coletiva”.

Em 1965, a ação popular foi regulamentada pela Lei nº 4.717, tornando possível qualquer cidadão pleitear a anulação ou a declaração de

nulidade de atos lesivos a certos direitos difusos previstos em seu artigo 1º, parágrafo 1º, quais sejam: bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico – considerados, pela lei, como “patrimônio público”.

Após um lapso de quase vinte anos, editou-se a Lei nº 6.938/1981, que dispôs sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, reconhecendo o meio ambiente como direito difuso intergeracional, e a Lei nº 7.347/1985, que, disciplinando a ação civil pública, ampliou o rol de direitos de natureza coletiva e estabeleceu um procedimento especial voltado à tutela destes. Para Zavascki (2009, p. 30):

Essa Lei, conhecida como Lei de Ação Civil Pública, veio preencher uma importante lacuna do sistema do processo civil, que, ressalvado o âmbito da ação popular, só dispunha, até então, de meios para tutelar direitos subjetivos individuais. Mais que disciplinar um novo procedimento qualquer, a nova Lei veio inaugurar um autêntico subsistema de processo, voltado para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais, caracterizados por se situarem em domínio jurídico não de uma pessoa ou de pessoas determinadas, mas sim de uma coletividade.

A Constituição de 1988 também representou importante passo. Em seu texto, não só se conclamou o Estado e a sociedade a cumprir o dever de proteção dos direitos transindividuais, tais como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (artigo 225) e à probidade administrativa (artigo 37), como também se buscou salvaguardar direitos de grupos vulneráveis, a exemplo dos indígenas (artigo 231) e quilombolas (artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias). Ademais, houve a previsão expressa de instrumentos processuais de natureza coletiva, como o mandado de segurança coletivo (artigo 5º, inciso LXX), a

ação civil pública (artigo 129, inciso III) e a ação popular (artigo 5º, inciso LXXIII).

Em cumprimento ao mandamento constitucional contido no artigo 5º, inciso XXXII, da Lei Maior e no artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o legislador ordinário, em 1990, editou o Código de Defesa do Consumidor, cujo Título III, ao dispor sobre a defesa do consumidor em juízo, lançou importantes luzes sobre a matéria, estabelecendo regras processuais especificamente aplicáveis aos direitos coletivos *lato sensu*, tais como legitimidade, competência e coisa julgada. Além disso, sistematizou as espécies de direitos coletivos em sentido amplo, diferenciando-os em difusos, coletivos e individuais homogêneos. Nesse sentido, leciona Didier (2010, p. 47-48):

Com isso cria-se a novidade de um *microssistema processual para as ações coletivas*. No que for compatível, seja a ação popular, a ação civil pública, a ação de improbidade administrativa e mesmo o mandado de segurança coletivo, aplicando-se o Título III do CDC. Desta ordem de observações fica fácil determinar, pelo menos para as finalidades práticas que se impõem, que o diploma em enfoque se tornou um verdadeiro “Código Brasileiro de Processos Coletivos” um “ordenamento processual geral” para a tutela coletiva. (grifos do autor)

Os remédios constitucionais também não ficaram à margem de tais transformações. O mandado de segurança coletivo foi devidamente regulamentado pela Lei nº 12.016/2009, que, em seu artigo 21, determinou as pessoas legitimadas a impetrá-lo e os direitos que poderiam ser eventualmente protegidos e, em seu artigo 22, estipulou regras acerca dos efeitos da coisa julgada e do procedimento de concessão de liminares. Nesse mesmo sentido, o legislador ordinário, ao finalmente disciplinar o mandado de injunção em lei própria, no ano de 2016, com a elaboração da

Lei nº 13.300, ainda que sem previsão constitucional expressa, trouxe a possibilidade da impetração do citado *writ* de forma coletiva em seus artigos 12 e 13.

A regulamentação infraconstitucional do *habeas corpus* não seguiu igual sorte. Os artigos 647 e seguintes do Código de Processo Penal de 1941 não sofreram alterações, de forma que há quem sustente a impossibilidade de impetração do *habeas corpus* coletivo, notadamente pela ausência de disposição expressa na legislação que rege a matéria e pela exigência de indicação na petição inicial do *writ* do nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação e o de quem a exerce, contida no artigo 654, § 1º, a, do Código de Processo Penal.

Assim se posicionou o Ministro Alexandre de Moraes em decisão proferida em 19 de fevereiro de 2018, negando seguimento ao *habeas corpus* coletivo nº 148.459/DF. O remédio constitucional havia sido impetrado pela Defensoria Pública da União em favor dos presos que se encontravam em estabelecimentos penais federais há mais de dois anos, solicitando a concessão de ordem para determinar o retorno dos pacientes aos Estados de origem.

Para o Ministro, o *habeas corpus* não pode ser utilizado como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade ou de arguição de descumprimento de preceito fundamental, visando conceder uma interpretação conforme a Constituição a certo dispositivo – no caso, à Lei nº 11.671, que dispõe sobre a transferência e inclusão de presos em estabelecimentos penais federais de segurança máxima.

Consoante o entendimento exposto no citado julgado, o *habeas corpus* não serviria para combater constrangimento ilegal genérico e coletivo. Haveria a necessidade de indicação específica da lesão ou ameaça de lesão sofrida. Além disso, o artigo 654 do Código de Processo Penal imporia o dever de se identificar na petição inicial do *writ* o nome da pessoa que sofre ou está ameaçada de sofrer violência ou coação, o de quem exerce a violência, coação ou ameaça e a indicação da espécie de constrangimento ou ameaça sofrida.

Todavia, para outros, a ausência de previsão legal expressa não consistiria em obstáculo intransponível. Neste sentido, foi o posicionamento da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* Coletivo nº 143.641/SP, cujos fundamentos serão objeto de análise no próximo capítulo.

3 O Supremo Tribunal Federal e o *habeas corpus* coletivo nº 143.641/SP

Em maio de 2017, os membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos impetraram *habeas corpus* coletivo no Supremo Tribunal Federal (STF), distribuído sob o número 143.641 à 2ª Turma da Corte e submetido à relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em favor de todas as mulheres presas preventivamente que fossem mães de crianças, gestantes ou puérperas. Admitindo o cabimento do mencionado *writ*, o Ministro Relator teceu importantes considerações acerca do instituto.

Quanto à ausência de previsão legal expressa acerca da possibilidade de impetração do *habeas corpus* coletivo, o ilustre Ministro afastou tal argumento e recordou que o Pretório Excelso, em diversas oportunidades, ao apreciar outro remédio constitucional – a saber, o mandado de injunção, já admitia a sua impetração de forma coletiva, antes mesmo de qualquer regramento acerca do tema, que só veio a ocorrer em 2016, com a edição da Lei nº 13.300. Corroborou o seu raciocínio, citando o julgado proferido pelo Tribunal Pleno do STF em maio de 1994, cuja ementa colacionamos abaixo:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO - DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL - EVOLUÇÃO DESSE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO - MODELOS NORMATIVOS NO DIREITO COMPARADO - PRERROGATIVA JURÍDICA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 37, VII) - IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXERCÍCIO

ANTES DA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR - OMISSÃO LEGISLATIVA - HIPÓTESE DE SUA CONFIGURAÇÃO - RECONHECIMENTO DO ESTADO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL - IMPETRAÇÃO POR ENTIDADE DE CLASSE - ADMISSIBILIDADE - WRIT CONCEDIDO. DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO: (...) MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização**, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, **do mandado de injunção coletivo**, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição. Precedentes e doutrina.

(MI 20, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 19/05/1994, DJ 22-11-1996 PP-45690 EMENT VOL-01851-01 PP-00001) (grifo nosso).

Em uma análise de direito comparado, o Relator lembrou o “caso Verbitsky”, apreciado pela Suprema Corte Argentina, no qual se admitiu o *habeas corpus* coletivo para tutelar o direito de pessoas presas em condições insalubres, mesmo inexistindo previsão constitucional expressa naquele país acerca do cabimento do mencionado *writ*. Para o Ministro, haveria um dever do Supremo Tribunal Federal de alinhar a sua jurisprudência às conclusões da Corte Argentina, pelas razões expostas em seu voto, cujo excerto segue abaixo:

Vale ressaltar que, para além de tradições jurídicas similares, temos com a República Argentina também um direito convencional comum, circunstância que deve fazer, a meu juízo, com que o STF chegue a conclusões análogas àquela Corte de Justiça, de modo a excogitar remédios processuais aptos a combater as ofensas maciças às normas constitucionais e convencionais relativas aos direitos das pessoas, sobretudo aquelas que se encontram sob custódia do Estado.

Salientou-se a importância do bem jurídico protegido pelo *habeas corpus* – o direito à liberdade de locomoção – e a doutrina brasileira do *habeas corpus*, sendo tradição no Direito brasileiro a concessão de uma maior amplitude ao instituto. Tal constatação trazida no julgado é largamente reconhecida pela doutrina. Por todos, cita-se Lima (2016, p. 2463):

Como já foi dito, o *habeas corpus* destina-se à tutela da liberdade de ir, vir e ficar. A análise da jurisprudência dos Tribunais Superiores – notadamente da Suprema Corte – aponta no sentido do alargamento do campo de abrangência do *habeas corpus*, como no caso de impetrações contra instauração de inquérito criminal para tomada de depoimento, indiciamento de determinada pessoa, recebimento de denúncia, sentença de pronúncia no âmbito do processo do Júri e decisão condenatória, dentre outras.

A jurisprudência do STF estabelece sérias ressalvas ao cabimento do writ, no

sentido de que supõe violação, de forma mais direta, ao menos em exame superficial, à liberdade de ir e vir dos cidadãos. Essa orientação, entretanto, não tem inviabilizado, por completo, o processo de ampliação progressiva que a garantia do habeas corpus possa vir a desempenhar no sistema jurídico brasileiro, sobretudo para conferir força normativa mais robusta à Constituição. Nessa linha, há precedentes no sentido do cabimento do habeas corpus para apreciar toda e qualquer medida que possa, em tese, acarretar constrangimento à liberdade de locomoção ou, ainda, agravar as restrições a esse direito.

Na visão da Corte, o reconhecimento da existência de lesões de caráter coletivo conduziria à necessária admissibilidade de instrumentos processuais aptos a combatê-las, mormente quando diante de violações sofridas por grupos de vulnerabilidade acentuada. No contexto de uma sociedade massificada, não se poderia deixar de conhecer o *habeas corpus* coletivo como meio legítimo para vocalizar os interesses daqueles que, de outro modo, muito provavelmente não seriam capazes de se opor aos atos ilegais perpetrados.

Importante, neste ponto, rememorar as lições de Garth e Cappelletti, que indicam como um dos obstáculos ao acesso à Justiça as chamadas “possibilidades das partes”, referindo-se, dentre as limitações a serem superadas, à inaptidão de alguns para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa. Assim se posicionam Garth e Cappelletti (1998, p. 22-23):

Num primeiro nível está a questão de reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível. Essa barreira fundamental é especialmente séria para os

despossuídos, mas não afeta apenas os pobres. Ela diz respeito a toda a população em muitos tipos de conflitos que envolvem direitos.

Não há nenhuma dúvida acerca da vulnerabilidade dos indivíduos presos, o que fortalece o entendimento no sentido da legitimidade da propositura de medida processual coletiva, com vistas a suplantando as deficiências no acesso à Justiça e a garantir a observância pelo Estado dos direitos das pessoas que se encontram em situação de encarceramento, mormente em se tratando de mulheres desprovidas de recursos econômicos. Reconhecendo esta realidade, o Ministro Lewandowski, no julgado em testilha, afirmou:

Como o processo de formação das demandas é complexo, (...) é razoável supor que muitos direitos deixarão de ser pleiteados porque os grupos mais vulneráveis – dentre os quais estão os das pessoas presas – não saberão reconhecê-las nem tampouco vocalizá-los.

Não obstante inexistir previsão legal expressa, a tutela do direito à liberdade de locomoção através do *habeas corpus* coletivo mostra-se compatível com o ordenamento jurídico vigente. As disposições contidas nos artigos 580 e 654, § 2º, do Código de Processo Penal reforçaram esta conclusão da Corte, visto que estabelecem, respectivamente, a possibilidade de extensão da ordem de *habeas corpus* concedida individualmente a todos que se encontrem na mesma situação e a concessão da referida ordem de ofício pelo Magistrado.

Ademais, em 09 de julho de 1992, o Brasil aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos, que, em seu artigo 25, reconhece que “toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais (...)”.

Afastou-se igualmente as alegações de que o *habeas corpus* coletivo não deveria ser conhecido ante a existência de outros meios legais de defesa, como a arguição de descumprimento de preceito fundamental, até mesmo porque, no que se refere a esta ação de controle concentrado, o Relator pontuou que o rol de legitimados seria mais restrito.

Para a Corte, a necessidade de identificação dos pacientes, em cumprimento ao artigo 654, § 1º, a, do Código de Processo Penal, restaria devidamente atendida pela lista apresentada pelo Departamento Penitenciário Nacional e outras autoridades estaduais, contendo os nomes e dados das mulheres presas preventivamente, que estão em gestação ou são mães de crianças sob sua guarda, conforme consignado no voto do Relator:

Em face dessa listagem, ainda que provisória, de mulheres presas, submetidas a um sistemático descaso pelo Estado responsável por sua custódia, não se está mais diante de um grupo de pessoas indeterminadas e indetermináveis como assentou a PGR, mas em face de uma situação em que é possível discernir direitos individuais homogêneos – para empregar um conceito hoje positivado no art. 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor – perfeitamente identificáveis e ‘cujo objeto é divisível e cindível’, para empregar a conhecida definição de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery.

Frisou-se ainda que as dificuldades inerentes à atuação do Poder Judiciário, como o elevado número de processos e a quantidade insuficiente de magistrados, também justificariam a admissibilidade da ação de impugnação autônoma em debate. A utilização do *habeas corpus* coletivo não só imprimiria maior celeridade à prestação jurisdicional,

como também evitaria a prolação de decisões contraditórias. Nas palavras do Ministro Relator:

Considero fundamental, ademais, que o Supremo Tribunal Federal assumira a responsabilidade que tem com relação aos mais de 100 milhões de processos em tramitação no Poder Judiciário, a cargo de pouco mais de 16 mil juízes, e às dificuldades estruturais de acesso à Justiça, passando a adotar e fortalecer remédios de natureza abrangente, sempre que os direitos em perigo disserem respeito às coletividades socialmente mais vulneráveis. Assim, contribuirá não apenas para atribuir maior isonomia às partes envolvidas nos litígios, mas também para permitir que lesões a direitos potenciais ou atuais sejam sanadas mais celeremente. Ademais, contribuirá decisivamente para descongestionar o enorme acervo de processos sob responsabilidade dos juízes brasileiros.

No julgado sob análise, o órgão colegiado entendeu que o Supremo Tribunal Federal seria competente para o seu julgamento, considerando a relevância constitucional da matéria, a existência de diversos julgados com interpretações divergentes sobre a redação do artigo 318 do Código de Processo Penal após as alterações promovidas pela Lei nº 13.257/2016 e, ainda, o reconhecimento pela Corte, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 MC/DF, da presença de falhas estruturais no sistema prisional brasileiro, caracterizando verdadeiro estado de coisas inconstitucional, marcado por uma sistemática violação aos direitos humanos dos presos.

Em relação à legitimidade ativa, a 2ª Turma do STF decidiu aplicar, por analogia, o regramento referente ao mandado de injunção

coletivo. Assim, restou reservada aos atores listados no art. 12 da Lei nº 13.300/2016. No caso em tela, a Defensoria Pública da União foi tida como a parte legitimada, por se tratar de ação de abrangência nacional, admitindo-se os impetrantes originais como *amici curiae*.

CONCLUSÃO

O presente ensaio visou examinar a admissibilidade do *habeas corpus* coletivo à luz do ordenamento jurídico vigente e da jurisprudência pátria, notadamente em razão das atuais decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

As normas positivadas que disciplinam o *habeas corpus*, apesar de omissas, não vedam a possibilidade de sua impetração em defesa de coletividades, e, assim, não afastam de modo inexorável os argumentos favoráveis à admissibilidade do *habeas corpus* coletivo.

A análise histórica da coletivização do processo demonstrou que o gozo de direitos coletivos depende, em grande medida, da consolidação de instrumentos processuais capazes de tutelá-los de forma efetiva. Há, portanto, a necessidade de uma ferramenta processual hábil para salvaguardar direitos fundamentais transindividuais, dentre os quais, se sobrepõe – por sua importância e essencialidade – o direito à liberdade de locomoção, notadamente quando sua proteção volta-se a grupos hipervulneráveis, tais como as mulheres submetidas ao cárcere.

Ante o exposto, embora exista respeitável entendimento jurisprudencial em contrário, conclui-se que a decisão proferida pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, conhecendo o *habeas corpus* coletivo nº 143.641/SP, representa importante passo no caminho da efetivação da garantia constitucional do acesso à Justiça.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Vol. 1. 18. ed. Salvador: *JusPodivm*, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: processo coletivo**. Vol. 4. 5. ed. Salvador: *JusPodivm*, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4. ed. Salvador: *JusPodivm*, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PAIVA, Caio Cezar; HEEMANN, Thimothie Aragon. **Jurisprudência internacional de direitos humanos**. 2. ed. Belo Horizonte: CEI, 2017.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DECISÃO DO STJ SOBRE COFINS E PIS E O CONCEITO DE INSUMOS DA COFINS E DO PIS CRIA OPORTUNIDADE PARA RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS NOS ÚLTIMOS 5 ANOS

ROBERTO RODRIGUES DE MORAIS: Especialista em Direito Tributário. Ex-Consultor da COAD. Autor do Livro on-line REDUZA DÍVIDAS PREVIDENCIÁRIAS.

RESUMO: Um dos mais complexos sistemas de tributação dois pais é do da não-cumulatividade da COFINS e do PIS, por se tratar de um sistema até então estranho aos gestores tributários e aos órgãos do MF que operam a gestão (RFB) e cobrança (FGFN) das citadas contribuições, uma vez que o sistema não é idêntico ao ICMS e IPI (imposto x imposto), mas se utiliza do método de base x base. Era necessário, desde o início de sua aplicação, de criação de sistema próprio de escrituração das entradas, saídas e apuração (como no ICMS e IPI). Somente com o EFD-Contribuições, após vários anos, iniciou um sistema de escrituração. Consequentemente tornou-se um dos temas de maiores embates, tanto no âmbito administrativo como no Judiciário, com grande número de demandas entre contribuintes x fisco. Decisão da Primeira Seção do STJ mudou entendimentos anteriores aplicados pelo fisco, criando oportunidades para os contribuintes revisarem seu sistema de apuração e recolhimento da COFINS e do PIS nos últimos cinco anos e se apropriarem de créditos omitidos nos últimos 5 anos e com reforço de caixa a curto prazo.

SUMÁRIO: I – INTRODUÇÃO. II – O GÊNESIS DAS PROBLEMÁTICAS DA COFINS E DO PIS. III - OS REFLEXOS DA CRIAÇÃO DA EFD-CONTRIBUIÇÕES. IV – OS PROBLEMAS ENFRENTADOS PELOS OPERADORES DO SISTEMA. V – AS RECENTES DECISÕES IMPORTANTES MUDAM CONCEITO DE INSUMOS. E ABREM OPORTUNIDADES PARA EMPRSAS RECUPERAREM CRÉDITOS. NOS ÚLTIMOS 5 ANOS. VI – COMO APROVEITAR OS EFEITOS POSITIVOS DAS RECENTES DECISÕES QUE MUDAM O CONCEITO DE INSUMOS (CRÉDITOS). VII – CONCLUSÃO

I - INTRODUÇÃO

Recente decisão da Primeira Seção do Egrégio SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA além de decisão da 3ª CSRF do CARF colocaram o conceito de INSUMOS nos trilhos, abrindo portar para revisão dos cálculos e aproveitamento de créditos da COFINS e do PIS nos últimos 5 anos.

II – O GÊNESIS DAS PROBLEMÁTICAS DA COFINS E DO PIS

O gênese da questão foi a criação do PIS não cumulativo (no apagar das luzes do governo FHC) no em 30/12/2002 (1) e da COFINS, pelo mesmo sistema (no Governo LULA) em 2004 (2). A problemática da COFINS e do PIS não cumulativo está no método diferente de apuração adotado pelo legislador. Enquanto no IPI e ICMS aplica-se o método “imposto contra imposto”, nas contribuições PIS/COFINS não cumulativos aplica-se o método “base contra base”, que *“não prevêem a concessão de crédito de tributo, por força das operações anteriores, mas a DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO E VALORES REFERENTES ÀS OPERAÇÕES ANTERIORES”* (30), conforme palavras de Paulo Henrique Teixeira, em sua obra *on-line* CRÉDITOS DO PIS E COFINS, in Portal Tributário Editora, pg. 11.

Há um ditado entre os sábios da doutrina tributária de que imposto bom é imposto velho. Pois bem. Assim como no ICMS temos o Livro de Entrada de Mercadorias (escrituração de créditos), o livro de Saídas de Mercadorias (escrituração dos débitos) e o Livro de Apuração do ICMS (resumo dos créditos x resumo dos débitos) onde se conclui os resultados a serem declarados e recolhidos, no sistema não cumulativo (sistema novo, diferentemente dos utilizados no ICMS e no IPI) era necessário a criação de sistema próprio de escrituração das duas NOVAS modalidades de apuração. Tal omissão trouxe confusão entre os profissionais de contabilidades, seus auxiliares, e na própria RFB.

III – OS REFLEXOS DA CRIAÇÃO DA EFD-CONTRIBUIÇÕES

Somente recentemente criação o EFD-PIS/COFINS (que já se transformou EFD-Contribuições). Para os grandes grupos empresarias,

assessorados por profissionais altamente treinados e qualificados, com respaldo das respectivas empresas de auditorias e assessoradas por grandes tributárias, o problema foi minimizado, mas na maioria das empresas (de menor porte e com menor estrutura administrativa) o que se viu foi a apuração, declaração e pagamento da COFINS e PIS (no sistema não cumulativo) à maior.

Quem mais foi atingido foram às empresas prestadoras de serviços que estão enquadradas no sistema “in comento”. O que é pior, nos anos 90 duas palavras “mágicas” pareciam resolver todos os problemas do País: Privatização e TERCEIRAÇÃO. Várias pessoas foram quase que “obrigadas” a abrirem empresas de prestação de serviços para atender aquela tendência de se TERCEIRIZAR tudo. E veio a avalanche de tributação da COFINS e do PIS (não cumulativos), fazendo com que o setor fosse o mais atingido.

Portanto, por quase uma década de gestão fiscal da COFINS e do PIS não cumulativos pelas empresas o que se viu foi um esforço de Hércules dos responsáveis pela apuração mensal dos contribuintes (tanto diretamente pelas empresas quanto pelos Escritórios de Contabilidade) para tentar cumprir as obrigações que lhes foram impostas pela colcha de retalhos que se tornou a legislação tributária nacional, tendo que digitalizar DCTF, DACON, sem, contudo se valer de uma escrituração fiscal básica como fonte segura para o preparo daquelas obrigações acessórias a serem enviadas de forma virtual à RFB. A criação da EFD-PIS/COFINS (EFD-Contribuições) veio com uma década de atraso.

As justificativas do Governo para a criação do sistema não cumulativo das contribuições COFINS e PIS era a desoneração das exportações. E foram enfáticos: NÃO HAVERÁ aumento na tributação. MENTIRAM FEIO. A COFINS, que era de 3%, hoje proporciona arrecadação de mais de 4,5% reais no sistema não cumulativo com alíquota de 7,5% e abatendo os créditos então aceitos pela RFB.

IV - OS PROBLEMAS ENFRENTADOS PELOS OPERADORES DO SISTEMA

Quando nós, enquanto profissionais do setor, vamos apresentar os problemas do sistema vigente aos empresários com indícios de problemas que merecem uma REVISÃO da COFINS e do PÍS não cumulativos nos últimos 5 anos levamos material compõe de uma MALA de normas (nos dois sentidos), uma vez que a quantidade de material que é oferecido para pesquisa, tanto pelos contribuintes quando pelo governo, passa de 5.000 páginas sobre COFINS e PIS. Veja-se:

a) Consolidação da legislação da COFINS e do PIS, contendo 1.246 páginas, disponível no site da Receita Federal do Brasil (4);

b) Dentre tantos bons textos esclarecedores, dois livros existentes no mercado merecem citação:

1) COFINS e PIS comentado, com 1.616 pgs. (5); e

2) ACÓRDÃOS do CARF, 640 pgs. (6);

c) As instruções de preenchimento da PER/DCOMP, extraída de programa da RFB, com mais de 500 pgs. (7);

d) Existem também vários julgados que forma a Jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais sobre o tema – que podem ser acessados virtualmente (8). Não contamos quantos acórdãos estão disponíveis no sistema, que envolve os 5 TRF's, o STJ e o STF.

e) Consultando o site da RFB, onde encontro, Solução de Consulta, colocando-se a palavra COFINS, desde 2003 até 2012, foi possível encontrar cadastrados (Documentos: 1 - 20 de 4720) (9), ou seja, 4.720 soluções de consultas. Teríamos de abrir cada uma das 4.720 soluções de consultadas cadastradas para nos assegurar da posição da RFB em relação a cada particularidade dos direitos e deveres dos contribuintes em relação ao creditamento ou não da COFINS, no regime não cumulativo ou as demais teses que cada gestor tributário enfrenta no seu dia a dia.

Isto tudo nos leva a asseverar que, sem ler, entender, compreender e filtrar mais de 10.000 páginas os operadores do sistema PIS/COFINS (contabilistas, advogados, administradores, chefe dos setores fiscais, e os próprios técnicos da RFB e sua PGFN) não consegue estar seguros de

que estão aplicando corretamente a legislação tributária concernente à espécie.

Data vênia, o sistema COFINS/PIS se tornou uma loucura e a simplificação, prometida para meados de 2013 e não cumprida até agora no início de 2018, vem – se vier - com 15 anos de atraso.

V – A RECENTE DECISÃO DO STJ QUE MUDA O CONCEITO DE INSUMOS E ABRE OPORTUNIDADES PARA EMPRESAS RECUPERAREM CRÉDITOS NOS ÚLTIMOS 5 ANOS

Diante de tantos problemas enfrentados pelos gestores tributários no SISTEMA NÃO CUMULATIVO da COFINS e DO PIS (tanto pelos contribuintes como pela RFB e PGFN) o tema é um dos mais discutidos, tanto nas esferas administrativas como no judiciário.

Veja-se quais foram as grandes decisões que MUDARAM o rumo do conceito de insumos para fins de CREDITAMENTO da COFINS e do PIS NÃO CUMULATIVOS:

a) PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ

Insumo para crédito de PIS e Cofins é tudo o que for essencial para atividade, diz STJ, conforme Conjur de 22/02/2018, ao comentar o julgamento da 1ª Seção do STJ, ao julgar em sede de Recurso Repetitivo, o **REsp 1.221.170** (11).

Os contribuintes da COFINS e do PIS precisam conferir como o tema foi tratado na decisão citada do Colendo STJ, apurar os valores indevidamente recolhidos, ajuizar ação declaratória cumulada com repetição de indébito, com pedido de tutela antecipada visando estancar a sangria que vem sendo feita indevidamente aos cofres das empresas, além de reaver o indébito dos últimos 5 anos, conforme detalharemos na CONCLUSÃO deste texto.

b) A DECISÃO DO CSRF DO CARF

A decisão de impacto importante nos setores contábeis e fiscais das empresas enquadradas no Sistema de apuração da COFINS e do PIS não cumulativos foi no mesmo sentido da DECISÃO DA 1ª SEÇÃO DO STJ.

“PIS/COFINS - publicado acórdão da CSRF que estabeleceu o

conceito de insumos

Em acórdão publicado recentemente, a Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF, instância final de julgamento no âmbito do Ministério da Fazenda, trouxe entendimento inédito a respeito do conceito de insumos para desconto de créditos de PIS e da COFINS.

Em que pese o julgamento do referido recurso ter sido realizado há algum tempo, só agora houve a publicação do acórdão, permitindo, além do conhecimento quanto aos argumentos utilizados pelos Conselheiros, a sua utilização como paradigma para eventual Recurso Especial dos contribuintes.

A controvérsia reside no embate entre as Leis nº(s) 10.637/2002 e 10.833/2003, que não delimitaram a abrangência do termo insumos para fins de aproveitamento de créditos de PIS e COFINS, e a Instrução Normativa nº 247/02, que, com base nas normas de incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, estabeleceu que o aproveitamento de créditos só seria possível quando o insumo sofresse desgaste, dano ou perda de propriedades físicas ou químicas, em função da ação diretamente exercida sobre o produto em fabricação.

Por seu turno, os contribuintes defendem que, pela natureza das contribuições ao PIS e a COFINS, que incidem sobre a receita e não sobre a produção, o conceito de insumo não poderia ser equivalente ao da legislação do IPI, devendo ser utilizado o conceito de despesas necessárias adotado para fins de apuração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica (IRPJ).

No referido acórdão, por maioria de votos (7 votos a favor e 3 contra), a CSRF afastou tanto a regência das regras de IRPJ, quanto a aplicação restritiva das regras do IPI, fixando o entendimento de que o conceito de insumos para fins de PIS e COFINS deve obedecer regras próprias.

Conforme voto da Conselheira Nanci Gama, relatora do caso, serão dedutíveis todos os dispêndios "relacionados diretamente com a produção do contribuinte e que participem, afetem, o universo das receitas tributáveis pelas contribuições ao PIS e COFINS", bastando verificar "se o dispêndio é indispensável à produção de bens ou à prestação de serviços geradores de receitas tributáveis pelo PIS ou pela COFINS não cumulativos." (trechos do acórdão).

Portanto, a possibilidade de apuração de crédito de PIS e COFINS deve ser analisada caso a caso, considerando-se a essencialidade do bem na produção e na geração de receita da empresa.

Por fim, vale ressaltar que as decisões da CSRF não possuem caráter vinculante e tampouco possuem o poder de anular a [Instrução Normativa nº 247/2002](#), porém, como última instância de julgamento administrativo dentro do próprio Ministério da Fazenda, evidente que o acórdão ora analisado norteará os próximos julgamentos do CARF”

Finalmente o CARF entendeu o “espírito” das duas Leis que criaram o sistema não-cumulativos para as duas contribuições, ou seja, como se aplica BASE x BASE. – repetimos – “que não prevêm a concessão de crédito de tributo, por força das operações anteriores, mas a DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO E VALORES REFERENTES ÀS OPERAÇÕES ANTERIORES”, cf. já citado

VI – COMO APROVEITAR OS EFEITOS POSITIVOS DA RECENTE DECISÃO DO STJ QUE MUDA O CONCEITO DE INSUMOS (CRÉDITOS)

A importância da decisão do STJ terá certamente duas vertentes:

- 1) Poderá ser criada SÚMULA VINCULANTE do CARF para uniformizar e padronizar não somente as decisões dos julgamentos pendentes como também os futuros recursos voluntários ou de ofício que chegaram àquele órgão do MF.
- 2) Todas as empresas que entenderam que estão apurando, declarando e pagamento COFINS e PIS à maior, decorrente do cipoal de textos que regem a matéria, poderão contratar assessorias especializadas para REVISAREM todo o sistema de apuração

aplicado nos últimos 5 anos, podendo apurar CRÉDITOS a serem utilizados imediatamente.

A tendência natural da RFB será, por enquanto, a glosa de créditos e lavraturas de autos de inflação (caso optem por retificações das DCTF's e DACON's, com automáticas compensações com as próprias contribuições vincendas) ou NÃO HOMOLOGAREM as PER/DComp's, que exigirão RECLAMAÇÕES dos contribuintes junto aos respectivos órgãos da RFB e, se negadas, a interposição dos cabíveis recursos voluntários ao CARF, enquanto esperam decisão judicial definitiva em ação proposta individualmente no caso de cada contribuinte especificamente.

VII – CONCLUSÃO

A insegurança dos empresários em revisar seu sistema de apuração da COFINS e do PIS certamente veio acarretando prejuízos, não somente pela prescrição a cada mês inerte diante do quadro aqui demonstrado, mas a perda do poder de compra da moeda, embora pequena, ainda está sendo corroída pela inflação. É difícil operar um sistema composto de mais de 10 mil páginas entre regulamentação, resposta de consultas, orientações e jurisprudência.

Diante da ameaça da RFB de aplicar pesadas multas sobre uso indevido no creditamento via PER/DCOMP sugerimos aos contribuintes que procurem, na dúvida, assessoria especializada e terceirizada para uma revisão geral em sua escrita contábil e fiscal, visando acertar o foco das contribuições realmente devidas ao COFINS e ao PIS.

Entretanto, feita a revisão no sistema de apuração COFINS/PIS, se apurar créditos, existem várias hipóteses de serem transformados em melhora do fluxo de caixa imediatamente. É preciso fazer prevalecer os direitos dos Contribuintes!

Interromper o círculo vicioso de tributar para mais a COFINS e o PIS juntamente com a recuperação do que foi pago indevidamente e a maior nos últimos 5 anos, com compensação imediata, certamente vai melhorar a competitividade de nossas empresas face ao mercado global. É preciso agir imediatamente evitando a continuidade da sangria que vem ocorrendo

aos cofres das empresas contribuintes da COFINS e do PIS no regime não cumulativo.

BIBLIOGRAFIA:

- (A) BALEEIRO, Aliomar, Comentários ao Código Tributário Nacional.
- (B) BERGAMINI, ALBERTO e PEIXOTO, MARCELO MAGALHÃES (Coordenadores) COFINS e PIS comentado, com 1.616 pgs, MP EDITORA, SP, 2ª Edição, 2012.
- (C) BERGAMINI, ALBERTO e vários outros autores renomados, ACÓRDÃOS do CARF, 640 pgs. MP EDITORA, SP. 2012.
- (D) COIMBRA, J. R. Feijó, DEFESAS FISCAIS, Doutrina, Legislação e Jurisprudência, Ed. Hemus Editora Ltda.
- (E) COIMBRA, Feijó, A DEFESA DO CONTRIBUINTE na Área Administrativa e Judicial, Editora Destaque.
- (F) MORAIS, Roberto Rodrigues, REDUZA DÍVIDAS PREVIDENCIÁRIAS, on-line, MAPH EDITORA, Curitiba-PR (aspectos decadência/prescrição). <http://www.portaltributario.com.br/obras/dividasprevidenciarias.htm>
- (G) PAULSEN, Leandro – Direito Tributário, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2000.
- (H) VIEIRA, Salomão, DEFESAS FISCAIS no Administrativo e Judiciário, VELLENICH Editora.

NOTAS:

- (1) Lei nº 10.637 de 30 de dezembro de 2002, DOU de 31.12.2002 - Edição Extra – Dispõe sobre a não-cumulatividade da cobrança da contribuição par os Programas de Integração Social (PIS) e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), nos casos que especifica.

- (2) Lei nº 10.833, para as empresas optantes pelo lucro real, a partir de 01.02.2004, com exceções específicas, acaba a cumulatividade da COFINS sobre a receita bruta, descontando-se créditos da contribuição.
- (3) Conforme palavras de Paulo Henrique Teixeira, em sua obra *online* CRÉDITOS DO PIS E COFINS, in Portal Tributário Editora, pg. 11.
- (4) COFINS e PIS/PASEP – Coletânea de Normas <http://www.receita.fazenda.gov.br/publico/Legislacao/Coletanea/ColetaneaPISCofins.pdf>
- (5) PIS E COFINS NA TEORIA E NA PRÁTICA – Apet <http://www.mpeditora.com.br/detalhe-produto/2078/pis-e-cofins-na-teoria-e-na-pratica-uma-abordagem-completa-dos-regimes-cumulativo-e-nao-cumulativo-2012>
- (6) PIS e Cofins à luz da jurisprudência do CARF <http://www.mpeditora.com.br/detalhe-produto/2067/pis-e-cofins-a-luz-da-jurisprudencia-do-carf-conselho-administrativo-de-recursos-fiscais>
- (7) PER/DCOMP – RFB - <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/LegisAssunto/PerDco mp.htm> (baixar o programa, entrar no LINK AJUDA, clicar em todos + que aparecerem imprimir e encadernar).
- (8) Site do Conselho da Justiça Federal – Jurisprudência Unificada <http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/>
- (9) Site da RFB, onde encontro, Solução de Consulta, Ementário
- (10) <http://www.fiscosoft.com.br/a/5shm/pis-e-cofins-ha-creditos-sobre-insumos-na-atividade-comercial-fabio-rodrigues-de-oliveira>
- (11) RECURSO ESPECIAL Nº 1.215.773 - RS (2010/0189012-1) <https://www.conjur.com.br/2018-fev-22/insumo-credito-piscofins-tudo-for-essencial-stj>

A LEI DA TERCEIRIZAÇÃO: UM GRANDE EQUÍVOCO E RETROCESSO

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo a discussão da lei da terceirização. Os defensores do projeto de terceirização do trabalho irrestrita no Brasil colocam, por sua vez, que isso diminuiria a informalidade, um dos maiores problemas atualmente enfrentados no país. Afirma-se que a terceirização das atividades-fim, é bastante realizada ilegalmente, gerando uma série de trabalhadores sem registro formal e direitos garantidos em lei. As desvantagens da terceirização superam largamente os supostos benefícios. Não só não há provas de que torne a atividade econômica mais eficiente, como já se constata seu efeito prejudicial ao trabalhador. Logo, ampliar a terceirização é um grande equívoco, que só fará agravar os problemas já existentes.

Palavras-chave: Terceirização; Vantagens; Desvantagens; Retrocesso.

ABSTRACT: This article aims to discuss the law of outsourcing. Proponents of the unrestricted work outsourcing project in Brazil say that this would reduce informality, one of the biggest problems currently facing the country. It is stated that the outsourcing of the end-activities, is largely carried out illegally, generating a series of workers without formal registration and rights guaranteed by law. The disadvantages of outsourcing far outweigh the supposed benefits. Not only is there no evidence that it makes economic activity more efficient, as it has already been found to have a detrimental effect on the worker. Therefore, expanding outsourcing is a big misconception, which will only aggravate existing problems.

Keywords: Outsourcing, Benefits, Disadvantages, Backspace.

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo la discusión de la ley de la tercerización. Los defensores del proyecto de tercerización del trabajo irrestricto en Brasil plantean, a su vez, que eso disminuiría la informalidad, uno de los mayores problemas actualmente enfrentados en el país. Se afirma que la tercerización de las actividades-fin, es bastante realizada

ilegalmente, generando una serie de trabajadores sin registro formal y derechos garantizados en ley. Las desventajas de la externalización superan ampliamente los supuestos beneficios. No sólo no hay pruebas de que haga la actividad económica más eficiente, como ya se constata su efecto perjudicial al trabajador. Luego, ampliar la tercerización es un gran equívoco, que sólo hará agravar los problemas ya existentes.

Palabras clave: Tercerización, Ventajas, Desventajas, Retroceso.

1 INTRODUÇÃO

Terceirização (português brasileiro) ou Outsourcing ou externalização (português europeu) é uma forma de organização estrutural que permite a uma empresa privada ou governamental transferir a outra suas atividades-meio, proporcionando maior disponibilidade de recursos para sua atividade-fim, reduzindo a estrutura operacional, diminuindo os custos, economizando recursos e desburocratizando a administração para as empresas. Em alguns contextos distingue-se terceirização de outsourcing. Geralmente, ambos os conceitos estão intimamente ligados à subcontratação.

O conceito de terceirização tem seu surgimento datado na Segunda Guerra Mundial, em que empresas dos Estados Unidos precisavam concentrar-se na produção de armamentos, de modo a atender a demanda existente. Com este intuito, passaram a focar na atividade principal e delegaram as atividades secundárias a empresas prestadoras de serviço, como parte de melhoria do processo e técnica de gestão administrativa e operacional das empresas. Neste sentido, os resultados ficam mais evidentes sendo conhecido como outsourcing, ou terceirização, traduzindo.

A partir de década de 1980, com o processo de internacionalização das empresas multinacionais, o conceito passou a ser difundido, trazendo mudança nas empresas. Pois, cada vez mais, os clientes se tornavam o centro das atenções exigindo que as empresas conhecessem seu perfil.

O processo de terceirização, no Brasil, não foi diferente, pois foi implantado de forma gradativa devido à vinda das primeiras empresas de grande porte e multinacionais.

No início à prática era conhecida como contratação de serviços de terceiros, principalmente de mão-de-obra, com o intuito de reduzir o custo de mão-de-obra, tendo como objetivo contratar terceiros para trabalhar e ter ganho de qualidade, eficiência, especialização, eficácia e produtividade da atividade principal da empresa e os itens acessórios ficariam por conta da empresa terceirizada.

2 DESENVOLVIMENTO

A terceirização é um processo pelo qual uma empresa contrata outra para prestar um determinado serviço. Tradicionalmente, a terceirização é uma prática em serviços como limpeza, segurança e suporte, mas, com a nova lei, as empresas podem terceirizar até mesmo sua atividade-chave. Exemplo: agora, um restaurante poderá contratar de forma terceirizada os serviços de garçom e atendimento ao cliente de uma empresa especializada. Ou ainda, uma empresa que presta serviços de informática poderá contratar outra especializada para o desenvolvimento de um novo sistema.

No Brasil, há cerca de 12 milhões de trabalhadores terceirizados de acordo com o Dieese. Nos últimos 20 anos, o número de postos formais de trabalho cresceu 1,4 vez, enquanto o número de trabalhadores terceiros subiu 7 vezes.

Isso aconteceu por conta de um movimento de especialização de atividades, no qual empresas se concentram somente em algumas atividades chave e passam o bastão de tarefas acessórias a prestadoras de serviço terceirizadas.

Essa especialização de atividade e conseqüentemente de mão de obra traz mais eficiência aos negócios e amplia as oportunidades de atuação das empresas que prestam serviço terceirizados. Na outra ponta,

com a nova dinâmica econômica, crescem também as oportunidades de emprego para os trabalhadores.

Os exemplos de terceirização mais comuns relacionam-se com a prestação de serviços específicos, tais como limpeza e segurança. Quando você vai ao banco, por exemplo, pode notar que os vigilantes não são empregados do próprio banco, mas de uma empresa especializada em segurança, o que também é bastante comum em edifícios comerciais, escolas, fábricas e outros.

As causas do aumento da terceirização no Brasil e no mundo têm relação com a diminuição dos custos com funcionários. Afinal, para as empresas, sai mais barato que parte de sua mão de obra seja contratada por terceiros, em vez de mantê-los sob a sua tutela, o que eleva os gastos com direitos trabalhistas e eventuais problemas de segurança do trabalho, como indenizações e outras questões.

Vantagens

Reduzir despesas e racionalizar atividades e processos;

Contratar serviços de terceiros eleva o grau de execução das atividades, a fim de criar mais valor à organização;

Reduzir os custos de mão-de-obra, pois os fornecedores externos de produtos ou serviços podem suprir a empresa com custos menores do que os departamentos internos;

Eliminar possíveis problemas comportamentais e estruturais;

Reduzir o quadro de funcionários e níveis hierárquicos – downsizing –;

Diminuir possíveis atritos pessoais e ineficiências decorrentes do mau funcionamento da atividade;

Potencializar a competitividade entre empresas;

Garantir ganhos de especialidade, qualidade, eficiência, produtividade e competitividade para empresas.

Desvantagens

Contratação da terceirização para atividades de finalização pode levar à perda de aptidões e conhecimentos básicos do trabalhador, que não sabe ao certo o que está produzindo;

Falta de credibilidade por parte dos contratantes com empresas terceirização, que é bastante ocorrente;

Contratos vagos e confusos, com falta de cláusulas fundamentais para a parceria;

Problemas de comunicação dentro da organização, a interpessoal e a Inter profissional, podendo ser causadas principalmente pela diferença entre as culturas em convívio;

Falta de controle sobre as atividades terceirizadas, pois não se deve perder o controle pelo fato de ser terceirizado;

Cobrança excessiva por parte do contratante que visa a redução de custo, podendo ocasionar perda de qualidade dos produtos e serviços terceirizados, afetando a satisfação dos clientes;

Dependência do contratante com o fornecedor, através de contratos mal elaborados obrigando a manter vínculos que podem ser indesejados;

Causa aumento da rotatividade de mão de obra e nos níveis de desemprego.

Alguns autores afirmam que a terceirização na área de segurança pública é um retorno ao feudalismo. Entretanto, o feudalismo é bom para o indivíduo, para startups pequenos, e para empresas de médio porte que não podem se dar ao luxo de contratar os seus próprios empregados especializados em segurança, neste caso, ser um vassalo tem suas vantagens. Por outro lado, para grandes organizações, no entanto, é mais complicado. Essas organizações estão acostumadas a confiar em outras empresas com funções corporativas críticas. As multinacionais estão terceirizando sua folha de pagamento, preparação de impostos e serviços

jurídicos há décadas. Mas os regulamentos de uso de software muitas vezes exigem auditorias. Os senhores feudais não permitem que os vassallos os auditem, mesmo que esses vassallos sejam grandes e poderosas corporações. Eles podem cometer erros com a segurança, como aconteceu com a Apple, Facebook e Photobucket. Eles podem agir arbitrária e caprichosamente, como a Amazon fez quando cortou os usuários Kindle que vivem no país errado. Uma empresa que terceiriza seus dados e segurança para as empresas, mas recebe muito poucas garantias de proteção em troca, e essas empresas têm muito poucas restrições sobre o que podem fazer e o contratante acaba com a responsabilidade e perda.

No cenário mundial, a terceirização assume características semelhantes nos diversos países que a utilizam e em cada um ela se estrutura de uma maneira, dependendo diretamente de fatores estruturais, históricos, culturais, econômicos, políticos, dentre outros.

No cenário brasileiro, a terceirização se intensificou a partir da década de 1990, atingindo não somente áreas periféricas, como também as centrais. No Brasil, assim como em diversos outros países, a terceirização tem como um de seus principais objetivos aumentar a qualidade e a produtividade em busca de obter um diferencial competitivo.

Os estudiosos e a própria Justiça do Trabalho sempre extraíram os fundamentos da terceirização a partir da leitura do artigo 455 da Consolidação das Leis do Trabalho (subempreitada), do artigo 25 da lei 8.987/95 (regime de concessão e permissão), do artigo 94, II, da lei 9.472/97 (telecomunicações), da lei 7.102/83 (vigilância bancária), da lei 6.019/74 (trabalho temporário), e, sobretudo, com respaldo no entendimento da Súmula 331 do Colendo Tribunal Superior do Trabalho.1

E com fulcro na Súmula 331 do C. TST, sempre se entendeu por terceirização lícita aquela que ocorria na atividade-meio da tomadora, como, por exemplo, a que se dava nas atividades de vigilância, conservação e limpeza. Já ilícita era a terceirização que ocorria na atividade-fim da tomadora (heterodição: comando - dependência), ou,

ainda, nas hipóteses em que restasse configurada a subordinação estrutural do trabalhador com o tomador de serviços.

Acontece, porém, que o legislador aprovou a lei 13.429/17, trazendo, ao nosso país, um regramento sistematizador do instituto da terceirização. Nota-se que referida norma promoveu alterações aos dispositivos da lei 6.019/74, que trata sobre o trabalho temporário, passando também a regulamentar, como novidade, as relações de trabalho praticadas no âmbito das empresas de prestação de serviços a terceiros.

Importante salientar que, tradicionalmente, o fenômeno da terceirização sempre foi visto como um instituto que "permite que se transfira a terceiros atividades reconhecidamente genéricas, secundárias, acessórias ou de suporte ao empreendimento, de forma a permitir que a empresa envide esforços e concentre atenção naquelas atividades centrais ou principais vertidas em seu objeto social."

No mesmo sentido, são as palavras do ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Maurício Godinho Delgado, para quem a "terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação jus trabalhista que lhe seria correspondente, sendo que por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços jus trabalhista, que se preservam fixados com a prestadora de serviços (entidade interveniente)."

Assim sendo, sem adentrar na polêmica a respeito da permissibilidade da terceirização na atividade-fim ou atividade-meio da tomadora, fato é que as citadas legislações aprovadas não autorizaram, em nenhum momento, que se faça uso da terceirização como instrumento de intermediação de mão de obra, até porque essa pactuação é excepcionalmente admitida apenas nas relações de trabalho temporário.

Bem por isso, não há que se confundir a intermediação de mão de obra – que, por ser uma exceção, é aceita somente nas relações do trabalho temporário, em que nem sequer há vínculo de emprego do trabalhador com a tomadora (item I da Súmula 331 do C. TST) – com a

legítima e efetiva terceirização de serviços, viabilizada por uma pessoa jurídica de direito privado a terceiros.

E essa licitude da terceirização, repita-se, é aquela na qual não há a pessoalidade e subordinação direta dos empregados terceirizados para com os representantes legais e/ou prepostos da contratante (item III da Súmula 331 do C. TST), sendo certo que o conceito de subordinação estrutural⁵, s.m.j., parece ter sido mitigado pela legislação superveniente, em autêntico processo de "overruling".

Nota-se, pois, que essa é a conclusão que se extrai da chancela legislativa da prática de terceirização em quaisquer tipos de atividades, ainda que relativas àquelas entendidas como essenciais, desde que a execução dos serviços ocorra por empresa dita especializada que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.⁶

Entretantes, com o intuito de evitar a chamada "pejotização", como também a "marchandage" (mercantilização do trabalho humano), o legislador trouxe duas importantes regras que, caso não sejam observadas, acarretarão em nulidades das terceirizações pactuadas após a vigência da reforma trabalhista. E isso resultará na declaração de vínculos de emprego dos terceirizados diretamente com as empresas contratantes, além da responsabilização solidária de todos que praticaram atos com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos celetistas (artigo 9º da CLT c/c artigos 932 e 942 do Código Civil).

A primeira regra diz respeito ao óbice de se recontratar os trabalhadores que, nos últimos 18 (dezoito) meses, antes da vigência da lei 13.467/17, tenham prestado serviços à empresa contratante na qualidade de empregados ou autônomos sem vínculo de emprego, exceto se os titulares ou sócios da pessoa jurídica de direito privado contratada estejam aposentados.

Aqui, portanto, a reforma trabalhista buscou reprimir a "pejotização" de trabalhadores que, para continuarem a prestar serviços à empresa contratante, tenham sido "compelidos" a constituir "pessoas jurídicas"⁸. Interessante notar que a legislação traz uma presunção de ilegalidade que

pode ser elidida por prova em sentido contrário, a depender da situação do caso concreto.

De toda sorte, se tal prática for efetivamente constatada, acaba por aviltar o valor social do trabalho que constitui, a um só tempo: (i) fundamento da República Federativa do Brasil (CRFB, artigo 1º, IV); (ii) alicerce da Ordem Econômica, que tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, e, por um dos seus princípios, a busca do pleno emprego (CRFB, artigo 170, "caput" e VIII); e (iii) base de toda a Ordem Social (CRFB, artigo 193).

Já a segunda regra de transição se refere à proibição de o empregado, cujo contrato de trabalho tenha sido rescindido após vigência da reforma trabalhista, voltar a prestar serviços ao seu então empregador, na condição de empregado da empresa de prestação de serviços a terceiros, sem que seja observado o transcurso do prazo de 18 (dezoito) meses contados de sua demissão.

Nota-se que, neste caso, o legislador se mostrou atento ao fenômeno da mercantilização do trabalho humano, o qual era muito comum já nos primeiros arranjos produtivos do período da Revolução Industrial. Na França, por exemplo, a "marchandage" foi proibida em 1848.

Há de se ter em mente que o preceito de que "o trabalho humano não é mercadoria de comércio" está vinculado a esta preocupação inicial de evitar a intermediação da mão de obra (a "marchandage"). O problema pertinente ao recrutamento da mão de obra foi expressamente referido na constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), inscrita no Tratado de Versalhes, de 1919.

Logo, o labor deve ser visto como meio de colaboração, livre e eficaz, na produção de riquezas, sendo esse valor reafirmado na Declaração da Filadélfia, de 1944, parte anexa da constituição da OIT, organização qualificada como consciência social da humanidade por estabelecer padrões mínimos de trabalho digno e decente.

Decerto, os Tribunais ainda muito discutirão as novas regulamentações relativas à terceirização, atualmente incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio, tanto que já estão pendentes de julgamento, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ações direitas de inconstitucionalidade questionando a lei 13.429/17, que estão sob a relatoria do ministro Gilmar Ferreira Mendes.

De resto, a Tribunal Superior do Trabalho, mesmo não enfrentando o mérito da Lei nº 13.429/17, já se posicionou pela inaplicabilidade das novas regras incorporadas à terceirização de serviços para as relações de trabalho regidas e extintas sob a égide da lei 6.019/74, sob pena de afronta ao direito adquirido do empregado a condições de trabalho mais vantajosas.

O salário de trabalhadores terceirizados é 24% menor do que o dos empregados formais, segundo o Dieese (Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos).

No setor bancário, a diferença é ainda maior: eles ganham em média um terço do salário dos contratados. Segundo o Sindicato dos Bancários de São Paulo, eles não têm participação nos lucros, auxílio-creche e jornada de seis horas.

Terceirizados trabalham, em média, 3 horas a mais por semana do que contratados diretamente. Com mais gente fazendo jornadas maiores, deve cair o número de vagas em todos os setores.

Se o processo fosse inverso e os terceirizados passassem a trabalhar o mesmo número de horas que os contratados, seriam criadas 882.959 novas vagas, segundo o Dieese.

Os terceirizados são os empregados que mais sofrem acidentes. Na Petrobrás, mais de 80% dos mortos em serviço entre 1995 e 2013 eram subcontratados. A segurança é prejudicada porque companhias de menor porte não têm as mesmas condições tecnológicas e econômicas. Além disso, elas recebem menos cobrança para manter um padrão equivalente ao seu porte.

A maior ocorrência de denúncias de discriminação está em setores onde há mais terceirizados, como os de limpeza e vigilância, segundo relatório da Central Única dos Trabalhadores (CUT). Com refeitórios, vestiários e uniformes que os diferenciam, incentiva-se a percepção discriminatória de que são trabalhadores de “segunda classe”.

Terceirizados que trabalham em um mesmo local têm padrões diferentes e são representados por sindicatos de setores distintos. Essa divisão afeta a capacidade deles pressionarem por benefícios. Isolados, terão mais dificuldades de negociar de forma conjunta ou de fazer ações como greves.

A mão de obra terceirizada é usada para tentar fugir das responsabilidades trabalhistas. Entre 2010 e 2014, cerca de 90% dos trabalhadores resgatados nos dez maiores flagrantes de trabalho escravo contemporâneo eram terceirizados, conforme dados do Ministério do Trabalho e Emprego. Casos como esses já acontecem em setores como mineração, confecções e manutenção elétrica.

Com a nova lei, ficará mais difícil responsabilizar empregadores que desrespeitam os direitos trabalhistas porque a relação entre a empresa principal e o funcionário terceirizado fica mais distante e difícil de ser comprovada. Em dezembro do último ano, o Tribunal Superior do Trabalho tinha 15.082 processos sobre terceirização na fila para serem julgados e a perspectiva dos juízes é que esse número aumente. Isso porque é mais difícil provar a responsabilidade dos empregadores sobre lesões a terceirizados.

Casos de corrupção como o do bicheiro Carlos Cachoeira e do ex-governador do Distrito Federal José Roberto Arruda envolviam a terceirização de serviços públicos. Em diversos casos menores, contratos fraudulentos de terceirização também foram usados para desviar dinheiro do Estado. Para o procurador do trabalho Rafael Gomes, a nova lei libera a corrupção nas terceirizações do setor público. A saúde e a educação pública perdem dinheiro com isso.

Empresas menores pagam menos impostos. Como o trabalho terceirizado transfere funcionários para empresas menores, isso diminuiria a arrecadação do Estado. Ao mesmo tempo, a ampliação da terceirização deve provocar uma sobrecarga adicional ao SUS (Sistema Único de Saúde) e ao INSS. Segundo juízes do TST, isso acontece porque os trabalhadores terceirizados são vítimas de acidentes de trabalho e doenças ocupacionais com maior frequência, o que gera gastos ao setor público.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Além da precarização das condições de trabalho, existe também outra questão que gera muitas críticas em relação ao aumento da terceirização: uma possível elevação do trabalho análogo ao escravo. Estudos realizados pela Universidade de Campinas (Unicamp) revelam que a maioria absoluta dos trabalhadores resgatados dessas condições era contratada por empresas terceirizadas, incluindo terceirizações para a produção de roupas de grandes marcas no país.

Os defensores do projeto de terceirização do trabalho irrestrita no Brasil colocam, por sua vez, que isso diminuiria a informalidade, um dos maiores problemas atualmente enfrentados no país. Afirma-se que a terceirização das atividades-fim, é bastante realizada ilegalmente, gerando uma série de trabalhadores sem registro formal e direitos garantidos em lei.

As desvantagens da terceirização superam largamente os supostos benefícios. Não só não há provas de que torne a atividade econômica mais eficiente, como já se constata seu efeito prejudicial ao trabalhador. Logo, ampliar a terceirização é um grande equívoco, que só fará agravar os problemas já existentes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm. Acesso em 12.12.2017.

BRASIL. Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm. Acesso em 12.12.2017.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6ª edição – São Paulo. LTr, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2009.

DEVOLUÇÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS

ALEXANDRE.TRICHES: Advogado.
Especialista em Direito Previdenciário.
Contato: alexandre@schumachertriches.com.br
<http://www.alexandretriches.com.br/>

Ninguém espera ter seu benefício da previdência social cancelado, de uma hora para outra. Muito menos ainda ter que devolver tudo aquilo que já recebeu e foi utilizado, normalmente para despesas essenciais do dia a dia. Contudo, para o Poder Judiciário, a possibilidade da devolução de valores recebidos a título de benefícios previdenciários é possível, e não apenas naqueles casos em que for comprovada a má fé (recebimento indevido por fraude), mas, também, nas hipóteses de deferimento de tutelas provisórias em ações judiciais que, posteriormente, não são confirmadas na sentença.

A matéria é bastante controversa, porém já pacificada no Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Tema 692. Ela se encaixa nas hipóteses em que uma pessoa postula benefício nos tribunais e, em razão da necessidade, o juiz concede o benefício antecipadamente, no início do processo ou na hora de decidir, ainda na primeira instância, nesta última hipótese caso a previdência tenha recorrido da sentença. Ao final, tendo o segurado perdido a ação judicial, além da determinação do cancelamento do pagamento do benefício, está o INSS autorizado a cobrar os valores até então recebidos pelo segurado.

Recentemente, o INSS regulamentou administrativamente a cobrança dos valores recebidos provisoriamente e não confirmados ao final do processo, por meio da Portaria nº 02/18, em conjunto com a procuradoria Federal. Este ato administrativo substitui regra anterior, contida na Portaria interministerial 107/2010. Pelas novas regras, o INSS deve cobrar os valores prioritariamente no processo judicial. Caso não seja possível, este tipo de cobrança deverá notificar a pessoa para pagamento pela GRU (Guia de Receita da União).

Se desta forma não houver o ressarcimento, a autarquia poderá descontar até 30% do débito em eventual outro benefício que o segurado receba. Em última hipótese, pode encaminhar o caso à equipe de dívida

ativa para a inclusão no cadastro e futura execução fiscal. A alçada para o ajuizamento destas ações foi modificada, caindo para aproximadamente R\$ 5 mil.

A portaria editada pelo INSS tem gerado grandes controvérsias. Uma delas é a previsão de dispensa de instrução do processo administrativo de cobrança, sob o argumento da eficácia preclusiva da coisa julgada formada pelo processo judicial já transitado em julgado, no bojo do qual o segurado já pôde exercer o seu direito à ampla defesa e ao contraditório, em feito conduzido pelo Poder Judiciário de acordo com a legislação processual civil, que culminou na formação de um título executivo judicial apto a ser exigido, na forma do art. 515, I, do Código de Processo Civil/2015. O ato administrativo também dispensa o direito do contraditório e da ampla defesa. Bastante estranho este aspecto, considerando o princípio constitucional do devido processo legal, inclusive no processo administrativo, bem como a real possibilidade de que possa haver divergências, até mesmo em relação ao montante cobrado, os índices de correção monetária, etc.

A realidade da devolução dos benefícios previdenciários nos casos de tutela provisória não confirmadas em sentença passa a fazer parte do cotidiano dos segurados e seus advogados. Isso faz com que o cuidado no manejo das ações judiciais seja redobrado, visando a evitar prejuízos, justamente, para a parte mais fraca do processo: o cidadão.

DIREITO AO ESQUECIMENTO: GENUÍNO MECANISMO DE PROTEÇÃO À DIGNIDADE HUMANA OU ESCAMOTEADO INSTRUMENTO DE VIOLAÇÃO ÀS LIBERDADES COMUNICATIVAS?

SÉRGIO DA SILVA FERREIRA:
Advogado; Especialista em Direito Público pela UCAM e Bacharel em Direito pela UCAM.

Resumo: A pesquisa examina os contornos gerais aplicáveis ao “direito ao esquecimento”, isto é, o direito atribuído a todos de impedir que dados e fatos pessoais, criminosos ou não, que, outrora, tenham sido de conhecimento público de alguma maneira por atuação de qualquer das mídias de comunicação, sejam rememorados indevidamente. Outrossim, analisa a problemática, levantada por certo setor da doutrina, existente em torno do seu reconhecimento como verdadeiro direito autônomo a ser tutelado pelo Direito – por razões ligadas ao temor de que o seu emprego indiscriminado e abusivo possa servir como indesejável artifício de adulteração da história individual ou até mesmo coletiva, em escalas de maior dimensão. Nessa esteira, aponta-se a importância deste novel instrumento jurídico de proteção, bem como expõe-se que, dada a delicadeza do tema, tal direito somente pode ser reconhecido (ou não) a partir da verificação de cada caso em concreto, a partir de critérios de ponderação propostos pela doutrina a serem adotados pelo julgador.

Palavras-chave: Direito ao esquecimento. Instrumento autônomo de proteção. Artifício de adulteração da história individual ou coletiva. Problemática. Ponderação.

Sumário: Introdução. 1. O direito ao esquecimento como forma de proteção à memória individual. 1.1. Definição do direito ao esquecimento. 1.2. A autonomia do direito ao esquecimento e a dignidade da pessoa humana como fundamento para o seu reconhecimento jurídico. 1.3. As implícitas manifestações do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro. 2. Casos célebres no Brasil envolvendo o direito ao esquecimento. 2.1. O "Caso Chacina da Candelária". 2.2. O "Caso Aída Curi". 2.3. O "Caso Xuxa". 3. Críticas ao direito ao esquecimento: instrumento de violação às liberdades comunicativas? 4. Parâmetros específicos de ponderação para aplicação em concreto do direito ao esquecimento. Conclusão

Introdução

Vivenciamos hoje a chamada “Era da Sociedade da Informação”, decorrente da evolução tecnológica havida nos últimos quarenta anos.

A partir dela, a humanidade foi presenteada com o largo desenvolvimento dos meios de comunicação, bem como com a criação da Internet, ferramenta poderosa que propiciou um estreitamento invisível entre as fronteiras mundiais, potencializando sobremaneira o fenômeno da globalização, iniciado décadas atrás.

Ocorre que, se, por um lado, benefícios foram conquistados, por outro, criou campo fértil para a violação de uma nova faceta da dignidade humana: a memória individual. Pois com a Grande Rede Mundial, tornou-se possível armazenar um sem-número de informações relativas a cada um na sociedade, que podem, hoje, ser facilmente resgatadas por qualquer meio de comunicação.

Nesse contexto, a doutrina vem se propondo ultimamente a debater os contornos deste novo direito a ser reconhecido, uma vez que sua compreensão teórica envolve uma sensível colisão entre direitos fundamentais: de um lado, dignidade humana e suas já conhecidas defluências (como intimidade e vida privada); de outro, os igualmente constitucionais direitos às liberdades comunicativas (de expressão e informação, por exemplo).

Em apertada síntese, seus defensores argumentam que tal direito funcionaria de molde a conferir ao ser humano, em determinados casos – e desde que observados alguns critérios mínimos de ponderação –, o condão de gerenciar os fragmentos de sua vida que já não mais se revestissem de interesse público algum em sua divulgação. Por outro lado, alega-se que o tema deve ser tratado com cautela, em vista do temor de que sua construção teórica venha a conduzir a um processo indesejável de adulteração da história individual ou até mesmo coletiva.

Postas tais premissas, a pesquisa analisará mais detidamente o direito ao esquecimento, destacando a importância de seu devir para o ordenamento jurídico. Em seguida, abordará a problemática sustentada por alguns a respeito da essência que ele pode ostentar – mecanismo de proteção à dignidade humana ou, ao revés, instrumento de violação às liberdades comunicativas. Por fim, mencionará critérios básicos de ponderação a serem aplicados em cada caso concreto que verse sobre tais situações e enfatizará que somente por meio dessa técnica de decisão judicial torna-se possível dirimir conflitos sobre o tema.

1. O direito ao esquecimento como forma de proteção à memória individual

A evolução tecnológica ocorrida nos últimos tempos propiciou ao ser humano deparar-se com experiências ambivalentes. Por um lado, permitiu uma incrível massificação nas formas de comunicação, armazenamento e disponibilidade de dados, bem como o amplo acesso da população mundial a dispositivos eletrônicos de última geração, o que acarretou uma drástica modificação na vida da sociedade global.

Contudo, por uma outra perspectiva, malefícios também foram trazidos à tona, como a permissividade a agressivas devassas à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas em proporções incalculáveis – criando campo fértil para as discussões a serem enfrentadas quanto a um direito ao esquecimento como forma de resguardar a memória individual, desde que atendidos certos parâmetros.^[1]

Eis então como se põe a questão^[2]: liberdade de expressão e suas naturais defluências (liberdades de informação e imprensa), colocadas em rota de colisão num aparente conflito com os direitos (fundamentais) da personalidade, que, como analisado, não puderam ser taxativamente listados nem pelo Código Civil nem pela Constituição Federal ou mesmo por qualquer outra espécie normativo. Considerando que o ser humano evolui, o Direito também deve fazê-lo, de molde a tutelar toda e qualquer maneira de violação à dignidade humana.

Schreiber apresenta o tema da seguinte maneira: “De um lado, é certo que o público tem direito a relembrar fatos antigos. De outro, embora ninguém tenha direito de apagar os fatos, deve-se evitar que uma pessoa seja perseguida, ao longo de toda a vida, por um acontecimento pretérito.”^[3]

1.1 Definição do direito ao esquecimento

Presente no direito alienígena sob as rubricas *the right to be let alone* ou *the right to be forgotten* (nos EUA), nos países de língua espanhola como o *derecho al olvido*^[4], *droit à l’oubli* (na França) e como *recht auf vergessenwerden* (na Alemanha)^[5], o direito ao esquecimento – no Brasil, também chamado de “direito de estar só” – caracteriza-se como um reconhecimento jurídico a que a pessoa não venha a ser molestada, com a exposição ao público em geral de atos ou fatos do passado, ainda que verídicos, que não gozem de legítimo interesse público, causando-lhe sofrimentos ou transtornos.^[6]

É, como entende Maurmo, um “direito a se retirar do espaço virtual, ou mesmo de outras mídias, informações que não deseja mais compartilhar, ou que lhe causem grave dano existencial”.^[7]

Vale dizer, é uma garantia que se deve conferir ao que se vem denominando de superinformacionismo^[8], decorrente da intensa massificação dos meios de comunicação proporcionada pelos avanços tecnológicos conquistados pelo ser humano nos últimos 40 anos, que visa a tutelar esta nova forma de violação à dignidade humana, qual seja, o resgate indiscriminado de informações, mesmo que verdadeiras, referentes a fatos ocorridos com alguma pessoa há tempos remotos e que não sejam mais minimamente idôneos a conter interesse público na sua exposição ao público.

Em suma, como assinala Farias^[9], “é o direito de impedir que dados e fatos pessoais de outrora sejam revividos, repriminados, no presente ou no futuro de maneira descontextualizada”.

1.2 A autonomia do direito ao esquecimento e a dignidade da pessoa humana como fundamento para o seu reconhecimento jurídico

Cabe registrar que o direito ao esquecimento não é, como pode parecer a uma primeira vista – e mesmo sustentado por alguns^[10] –, uma construção jurídica obtida unicamente a partir da mera derivação de outros direitos (fundamentais) da personalidade já existentes e expressamente previstos pelo ordenamento jurídico nacional, como os direitos à intimidade, à vida privada, ao nome, à imagem, entre outros.

O direito ao esquecimento deve ser encarado como um direito autônomo^[11], com âmbito de abrangência próprio e, portanto, dotado de características diferenciadas – muito embora se reconheça que, de fato, somente se afigura possível tratar de direito ao esquecimento, nos termos como os ora delineados, em razão da previsão dos já aludidos direitos.

Afirma-se a autonomia do direito ao esquecimento, desvinculado daqueles outros direitos, comparando-se com o que ocorrera com o direito (fundamental) da personalidade à imagem, que conquistou sua autonomia jurídica, a despeito de, tradicionalmente, ter sido considerado embutido no bojo do direito à honra, que seria, portanto, mais amplo.^[12]

Diante então do que se coloca, faz-se necessário deixar assentada a sutil diferença relativa à dimensão da proteção conferida tanto pelo

direito ao esquecimento quanto pelos direitos de proteção da privacidade em geral.

Nesse sentido, consigna Pablo Dominguez Martinez: “Em realidade, apesar da aparente confusão inicial, o direito ao esquecimento e à privacidade têm objetos jurídicos de proteção distintos. Enquanto a privacidade visa à proteção de dados pessoais e íntimos contemporâneos, o direito ao esquecimento objetiva a proteção dos dados pretéritos, ou seja, a rememoração indevida de fatos passados e consolidados, que já não tenham qualquer utilidade ou atualidade.”.[\[13\]](#)

Isto é, diferencia-se o tratamento de um e de outro direito, tomando-se por referência um critério efetivamente temporal em relação aos dados a cuja proteção se reivindica.

Estabelecida a existência da autonomia do direito ao esquecimento a reclamar proteção no ordenamento jurídico – sem perder de vista o entendimento diverso, de quem não assim o considere –, passa-se agora a investigar o fundamento, vale dizer, por que razão tornou-se necessário raciocinar para se concluir que o Direito deve salvaguardar a vontade de um indivíduo em impedir a rememoração de fatos pretéritos que já tenham sido consolidados com o transcurso do tempo.

Fundamenta-se o devir jurídico do direito ao esquecimento a partir da compreensão acerca da dignidade da pessoa humana, assentada no art. 1º, III da CF, condecorada pelo Texto Maior com o status de fundamento de todo o Estado Democrático de Direito.[\[14\]](#)

Bem por isso, assim convencionou o Conselho de Justiça Federal, quando da realização da VI Jornada de Direito Civil: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”.[\[15\]](#)

Sabe-se, é bom registrar, que estes enunciados aprovados pelas Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Conselho de Justiça Federal não possuem força cogente. No entanto, constituem um seguro roteiro de interpretação do Código Civil de 2002, uma vez que nele congregam diversas gerações de civilistas, também incluindo Ministros do Superior Tribunal de Justiça; Desembargadores; Juízes; Procuradores e Promotores; Advogados e Professores de Direito de todo o Brasil.[\[16\]](#)

Certo é que tentar definir a essência da dignidade da pessoa humana é por demais complexo, dada a fluidez conceitual que caracteriza este valor.[\[17\]](#) No entanto, diz-se que, se por um lado é difícil traduzir o

que este valor expressa, fácil se torna afirmar, por outro, que ela, a dignidade humana, é o centro de gravidade ao redor do qual colocam-se todas as normas jurídicas, “enfeixando todos os valores e direitos que podem ser reconhecidos à pessoa humana”.[\[18\]](#)

Barroso assim contribui para a tarefa de traçar o conteúdo mínimo da ideia de dignidade humana: “Grosso modo, esta é a minha concepção minimalista: a dignidade humana identifica 1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais.”[\[19\]](#)

Contextualizando a noção de que a dignidade humana dá suporte à construção intelectual moderna do direito ao esquecimento, tem-se que é indispensável que se reconheça a sua aplicação, como um direito autônomo, já que não expressamente previsto pelo ordenamento, de molde a proteger a condição humana, em seus mais genuínos aspectos e manifestações.[\[20\]](#)

E não poderia mesmo ser diferente, tendo em vista que um dos papéis que são atribuídos ao princípio da dignidade humana é justamente de funcionar como fonte de direitos e deveres – além do papel de atuar como diretriz de julgamento nos casos envolvendo colisão de direitos fundamentais.[\[21\]](#)

1.3 As implícitas manifestações do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro

Pode-se dizer que o direito ao esquecimento, embora não expressamente previsto em qualquer diploma legal, de há muito é reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro. Esta é a conclusão a que se pode chegar, tomando como base todos os mecanismos legais de defesa do indivíduo que se baseiam no transcurso do tempo e na impossibilidade de utilização da informação – nas mais diversas áreas e ramos do Direito[\[22\]](#). Igual afirmação foi formulada pelo Ministro Luís Felipe Salomão, em um emblemático julgado a respeito do direito ao esquecimento que será analisado mais adiante: “O Direito estabiliza o passado e confere previsibilidade ao futuro por institutos bem conhecidos de todos: prescrição, decadência, perdão, anistia, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, prazo máximo para que o nome de inadimplentes figure em cadastros restritivos de crédito, reabilitação penal e o direito ao sigilo quanto à folha de

antecedentes daqueles que já cumpriram pena (...). Doutrina e precedentes.”[23]

No Direito Penal, seus exemplos mais significativos são os da previsão da reabilitação e da anistia – respectivamente, nos arts. 93[24] e 107, II[25] do Código Penal.

Fernando Capez, ao conceituar anistia, inclusive chega a empregar a expressão “esquecimento”. Para o autor, a anistia é a “lei penal de efeito retroativo que retira as consequências de alguns crimes já praticados, promovendo o seu esquecimento jurídico, retirando todos os efeitos penais, principais e secundários, mas não os extrapenais”. [26]

Por outro lado, no tocante à reabilitação, Nucci preleciona: “é a declaração judicial de reinserção do sentenciado ao gozo de determinados direitos que foram atingidos pela condenação (...) e tem por fim estimular a regeneração (do apenado)”[27]. Sobre o instituto, pondera Greco[28] que já não possui mais utilidade prática, devendo ser utilizado, para o mesmo fim, o disposto no art. 202 da Lei de Execuções Penais[29], que, afirma, é mais benéfico ao apenado, por ser menos burocrático, em razão de ser desnecessário qualquer requerimento daquele que visa a se beneficiar do instituto para se reintegrar à sociedade sem o estigma de sua vida pregressa assentado em uma folha de registros criminais.

O direito ao esquecimento é também visualizado no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente, nos arts. 143[30] e 144[31], em relação a atos criminosos praticados pelo indivíduo quando ainda considerado inimputável. Assim já se manifestou o STJ, ao apreciar o REsp nº 48.278-DF, de relatoria do Ministro Pedro Aciole, em que se decidiu que menor infrator que tenha cumprido medida socioeducativa não pode por este fato ser reprovado em concurso público na fase de investigação social prevista no edital. Asseverou-se que “a presunção de irreversibilidade de quem já cometeu delito penal, a par de solapar um dos primados da civilização ocidental, jogaria por terra a política criminal da reabilitação e reintegração do delinquente a seu meio social”. [32]

Também no Direito Consumerista permite-se enxergar a aplicação do direito ao esquecimento. [33] Trata-se da previsão de prazo máximo de 05 anos para a manutenção de informações a respeito de consumidores em cadastros restritivos de crédito – art. 43, §§1º e 5º. [34]

Por fim, necessário se faz registrar o disposto no art. 7º, X, da Lei 12.965/2014[35] – que ficou conhecida como “Marco Civil da Internet”. Invocando-o, possibilita-se requerer a exclusão definitiva dos dados

peçoais que se tiver fornecido a determinada aplicação de Internet, ressalvados os casos previstos legalmente de guarda obrigatória de tais registros.[36]

Como se demonstrou, o direito ao esquecimento encontra-se espraiado ao longo do Direito, em disposições diversas que protegem o indivíduo baseando-se no transcurso do tempo e na impossibilidade de se divulgar um determinado tipo de conteúdo informativo sobre uma pessoa. Desta maneira, pode-se dizer que tal direito não é exatamente novo e inusitado, mas sim, que se originou de forma autônoma, tendo como fundamentos não apenas a dignidade humana, mas também todo o conjunto normativo, de maneira implícita e reflexa.

2. Casos célebres no Brasil envolvendo o direito ao esquecimento

2.1 O “Caso Chacina da Candelária”[37]

No dia 28 de maio de 2013, a 4ª Turma do STJ, ao apreciar o REsp nº 1.334-097-RJ, cuja relatoria coube ao eminente Ministro Luís Felipe Salomão, teve a oportunidade de se manifestar a respeito do reconhecimento ou não do direito ao esquecimento invocado por um indivíduo.

Em linhas gerais, o episódio, acontecido na madrugada do dia 23 de julho de 1993 e que ficou negativamente eternizado na História brasileira, tratou de uma barbárie praticada por policias militares que, à paisana, e a pretexto de levar comida para os 72 meninos e meninas de rua que se encontravam dormindo sob as marquises dos prédios da região próxima à Igreja da Candelária, no Centro do Rio de Janeiro, os executaram friamente a tiros de fuzil – supostamente como vingança em razão de alguns menores terem apedrejado uma viatura policial no dia anterior. Do ocorrido, oito menores, com idades entre 10 e 17 anos foram assassinados, além de muitos outros terem se ferido gravemente.[38]

Pelo fato, determinado homem foi denunciado pela suposta participação no acontecimento e veio, ao final do processo, a ser absolvido criminalmente por unanimidade[39] pelo Tribunal do Júri.

Ocorre que, 13 anos após ter sido absolvido, a Rede Globo de televisão, por meio do programa “Linha Direta Justiça”, exibiu um especial, cuja finalidade foi a de contar como ocorreu o fatídico episódio, mediante uma reconstituição dos fatos. E para tanto, apontou o nome daquele indivíduo – anteriormente absolvido – como uma das pessoas envolvidas

no massacre – cabendo consignar que, inclusive, constou da matéria jornalística a informação de que ele fora absolvido na Justiça pelo fato tratado no programa.

Este homem, então, resolveu por bem ajuizar uma ação indenizatória, baseando sua pretensão na invocação de um direito a ser esquecido, dado que já tinha sido processado criminalmente pelo fato, tendo, inclusive, sido unanimemente absolvido pelo Conselho de Sentença. Dentre outros pontos, argumentou que trazer à tona para a sociedade um fato já consolidado não só no tempo, mas também na Justiça, causou-lhe sofrimento e vergonha perante seus pares – o que o obrigou, até, a abandonar a comunidade em que morava para preservar a sua segurança e a de seus familiares.

Em 1ª instância, seu pedido foi julgado improcedente; mas foi reformado, após, pelo TJ/RJ, que condenou a Globo ao pagamento de indenização por danos morais ao autor da ação, no valor de R\$ 50.000,00 – o que foi mantido pelo STJ após a interposição do Recurso Especial nº 1.334.097.

Ao deliberar sobre a causa e ponderar a liberdade de informação em face dos direitos da personalidade, o STJ decidiu em favor destes. Asseverou que, neste caso específico, a matéria jornalística poderia ter retratado fidedignamente o ocorrido sem a necessidade de levar ao público o nome e a imagem do autor da ação, que, repise-se, fora absolvido. E sobre a circunstância alegada em defesa pela Globo de que se preocupou em fazer presente no programa a informação da absolvição criminal do autor do fato, a Corte Superior entendeu que, apesar disso, a reportagem não contribuiu para afirmar sua condição de inocentado, mas sim para reacender na sociedade a pecha de indiciado.

Também, o relator do julgado assentou que se aqueles que foram condenados e que cumpriram pena possuem direito ao sigilo de seus registros criminais – funcionando, como já demonstrado, como um direito ao esquecimento do ofensor –, muito mais natural é conceber o reconhecimento deste mesmo direito a quem foi absolvido. Neste ponto, portanto, o STJ deliberou que o direito ao esquecimento irmana-se com um “direito à esperança”, compatível com as presunções legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.

A propósito do esquecimento reconhecido ao presente caso em sede criminal, convém colacionar a opinião de Carnelutti: “(...) as pessoas creem que o processo penal termina com a condenação, e não é verdade; as pessoas creem que a pena termina com a saída do cárcere, e não é

verdade. A pena, se não mesmo sempre, nove vezes em dez não termina nunca. Quem em pecado está é perdido. Cristo perdoa, mas os homens não.”.[40]

Por oportuno, é preciso deixar aqui registrado que o presente caso encontra-se em via de ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, haja vista a interposição do Agravo em Recurso Extraordinário nº 789.246 em face da decisão proferida pelo STJ.[41]

2.2 O “Caso Aída Curi”[42]

Curiosamente, no mesmo dia em que a 4ª Turma do STJ deliberou a respeito do direito ao esquecimento em relação ao caso “Chacina da Candelária” – 28 de maio de 2013 –, foi-lhe posta à apreciação uma outra situação em que também se invocou tal direito.

Em linhas genéricas, o mesmo programa da Rede Globo, “Linha Direta Justiça”, exibiu, quase 50 anos depois, uma reportagem especial narrando como Aída Curi foi violentada e assassinada no bairro de Copacabana, Rio de Janeiro, nos idos de 1958, em episódio em que três indivíduos figuraram como autores dos fatos.[43]

Para tanto, realizou uma reconstituição dos acontecimentos, em que, além de exibir imagens reais da época, divulgou a todo o momento o nome da vítima, qual seja, Aída Curi – o que levou seus irmãos a ajuizarem uma ação de reparação por danos morais, ao argumento de que a exibição do programa reavivou na família toda a dor e sofrimento experimentados no trágico episódio.[44]

Todavia, o pedido foi julgado improcedente em 1ª instância e assim foi mantido pelo TJ/RJ. Da mesma forma, interposto o REsp nº 1.335-153, o STJ, por maioria (nos termos do voto do Relator, Min. Luís Felipe Salomão), negou provimento ao recurso, sustentando que, neste caso concreto, a liberdade de imprensa é quem deveria prevalecer, em detrimento do direito ao esquecimento invocado pelos familiares da vítima.

Como razão de decidir, a Corte realizou a ponderação, utilizando-se como critérios: a historicidade do episódio e a ausência de contemporaneidade da notícia dos fatos.

Pelo primeiro critério, o STJ aduziu que, infelizmente e por obra do destino, seria impossível à imprensa noticiar o ocorrido, sem, necessariamente, mencionar o nome da vítima, dada a repercussão

nacional que o caso apresentou. Isto é, o nome Aída Curi, afirmou a Corte, se sedimentou na História desde então como elemento indissociável de toda e qualquer narrativa a respeito do episódio – tal qual inviável se torna falar em casos Vladimir Herzog e Dorothy Stang, sem ter de mencioná-los.

No tocante ao segundo, expôs o STJ que o programa foi exibido quase 50 anos depois dos fatos, lembrança tal que, no entender da Corte, anos depois, não seria idônea a causar aos familiares o mesmo abalo de antes; mas tão somente, um infeliz desconforto, insuficiente a lhes gerar o direito de serem reparados moralmente pela Globo em virtude da matéria jornalística.

Como se observou, este caso concreto apresentou especificidades que não se fizeram presentes naquelo outro. Logo, apesar da existência de um mesmo pano de fundo, os resultados que advieram de cada qual foram distintos – espelhando a compreensão de que a solução para estes casos não pode ser formulada aprioristicamente, mas, sim, por meio da ponderação, balanceando-se os interesses colocados um em face do outro.^[45]

Vale registrar que este caso será novamente analisado pelo Judiciário brasileiro. Desta vez, o STF é quem, derradeiramente, se pronunciará sobre o reconhecimento ou não do direito ao esquecimento em favor dos familiares de Aída Curi, tendo em vista, que, da decisão exarada pelo STJ, foi interposto Agravo em Recurso Extraordinário nº 833.248, convindo anotar que a Suprema Corte inclusive já reconheceu a existência de repercussão geral da matéria.^[46]

2.3 O “Caso Xuxa”

Caso também emblemático envolveu a conhecida apresentadora de televisão Xuxa Meneguel, que, no ano de 1982, no início de sua carreira, participou de um filme em que interpretou o papel de uma prostituta, contracenando, nua, com um garoto de doze anos de idade.

Contrariada com a profusão, pela *Internet*, de imagens e vídeos que mostravam – e ainda mostram! – a participação da artista naquela película, requereu em juízo que a famosa provedora de pesquisas Google ficasse impedida de disponibilizar quaisquer resultados a ela ofensivos (como imagens e textos pornográficos, além de montagens digitais) quando digitados em seu campo de buscas os designativos que associassem seu nome aos termos “Xuxa pedófila” ou assemelhados.

Liminarmente, o juízo da 1ª Vara Cível do Foro Regional da Barra da Tijuca, no Rio de Janeiro, concedeu a antecipação de tutela requerida – a qual veio, após, a ser parcialmente reformada pela 19ª Câmara Cível do TJ/RJ, que restringiu a liminar concedida em favor de Xuxa determinando que o Google somente se absteresse de exibir os referidos resultados de buscas relativos a apenas determinadas imagens apresentadas nos autos do processo.^[47]

Todavia, em sede recursal, a 3ª Turma do STJ, de forma unânime e seguindo integralmente o voto proferido pela Min. Relatora Nancy Andrichi, ao julgar o REsp nº 1.316.921-RJ^[48], cassou a decisão liminar que antecedeu os efeitos da tutela requerida pela apresentadora.

Argumentou a Corte, com base no voto da Min. Relatora, que, apesar de gratuito, o serviço que o Google presta aos seus usuários se insere num contexto de verdadeira relação de consumo (por lhe proporcionar uma remuneração indireta, com base no que auferem as empresas que lhe patrocinam para que gozem de posição privilegiada nas buscas). Neste contexto, não haveria, então, que se falar em defeito do serviço, nos termos do art. 14 do CDC^[49], ao se imaginar que a famosa provedora de pesquisas não dispõe de meios técnicos para levar a efeito um controle prévio das informações que são, a cada segundo, depositadas na Rede Mundial de Computadores. Caso assim se entendesse, aduziu, se estaria a malferir os direitos de liberdade de expressão assegurados pela Constituição.

Ademais, o STJ sustentou que não caberia ao Google ser responsabilizado civilmente pela disseminação na Internet de todo o conteúdo ofensivo descrito por Xuxa, uma vez que, na qualidade de mero provedor de pesquisas, apenas facilita aos usuários o caminho para que eles encontrem conteúdo que terceiros inseriram na Rede, veiculam e hospedam.

Como afirmado pelos advogados da empresa, responsabilizá-la por apenas indexar informações que somente chegaram ao mundo virtual por meio de terceiros, seria o mesmo que atacar o índice de uma biblioteca, por discordar dos livros que guarda consigo – “o índice poderia ser suprimido, mas os livros continuariam lá”.^[50]

Para a Relatora, haveria, sim, responsabilização civil. Mas se, e somente se, fosse identificado o verdadeiro responsável por veicular no meio virtual as referidas informações, já que o Google, aqui, funciona como

mero intermediário, facilitador entre o caminho percorrido entre o usuário e o conteúdo pretendido.

Xuxa ainda tentou, por último, obter do STF uma medida liminar que afastasse o quanto decidido pelo STJ e restabelecesse a restrição aplicada pelo TJ/RJ ao Google, ainda que parcial, dos resultados a ela ofensivos em suas buscas online pelos usuários.^[51]

Todavia, a Medida Cautelar em Reclamação nº 15.955-RJ por ela apresentada sequer teve seu mérito examinado, uma vez que o Min. Relator do feito, Celso de Mello, negou seguimento, de plano, à Reclamação, por entender não ter havido qualquer violação à cláusula de reserva de plenário pela 3ª Turma do STJ ao afastar a aplicação de multa cominatória – prevista no art. 461, §4º do CPC^[52] – à Google, que fora reconhecida pela 19ª Câmara Cível do TJ/RJ em favor da Xuxa: “(...) tenho-a (a pretensão reclamatória) por inacolhível, eis que não verifico, na decisão de que ora se reclama, a existência de qualquer juízo, ostensivo ou disfarçado, de inconstitucionalidade das normas legais apreciadas pelo órgão judiciário reclamado.”^[53]

Desta feita, então, manteve-se integralmente a decisão proferida pelo STJ, que negou à apresentadora o reconhecimento ao seu direito de ser esquecida, em que pese em momento algum ter sido esta a causa de pedir invocada por Xuxa em sua defesa ou mesmo considerada pelos julgadores em qualquer das instâncias.

Contudo, como já se demonstrou, toda e qualquer tentativa de se limitar a exposição de alguma informação em razão do decurso do tempo é uma forma de sua manifestação.^[54]

A crítica que se pode tecer ao julgamento, com todas as vênias, é que as peculiaridades de tratamento do direito ao esquecimento não foram consideradas.

Os Tribunais, em todas as instâncias, apegaram-se mais ao âmbito da responsabilidade civil dos provedores de Internet com base no CDC, como forma de conferir, em detrimento da honra da Xuxa, prevalência à liberdade de expressão dos navegantes da Rede em nela inserir conteúdo a respeito daquela figura pública, do que, propriamente, à análise do direito ao esquecimento, que, como se verificou, é autônomo dos demais direitos da personalidade “clássicos” e exige tratamento diverso.

Com efeito, e como se procurará expor adiante, o desejável era que todas as deliberações a respeito do caso fossem orientadas por

parâmetros de ponderação específicos quando da análise do direito ao esquecimento – e não somente por aqueles clássicos que se prestam a solucionar máculas da *honra*, mormente o critério de se tratar de pessoa pública, que já não é, hoje, mais tão prestigiado como outrora o foi.^[55]

3. Críticas ao direito ao esquecimento: instrumento de violação às liberdades comunicativas?

Não é unânime na doutrina a ideia de que o direito ao esquecimento deva ser reconhecido indiscriminadamente e incorporado ao ordenamento como meio ordinário de proteção a quem se sinta lesado com a exposição de alguma informação que lhe seja desabonadora.

Considerável setor da doutrina adverte que ele pode ter a sua natureza desnaturada, maliciosamente, por aqueles que tenham o sórdido interesse de manipular fatos e alterar a história de alguma maneira – notadamente pessoas do cenário político. Em outras palavras, poderia servir a um propósito antagônico ao de sua idealização, viabilizando verdadeiro mecanismo de censura aos meios de comunicação.

Gustavo Binenbojm assinala: “Quanto vale o poder de reescrever a própria história? Quanto um político inescrupuloso estaria disposto a pagar para despejar sobre os eleitores uma espécie de efeito amnésia, como uma onda a apagar suas pegadas na areia? Quantos criminosos de guerra não gostariam de viver sob nova identidade, sem deixar vestígios de sua pretérita monstruosidade?”.^[56]

Juridicamente, o grande problema que envolve a aplicação do direito ao esquecimento é o aparente conflito que se coloca entre: de um lado, proteção da dignidade humana e direitos da personalidade; de outro, respeito a direitos constitucionalmente previstos relacionados às liberdades de comunicação.

Ademais disso, contesta-se a sua legitimidade por motivos ligados ao próprio funcionamento de um sistema constitucional democrático, fortemente pautado pela valorização das liberdades de comunicação, tantas vezes mencionada pelo texto constitucional. Sempre é bom lembrar que a CRFB/88 marcou um período de necessária transição democrática, por intermédio da qual o país se viu livre de um regime ditatorial em que aquelas liberdades de comunicação eram negadas, restringidas ou até mesmo suprimidas.

Conforme preleciona Daniel Sarmiento, “A imposição do esquecimento tem sido um instrumento de manipulação da memória coletiva, de que se valem os regimes totalitários em favor de seus projetos de poder. (...) Um dos lemas seguidos pelos líderes do fictício Estado de Oceania era: ‘Aquele que controla o passado, controla o futuro. Aquele que controla o presente, controla o passado’”.[\[57\]](#)

Dando continuidade a seu raciocínio crítico, “O Brasil era um país que censurava os meios de comunicação e as artes; que proibia a divulgação de críticas e de notícias desfavoráveis; que prendia, exilava, torturava e assassinava pessoas pelas ideias que ousavam defender. A censura não era apenas política: o antigo regime julgava-se também o guardião de valores tradicionais e conservadores, que buscava impor coercitivamente, cerceando as liberdades públicas também em nome da moral e dos bons costumes.”.[\[58\]](#)

Em coro à linha que prefere tomar com cautela o direito ao esquecimento, argumenta o ex-Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot: “Consectário do direito ao esquecimento é a vedação de acesso à informação não só por parte da sociedade em geral, mas também de estudiosos como sociólogos, historiadores e cientistas políticos. Impedir circulação e divulgação de informações elimina a possibilidade de que esses atores sociais tenham acesso a fatos que permitam à sociedade conhecer seu passado, revisitá-lo e sobre ele refletir. Em alguns casos, direito a esquecimento significa impedir o direito à memória e à verdade por vítimas de crime, inclusive de graves violações de direitos humanos perpetradas por agentes estatais.”.[\[59\]](#)

Apesar de todas as críticas como as que acima foram expostas em seus núcleos centrais de argumentação, no entanto, é preciso registrar que mesmo os autores que contestam a existência desse direito também admitem que ele não pode ser rechaçado por completo.[\[60\]](#)

Nesse sentido, Daniel Sarmiento obtempera, suavizando o tratamento a ser oferecido ao tema: “(...) não se está sustentando a tese de que o direito à informação sobre fatos passados prevalece sempre e incondicionalmente sobre outros direitos da personalidade, como a privacidade ou a honra. O que se está afirmando é que a passagem do tempo não retira a importância e o interesse público das informações, porque a História é essencial para a sociedade.”.[\[61\]](#)

Em arremate, e tendo sido expostos os principais óbices doutrinários à aplicabilidade do direito ao esquecimento, faz-se necessário consignar que o tema carece de maiores aprofundamentos não só doutrinários, mas,

sobretudo, legais e jurisprudenciais.^[62] Na visão de Binbenbojm, “é imperioso que se faça no Brasil um esforço (...) no sentido de uma calibragem adequada que tome na devida conta a preservação das liberdades de expressão e de imprensa (...)”.^[63]

Por enquanto, de fato, pouco há de verdadeiramente estudado cientificamente a respeito do assunto. Contudo, partindo-se de um louvável esforço destinado a harmonizar o embate entre dignidade humana e liberdades comunicativas, sem malferir a memória coletiva e/ou individual, já existem, embrionariamente, sugestões na doutrina que procuram viabilizar o emprego do direito ao esquecimento em casos concretos por meio de critérios básicos de ponderação, conforme se observará adiante na pesquisa.

4. Parâmetros específicos de ponderação para a aplicação em concreto do direito ao esquecimento

Certo é que a aplicação ou não do direito ao esquecimento em um caso concreto depende da utilização da técnica da ponderação.^[64]

Tal assertiva se justifica a partir da compreensão de que os direitos fundamentais que se contrapõem nestes casos – proteção da memória individual versus liberdades comunicativas – possuem a mesma hierarquia jurídica, uma vez que ambos se encontram inseridos na Magna Carta.

Torna-se, pois, indispensável valer-se desta técnica de decisão^[65] para dirimir este conflito aparente entre as normas constitucionais, de maneira a preservar o princípio da unidade da Constituição, o qual assinala ser a Constituição um sistema coeso, cujas normas que a integram ocupam o mesmo patamar axiológico^[66]. Bem por isso, apresenta-se insuficiente o manejo das tradicionais técnicas de resolução de aparentes antinomias – hierárquico, temporal e o da especialização^[67] –, revelando-se necessário, pois, que para tanto se lance mão da ponderação de interesses, atendendo-se a um critério racional de avaliação^[68], que somente pode se dar na concretude do caso que é posto à apreciação do juiz.

Com amparo nas lições de Barroso, a ponderação surge neste cenário como uma alternativa viável a solucionar os difíceis casos em que, para uma mesma hipótese, existem duas ou mais normas constitucionais potencialmente aplicáveis – o que restaria obstado por meio da tradicional fórmula da subsunção^[69], operante entre as regras, que, com forte em

Dworkin[70], resolvem-se no modelo de tudo ou nada – isto é, ou a regra é válida, logo, aplicável; ou é inválida, e, portanto, incapaz de ser utilizada.

Dito isso – e excluindo-se para o fim aqui pretendido o modelo dworkiniano da subsunção –, o que, ao contrário, é essencial para traçar os critérios específicos de ponderação para aplicação do direito ao esquecimento, é assentar neste momento as lições fornecidas por Robert Alexy a respeito dos princípios. Segundo ele, funcionam estes como mandamentos de otimização[71], a serem satisfeitos, no caso concreto, de uma maneira tal que não se declare como inválido o princípio cedente, nem que nele se introduza uma cláusula de exceção[72], mas apenas preceda um ao outro sob determinadas condições, guiadas pelas máximas da adequação, necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito[73] (que corresponde ao sopesamento em si mesmo, com os parâmetros que serão analisados a seguir).

Pois bem. Estando assimilada a percepção de que só a ponderação de interesses é capaz de solucionar o conflito aparente de normas descortinado pelo direito ao esquecimento, necessário se faz tecer breves considerações a respeito dos principais critérios tradicionalmente levantados pela doutrina para nortear a tarefa de sopesar os interesses quando do embate liberdades comunicativas vs. direitos da personalidade “clássicos” – haja vista que o direito ao esquecimento, como se analisou alhures, consiste num novo direito da personalidade, independente daqueles como honra, imagem, vida privada, intimidade.

Dentre outros, aqueles que merecem maior destaque para os fins almejados pelo presente estudo são os critérios, que apontam, isolada ou entrelaçadamente entre si, para o conteúdo objeto da veiculação da notícia/informação: se referir a uma pessoa pública; que tenha sido obtida em local público; que aluda a prática de um crime; e que tenha se consolidado como evento histórico.

Com relação à circunstância de se veicular informações a respeito de pessoas públicas, comum é a afirmação de que, exatamente pela notoriedade de que desfrutam, deve haver uma mitigação dos direitos da personalidade, uma vez que, em relação a elas, já se encontraria embutido um natural interesse público.[74]

Contudo, não é mais essa a compreensão em torno do assunto.[75] A respeito, Schreiber chega mesmo a dizer: “Tais parâmetros devem ser urgentemente revistos”[76], pois, de tais pessoas, só a parte da sua vida que for de domínio público é que poderá ser divulgada, e não a

esfera privada de sua vida, que é e deve ser desconhecida do grande público.^[77]

Delicado também é o critério atinente ao fato de ser público o local de onde se retirou a notícia/informação divulgada. Bem ilustra este ponto o emblemático episódio em que um fotógrafo captou uma conversa travada por dois ministros do STF pelo sistema intranet do tribunal quando do julgamento do Mensalão.^[78]

Sem adentrar no mérito deste caso, em geral, reconhece a jurisprudência que, tendo sido obtida a informação em local público, a veiculação é permitida, em razão de uma evidência de interesse público a ela subjacente.^[79] Todavia, a doutrina alerta para a debilidade deste critério. Por todos, Schreiber^[80] argumenta que a ninguém se autoriza o direito de captar com dispositivos de alta tecnologia o que uma pessoa cochicha com outra em praça pública, e divulgar isto em cadeia nacional.

Por sua vez, sustenta-se que, se o que é noticiado traduz a prática de um crime – entendido este como a mais grave violação da ordem jurídica por força da ultima ratio do Direito Penal –, problema algum haveria em livremente colocar isso à divulgação – por, da mesma maneira, conter um interesse público direto da população em tomar conhecimento destas questões.^[81] Também aqui uma análise cautelosa deve ser feita, haja vista que o critério da prática de crime esbarra no critério da historicidade do fato.

Diferentes são as situações que envolvem a prática de um crime de menor potencial ofensivo tempos atrás, e a prática de crime que se lapidou na História como de grande comoção nacional e repercussão, por conta de sua gravidade.

No primeiro destes cenários, não se pode permitir uma eternização da informação, porque, se a reprovação do delito já se operou (vide cumprimento de pena ou com a absolvição em juízo), terá ocorrido, então, com o passar do tempo, uma natural erosão do interesse público em tomar conhecimento deste fato criminoso.

Havendo, aqui, a veiculação da notícia, só se pode visualizar uma pretensão “subalterna, estigmatizante, tendente a perpetuar no tempo as misérias e vicissitudes humanas”, o que se coloca frontalmente em contradição aos ideais ressocializadores ditados pelos diplomas penal e constitucional.^[82]

Importante consignar, neste momento, que defender a existência do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico não impõe a pretensão de apagar fatos, como que em uma tentativa de decidir reescrever a vida, por mero capricho. Não se trata disso. O que se busca é discutir o uso que é emprestado aos fatos passados, principalmente no tocante ao modo e à finalidade com que são lembrados, em nome de se evitar que uma pessoa seja perseguida injustamente pelo resto da vida por um fato pretérito, atendendo-se, assim, ao postulado da dignidade humana.^[83]

De outra banda, a perspectiva se transmuda considerando ter sido o fato criminoso consolidado no tempo como um evento histórico, como defendido no julgamento do caso Aída Curi, já examinado.

Com efeito, o STJ sublinhou naquele caso ser inviável o reconhecimento do direito ao esquecimento invocado pelos familiares da jovem que foi assassinada e cuja história foi exibida em programa televisivo, exatamente em razão de o fato ter se tornado histórico, apresentando-se indissociável a sua narrativa da figura de seus personagens.^[84] Tal conclusão, diga-se, apenas demonstra e reforça que, assim como o direito às liberdades comunicativas, o direito ao esquecimento não é absoluto, podendo ceder em determinadas circunstâncias.

Como já foi mencionado, os critérios acima examinados são insuficientes para servir de parâmetros precisos de ponderação no que se refere, especificamente ao “direito ao esquecimento”^[85], colocado assim nestes termos.

Justifica-se tal afirmação, tendo-se em conta que local público, pessoa pública, prática de crime e historicidade do fato^[86] são todos elementos tomados para uma ponderação envolvendo o conflito aparente entre liberdades comunicativas vs. os “clássicos” direitos da personalidade (honra, imagem, vida privada e intimidade) – não satisfazendo, portanto, o que é preciso para solucionar a específica colisão aparente entre o autônomo direito da personalidade à proteção de uma memória individual (base para o direito ao esquecimento) em face das liberdades comunicativas.

A propósito, Martinez, em obra específica sobre o assunto, sugere a fixação dos seguintes critérios que deverão ser considerados e avaliados de forma cumulativa e gradual, como que em um roteiro a ser seguido pelo julgador: inserção da informação em domínio público; garantia de máxima proteção dos direitos da personalidade em geral na veiculação da matéria que rememorar um dado pessoal; aferição de um efetivo interesse público

em tomar ciência de determinado acontecimento e definição de um prazo máximo para avaliação da utilidade na divulgação de uma notícia – subdividindo-se este parâmetro a depender da situação: se se tratar de fato criminoso ou não.

Quer dizer, na análise para o reconhecimento ou não do direito ao esquecimento, em um caso concreto, em detrimento das liberdades comunicativas, deve-se proceder a uma verificação gradual, passo a passo, dos critérios acima elencados. Caso, no exame de algum deles, se conclua que a divulgação de dada informação sacrifica desproporcionalmente o grau de realização do direito à proteção da memória de um indivíduo, o resultado é que se deverá privilegiar o direito ao esquecimento.

Em primeiro lugar, nesta ponderação deve-se perquirir se a notícia a ser divulgada atingiu, em alguma época, ampla divulgação e publicidade. Pois, do contrário, nada justificaria, tempos depois, a rememoração de um fato sobre o qual não tenha recaído interesse nem mesmo quando de seu acontecimento.^[87]

Superada esta verificação, o julgador deve investigar se a divulgação do fato que em algum momento alcançou o domínio público preservou ao máximo os direitos da personalidade do retratado, sem abusividades injustificadas na exposição do nome, por exemplo, de alguém que já tenha sido absolvido por fato criminoso histórico que se pretenda veicular em programa televisivo.

Tal critério, diga-se, foi invocado no já examinado “Caso Chacina da Candelária” em julgamento proferido pelo STJ^[88], o qual reconheceu o direito ao esquecimento afirmando, dentre outras razões, a desnecessidade de aludir ao indivíduo na narrativa do crime – o que, nesta hipótese, era dispensável.

Prosseguindo, cabe ao magistrado averiguar se a notícia ou fato a ser divulgado atende ao preenchimento do delicado requisito do interesse público – não se confundindo com o mero interesse do público, guiado, no mais das vezes, por “sentimentos de execração pública, condenação sumária e vingança continuada”.^[89] É dizer, o que se deseja é que a informação a ser divulgada contenha dados essencialmente informativos, não podendo se reduzir à mera especulação, boato ou mexerico.^[90]

Ao fim do percurso intelectual entre os parâmetros propostos por Martinez, propõe o autor que o julgador analise se o fato objeto da

notícia/informação que se pretende divulgar já teria esgotado um tempo útil para “existir”, a fim de viabilizar o seu “esquecimento”^[91], pois, no entender de Celina Bodin, difusões tardias de informações não gozam de justificativa social, sendo muito mais afetas a ensejarem responsabilização civil.^[92]

Neste ponto, a fixação de um prazo para a utilidade de uma informação leva em conta a circunstância de o acontecimento ser de índole criminal ou não, porém ambos analisados à luz dos prazos prescricionais existentes em lei.

Na primeira hipótese, a proposta sugerida por Martinez leva em conta uma verificação dos prazos de prescrição que a própria legislação penal, nos arts. 109 e 110 do CP^[93], atribui aos delitos de acordo com sua gravidade.

Ilustrativamente, tenha-se em conta a ocorrência de um crime de roubo, cuja pena em abstrato varia de quatro a dez anos, como quer o art. 157, caput, CP. A partir da concretização da reprimenda pelo juiz, a verificação se realizaria a partir da análise dos prazos de prescrição previstos pelos incisos do art. 109 do CP, como manda o §1º do art. 110.

Se o juiz, num caso concreto, fixar a pena para o crime de roubo em seis anos, sua prescrição – e conseqüentemente, a utilidade da informação – seria informada pelo prazo de doze anos, a teor do inciso III do art. 109. Logo, para Martinez, tal prazo poderia ser considerado coerente e proporcional para se poder divulgar o fato criminoso – desde que não esbarre aqui com os outros parâmetros estudados. A aferição, neste exemplo, se baseia tão-somente em crimes “corriqueiros” existentes na sociedade diuturnamente.^[94] Quanto ao outro cenário – tentar estipular um prazo máximo para a utilidade da informação em relação a fatos não criminosos – o que se orienta é que a referência tenha por base o prazo prescricional residual insculpido no art. 205 do CC^[95], qual seja, dez anos, quando a própria lei não houver fixado prazo menor.^[96]

Em resumo, todos os critérios de ponderação estudados, específicos para o reconhecimento ou não do direito ao esquecimento em um dado caso concreto – uma vez, que como qualquer outro, tal direito não é absoluto – não excluem nem afastam a adoção de outros que, futuramente, venham a ser defendidos pela doutrina ou mesmo albergados pela legislação nacional, ainda embrionária – se não inexistente – no tocante ao tema objeto da pesquisa, que, como já afirmado, retrata um direito autônomo, desvinculado dos tradicionais direitos da personalidade,

tendo como fundamento primeiro o postulado fundamental da dignidade humana.

Conclusão

Demonstrou-se na pesquisa que somente a técnica da ponderação é suficiente para solucionar a colisão aparente entre os igualmente constitucionais direitos às liberdades comunicativas (de expressão, informação, pensamento) e à proteção da memória individual – que embasa o direito ao esquecimento. Sem o manejo dessa prática de decidir, viu-se que, segundo parcela da doutrina, tal direito pode desnaturar-se e ser empregado indevidamente como indesejável artifício de adulteração da história coletiva ou individual.

Para tanto, foi preciso antes estabelecer que a doutrina, ajoritariamente, o reconhece como sendo um direito (fundamental) da personalidade autônomo – não englobado pelos clássicos direitos à honra, imagem, nome e vida privada – que possui um fundamento direto (a dignidade da pessoa humana) e fundamentos indiretos. Indiretamente, foi possível visualizar a presença do direito ao esquecimento no complexo normativo brasileiro a partir da compreensão de que toda e qualquer limitação de alguma informação no tempo é, de fato, manifestação deste direito. E os exemplos foram muitos, razão pela qual se mostrou que tal direito encontra-se espreado ao longo de todo o ordenamento apesar de inexistir previsão legal específica a seu respeito. Quanto à ponderação em si, a pesquisa revelou a importância de serem considerados parâmetros específicos para o reconhecimento ou não do direito ao esquecimento em um caso concreto, uma vez que para isso revelam-se insuficientes os critérios manejados atualmente para solucionar o conflito aparente entre as liberdades comunicativas e os clássicos direitos da personalidade, quais sejam: lugar público, pessoa pública, prática de fato criminoso e historicidade do fato.

Bem por isso, foram consignadas no trabalho sugestões defendidas pela doutrina de parâmetros de ponderação específicos para o exame do direito ao esquecimento em um caso concreto, de maneira a tornar mais

seguro o resultado dos julgamentos – sem a pretensão de esgotar tais parâmetros, constituindo apenas propostas.

Não obstante, tendo-se em conta que somos, hoje, protagonistas da Era da Sociedade da Informação, que, apesar de tantos benefícios proporcionar à humanidade, propicia também inúmeras violações de direitos, certo é que o “direito ao esquecimento” merece mais estudos, mais pesquisas e, sobretudo, efetividade, na defesa da dignidade da pessoa humana.

Em suma, quanto à problemática central da pesquisa, e considerando os elementos por ora existentes em relação ao tema, verificou-se que o direito ao esquecimento precisa, sim, ser incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, como novo instrumento de proteção da dignidade humana.

Entretanto, e tal como ocorre com qualquer outro direito fundamental, seu reconhecimento não pode se dar de forma absoluta, mas sim com ressalvas e cautela, pois, do contrário, o direito ao esquecimento deixaria de ser um mecanismo de salvaguarda e passaria a ser um perigoso artifício de adulteração da história coletiva e/ou individual. A análise quanto a tanto depende do exame de cada caso em concreto diante de critérios específicos de ponderação.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. (Teoria & direito público). Tradução de: Virgílio Afonso da Silva.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. Tradução: Humberto Laport de Mello.

BINENBOJM, Gustavo. *Direito ao esquecimento: a censura no retrovisor*. 2014. Disponível em: . Acesso em: 30 mar. 2017.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Honra, Liberdade de expressão e ponderação. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em: . Acesso em: 02 abr. 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao.htm. Acesso em: 04-12-2016.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de janeiro de 1940. *Código Penal*. Rio de Janeiro, Disponível em: . Acesso em: 04 dez. 2016.

_____. Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Brasília, DF, Disponível em: . Acesso em: 04 dez. 2016.

_____. Poder Judiciário. Conselho da Justiça Federal. *Enunciado nº 274*. IV Jornada de Direito Civil. Brasília, 2006. Disponível em: . Acesso em: 05 dez. 2016.

_____. _____. _____. *Enunciado nº 531*. VI Jornada de Direito Civil. Brasília, 2013. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada> >. Acesso em: 02 dez. 2016.

_____. _____. _____. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: . Acesso em: 04 fev. 2017.

_____. _____. _____. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 04 fev. 2017.

_____. _____. _____. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Institui o Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: . Acesso em: 04 fev. 2017.

_____. _____. _____. *Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014*. Disponível em: . Acesso em: 04 fev. 2017.

_____. Stf. Recurso Extraordinário Com Agravo nº 833.248/RJ, Tese de Repercussão Geral - Tema 786. Brasília, DF, 11 de junho de 2016. *Diário Oficial da União*..Brasília..Disponível.em:.. Acesso em: 30 mar. 2017.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal* 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Edijur, 2015.

CAVALCANTE, Marcio André Lopes. *Direito ao esquecimento*. 2013. Disponível em: . Acesso em: 14 fev. 2017.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Tradução e notas: Nelson Boeira.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB*. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GLOBO,.Memória..Chacina.na.Candelária..Disponível.em:...Acesso em: 11 fev. 2017.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

JUSTIÇA,.Linha.Direta..Aída.Curi..Disponível.em:...Acesso em: 12 fev. 2017.

KHOURI, Paulo R. *O direito ao esquecimento na sociedade de informação e o enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil*. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 89, n. 22, p.463-467, set./out. 2013.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. *Direito ao Esquecimento e Internet: o fundamento legal no Direito Comunitário europeu, no Direito italiano e no Direito brasileiro*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 103, n. 946, p.77-109, ago. 2014.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. *Direito ao Esquecimento: A proteção da memória individual na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MAURMO, Júlia Gomes Pereira. *O direito ao esquecimento e as condenações penais: uma breve análise dos acórdãos proferidos pelo STJ nos Recursos Especiais 1.335.153/RJ e 1.334.097/RJ*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 103, n. 939, p. 302-307, jan. 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 16. ed. São Paulo: RT, 2016.

O Globo capta conversa de ministros no julgamento do Mensalão. *Consultor Jurídico*, 23 ago. 2007. Disponível em: . Acesso em: 18 abr. 2017.

SARMENTO, Daniel. *Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira*. 2015. Parecer. Disponível em: . Acesso em: 11 fev. 2017.

SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. ***Direitos da Personalidade***. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Superior Tribunal de Justiça – Xuxa não consegue restringir pesquisas no Google. Disponível em: . Acesso em: 12 fev. 2017.

Supremo Tribunal Federal – Ministro julga inviável reclamação de Xuxa sobre buscas no Google. Disponível em: . Acesso em: 12 fev. 2017.

TARTUCE, Flávio. ***A volta das jornadas de direito civil***. 2012. Disponível em: . Acesso em: 14 dez. 2016.

Notas

[1] MAURMO, Júlia Gomes Pereira. **O direito ao esquecimento e as condenações penais**: uma breve análise dos acórdãos proferidos pelo STJ nos Recursos Especiais 1.335.153/RJ e 1.334.097/RJ. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 103, n. 939, p. 302-307, jan. 2014. p. 302.

[2] MARTINEZ. Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento**: a proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2014. p. 21 – 22.

[3] SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 170.

[4] CAVALCANTE, Marcio André Lopes. **Direito ao esquecimento**. 2013. Disponível em: . Acesso em: 14 fev. 2017.

[5] MARTINEZ. Op. cit. p. 81.

[6] *Ibidem*. p. 79

[7] MAURMO. Op. cit. p. 303.

[8] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 185.

[9] Ibidem. p. 185.

[10] KHOURI, Paulo R. **O direito ao esquecimento na sociedade de informação e o enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v. 89, n. 22, p. 463-467, set./out. 2013.

[11] MARTINEZ. Op. cit. p. 40.

[12] Id. Ibidem. p. 40.

[13] Id. Ibidem. p. 83.

[14] “**Art.1º** A República Federativa do Brasil (...) tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana”. (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil [1998], cit.)

[15] BRASIL. Poder Judiciário. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado nº 531**.VI Jornada de Direito Civil. Brasília, 2013. Disponível em: . Acesso em: 02 dez. 2016.

[16] TARTUCE, Flávio. **A volta das jornadas de direito civil**. 2012. Disponível em: . Acesso em: 14 dez. 2016.

[17] SCHREIBER. Op. cit. p. 08.

[18] FARIAS. Op. cit. p. 158.

[19] BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. Tradução: Humberto Laport de Mello. p. 72.

[20] SCHREIBER. Op. cit. p. 08.

[21] BARROSO. Op. cit. p. 66.

[22] MARTINEZ. Op. cit. p. 95.

[23] BRASIL, **STJ**, Resp nº 1.334-097-RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª T., julg. 28/05/2013.

[24] “**Art. 93** A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação.” (BRASIL, Código Penal. cit)

[25] “**Art. 107** Extingue-se a punibilidade: (...) II – pela anistia, graça ou idulto.” (BRASIL, Código Penal. cit.)

[26] CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal 1**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 596 – 597.

[27] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 16. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 555.

[28] GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 749 – 750.

[29] “**Art. 202** Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.” (BRASIL..Lei.nº.7.210,.de.11.de.julho.de.1984..Lei.de.Execução.Penal..Disponível.em:.. Acesso em: 04 fev. 2017).

[30] “**Art. 143** É vedada a divulgação de atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a crianças e adolescentes a que se atribua autoria de ato infracional.” (BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho.de.1990 – .ECA. Disponível.em:.. Acesso em: 04 fev. 2017).

[31] “**Art. 144** A expedição de cópia ou certidão de atos a que se refere o artigo anterior somente será deferida pela autoridade judiciária

competente, se demonstrado o interesse e justificada a finalidade.” (BRASIL, Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, cit.)

[32] BRASIL, **STJ**, REsp nº 48.278-DF, Rel. Min. Pedro Aciole; Rel. para acórdão: Min. Adhemar Maciel, 6ª T., Julgamento 27/08/1996.

[33] MARTINEZ. Op. cit. p. 101 – 102.

[34] “**Art. 43. §1º** Os cadastros e dados de consumidores devem ser objetivos (...), não podendo conter informações negativas referentes a período superior a 5 anos.” (BRASIL.. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990..Código de Defesa do Consumidor..Disponível em:.. Acesso em: 04 fev. 2017).

[35] BRASIL. **Lei nº 12.965**, de 23 de abril de 2014. Disponível em:.. Acesso em: 04 fev. 2017.

[36] LIMA. Op. cit. p. 105.

[37] BRASIL, **STJ**, Resp nº 1.334-097-RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª T., julg. 28/05/2013.

[38] GLOBO, Memória. **Chacina na Candelária**. Disponível em:.. Acesso em: 11 fev. 2017.

[39] FARIAS. Op. cit. p. 187.

[40] CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Edijur, 2015.p. 83.

[41] SARMENTO, Daniel. **Liberdades Comunicativas e “Direito ao Esquecimento” na ordem constitucional brasileira**. 2015. Parecer. Disponível em:.. p. 3. Acesso em: 11 fev. 2017.

[42] BRASIL, **STJ**, Resp nº 1.335-153-RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª T., julg. 28/05/2013.

[43] JUSTIÇA, Linha Direta. **Aída Curi**. Disponível em:.. Acesso em: 12 fev. 2017.

[44] MARTINEZ. Op. cit. p. 158.

[45] FARIAS. Op. cit. p. 185.

[46] SARMENTO. Op. cit. p. 3.

[47] **Superior Tribunal de Justiça** – Xuxa não consegue restringir pesquisas no Google. Disponível em: . Acesso em: 12 fev. 2017.

[48] BRASIL, **STJ**, REsp nº 1.316.921-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., julg. 26/06/2012.

[49] BRASIL, **Lei 8.078/90** – Código de Defesa do Consumidor, cit..

[50] **Supremo Tribunal Federal** – Ministro julga inviável reclamação de Xuxa sobre buscas no Google. Disponível em:.. Acesso em: 12 fev. 2017.

[51] **Supremo Tribunal Federal**. Ministro julga inviável..., cit.

[52] BRASIL, **Lei nº 5.869/73** – Código de Processo Civil, cit.

[53] BRASIL, **STF**, Rcl nº 15.955-RJ, Rel. Min. Celso de Mello. Pleno, julg. 24/09/2014.

[54] MARTINEZ. Op. cit. p. 7.

[55] **Supremo Tribunal Federal**. Ministro julga inviável..., cit.

[56] BINENBOJM, Gustavo. **Direito ao esquecimento**: a censura no retrovisor. 2014. Disponível em: . Acesso em: 30 mar. 2017.

[57] SARMENTO, Daniel. Op. cit. p. 5.

[58] Id. ibidem. p. 13.

[59] BRASIL. **Stf**. Recurso Extraordinário Com Agravo nº 833.248/RJ, Tese de Repercussão Geral - Tema 786. Brasília, DF, 11 de junho de

2016. Diário Oficial da União. Brasília. Disponível em: . Acesso em: 30 mar. 2017. p. 42.

[60] Id. ibidem. p. 37.

[61] SARMENTO, Daniel. Op. cit. p. 14.

[62] BRASIL. **Stf**. Recurso Extraordinário Com Agravo nº 833.248/RJ. Op. cit. p. 38.

[63] BINEMBOJM, Gustavo. Op. cit.

[64] SCHREIBER. Op. cit. p. 171 – 172.

[65] FARIAS. Op. cit. p. 85.

[66] BARROSO. Op. cit. p. 259.

[67] Id. Ibidem. p. 259.

[68] BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Honra, Liberdade de expressão e ponderação**. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em: . Acesso em: 02 abr. 2017.

[69] BARROSO. Op cit. p. 262 – 263.

[70] DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010. Tradução e notas: Nelson Boeira. p. 39.

[71] ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. (Teoria & direito público). Tradução de: Virgílio Afonso da Silva. p. 90.

[72] Idem, ibidem. p. 93 – 94.

[73] Id., ibid., p. 116 – 117.

[74] BRASIL, **STJ**, REsp nº 1.025.047-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., julg. 26/06/08.

[75] BRASIL, **STJ**, REsp nº 706.769-RN, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª T., julg. 14/04/09.

[76] SCHREIBER. Op. cit. p. 109 – 110

[77] Id., ibidem.

[78] O Globo capta conversa de ministros no julgamento do Mensalão. Consultor Jurídico, 23 ago. 2007. Disponível em:.. Acesso em: 18 abr. 2017.

[79] BRASIL, **STJ**, REsp. nº 595600-SC, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, 4ª T., julg. 18/03/04. No mesmo sentido, BARROSO. Op. cit. p. 279.

[80] SCHREIBER. Op. cit. p. 139.

[81] MARTINEZ. Op. cit. p. 167. Também assim, BARROSO. Op. cit. p. 279.

[82] BRASIL, **STJ**, REsp nº 1.334-097-RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª T., julg. 28/05/13.

[83] SCHREIBER. Op. cit. p. 170 – 171.

[84] BRASIL, **STJ**, REsp nº 1.335-153-RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª. T., julg. 28/05/13.

[85] MARTINEZ. Op. cit. p. 172 – 173.

[86] BARROSO. Op. cit. p. 278 – 290.

[87] MARTINEZ. Op. cit. p. 174 – 175.

[88] BRASIL, **STJ**, REsp nº 1.334-097-RJ, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, 4ª. T., julg. 28/05/13.

[89] Id. Ibidem.

[90] BRASIL, **STJ**, REsp nº 984.803-ES, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª. T., julg.19/08/2009.

[91] MARTINEZ. Op. cit. p. 191.

[92] BODIN DE MORAES. Op. cit. p. 5.

[93] BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848** – Código Penal, cit..

[94] MARTINEZ. Op. cit. p. 195 – 199.

[95] BRASIL, **Lei nº 10.406** – Código Civil, cit.

[96] MARTINEZ. Op. cit. p. 199 – 201.

A IMPORTÂNCIA DO MERCOSUL PARA O BRASIL

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

RESUMO: A importância de um bloco como o Mercosul acaba sendo estratégica. Ainda que os países da América do Sul tenham as suas fragilidades, não ter um bloco seria ainda mais fatal. A existência do bloco também faz com que tais países possam, dentro das suas limitações, dialogar com outros blocos mais fortes. O MERCOSUL é o grande expoente brasileiro no cenário internacional, nas relações econômicas e até mesmo políticas, possibilitando uma maior estrutura de negociação ao gozar do status de bloco econômico.

Palavras-chave: MERCOSUL; Importância; Brasil.

ABSTRACT: The importance of a bloc like Mercosur ends up being strategic. Although the countries of South America have their weaknesses, not having a block would be even more fatal. The existence of the bloc also allows such countries to, within their limitations, dialogue with other stronger blocs. MERCOSUR is the great Brazilian exponent in the international scene, in economic and even political relations, allowing a greater structure of negotiation by enjoying the status of economic bloc.

Keywords: MERCOSUR, Importance, Brazil.

RESUMEN: La importancia de un bloque como el Mercosur acaba siendo estratégica. Aunque los países de América del Sur tienen sus fragilidades, no tener un bloque sería aún más fatal. La existencia del bloque también hace que tales países puedan, dentro de sus limitaciones, dialogar con otros bloques más fuertes. El MERCOSUR es el gran exponente brasileño en el escenario internacional, en las relaciones económicas e incluso políticas, posibilitando una mayor estructura de negociación al gozar del estatus de bloque económico.

Palabras clave: MERCOSUR, Importancia, Brasil.

1 INTRODUÇÃO

Este processo de integração tem início após a segunda guerra mundial quando os países começaram a verificar a importância da integração econômica para sua abertura comercial.

O Mercado Comum do Sul (Mercosul) é um amplo projeto de integração concebido, inicialmente por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. No aspecto econômico, o Mercado assume, hoje, o caráter de União Aduaneira, mas seu fim último é constituir-se em um verdadeiro Mercado Comum, seguindo os objetivos estabelecidos no Tratado de Assunção, por meio do qual o bloco foi fundado, em 1991. A formação do bloco implica na livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não-tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente. Em sua formação original, o bloco era composto por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai; mais tarde, a ele aderiu a Venezuela, que no momento se encontra suspensa. O bloco se encontra em fase de expansão, uma vez que a Bolívia aguarda a ratificação parlamentar de seu protocolo de adesão como membro pleno, documento que necessita ainda para sua vigência das aprovações legislativas na Bolívia, no Brasil e no Paraguai, os demais parlamentos já o aprovaram.

As origens do Mercosul estão ligadas às discussões para a constituição de um mercado econômico regional para a América Latina, que remontam ao tratado que estabeleceu a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (ALALC) desde a década de 1960. Esse organismo foi sucedido pela Associação Latino-Americana de Integração (ALADI) na década de 1980. À época, a Argentina e o Brasil fizeram progressos na matéria, assinando a Declaração do Iguazu (1985), que estabelecia uma comissão bilateral, à qual se seguiram uma série de acordos comerciais no ano seguinte. O Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento, assinado entre ambos os países em 1988, fixou como meta o estabelecimento de um mercado comum, ao qual outros países latino-americanos poderiam se unir. Aderiram o Paraguai e o Uruguai ao processo e os quatro países se tornaram signatários do Tratado de

Assunção (1991), que estabeleceu o Mercado Comum do Sul, uma aliança comercial visando dinamizar a economia regional, movimentando entre si mercadorias, pessoas, força de trabalho e capitais.

Inicialmente foi estabelecida uma zona de livre comércio, em que os países signatários não tributariam ou restringiriam as importações um do outro. A partir de 1º de janeiro de 1995, esta zona converteu-se em união aduaneira, na qual todos os signatários poderiam cobrar as mesmas quotas nas importações dos demais países (tarifa externa comum). No ano seguinte, a Bolívia e o Chile adquiriram o estatuto de associados. Outras nações latino-americanas manifestaram interesse em entrar para o grupo. Em 2004, entrou em vigor o Protocolo de Olivos (2002), que criou o Tribunal Arbitral Permanente de Revisão do Mercosul, com sede na cidade de Assunção (Paraguai), por conta da insegurança jurídica no bloco sem a existência de um tribunal permanente. Dentre acordos econômicos firmados entre o Mercosul e outros entes, estão os tratados de livre comércio (TLC) com Israel assinado no dia 17 de dezembro de 2007 e com o Egito assinado em 2 de agosto de 2010.

Em 23 de maio de 2008 foi assinado o Tratado Constitutivo da União de Nações Sul-Americanas (UNASUL), composta pelos doze estados da América do Sul e fundada dentro dos ideais de integração sul-americana multissetorial. A organização conjuga as duas uniões aduaneiras regionais: o Mercosul e a Comunidade Andina (CAN). O cargo de Secretário-geral da Unasul fornece à entidade uma liderança política definida no cenário internacional, sendo um primeiro passo para a criação de um órgão burocrático permanente para uma união supranacional, que eventualmente substituirá os órgãos políticos do Mercosul e da CAN.

2 DESENVOLVIMENTO

O Mercosul é considerado uma “união aduaneira imperfeita”. Isso porque não existe uma zona de livre circulação de mercadorias plena entre os seus membros. Ainda que tenha havido reduções significativas das tarifas comerciais em muitos setores, muitos produtos uruguaios, paraguaios, argentinos e venezuelanos não estão livres de barreiras para ingressar no Brasil – e vice-versa. Da mesma forma, há uma extensa lista

de exceções para a aplicação da Tarifa Externa Comum nas negociações com outros países. Essa “união aduaneira imperfeita” ocorre porque as economias dos países-membros são bastante assimétricas – o PIB do Brasil, por exemplo, é 75 vezes maior que o do Paraguai. Dessa forma, o Mercosul acaba estabelecendo algumas brechas, com mecanismos para não prejudicar as economias menos dinâmicas e os setores econômicos mais sensíveis à concorrência externa.

Outra crítica feita ao Mercosul diz respeito ao fato de que as normas do bloco dificultam o estabelecimento de acordos de livre-comércio com outros países e blocos econômicos. Atualmente, o Mercosul possui acordos desse tipo somente com Egito, Israel e Palestina. As negociações com a União Europeia, iniciadas há mais de uma década, estão travadas porque não há consenso entre os membros do bloco – como um acordo deve ser feito conjuntamente, e os interesses dos membros do Mercosul são divergentes em muitos aspectos, o impasse permanece. Além disso, os países que fazem parte do bloco não podem negociar acordos comerciais individualmente. Por exemplo, as normas da Tarifa Externa Comum restringem a possibilidade de o Brasil fechar um acordo de livre-comércio com o Japão se o Uruguai não quiser – ou se negocia em bloco ou nada feito.

Como se não bastassem todas as dificuldades de integração econômica, o Mercosul encontra-se agora rachado politicamente. O Uruguai exerceu a presidência rotativa de seis meses à frente do bloco até o final de julho, mas um impasse político impediu a transferência do poder. O próximo país na fila para assumir o posto seria a Venezuela, seguindo a ordem alfabética, conforme determina o regimento do bloco.

No entanto, Argentina, Brasil e Paraguai não aceitam que a Venezuela assumira a presidência do Mercosul. Estas nações alegam que os venezuelanos tiveram 4 anos – desde o ingresso do bloco em 2012 – para cumprir todas as regras de adesão ao bloco e não o fizeram. Isso impediria a Venezuela não só de assumir a presidência do Mercosul como poderia levar o país a ser rebaixado no bloco, deixando de ser membro pleno. Já o Uruguai não vê nenhum impedimento jurídico para transferir o comando à Venezuela.

Mas há outras questões econômicas e políticas que impedem a posse da Venezuela como presidente do Mercosul. O país atravessa uma grave crise de abastecimento e vive um momento de efervescência política, com o fortalecimento da oposição contra o governo do presidente Nicolás Maduro. Argentina, Brasil e Paraguai também criticam o comprometimento da Venezuela com os direitos humanos e a democracia e acusam o país de manter presos políticos, o que fere as normas do Mercosul.

A oposição à Venezuela dentro do Mercosul também é reflexo da mudança de ventos políticos na região. A Venezuela é o principal expoente da esquerda bolivariana, que se caracteriza pela adoção de políticas nacionalistas e a oposição ao neoliberalismo e aos Estados Unidos. O país ingressou no Mercosul em 2012 tendo como principais fiadores os governos de centro-esquerda do Brasil, da Argentina e do Uruguai. O único país contrário à Venezuela era o Paraguai, governado pela centro-direita. Mas à época da aprovação do ingresso da Venezuela no Mercosul, o Paraguai estava suspenso do bloco em virtude do impeachment do presidente Fernando Lugo, que foi efetuado em um procedimento considerado antidemocrático pelos países-membros.

No entanto, a balança ideológica mudou na América do Sul. No final de 2015, a Argentina elegeu como presidente o empresário de centro-direita Mauricio Macri, o Brasil consumou o impeachment de Dilma Rousseff, que foi substituída por Michel Temer, de perfil liberal-conservador. Esses fatores são considerados cruciais para entender por que a Venezuela perdeu o apoio de Brasil e Argentina neste momento de definição da presidência do Mercosul. O Uruguai, que continua governado pela centro-esquerda é o único país-membro a apoiar a posse da Venezuela como presidente do bloco.

Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, fundadores do Mercosul, decidiram em 5 de agosto de 2017, de forma unânime, suspender a Venezuela por "ruptura da ordem democrática". É a segunda vez que o bloco aplica essa decisão contra um país-membro desde a sua criação. Essa é a segunda vez que o Mercosul, fundado em 1991, aplica essa cláusula assinada em 1998 no Ushuaia, na Argentina, ratificada e ampliada

em 2011. Ela estipula que "a plena vigência de instituições democráticas é essencial" para a integração regional.

Na prática, essa decisão muda em pouco, ou nada, a situação do país no grupo, já que a Venezuela se encontra suspensa do Mercosul desde dezembro por descumprir obrigações comerciais, com as quais se comprometeu ao se incorporar ao bloco em 2012.

2.1 A importância do MERCOSUL para o Brasil

Três pilares sustentam o Mercosul: o econômico social, o social e o da cidadania. No aspecto econômico, o Mercosul é um bloco de união aduaneira. Nesse âmbito, ele tem como objetivo criar um mercado comum entre seus Estados Partes.

No pilar social, o Mercosul busca promover a articulação de políticas públicas regionais, relacionadas a temas como fome e erradicação da pobreza, universalização da educação e da saúde pública, e valorização e promoção da diversidade cultural, entre outros.

Já na dimensão da cidadania, o bloco trabalha para implantar políticas que permitam a livre circulação de pessoas e a promoção dos direitos civis, sociais, culturais e econômicos, assim como a garantia da igualdade de condições e acesso ao trabalho, educação e saúde.

O Mercosul tem PIB nominal de US\$ 3,2 trilhões, o que significa que se ele fosse considerado como um único país, ocuparia a quinta economia do mundo.

De acordo com informações do próprio Mercosul, o comércio dentro do bloco multiplicou-se mais de 12 vezes em 20 anos. Ele saltou de US\$ 4,5 bilhões, em 1991, para US\$ 59,4 bilhões, em 2013. Das exportações brasileiras para o Mercosul, 87% é composta de produtos industrializados.

O bloco como um todo é uma potência no ramo agrícola, principalmente na produção de trigo, milho, soja, açúcar e arroz. O Mercosul é o maior exportador líquido mundial de açúcar; o maior produtor exportador mundial de soja, o 1º produtor e o 2º maior exportador mundial

de carne bovina, o 4º produtor mundial de vinho, o 9º produtor mundial de arroz, além de ser grande produtor e importador de trigo e milho.

E não para por aí. O bloco é uma grande potência energética. Ele detém 19,6% das reservas provadas de petróleo do mundo, 3,1% das reservas de gás natural e 16% das reservas de gás recuperáveis de xisto. A maior reserva de petróleo do mundo é do Mercosul, com mais de 310 bilhões de barris de petróleo em reservas certificadas pela OPEP. Desse montante, a Venezuela - que têm 92,7% das reservas de petróleo do Mercosul - concorre com uma reserva de 296 milhões de barris.

Em 2011 a corrente total de comércio do Brasil com o Mercosul atingiu o recorde histórico de U\$47,228 bilhões, sendo U\$27,852 bilhões de exportações e U\$19,375 bilhões em importações. O volume recorde da corrente comercial em 2011 é 5 vezes superior ao registrado em 2002 U\$8,930 bilhões mostrando que apesar das críticas, o Mercosul se tornou um enorme sucesso comercial nos últimos 10 anos.

O Mercosul já responde pelo maior superávit comercial do Brasil, com um movimento financeiro que superou a marca de US\$ 2 bilhões, sendo o principal mercado para as exportações brasileiras de manufaturados. De acordo com o Ministério das Relações Exteriores, um quarto dos produtos vendidos para o exterior tem o Mercosul como destino.

O saldo "geral" da balança comercial brasileira foi positivo no primeiro semestre de 2015. De janeiro a junho o Brasil exportou US\$ 94,3 bilhões e importou US\$ 92,1 bilhões.

Dados do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio indicam que em 2014, o Brasil exportou US\$ 20,4 bilhões para os países que formam o bloco. Os produtos industrializados, em especial os manufaturados, respondem por US\$ 17,1 bilhões deste valor. Desde o primeiro ano de existência (1991), o objetivo de ampliar as relações comerciais entre os seus componentes foi alcançado. Na ocasião, as exportações brasileiras para os demais países do Mercosul encerraram o ano com alta de 75% na comparação com 1990, totalizando US\$ 2,3 bilhões.

O Mercosul é, também, o maior mercado para as sete mil micro, pequenas e médias empresas exportadoras brasileiras: 20% das exportações dessas empresas vendem seus produtos para os membros do bloco.

Um dos pontos de destaque dentro do histórico do Mercosul é a integração da cadeia produtiva de automóveis entre Brasil e Argentina. Em conjunto, os dois são o terceiro maior mercado de automóveis no mundo, perdendo apenas de China e Estados Unidos. Em 2013, 47% da produção de automóveis argentinos foram exportados para o Brasil. Na outra mão, 80% dos carros que o Brasil vendeu para o exterior foram para o país vizinho.

Os números da balança comercial refletem a importância do Mercosul como bloco econômico. Criado em 1991, o grupo contabiliza um crescimento de mais de 12 vezes nas transações comerciais entre seus membros: de US\$ 4,5 bilhões no ano de sua criação para US\$ 59,4 bilhões em 2013.

Em tempos de tantas crises econômicas, pensar na importância de um bloco como o Mercosul acaba sendo estratégico. Ainda que os países da América do Sul e o próprio México tenham as suas fragilidades, não ter um bloco seria ainda mais fatal. A existência do bloco também faz com que tais países possam, dentro das suas limitações, dialogar com outros blocos mais potentes. É como se estivéssemos em um grande mar. Todos podem tentar recolher peixes, mas é claro que há formas mais robustas de trazê-los à rede. Entretanto, em meio à tempestade, um pequeno barco pode ser útil às grandes embarcações. E vice-versa.

2.2 Organização e estrutura do MERCOSUL

O Mercosul estrutura-se a partir de alguns organismos representados pelos países-membros efetivos do bloco que visam à correta estruturação dos acordos realizados. Esse bloco econômico possui três grupos diferentes de países integrantes:

Membros permanentes: são aqueles países que fazem parte integralmente do Mercosul, adotam a TEC e compõem todos os acordos

do bloco, além de possuírem poderes de votação em instâncias decisórias. São membros permanentes a Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai. (A Venezuela foi aceita como membro permanente em 2012 e suspensão do bloco em dezembro de 2016 e em 05 de agosto de 2017).

Membros associados: são aqueles países que não fazem parte totalmente dos acordos do Mercosul, principalmente por não adotarem a TEC, mas que integram o bloco no sentido de ampliar suas trocas comerciais com os demais países do bloco. São membros associados a Bolívia, o Chile, a Colômbia, o Equador, o Peru, o Suriname e a Guiana.

Membros observadores: composto pelo México e pela Nova Zelândia, esse grupo é destinado aos países que desejam acompanhar o andamento e expansão do bloco sem o compromisso de dele fazer parte, podendo tornar-se um membro efetivo ou associado no futuro. No caso do México, isso será muito difícil, haja vista que esse país já compõe outros dois blocos: o NAFTA e a APEC.

Em termos de organização interna e estruturação, o Mercosul é formado por algumas instituições que detêm funções específicas e buscam assegurar o bom andamento e o desenvolvimento do bloco, são elas:

a) **CMC (Conselho do Mercado Comum):** É o principal órgão do Mercosul, sendo responsável pelas principais tomadas de decisões no bloco. É composto pelos Ministros das Relações Exteriores e da Economia de todos os membros efetivos e apresenta duas reuniões por ano, sendo a presença dos presidentes obrigatória em pelo menos uma dessas reuniões.

b) **GMC (Grupo Mercado Comum):** É o órgão executivo do Mercosul, sendo composto por representantes titulares e alternativos de cada um dos membros efetivos do bloco. Esse grupo reúne-se trimestralmente, mas pode haver encontros extraordinários a pedido de qualquer um dos seus partícipes.

c) **CCM (Comissão de Comércio do Mercosul):** É o órgão responsável pela gestão das decisões sobre o comércio do Mercosul. Suas funções

envolvem a aplicação dos instrumentos políticos e comerciais dentro do bloco e deste com terceiros, além de criar e supervisionar órgãos e comitês para funções específicas.

d) CPC (Comissão Parlamentar Conjunta): representa os parlamentos dos países-membros do Mercosul. É o órgão responsável pela operacionalização e máxima eficiência do corpo legislativo do bloco.

e) Foro Consultivo Econômico e Social: é o órgão que representa os setores da economia e da sociedade de cada um dos membros do Mercosul. Ele possui um caráter apenas consultivo, opera por meio de recomendações ao GMC e pode incluir em torno de si a participação de empresas privadas.

Além desses organismos, existem outros órgãos e secretarias vinculados às denominações acima apresentadas. Juntos, esses elementos compõem a estrutura do Mercosul, atuando no sentido de organizá-lo e fundamentando suas ações e estratégias de mercado. O seu correto funcionamento significa a garantia da coesão e harmonia desse importante bloco econômico.

2.3 Protocolos complementares ao tratado fundador

Em razão da dinâmica presente no processo de integração, para adequar a estrutura do bloco às mudanças ocorridas, o Conselho do Mercado Comum anexou ao Tratado de Assunção diversos protocolos complementares ao longo do tempo. Para ter validade, após receber a assinatura dos presidentes do bloco, um protocolo geral deve ser aprovado por decreto legislativo em todos os países signatários. Ao todo, 15 protocolos receberam esta aprovação e estão em vigência:

Protocolo de Las Leñas, 1992; determinou que sentenças provenientes de um país signatário tenham o mesmo entendimento judicial em outro, sem a necessidade de homologação de sentença, a que estão submetidas todas as demais decisões judiciais tomadas em países de fora do bloco. No Brasil, este protocolo foi aprovado através do decreto legislativo número 55 de 19 de abril de 1995 e promulgado por meio do decreto 2 067, de 12 de novembro de 1996.

Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, 1994; No Brasil, este protocolo foi aprovado pelo decreto legislativo número 129, de 5 de outubro de 1995, e promulgado através do decreto número 2 095, de 17 de dezembro de 1996.

Protocolo de Integração Educativa e Reconhecimento de Certificados, Títulos e Estudos de Nível Primário, Médio e Técnico, 1994; No Brasil, este protocolo foi aprovado através do decreto legislativo número 101, de 3 de julho de 1995, e promulgado por meio do decreto número 2 726, de 10 de agosto de 1998.

Protocolo de Ouro Preto, 1994; estabeleceu estrutura institucional para o Mercosul, ampliando a participação dos parlamentos nacionais e da sociedade civil. Este foi o protocolo que deu ao Mercosul personalidade jurídica de direito internacional, tornando possível sua relação com outros países, organismos internacionais e blocos econômicos. No Brasil, este protocolo foi aprovado através do decreto legislativo número 188, de 16 de dezembro de 1995, e promulgado por meio do decreto número 1 901, de 9 de maio de 1996.

Protocolo de Medidas Cautelares, 1994; No Brasil, este protocolo foi aprovado através do decreto legislativo número 192, de 15 de dezembro de 1995 e promulgado por meio do decreto número 2 626, de 15 de junho de 1998.

Protocolo de Assistência Jurídica Mútua em Assuntos Penais, 1996; No Brasil, este protocolo foi aprovado através do decreto legislativo número 3, de 26 de janeiro de 2000, e promulgado por meio do decreto número 3 468, de 17 de maio de 2000.

Protocolo de São Luís em Matéria de Responsabilidade Civil Emergente de Acidentes de Trânsito entre os Estados Partes do Mercosul, 1996; No Brasil, este protocolo foi aprovado através do decreto legislativo número 259, de 15 de dezembro de 2000, e promulgado por meio do decreto número 3 856, de 3 de julho de 2001.

Protocolo de Integração Educativa para a Formação de Recursos Humanos a Nível de Pós-Graduação entre os Países Membros do Mercosul, 1996; No Brasil, este protocolo foi aprovado pelo decreto legislativo número 129, de 5 de outubro de 1995, e promulgado através do decreto número 2 095, de 17 de dezembro de 1996.

Protocolo de Integração Cultural do Mercosul, 1996; No Brasil, este protocolo foi registrado através do decreto legislativo número 3, de 14 de janeiro de 1999, e promulgado através do decreto número 3 193, de 5 de outubro de 1999.

Protocolo de Integração Educacional para o Prosseguimento de Estudos de Pós-Graduação nas Universidades dos Países Membros do Mercosul, 1996; No Brasil, este protocolo foi aprovado através do decreto legislativo número 2, de 14 de janeiro de 1999, e promulgado por meio do decreto número 3 194, de 5 de outubro de 1999.

Protocolo de Ushuaia, 1998; No Brasil, este protocolo foi aprovado através do decreto legislativo número 452, de 14 de novembro de 2001 e promulgado através de decreto número 4 210, de 24 de abril de 2002.

Protocolo de Olivos, 2002; aprimorou o Protocolo de Brasília mediante a criação do Tribunal Arbitral Permanente de Revisão do Mercosul. Esse tribunal passou a revisar laudos expedidos pelos Tribunais Arbitrais, em caso de contestação. Seus árbitros são nomeados por um período de dois anos, com possibilidade de prorrogação. As decisões deste tribunal têm caráter obrigatório para os Estados envolvidos nas controvérsias, não estão sujeitas a recursos ou revisões e, em relação aos países envolvidos, exercem força de juízo. No Brasil, este protocolo foi registrado através do decreto legislativo número 712, de 15 de outubro de 2003, e promulgado por meio do decreto número 4 982, de 9 de fevereiro de 2004.

Protocolo de Assunção sobre o Compromisso com a Promoção e Proteção dos direitos Humanos no Mercosul, 2005; No Brasil, este protocolo foi registrado através do decreto legislativo número 592, de 27 de agosto de 2009 e promulgado por meio do decreto número 7 225, de 1 de julho de 2010.

Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul, 2005; No Brasil, este protocolo foi aprovado através do decreto legislativo número 408, de 12 de setembro de 2006 e promulgado por meio do decreto número 6 105, de 30 de abril de 2007.

Protocolo de Adesão da República Bolivariana de Venezuela ao Mercosul, 2006; Protocolo válido em razão da suspensão da República do Paraguai. No Brasil, este protocolo foi registrado através do decreto legislativo número 936, de 16 de dezembro de 2009 e promulgado por meio do decreto número 3 859, de 6 de dezembro de 2012.

Alguns protocolos não receberam esta aprovação e, por este motivo, são chamados de protocolos pendentes. No entanto, outros protocolos aprovados por decreto legislativo foram aprimorados posteriormente, tendo assim, sua validade revogada:

Protocolo de Brasília, 1991; foi revogado com a assinatura do Protocolo de Olivos em 2002. Modificou o mecanismo de controvérsias inicialmente previsto no Tratado de Assunção, disponibilizando a utilização de meios jurídicos para a solução de eventuais disputas comerciais. Estipulou a utilização do recurso de arbitragem como forma de assegurar ao comércio regional estabilidade e solidez. Definiu prazos, condições de requerer o assessoramento de especialistas, nomeação de árbitros, conteúdo dos laudos arbitrais, notificações, custeio das despesas, entre outras disposições. No Brasil, este protocolo foi registrado através do decreto legislativo número 88, de 01 de dezembro de 1992, e decreto número 922, de 10 de setembro de 1993.

2.4 Alguns dados demográficos, econômicos e geográficos do Mercosul

- População: 300 milhões de habitantes (estimativa 2017)
- Comércio entre os países: US\$ 37,9 bilhões (em 2016)
- Área total: 14.869.775 km²
- PIB: US\$ 4,7 trilhões (estimativa 2017)

- PIB per capita: US\$ 15.680 (estimativa 2017)

- IDH: 0.767 (índice de desenvolvimento humano alto) - Pnud 2016

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O MERCOSUL oferece ao Brasil a possibilidade de se tornar o líder de uma região com um PIB da ordem de grandeza de US\$ 4,7 trilhões; sem conflitos étnicos, de fronteira, religiosos, históricos ou culturais; com sistemas financeiros relativamente desenvolvidos; uma tradição capitalista de décadas; um parque industrial de porte razoável; consumo de massa; e uma considerável demanda reprimida, visto se tratar de uma região com uma renda per capita média, porém com bolsões de pobreza expressivos e portanto com grande potencial de expansão de consumo. O MERCOSUL é o grande expoente brasileiro no cenário internacional, nas relações econômicas e até mesmo políticas, possibilitando uma maior estrutura de negociação ao gozar do *status* de bloco econômico, é visto, por muitos, como uma forma de fugir da gigantesca influência dos Estados Unidos na América Latina que é uma constante preocupação no que diz respeito a manter tradições e costumes culturais singulares dos latinos.

REFERÊNCIAS

BÊRNI, D. A. (2001). **A marcha do Mercosul e a marcha da globalização**. In. Reis, C. N. (Org.). América Latina: crescimento no comércio mundial e exclusão social. Porto Alegre: Dacasa Editora/Palmarica. 275 páginas.

BULMER-THOMAS, V. (2001). **A União Europeia e o Mercosul: perspectivas de um tratado de livre comércio e suas implicações sobre os Estados Unidos**. In. Reis, C. N. (Org.). América Latina: crescimento no comércio mundial e exclusão social. Porto Alegre: Dacasa Editora/Palmarica. 275 páginas.

KRUGMAN, P.; OBSFELD, M. (2001). **Economia internacional: teoria e prática**. São Paulo: Makron Books.

SALAMA, P. (2001). **Novos paradoxos da liberação na América Latina?** In: Reis, C. N. (Org.). América Latina: crescimento no comércio mundial e exclusão social. Porto Alegre: Dacasa Editora/Palmarica. 275 páginas.

ALMEIDA, P. R. **Mercosul e ALCA na perspectiva do Brasil: uma avaliação política sobre possíveis estratégias de atuação**, 2002, (www.pralmeida.org)

AVERBUG, M. **Mercosul: Expectativas e Realidade**. Revista do BNDES, v.9, n.17, p. 75-98, jun. 2002.

BARBIERO, A.; CHALOULT, Y. **O Mercosul e a nova ordem econômica internacional**. Revista Brasileira de Política Internacional, ano 44, n.1, p. 23-41, 2001.

BAUMMANN, R.; CARNEIRO, F. G. **Os agentes econômicos em processo de integração regional – inferências para avaliar os efeitos da ALCA**. Brasília: Universidade de Brasília/Departamento de Economia, 2002. 29p. (Texto para discussão, n. 243).

BRAGA, M. B. **Integração econômica regional na América Latina: uma interpretação das contribuições da CEPAL**. São Paulo: Cadernos PROLAM/USP, n. 01/2002. 2002.

CAVALCANTI, M. A. F. H. **Integração econômica e localização sob concorrência imperfeita**. Rio de Janeiro: BNDES 20º Prêmio BNDES de Economia 1997.

CARVALHO, A.; PARENTE, A. **Impactos comerciais da área de livre comércio das Américas**. Rio de Janeiro: IPEA, mar. 1999. (Texto para Discussão, n. 635).

COZENDLEY, Carlos Márcio e BENJAMIM, Daniela Arruda. **Laudos Arbitrais no marco do Protocolo de Brasília: a construção jurídica do processo de integração**. IN Solução de Controvérsias no Mercosul, Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2003.

DUPAS, G. A **ALCA e os interesses do Mercosul. As relações entre os EUA e o continente:** Liderança, hegemonia ou coerção.

GARCIA, A. A. **O impacto da ALCA na economia brasileira:** alguns comentários. Porto Alegre: Indicadores Econômicos FEE, v. 29, n.03, nov. 2001.

GIAMBIAGI, F.; MARKWALD, R. **A estratégia de inserção do Brasil na economia mundial:** Mercosul ou lonely runner? Rio de Janeiro: Ensaios BNDES, maio 2002 (Texto para discussão, n.14).

GIAMBIAGI, F.; MOREIRA, M. M. **Políticas neoliberais? Mas o que é o Neoliberalismo?** Revista do BNDES, v.7, n.13, p. 171-190.

KUME, H.; PIANE, G. **Mercosul:** dilema entre união aduaneira e área de livre-comércio. – Rio de Janeiro: IPEA, nov. 2001. (Texto para Discussão, n...)

MACHADO, J. B. M. **Mercosul:** processo de integração: origem evolução e crise. São Paulo: Aduaneira 2000. 249p.

MONTOYA, M.A. **Os custos e benefícios da integração econômica do grupo andino:** uma análise do comércio intra-regional do setor agropecuário. Análise Econômica, ano 12, p. 74-92, março-setembro 1994.

MOURO, Liliam Chagas de. **A consolidação da Arbitragem no Mercosul:** O sistema de solução de controvérsias após 8 laudos arbitrais. IN Solução de Controvérsias no Mercosul, Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2003.

ARAÚJO, Nádía de. **O papel da tradição do Common Law nos laudos arbitrais do Mercosul:** Considerações sobre a utilização dos princípios em seu processo decisório. IN Solução de Controvérsias no Mercosul, Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2003.

ARAÚJO, Nádía de. **Controvérsias Comerciais Internacionais:** Os princípios do DCI e os laudos do Mercosul.

PRADO, L.C. D. **Mercosul como opção estratégica de integração**: notas sobre a teoria da integração e estratégias de desenvolvimento. Ensaio FEE, v.18, n.1, p. 276-299, 1997.

RIBEIRO, Elisa S.; SANTORO, Maurício; MARTINS, Helena. **Parlamento do Mercosul**: forma de organização e perspectivas à participação social e às políticas públicas. Observatório Político Sul-Americano, IUPERJ/UCAM. Observador On-line, v.2 n. 12 dez. 2007.

RIBEIRO, Elisa S.. **O Parlamento do Mercosul como recurso para a construção do Direito Comunitário**. Revista -Universitas Jus, Brasília, n. 16, jan./jul., 2008.

RIBEIRO, Elisa S.; **Cooperação entre as Justiças Castrenses dos Estados Partes do Mercosul**: Realidade e Perspectivas. Revista Universitas Jus, Brasília: vol. 17, jun/dez. 2008.

RIBEIRO, Elisa S.; PINCHEMEL, Felipe. **Paradigmas da atuação brasileira no Mercosul**. Revista - Universitas: Relações Internacionais, Brasília, Vol. 9, No 1, 2011.

RIBEIRO, Elisa S. **Políticas de Educação no Mercosul**. Revista - Universitas Humanas, Brasília, Vol. 7, No 1-2, 2010.

RIBEIRO, Elisa S.; REIS, Rafael Nascimento. **Um Parlamento para o Mercosul**: o processo político e histórico de sua criação. Revista - Universitas: Relações Internacionais, Brasília, Vol. 5, No 1/2, 2007.

ROSENTHAL, G. (coord.). **Regionalismo aberto na América Latina e no Caribe**: a integração econômica a serviço da transformação produtiva com equidade. In: Cinquenta anos de Pensamento na CEPAL. Santiago do Chile, p. 939-958, 1994.

NASSIF, A. L. **A articulação das políticas industrial e comercial nas economias em desenvolvimento contemporâneas**: uma discussão analítica. Revista de Economia Política, v.20, n.02 (78), abril-junho 2000.

NONNEMBERG, M. H. B.; MENDONÇA, M. J. C. **Criação e desvio de comércio no Mercosul**: o caso dos produtos agrícolas. Rio de Janeiro: IPEA, mar. 1999. (Texto para Discussão, n. 631).

SABBATINI, R. **Multilateralismo, regionalismo e o Mercosul**. Porto Alegre: Indicadores Econômicos FEE, v. 29, n.01, jun. 2001

SALVATORE, D. **Economia internacional**. Rio de Janeiro: LTC, 2000.

THORSTENSEN, V. **Desenvolvimento da cooperação econômica e das relações comerciais entre a EU e o MERCOSUL**: interesses comuns e desafios. Política Externa, v. 5, n.1 jun-jul-ago 1996.

VEIGA, P. M. **A infra-estrutura e o processo de negociação da ALCA**. Rio de Janeiro: IPEA, mar. 1999. (Texto para Discussão, n. 507).

VERA-FLUIXÁ R. X. **Principios de integración regional en América Latina y su análisis compartivo con la Unión Europea**. Bonn: Center for European Integration Studies, v.73, 2000 (Discussion Paper).

YEATS, A. **Does Mercosur's trade performance raise concerns about the effects of regional trade arrangements?** International Economics Department, Washington, DC: The World Bank: Policy Research Working Paper, n. 1729, February, 1997 (33 p.).

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE: CONSIDERAÇÕES CONSTITUCIONAIS ACERCA DAS OCUPAÇÕES DE IMÓVEIS RURAIS

IRVING RAHY DE CASTRO PEREIRA:
Especialista em Comércio Exterior, Professor, Administrador, e Graduando em Direito pela Faculdade Guanambi - CESG/FG, Guanambi - BA.

RESUMO: O presente estudo teve o propósito de investigar se a função social da propriedade, conclamada nos artigos 5º, inciso XXIII, e 170, inciso III da Constituição Federal de 1988, deve ser vislumbrada como uma relativização da propriedade privada, ou se avançaria mais, a se tornar uma condicionante da propriedade privada. E esta análise será realizada por via das decisões do Supremo Tribunal Federal, com vistas a saber como este tema é tratado na defesa da posse direta nas ocupações de imóveis rurais. E, para cumprir com a proposta dessa investigação, a revisão bibliográfica permeou por todo o trabalho, com vistas a fundamentar os principais conceitos não abarcados pela legislação, e com utilização sistemática da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em casos onde são verificadas as relações da propriedade privada com sua função social, bem como a possível existência de outro fator que possa influenciar nas decisões do tribunal constitucional. Diante, dos estudos e análises, permitiu-se discutir e esclarecer pontos do ordenamento jurídico brasileiro no que se refere ao exercício da posse e a aquisição de direitos em virtude do seu exercício, e as conseqüentes nuances do direito de propriedade privada e da função social da propriedade, e, também as peculiaridades a respeito da relação desses direitos, com o fenômeno das ocupações de imóveis rurais, por parte de entidades organizadas de mobilização ou não.

PALAVRAS-CHAVE: Função Social da Propriedade. Ocupação Rural. Propriedade Privada.

1. INTRODUÇÃO

Esse artigo vem, preliminarmente, esclarecer as ambiguidades que podem surgir na interpretação do direito, quando se fala em direito de defesa da posse, e as possíveis implicações consequentes no direito de propriedade. E esse estudo parte do ponto de vista constitucional, e tem como principal objetivo de investigação saber se a função social da propriedade, conclamada na Constituição Federal de 1988 deve ser entendida como uma relativização da propriedade privada, ou se avançaria mais, a se tornar uma condicionante da propriedade privada. E esta análise será realizada por via das decisões do Supremo Tribunal Federal, com vistas a saber como esse assunto é tratado na defesa da posse direta de imóveis rurais supostamente ociosos.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou, segundo Gomes (2010) o posicionamento a teoria objetiva da posse (Ihering), em que o requisito seja apenas o *corpus*, ou seja, a ocupação fática, ou, ainda, o exercício efetivo da posse. E que a posse pode gerar, manter ou extinguir direitos na seara real, e, portanto, as ameaças ao direito de posse podem ser repelidas com mecanismos garantidos pelo próprio sistema jurídico. Diniz (2010) ressalta que os indivíduos que se virem impedidos ou ameaçados de exercerem a posse de suas coisas, poderão utilizar de meios processuais possessórios para reaver a coisa ou fazer cessar as ameaças.

Para Farias & Rosenvald (2009), o direito de propriedade, em regra, deve ser exclusivo ao seu detentor, e, portanto, respeitado contra todos. A propriedade privada e a livre concorrência são requisitos indispensáveis ao modo produtivo capitalista o qual o Brasil não se exclui. No entanto, a própria Constituição Federal dispõe sobre um tipo de exceção à regra desse direito de propriedade, quando diz que a propriedade deverá atender à sua função social. Eis o ponto central desse estudo.

Num estudo tão complexo como esse, foi necessário, além de expor a doutrina majoritária e crítica a respeito do assunto, realizar uma sistematização da legislação ordinária brasileira no que se refere aos direitos de posse e propriedade, apresentar também as disposições constitucionais sobre esse assunto, principalmente sobre a relativização/condicionante do direito de propriedade em consequência do exercício da posse no decurso do tempo. Assim sendo, o estudo foi

embasado em pesquisa qualitativa, com vistas a fundamentar e esclarecer os problemas dessa investigação.

De maneira indireta, a jurisprudência tem papel importante nessa pesquisa, pois, se não fossem as controvérsias em juízo que vieram surgindo ao longo da história brasileira sobre tal assunto, não haveria necessidade de se investigar a esse respeito. E, a partir desses pressupostos, e a dúvida que pode surgir se o judiciário tem utilizado o conceito de função social da propriedade como uma relativização ou uma condicionante do direito de propriedade, fica clara motivação dessa pesquisa, e esta mostra viabilidade, vez que o método utilizado é disponível e tem acesso público. Justifica-se, também, pelo fato de o direito de propriedade, assim como o seu exercício pleno, que é a posse, serem considerados, extensivamente, pela Constituição Federal como direito fundamental elencado no caput do artigo 5º desse diploma, é tema pilar quando se trata de ordem econômica de um país.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIREITO DE POSSE

Preliminarmente, Diniz (2010) conta que existem duas principais correntes de reflexão acerca do fenômeno da Posse. Uma delas é intitulada pela doutrina majoritária, como a Teoria Subjetiva, que teve Savigny como seu precursor. Enquanto que a outra trata-se da Teoria Objetiva, que teve como o principal pensador, Ihering.

De acordo com Gomes (2010), para a teoria subjetiva, a posse é o resultado da consolidação de duas características necessárias e suficientes em si: o *corpus* e o *animus*. “O *corpus* é o elemento material que se traduz no poder físico da pessoa sobre a coisa. O *animus*, o elemento intelectual, representa a vontade de ter essa coisa como sua” (GOMES, 2010, p. 31).

Já a teoria objetiva, propõe um pensamento mais enxuto e diz que a posse se caracteriza pelo elemento objetivo *corpus*, isto é, pela exteriorização física da ocupação. Sendo que, quando o proprietário e o possuidor estão figurados na mesma pessoa, não há a necessidade de se distinguir. Gomes (2010) permite esclarecer que a posse é o poder de fato

sobre a coisa, e a propriedade é o poder de direito sobre a coisa. O que não impede que esses dois poderes estejam nas mãos de uma pessoa só, tornando-o possuidor e, também, proprietário da coisa.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria objetiva para conceituar o direito de posse, ao considerá-la como um poder de fato direto ou indireto sobre a coisa, mas independentemente se existe ou não o elemento *animus*, ou seja, a intenção de vir a se tornar proprietário de tal coisa. O artigo 1.196 do Código Civil Brasileiro tem como possuidor “[...] todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade” (BRASIL, 2002).

3. IMPLICAÇÕES ACERCA DO DIREITO DE PROPRIEDADE

De antemão, requer esclarecer que no ordenamento jurídico brasileiro, a Propriedade é o direito com características mais completas e complexas do rol taxativo de direitos reais. De acordo com o Artigo 1228 do Código Civil, “o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem, injustamente, a possua ou detenha” (BRASIL, 2002).

A propriedade é o direito real sobre a coisa, que garante o seu domínio, isto é, as faculdades do artigo 1228 do Código Civil. E, em concordância com o texto legal, Farias & Rosenvald (2009), também têm a propriedade como “um direito complexo, que se instrumentaliza pelo domínio, possibilitando ao seu titular o exercício de um feixe de atributos consubstanciados nas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa que lhe serve de objeto” (FARIAS & ROSENVALD, 2009, p. 168).

Cabe ressaltar que, até que se prove o contrário, o direito de propriedade presume-se pleno e com exclusividade ao proprietário, como preceitua o artigo 1231 do Código Civil (BRASIL, 2002). Farias & Rosenvald (2009) dizem, inclusive, que nos primórdios da humanidade, a propriedade só seria viável se fosse absoluta, com efeito contra todos, isto é, todos deveriam respeitar o direito da propriedade alheia, para que esse instituto, de fato, funcionasse.

3.1. O DIREITO DE PROPRIEDADE E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil, atribui à propriedade, status de direito fundamental, quando prevê no Artigo 5º que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (BRASIL, 1988).

Para Canotilho (2002), num Estado onde as correntes de pensamento são a do liberalismo político e econômico, como é o caso do modelo capitalista, existe a necessidade de uma segurança jurídica, o que não era possível no Estado Absoluto. Fica claro, então, a necessidade do constitucionalismo nos Estados onde a economia opera sob livre concorrência e proteção da propriedade privada, pelo menos enquanto o Estado tiver como princípio o liberalismo econômico.

Nesse sentido, a Constituição Brasileira, no seu artigo 170 corrobora com a visão doutrinária, “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] II - propriedade privada; III - função social da propriedade” (BRASIL, 1988).

4. A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Tanto o texto da Constituição Federal, como a doutrina e jurisprudência, assumem que a propriedade tem funções sociais, isto é, o motivo que as legitima. No entanto, no modelo liberalista econômico e político de propriedade, ela mostra-se absoluta, e que se opõe a tudo e a todos, fazendo com que o proprietário tivesse direito exclusivo e absoluto de usar, gozar, dispor e reaver a coisa titulada de propriedade, ou seja, uma propriedade privada absoluta.

No entanto, outras correntes de pensamento admitem e comungam com a existência da função social da propriedade, o que veio a propor que

este é um direito relativo. Note-se, a regra seria a propriedade privada, e as exceções seriam a relativização dessa propriedade privada. “No giro constitucional do estado liberal para o estado social, nasce para as propriedades privadas uma nova dimensão social de utilização da terra, ora denominada de função social da propriedade” (COSTA & CLARK, 2011).

Há de se considerar que a Constituição Federal de 1988 adotou um modelo peculiar, onde se reconhece como fundamentos da ordem econômica do país, tanto a propriedade privada, como a função social da propriedade.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] II - propriedade privada; III - função social da propriedade; (BRASIL, 1988).

Importante lembrar que estes dois princípios estão elencados em mesmo status, e, portanto, mostra a ausência de hierarquia entre eles, no que se refere à aplicação.

E quando se fala na máxima da função social de propriedade rural, a Constituição Federal, no artigo 186, elenca alguns critérios simultâneos, como segue a íntegra do dispositivo constitucional:

A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Há de se lembrar que a Lei n.º 8.628/93, a que disciplina e regulamenta os dispositivos constitucionais referentes à reforma agrária acompanhada, e dá elucidação plena à função social da propriedade rural.

No prisma de Ferreira Filho (2003), os incisos XXII, XXIII e XXIV do artigo 5 da Constituição Federal, devem ser entendidos à medida que é garantido o direito de propriedade, mas com a condição de que a propriedade privada esteja em consonância com o bem-estar social. Então, partindo desse pressuposto, o fato de o inciso XXII garantir o direito à propriedade categoricamente, e em seguida o inciso XXIII dizer que “a propriedade atenderá a sua função social”, pode estar aludindo a hipótese de a propriedade só ser legítima, com a condição de atender a sua função social.

Chalhub (2003), por sua vez, trata o direito de propriedade e sua função social como sendo esta a utilidade social daquela. E, ao se considerar que já é pacífico que o direito de propriedade tem o fim de viabilizar o sistema econômico, no que se refere à produção e circulação de bens e serviços, “constituindo um sistema institucional que garanta o funcionamento do mercado” (CHALHUB, 2003, p. 307), pode-se dizer, então, que a propriedade que não tiver este objetivo, não tem interesse social.

O Ministro do STF, Celso de Mello, em face de Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.213, a qual foi relator, ressalta que:

O direito de propriedade não se reveste de caráter absoluto, eis que, sobre ele, pesa grave hipoteca social, a significar que, descumprida a função social que lhe é inerente (CF, art. 5º, XXIII), legitimar-se-á a intervenção estatal na esfera dominial privada, observados, contudo, para esse efeito, os limites, as formas e os procedimentos fixados na própria Constituição da República. - O acesso à terra, a solução dos conflitos sociais, o aproveitamento racional e adequado do imóvel rural, a utilização apropriada dos recursos naturais disponíveis e a

preservação do meio ambiente constituem elementos de realização da função social da propriedade (BRASIL, 2002).

A qualificação da propriedade pela sua função social não implica supressão dos deveres inerentes à propriedade, nem importa em negação da propriedade privada capitalista, e a compatibiliza com a democracia social que caracteriza os sistemas políticos contemporâneos (CHALHUB, 2003, p. 308).

Tanto a Constituição Federal quanto a legislação ordinária brasileira, apontam uma concordância com a relativização da propriedade privada, fazendo com que haja hipóteses de ser um direito que pode ser limitado, e até perdido.

No artigo 5º da Constituição Federal, por exemplo, são classificadas duas garantias fundamentais e de mesmo grau hierárquico, como sendo “XXII - é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social” (BRASIL, 1988). Em interpretação, não fica difícil presumir que a propriedade só será válida se cumprir com a sua função social, e, de certa forma, fazendo com que a função social se torne uma condicionante do direito de propriedade.

De acordo com o § 3º do artigo 1228 do Código Civil Brasileiro, “O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente” (BRASIL, 2002).

5. IMPLICAÇÕES ACERCA DA OCUPAÇÃO DE IMÓVEIS RURAIS

Controvérsias podem surgir, e surgirão, quando se fala da exclusividade da propriedade privada, principalmente por se tratar de altos valores, como é o caso dos imóveis rurais no Brasil. No entanto, é válido dizer, mais uma vez, que a propriedade privada, no ordenamento jurídico brasileiro, não é absoluta. Isto é, a Lei prevê hipóteses de desapropriação temporária ou definitiva, e também, transferência de titularidade entre pessoas privadas, quando a posse, o decurso do tempo constituir direito de propriedade ao possuidor direto.

De acordo com o § 4º do artigo 1228 do Código Civil Brasileiro:

O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, a estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante (BRASIL, 2002).

Direito já devidamente amparado pelo texto constitucional atual, no artigo 191:

Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade (BRASIL, 1988).

Noutra situação, mas nesse sentido, o artigo 2º da Lei n.º 8.629/93, abre ensejo para que pessoas ou entidades, que julguem estar amparados pelo direito, ocupem lotes de terra que julguem ociosos, como segue: “A propriedade rural que não cumprir a função social prevista no art. 9º é passível de desapropriação, nos termos desta lei, respeitados os dispositivos constitucionais” (BRASIL, 1993). Importante salientar que os critérios apontados no artigo 9º deste dispositivo são os mesmos elencados no artigo 186 da Constituição Federal, os quais já foram citados, e dispensa repetição.

E para os efeitos da lei, os imóveis rurais são definidos no artigo 4º, como “o prédio rústico de área contínua, qualquer que seja a sua localização, que se destine ou possa se destinar à exploração agrícola, pecuária, extrativa vegetal, florestal ou agro-industrial; [...]” (BRASIL, 1993).

Os critérios elencados na Constituição Federal e na Lei n.º 8.629/93 de cumprimento da função social da propriedade rural são esclarecidos da seguinte forma nos parágrafos do artigo 9º:

§ 1º Considera-se racional e adequado o aproveitamento que atinja os graus de utilização da terra e de eficiência na exploração especificados nos §§ 1º a 7º do art. 6º desta lei.

§ 2º Considera-se adequada a utilização dos recursos naturais disponíveis quando a exploração se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade.

§ 3º Considera-se preservação do meio ambiente a manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas.

§ 4º A observância das disposições que regulam as relações de trabalho implica tanto o respeito às leis trabalhistas e aos contratos coletivos de trabalho, como às disposições que disciplinam os contratos de arrendamento e parceria rurais.

§ 5º A exploração que favorece o bem-estar dos proprietários e trabalhadores rurais é a que objetiva o atendimento das necessidades básicas dos que trabalham a terra, observa as normas de segurança do trabalho e não provoca conflitos e tensões sociais no imóvel.

Diante disso, fica claro o emaranhado de requisitos para que se considere que uma propriedade rural esteja cumprindo com a função social, e, portanto, a propriedade seja legítima. O Poder Judiciário tem ficado com a atribuição de esclarecer na via incidental as lides acerca, principalmente, de desapropriação ou reintegração de posse, onde a discussão é o direito fundamental à propriedade, e sua relativização (ou condicionante), que é a função social da propriedade.

No entanto, há de se considerar, de antemão, os dispositivos constitucionais e legais que estejam explícitos, estes em tese teriam aplicação, até que se prove inconstitucionalidade ou qualquer outro vício.

Segue jurisprudência do Supremo Tribunal Federal onde são mostradas em decisões de Agravos Regimentais em respectivos Mandados de Seguranças, na figura do voto do Ministro Celso de Mello, ambas em 2015, aspectos a serem considerados no que se refere à ocupação de imóveis rurais:

[...] tem advertido que o esbulho possessório, enquanto subsistir (e até dois anos após a desocupação do imóvel rural invadido por movimentos sociais organizados) impede que se pratiquem atos de vistoria, de avaliação e de desapropriação da propriedade imobiliária rural, por interesse social, para efeito de reforma agrária, pois a prática da violação possessória, além de configurar ato impregnado de evidente ilicitude, revela-se apta a comprometer a racional e adequada exploração do imóvel rural, justificando-se, por isso mesmo, a invocação da “vis major”, em ordem a afastar a alegação de descumprimento da função social

[...] A prática ilícita *do esbulho possessório* que compromete a racional e adequada exploração do imóvel rural qualifica-se, em face do caráter extraordinário que decorre dessa anômala situação, como hipótese configuradora de força maior, constituindo, *por efeito da incidência dessa circunstância excepcional*, causa inibitória *da válida edição* do decreto presidencial consubstanciador da declaração expropriatória, *por interesse social*, para fins de reforma agrária, notadamente naqueles casos em que a direta e imediata ação predatória

desenvolvida pelos invasores culmina por frustrar a própria realização da função social inerente à propriedade.

Aqui fica claro o entendimento do STF em não acolher como ocupação mansa e pacífica, as invasões de cunho coletivo, onde não se prova que a posse ocorreria de forma mansa e pacífica.

Por outra via, a defesa da posse pode ter outro entendimento, quando as circunstâncias forem outras. Como é o caso da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que expõe em voto no julgamento de Agravo Regimental em Agravo de Instrumento, a outra via, onde o relator, o Ministro Dias Toffoli se vale do princípio da função social da propriedade numa decisão.

[...] Os princípios constitucionais gozam de mesmo status e, a princípio, merecem idêntica proteção. Entretanto, são as circunstâncias do caso concreto que devem orientar o julgador na escolha do valor constitucionalmente garantido que, em determinada situação específica, deve prevalecer, sendo certo, ainda, que as instâncias ordinárias são soberanas na análise do conjunto fático-probatório da causa, consoante a pacífica jurisprudência desta Corte. [...] em razão das circunstâncias fáticas e das provas constantes da ação de reintegração de posse, que as normas dos arts. 3º, inciso II, e 5º, inciso XXIII, deveriam prevalecer, na situação específica, sobre a regra insculpida no art. 189, todas da Constituição Federal de 1988. E assim decidiu o Tribunal de origem porque, embora tenha sido irregular a alienação das terras pelo assentado original aos ora agravados, esses deram efetivo cumprimento ao princípio constitucional da função social da propriedade, com a sua devida exploração, além de terem demonstrado boa-fé, motivos pelos quais

indeferiu a reintegração de posse ao INCRA, assegurando-lhe, contudo, o direito à indenização.

Como diz no § 2º do Artigo 1.210 do Código Civil, que “não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa”, permite-se dizer que na hipótese de que uma área de terra ser ocupada mansa e pacificamente, e que o proprietário não se opôs a determinada ocupação pelos meios cabíveis, fazendo com que o decurso do tempo desse o título de proprietário ao possuidor posterior. Nessa hipótese, caso o primeiro proprietário viesse a esbulhar a posse legítima do possuidor direto, este poderia utilizar dos remédios possessórios contra o primeiro proprietário, que no caso, já seria possuidor indireto da terra.

Sem contar que o mero título ou documento comprovante de aquisição da posse, de acordo com Theodoro Júnior (2014), isoladamente, não é suficiente para provar que a posse está sendo exercida de maneira efetiva.

É importante destacar, também, a posição do Supremo Tribunal Federal, mais uma vez relativizando o direito de propriedade, em favor da função social da propriedade, ao amparar o decreto que declarou interesse social de uma determinada área rural privada, declarada como improdutiva, por não atender os requisitos da função social da propriedade.

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. DECRETO PRESIDENCIAL DE DECLARAÇÃO DE INTERESSE SOCIAL PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. PROPRIEDADE RURAL OCUPADA PELO MOVIMENTO DOS SEM-TERRA - MST UM ANO ANTES DA VISTORIA QUE CONCLUIU PELA IMPRODUTIVIDADE DA GLEBA. ARTIGO 2º, § 6º, DA LEI N. 8.629/1993. EXISTÊNCIA DE OUTRO MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA A REALIZAÇÃO DA VISTORIA. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO QUE DECLAROU VÁLIDA A VISTORIA. EFEITOS DA COISA JULGADA.

ARTIGOS 467 E 468 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SEGURANÇA DENEGADA. 1. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA DECRETO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA QUE DECLAROU DE INTERESSE SOCIAL, PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA, O IMÓVEL RURAL DENOMINADO "FAZENDA JARDIM", NO ESTADO DA PARAÍBA. 2. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO DECRETO, POIS A PROPRIEDADE RURAL FORA OCUPADA PELO MOVIMENTO DOS SEM-TERRA UM ANO ANTES DA VISTORIA QUE CONCLUIU PELA IMPRODUTIVIDADE DA GLEBA, O QUE TERIA OFENDIDO O § 6º DO ART. 2º DA LEI N. 8.629/1993, ACRESCENTADO PELA MEDIDA PROVISÓRIA N. 2.183-56/2001. 3. EXISTÊNCIA DE OUTRO MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO NA JUSTIÇA FEDERAL, SEÇÃO JUDICIÁRIA DA PARAÍBA, CONTRA A REALIZAÇÃO DA VISTORIA SOB OS MESMOS ARGUMENTOS UTILIZADOS NESTE MANDADO DE SEGURANÇA. TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO QUE CONCLUIU PELA VALIDADE DA VISTORIA, POR ENTENDER QUE A OCUPAÇÃO NÃO TEVE IMPACTO NO GRAU DE PRODUTIVIDADE DO IMÓVEL RURAL. EFEITO NEGATIVO DA COISA JULGADA QUE IMPEDE O REEXAME DA VALIDADE DA VISTORIA, NOS TERMOS DOS ARTS. 467 E 468 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 4. SEGURANÇA DENEGADA (BRASIL, 2008).

O voto de Sepúlveda Pertence, ministro relator, inclusive, deixa clara a secundariedade de vícios sanáveis, quando verificada e reconhecida o interesse social a ser decretado

[...] eventual nulidade da vistoria poderia servir de fundamento para a impugnação em juízo do decreto presidencial que põe fim ao processo administrativo e

declaração de interesse social na expropriação da gleba; não, porém, se o interessado, antecipando-se ao decreto, questiona em juízo a própria vistoria e a sentença, transitada em julgado, lhe denega a segurança impetrada e afirma a validade do ato questionado.

O artigo 1.210 do Código Civil preceitua que “O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado” (BRASIL, 2002). Assim, esse artigo mostra-se como uma garantia contra invasões parciais ou totais na propriedade, quando não acontecem se forma mansa e pacífica.

Por outro lado, existe jurisprudência desse mesmo tribunal, acatando a causa contraria, quando esta demonstra requisitos legais e principiológicos para tal, como segue a fala do Ministro Joaquim Barbosa, em voto de julgamento de mandado de segurança, o qual foi relator:

O art. 184 da Constituição reserva à União competência exclusiva para desapropriar, por interesse social e para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo com sua função social.[...] o quadro configura-se pela tensão entre o interesse da parte impetrante, proprietário do imóvel, e pelas pessoas que firmaram expectativa de permanência no local, devido à longa ocupação, e a gestão estatal para garantir a estabilidade da situação. A resolução do conflito pela desapropriação não constitui desvio de finalidade, considerado o dever de a União promover o bem estar dos proprietários e dos trabalhadores que labutam, assim como suas famílias [...] Nesse contexto, a desapropriação não se revela sanção pelo mau aproveitamento da propriedade rural. A medida visa remediar expectativas ligadas à questão fundiária, julgadas legítimas pela União.

6. MATERIAL E MÉTODOS

Este estudo esteve embasado numa pesquisa de abordagem qualitativa, por meio de pesquisa bibliográfica, com a utilização de referencial teórico sólido para embasar o trabalho, bem como novos estudos, por meio de artigos científicos publicados, com vistas a realizar contraponto.

A pesquisa bibliográfica terá postura exploratória, a qual Henriques & Medeiros (2010) ratifica ser a mais adequada para estudos jurídicos como o proposto, pois “estabelece critérios, métodos e técnicas para a elaboração de uma pesquisa; investigação que objetiva oferecer informações sobre o objeto da pesquisa e orientar a formulação de hipóteses” (HENRIQUES & MEDEIROS, 2010, p. 17).

Cabe lembrar que, além da doutrina jurídica, faz parte desse trabalho o corpo legislativo brasileiro, bem como a Jurisprudência dos tribunais superiores, em especial o Supremo Tribunal Federal, por meio do método indutivo, onde o trabalho parte de algumas decisões, e estas depois de sistematizadas, chegam a uma conclusão, assim como preceitua Henriques & Medeiros (2010, p. 18) que o método indutivo “é o inverso do dedutivo [...] a indução caminha de fatos singulares para chegar a uma conclusão ampla”.

7. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Diante dos estudos, permitiu-se verificar que a doutrina majoritária é pacífica em concordar com os demais instrumentos do ordenamento jurídico, ao se considerar que o exercício da posse, no decurso do tempo, podem gerar efeitos jurídicos, e que esta pode ocorrer de acordo com a teoria objetiva de Ihering, ratificada nas falas de Diniz (2010), Gomes (2010), e, também, a legislação brasileira, quando diz que é possuidor “[...] todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade” (BRASIL, 2002).

Nesse prisma, o direito de propriedade é reconhecido pelo artigo 5º da Constituição Federal como um direito fundamental, e Canotilho (2002)

comenta sobre a necessidade de o Estado proteger a propriedade, a fim de demonstrar segurança jurídica no sistema econômico adotado.

No entanto, essa mesma constituição, no artigo 5º, XXIII, tem a Função Social da Propriedade como princípio constitucional, bem como o artigo 170 da CF coloca como fundamentos da ordem econômica, tanto a propriedade privada, como a função social da propriedade no mesmo patamar de pilar de ordem econômica.

Note-se, embora a Constituição Federal trate a propriedade privada e a função social da propriedade sempre em mesma hierarquia, a doutrina a trata com expressões diferentes.

Farias & Rosendal (2009) falam, por exemplo, do suposto caráter absoluto, como única maneira que o Estado pudesse promover sua proteção, vez que o direito à propriedade teria efeito *erga omnes*. No entanto, considera a existência da função social da propriedade, como uma orientação, ou até, otimização do direito de propriedade.

Ferreira Filho (2003), por sua vez, já propunha a interpretação do texto constitucional, considerando que, embora a propriedade privada e sua função social estivessem dispostas em mesmo patamar no ordenamento positivo, estaria claro que a função social da propriedade é razão condicionante da legitimidade do direito de propriedade privada, haja vista que, se assim não fosse, qual seria, então, a razão de existir tal dispositivo.

Chalhub (2003) é menos radical ao propor que o direito de propriedade e sua função social como esta última, utilidade social da primeira, a fim de viabilizar o sistema econômico.

Cabe verificar como esses dispositivos são sistematizados quando da aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. O Ministro Celso de Mello, em voto de Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.213, expõe que o direito de propriedade não se reveste m caráter absoluto, considerando que, descumprida a função social que lhe é inerente na seara

constitucional, dá margem para intervenção estatal no domínio. Figurada, nessa situação, uma relativização branda, porém categórica.

No que se refere às ocupações de imóveis rurais, a jurisprudência constitucional não faz distinção de estas ocorrem por cidadãos individualmente ou organizados por entidades organizadas, como é o caso do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra, haja vista que a pesquisa apresenta jurisprudência reconhecendo a subordinação do direito de propriedade à sua função social (STF, Ag. Reg. 822.429, 2014), e jurisprudência de mesmo nível onde não reconheça, embora seja visível, mas com a justificativa de que a ocupação não ocorrera de forma mansa e pacífica (STF, Ag. Reg. 32.752, 2015), o que traz descrédito ao exercício da posse, e, portanto, da declaração e reconhecimento da função social da propriedade.

O voto do Ministro Joaquim Barbosa em Mandado de Segurança n.º 26.192, impetrado contra Decreto Expropriatório, tem suas peculiaridades, principalmente no que tange a ter reconhecido a desapropriação por interesse social, mas para garantir a estabilidade social, e evitar conflitos sociais, em vista de sua iminência, uma vez que a posse do imóvel rural acontecera de forma mansa e pacífica, já sendo extenso o exercício da posse, e os direitos a ela inerente, gerados.

Ademais, quando se fala em ocupação de imóveis rurais, a jurisprudência é pacífica ao atender à legislação, em não legitimá-la quando do esbulho, mudando inclusive o termo ocupação, e passando a utilizar o termo invasão. O que faz ser fator preponderante, mesmo quando não verificada a função social da propriedade, a jurisprudência não abarca a situações de ocupações clandestinas, como é percebido nos votos do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, nesse sentido (STF, Ag. Reg. 25.245 e 32.752, 2015).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa pesquisa, pode-se concluir, preliminarmente, que o Supremo Tribunal Federal reconhece nas suas decisões os dois institutos aqui trabalhados, ou seja, a propriedade privada e a função social da propriedade.

Reconhece, também, a possibilidade de aquisição de direitos no decurso do tempo, no que se refere ao exercício da posse, desde que seja de forma mansa e pacífica, independentemente se ocorrer por indivíduos representados por entidade de mobilização, como é o caso do MST, ou sem representação formal.

É de esclarecer que, embora haja embate doutrinário no que se refere à hierarquia entre os dois dispositivos, a jurisprudência constitucional tem demonstrado certa sistematização nas decisões. Principalmente, em relativizar a propriedade privada, quando considerado que esta não atente à sua função social. Então, as interpretações poderiam se pender ao proposto por Ferreira Filho (2003), quando pugnou que o direito de propriedade está condicionado ao cumprimento da sua função social. Isto faz vislumbrar que o primeiro direito é função do segundo, e, portanto, estaria intrinsecamente em grau hierárquico mais baixo.

No entanto, ficou claro que a jurisprudência não relativiza apenas o direito de propriedade, mas relativiza, também, a declaração e aceitação da função social da propriedade, no que se refere às ocupações de imóveis rurais. A clandestinidade da posse é considerada, na prática, uma determinante nas decisões, antes de se considerar a função social da propriedade.

Portanto, embora a função social da propriedade seja considerada por alguns doutrinadores como condicionante do direito de propriedade privada, a jurisprudência constitucional mostra que mais se aproxima de um ajustamento e limitador, com vistas a amparar o modelo de estado social, mas que não chega a estar em hierarquia superior, em vista de sua própria relativização, por parte das peculiaridades do exercício da posse, como contrapeso.

REFERÊNCIAS

AGRA, W. M. **Curso de Direito Constitucional**. 6.^a edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BOLONHINI JUNIOR, R. A Posse e Alguns Aspectos, na Legislação Pátria: Conceito, Desdobramento, Detenção, Natureza e Fundamento. **Revista Integração – USJT**, Ano X, núm. 36, Jan./Fev./Mar./2004, p. 33-38. Disponível em: <ftp://ftp.usjt.br/pub/revint/33_3_6.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 29ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Portal do Planalto: Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 fev. 2017.

BRASIL. **Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil)**. Portal do Palácio do Planalto: Brasília, 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5_869.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. **Lei.º 8.629, de 25 de fevereiro de 1993**. Portal do Palácio do Planalto: Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8629.htm>. Acesso em: 03 mar. 2017.

BRASIL. **Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)**. Portal do Palácio do Planalto: Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 15 out. 2016.

BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015 (Novo Código de processo Civil)**. Portal do Palácio do Planalto: Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.213. Requerentes: Partido dos Trabalhadores e Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura. Requerido:

Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 04 de abril de 2002.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n.º 822.429. Agravante: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA. Agravado: Sélvio Sanches e outros. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, 9 de abril de 2014.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Mandado de Segurança n.º 25.425. Agravante: Antônio de Pádua Orlandi e outros. Agravado: Presidente da República. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 18 de março de 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental em Mandado de Segurança n.º 32.752. Agravante: União. Agravado: Bartolomeo Gagnano e outros. Relator: Celso de Mello. Brasília, 17 de junho de 2015.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Segurança n.º 25.076. Impetrante: Fazenda Jardim. Impetrado: União. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 11 de fevereiro de 2008.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Mandado de Segurança n.º 26.192. Impetrante: Paulo Roberto Jacques Coutinho Filho. Impetrado: Presidente da República. Brasília, 11 de maio de 2011.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6.ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CHALHUB, M. N. Função Social da Propriedade. **Revista da EMERJ**. v. 6, n. 24. Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista24/revista24_305.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2017.

COSTA, W. H. A.; CLARK, G. A Propriedade Privada dos Bens de Produção e a Regulação. **Revista de Direito Público**, v. 6, n. 3, p. 102-119, Londrina, out/dez, 2011. Disponível em:

<www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/download/8973/9071>.
Acesso em: 10 mai. 2017.

DINIZ, M. H. **Código Civil Anotado**. 12.^a ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

FARIAS, C. C.; ROSENVALD, N. **Direitos Reais**. 6.^a ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2009.

FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de Direito Constitucional**. 30.^a edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

GIL, A. C. **Como Elaborar Projetos de Pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2007

GOMES, O. **Direitos Reais**. 20.^a edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010.

GRAU, E. R. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 12.^a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

HENRIQUES, A.; MEDEIROS, J. B. **Monografia no Curso de Direito: Como Elaborar o Trabalho de Conclusão de Curso**, 8.^a ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica**. São Paulo: Atlas, 2005.

MONTENEGRO FILHO, M. **Código de Processo Civil Comentado e Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2008.

THEODORO JUNIOR, H. **Código de Processo Civil Anotado**. 18.^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

VENOSA, S. S. **Direito Civil – Direitos Reais**. 14.^a edição. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

A DISTANÁSIA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

ADIR MACHADO BANDEIRA:
Advogado e professor.

Dá-se a distanásia quando o processo de morte de um corpo é prolongado artificial e desproporcionalmente, com ou sem dor.

Mutatis Mutandis é o que ocorre com o Novo Código de Processo Civil, mantém-no vigente, porém sem efetividade.

Trata-se de uma boa lei, mas que já nasceu sob desconfianças e protestos.

Parte considerável das inovações que trouxe é simplesmente ignorada, embora sua validade continue sendo proclamada. Há uma quase desobediência civil contra ele. O Código agoniza, mas não morre.

Relembro que, por ocasião de sua aprovação no Parlamento, associações classistas se reuniram com o então Ministro da Justiça com o objetivo de evitar o dever de julgar processos obedecendo uma rigorosa ordem cronológica de conclusão, ou seja, os processos mais antigos, em regra, seriam julgados primeiro, conforme redação original do art. 12.

Essa era norma processual de importante concretização do princípio constitucional da igualdade e da impessoalidade. Esse dispositivo alvissareiro não foi vetado como queriam, mas foi alterado pelo próprio Congresso Nacional ainda durante a *vacatio legis*, atendendo a pressões legítimas, contudo, equivocadas.

Vozes como as de Lenio Streck, Fredie Didier e Ada Pellegrini foram vencidas no “jogo democrático”. Até aqui, lamentável, todavia devemos aceitar, é dura mas é a regra do jogo. Como dizia Sócrates, “*é preciso que os homens bons respeitem as leis más, para que os homens maus respeitem as leis boas*”.

Outro ponto do Diploma cujo veto foi corporativamente defendido diz respeito ao rol exemplificativo de situações que geram

nulidade de decisões judiciais por falta de fundamentação (art. 489, § 1º). Essa parte do corpo não foi vetada ou amputada (no direito vigente isso ocorre com a declaração de inconstitucionalidade), mas a ela não se lhe deu a devida função, e a norma padece.

O dispositivo mudou completamente o standard jurídico da sentença fundamentada.

Apesar do novo texto legal ser tão óbvio quanto inovador, não foi capaz de mudar o conteúdo das decisões judiciais. Infelizmente ainda constatamos decisões tais quais as criticadas por Nelson Nery Junior, *verbi gratia*, “segundo os documentos e testemunhas ouvidos no processo, o autor tem razão, motivo por que julgo procedente o pedido.”

O doutrinador, ainda na vigência do Código de Processo Civil revogado, deixou claro que essa espécie de decisão seria nula por afronta direta ao art. 93, IX da Constituição Federal, ou seja, por falta de fundamentação.

Lenio Streck vem por anos a fio denunciando o absurdo que é decidir assim: “o juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado o motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos. Nego os embargos.”

Tenho certeza que os advogados, estudantes e magistrados que estejam lendo essas linhas devem ter lembrado de já ter lido ou escrito algo semelhante. Aliás, Lenio Streck, em julho de 2015, denunciou que alguns magistrados defendiam publicamente a desobediência ao NCPC.

No entanto, a minha surpresa não diz respeito à confirmação da desobediência em si, verificada aqui e acolá, mas ao fato de constatar essa mesma postura nos Tribunais Superiores.

Para alento dos que defendem um processo menos arbitrário, o art. 489, § 1º do NCPC tem sido bem utilizado pelo STJ no campo penal (6ª Turma – vide HC`s 371958/SP e 345745/AM).

No campo cível, a esperança vem de um único precedente apreciado pela Ministra Nancy Andrighi na Terceira Turma (REsp 1622386/MT), pois as demais Turmas tratam a matéria como se nada tivesse mudado. Até os textos dos acórdãos são iguais aos proferidos antes do novo Código.

A par dessas considerações, registre-se que a Lei Ordinária ora comentada também foi apelidada de “Código dos advogados”, “Código contra os juízes”, “Código Megalomaníaco”, “esquizofrênico” ... enfim, o conhecido NCPC é a nossa lei Geni. Poucos admitem publicamente querer matá-la, “ela é feita para apanhar”, “ela é boa de cuspir”. A tônica é uma só, deixar o corpo vivo, agonizando, mas vivo. Mudou-se o Código e tudo continuou como estava. Ao cenário cabe bem a frase do escritor italiano Giuseppe Tomasi di Lampedusa: “tudo deve mudar para que tudo fique como está”.

O ANACRONISMO DA SÚMULA 323 DO STF

ANTÔNIO AUGUSTO SOUZA DIAS JÚNIOR: Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC). Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Mestrando em Tributação Internacional pelo IBDT. Procurador da Fazenda Nacional em Campinas.

RESUMO: O presente artigo pretende abordar criticamente a compreensão atual da doutrina brasileira a respeito do planejamento tributário, bem como apontar possíveis vertentes que se entende mais adequadas aos princípios constitucionais tributários e ao estado atual da ciência jurídica.

É muito comum ainda nos dias de hoje contribuintes que se sentem prejudicados com a retenção de mercadorias no procedimento de desembaraço aduaneiro buscarem o Judiciário objetivando a liberação dos itens importados invocando a prática de sanção política pela Administração Tributária.

Argumentam esses contribuintes que a retenção de mercadorias cujo respectivo imposto de importação não foi adimplido, total ou parcialmente, seria uma coerção ao pagamento de tributos. A fiscalização, alegam, estaria se utilizando de constrangimento desarrazoado com o fim de obrigar o contribuinte ao pagamento de tributos.

As decisões têm sido, em sua grande maioria, favoráveis aos contribuintes, baseando-se, invariavelmente, na súmula 323 do STF, a qual dispõe:

É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos

A aplicação desse enunciado, a nosso ver, não tem sido objeto do necessário grau de reflexão sobre a pertinência do precedente ao caso concreto. Tampouco tem sido objeto de atenção a coerência entre o

fundamento desse enunciado e outros entendimentos consolidados do Supremo na mesma matéria.

A súmula referida foi editada no ano de 1963, muito antes da Constituição Federal de 1988 e antes até mesmo da edição do próprio CTN. Ocorre que a referida súmula não foi recepcionada pelo sistema tributário atual, o que já foi percebido pelo Supremo Tribunal Federal, não obstante a jurisprudência majoritária ainda reproduza de forma irrefletida o teor da súmula.

O STF, em momento posterior à Constituição de 1988, já editou súmula em sentido completamente oposto àquele da súmula 323. Vejamos, assim, o que diz a súmula 661 do STF, editada em 2003:

Na entrada de mercadoria importada do exterior, é legítima a cobrança do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro.

Como se não bastasse, tal entendimento foi confirmado pelo Pleno do STF em 2015, momento em que tal súmula foi convertida na súmula vinculante de número 48.

O que se tem, portanto, é a superação de uma súmula antiga, datada de antes do CTN e da atual Constituição, por uma nova súmula, sobre a mesma matéria, e editada no atual sistema tributário brasileiro.

E o anacronismo da súmula 323 do STF pode ser deduzido do papel desempenhado pelo imposto de importação na economia globalizada da atualidade.

Como se sabe, o imposto de importação é identificado como um tributo extrafiscal, que serve de instrumento para a União intervir no comércio internacional. A principal finalidade desse tributo aduaneiro não é carrear recursos aos cofres da União, mas sim servir de instrumento indutor em relação às importações^[1].

A mera incidência tributária sobre manifestações de capacidade contributiva, por si só, já representa uma interferência, ainda que mínima,

no domínio econômico. É que a ideia de tributos absolutamente neutros não mais se sustenta, cedendo espaço ao reconhecimento de que qualquer tributo, ainda que em menor grau, influenciará os comportamentos dos agentes econômicos. Há tributos, contudo, que possuem como principal função a influência sobre a economia. São estes os chamados tributos extrafiscais, que servem ao propósito de obter respostas dos atores privados para uma determinada direção pretendida pelo Estado.

A tributação das importações objetiva estimular, desestimular ou até mesmo inviabilizar a entrada de determinados produtos estrangeiros. E a classificação desses produtos possui uma importância fundamental nesse ponto, pois ao se onerar determinados produtos com determinada alíquota elevada, e desonerar outros produtos com uma alíquota reduzida, a União privilegia a entrada de uns produtos em detrimento de outros.

O órgão competente para fiscalizar a entrada de produtos importados no território nacional é a Receita Federal, que atua nos procedimentos de desembaraço aduaneiro conferindo as documentações relativas à importação, sua idoneidade, bem como o recolhimento dos respectivos tributos.

Percebe-se que a própria atividade de importação já é, por essência, uma atividade que necessita de constante e apurada fiscalização, diferentemente de outras atividades econômicas, como a mera compra e venda ou a prestação de serviços.

Ao contrário das demais atividades econômicas de comércio interno, a atuação no comércio exterior exige um acompanhamento rigoroso e diferenciado por parte da administração tributária federal, por se tratar de uma atividade particular potencialmente lesiva à economia nacional.

Em que pese o domínio econômico como um todo ser passível de intervenção estatal, os agentes atuantes no comércio exterior devem se submeter a uma interferência peculiar e mais invasiva, pois a permissão de entrada de produtos no território nacional, por si só, já é um genuíno ato de soberania.

Tem-se aqui, inclusive, a necessidade de se identificar com precisão um dos elementos do Estado, qual seja, o território. Isso porque o fato gerador do imposto de importação só ocorre se determinado bem ultrapassar os limites do território brasileiro, passando assim a se sujeitar à soberania de nosso Estado.

Isso significa que a exigência de tributos aduaneiros não deve ter o mesmo tratamento legal, jurisprudencial ou hermenêutico dos demais tributos. O que poderia se caracterizar como uma sanção política em relação ao ICMS ou ao ISS pode ser entendido como um legítimo e necessário ato de controle e fiscalização por parte da administração tributária, em defesa da produção interna e dos objetivos da política econômica.

É nessa lógica que a legislação aduaneira dispõe:

Decreto 6.759/2009, Art. 571. Desembaraço aduaneiro na importação é o ato pelo qual é registrada a conclusão da conferência aduaneira (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 51, caput, com a redação dada pelo Decreto-Lei no 2.472, de 1988, art. 2º).

§ 1º Não será desembaraçada a mercadoria:
(Redação dada pelo Decreto nº 8.010, de 2013)

I - cuja exigência de crédito tributário no curso da conferência aduaneira esteja pendente de atendimento, salvo nas hipóteses autorizadas pelo Ministro de Estado da Fazenda, mediante a prestação de garantia (Decreto-Lei nº 37, de 1966, art. 51, § 1º, com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 2.472, de 1988, art. 2º; e Decreto-Lei nº 1.455, de 1976, art. 39); e (Redação dada pelo Decreto nº 8.010, de 2013)

II - enquanto não apresentados os documentos referidos nos incisos I a III do caput do art. 553. (Redação dada pelo Decreto nº 8.010, de 2013)

§ 2º Após o desembaraço aduaneiro de mercadoria cuja declaração tenha sido registrada no SISCOMEX, será emitido eletronicamente o documento comprobatório da importação.

(...)

Art. 573. O eventual desembaraço de mercadoria objeto de apreensão anulada por decisão judicial não transitada em julgado dependerá, sempre, da prestação prévia de garantia, na forma de depósito ou fiança idônea, do valor das multas e das despesas de regularização cambial emitidas pela autoridade aduaneira, além do pagamento dos tributos devidos. (grifamos)

Como se observa dos dispositivos acima, o desembaraço aduaneiro pressupõe o pagamento dos tributos incidentes na importação, os quais, por sua vez, são uma etapa necessária à conclusão da conferência aduaneira. Não há conferência aduaneira sem o recolhimento dos tributos aduaneiros.

Deve-se sempre ter em mente que a retenção de mercadorias no procedimento do desembaraço aduaneiro não se dá pelo simples inadimplemento de tributos. Até mesmo porque a finalidade maior dos tributos aduaneiros não é arrecadar. O que está em jogo é o controle da administração sobre questões afetas à soberania e à economia nacional.

A própria ratio da súmula 323 do STF sequer é aplicável aos tributos aduaneiros, pois a retenção de mercadorias não se dá em virtude de coagir o contribuinte a pagar tributos. A retenção ocorre com o objetivo de se assegurar a lisura do procedimento de desembaraço aduaneiro, no qual está inserido o recolhimento do imposto de importação.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em julgado didático e perspicaz, reconheceu a peculiaridade existente na tributação do comércio exterior, assim enfrentando o tema:

EMENTA. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. APREENSÃO DE MERCADORIAS. DESCLASSIFICAÇÃO TARIFÁRIA. SALDO DE TRIBUTO A RECOLHER. PORTARIA MF Nº 389/76. EXIGÊNCIA DE CAUÇÃO PARA LIBERAÇÃO DAS MERCADORIAS APREENDIDAS. IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA. EFICÁCIA SUSPENSIVA. SÚMULAS 323 E 547 DO STF. APELAÇÃO IMPROVIDA. SEGURANÇA NEGADA. 1. É cabível a exigência de caução consistente na diferença de imposto a recolher, em razão da desclassificação tarifária das mercadorias importadas. (...) 3. Em matéria de imposto de importação, a apreensão de mercadorias em razão de desclassificação tarifária e a imposição do recolhimento do saldo remanescente não se constitui em hipótese de "apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos", tal qual a hipótese estampada na Súmula 323 do STF, que tratava de sanções políticas. 4. É da sistemática da tributação de operações de importação de mercadorias o recolhimento prévio do tributo, no momento da efetiva internação das mercadorias. Essa prática não é abusiva, mas inerente ao imposto sobre importações. De outro lado, admitir-se que a insurgência contra a desclassificação tarifária - mesmo nos casos em que o ato administrativo encontrasse base legal - pudesse sustar a exigência do prévio recolhimento e causar a liberação das mercadorias, seria subverter a sistemática inerente a tributação das importações. 5. Inexistência, na espécie, de direito líquido e certo a ser protegido pela

via mandamental. 6. Apelação improvida. (TRF da 3a Região, 3a Turma - Apelação em Mandado de Segurança nº 199399, Rel. Des. Nery Júnior j. 16/10/2002) – grifamos.

A ementa do julgado acima bem reflete as peculiaridades sobre as quais o intérprete deve se debruçar na análise da questão. Tratar o imposto de importação da mesma forma que os demais tributos é um erro fatal, que conduz a resultados opostos aos visados pelo ordenamento. O imposto de importação é exigido dentro do procedimento de desembaraço aduaneiro, que por sua vez se insere no bojo de medidas utilizadas na aferição da regularidade das operações de comércio exterior.

Assim como a apuração da ocorrência de dumping, o controle das operações de importação tem papel fundamental no exercício da soberania e na proteção da economia nacional.

Não se pode confundir um tema relacionado às operações de comércio exterior com uma medida que visa incrementar a arrecadação. A própria mitigação dos princípios da legalidade e da anterioridade nos tributos aduaneiros deixa claro que tais exações não são utilizadas como alicerces do orçamento público, não obedecendo a rigorosos planejamentos orçamentários que estabelecem metas de arrecadação. Na seara do imposto de importação, as alterações abruptas do cenário econômico exigem respostas que não necessariamente objetivam carrear recursos aos cofres públicos, mas sim equilibrar o balanceamento entre importações e exportações.

Impõe-se que uma interpretação teleológica seja adotada. A finalidade das normas relativas aos tributos aduaneiros não é fiscal. É, sobretudo, uma finalidade voltada à regulação da economia.

A própria desclassificação tarifária não pode ser compreendida de forma equivocada como um ato que objetiva uma arrecadação mais expressiva dos tributos aduaneiros.

Em sendo o imposto de importação uma exação indutora, a desclassificação tarifária de determinado tributo tem como finalidade

apenas a correta categorização do bem. As tarifas mais elevadas não significam que a União enxerga em determinado produto uma fonte de arrecadação mais interessante.

Pelo contrário, uma alíquota maior significa que aquele produto é mais indesejado no território nacional do que outros. Tudo em razão das opções de política econômica eleitas. A compreensão de uma desclassificação tarifária como um ato de arrecadação deturpa a natureza do imposto de importação e contraria seu caráter indutor.

O Supremo Tribunal Federal, em julgados mais recentes, demonstra que nos tributos incidentes sobre a importação a exigência do adimplemento no desembaraço aduaneiro não deve ser compreendida como sanção política. Colacionamos abaixo dois julgados representativos dessa orientação:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal já decidiu que o fato gerador do ICMS, incidente sobre mercadoria importada, ocorre por ocasião do recebimento da mercadoria, no respectivo desembaraço aduaneiro (RE 193.817, Rel. Min. Ilmar Galvão). Nessas condições, não fica constatada nenhuma coação indireta na exigência, fundada em Lei, do recolhimento dos tributos relativos ao desembaraço aduaneiro de bens importados. Agravo regimental a que se nega provimento.' (RE 810035 AgR, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 07/04/2015, Processo Eletrônico DJe-075 divulg 22-04-2015 public 23-04-2015) Ante o exposto, nego seguimento ao agravo, nos termos do art. 21, §1º, do RISTF." (ARE 1022791, Relator Ministro Edson Fachin, Decisão Monocrática, julgamento em 15.2.2017, DJ de 20.2.2017) – grifamos.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que como o aspecto temporal da incidência

do ICMS importação é o despacho aduaneiro, será nesse momento que se deve recolher o tributo. Portanto, está concebido que a exigência de pagamento dos tributos como condição para a liberação de mercadorias decorre da lei e integra o procedimento do desembaraço aduaneiro. A demonstração do pagamento é um elemento essencial ao próprio desembaraço aduaneiro. (STF, Ag. Reg. no RE com Agravo nº 876.019/SC) – grifamos.

A doutrina igualmente reforça essa orientação, como podemos ver a seguir:

“sendo tais tributos devidos por força da própria operação de impositação, a exigência do seu pagamento para a liberação do produto não é descabida nem configura meio impróprio para a satisfação do crédito tributário. Portanto, não se cuida de constrangimento passível de ser encarado como ‘sanção política’”^[2]

Trata-se, portanto, não de apreensão de mercadorias como meio coercitivo para o pagamento de tributos, mas de negativa de desembaraço aduaneiro enquanto não satisfeitas as condições previstas na legislação em vigor para a internalização de mercadorias estrangeiras, as quais incluem o pagamento (ou a garantia) dos tributos devidos na operação.

A retenção de mercadoria procedente do exterior pelo Fisco nessas circunstâncias decorreria do exercício do poder/dever de fiscalização e controle do comércio exterior, que é atribuído ao Ministério da Fazenda por força do art. 237 da Constituição Federal (“A fiscalização e o controle sobre o comércio exterior, essenciais à defesa dos interesses fazendários nacionais, serão exercidos pelo Ministério da Fazenda”).

Necessário, portanto, que se diferencie a atuação administrativa de caráter interventivo das assim chamadas “sanções políticas”, sendo perigoso enquadrar atuações estatais distintas sob uma mesma categoria.

O professor Heleno Taveira Tôrres possui lição bastante esclarecedora a respeito:

“Não adotamos a expressão ‘sanção política’ para dizer das modalidades de sanções administrativas não-patrimoniais de caráter interventivo por entendermos que aquelas somente serviriam para identificar sanções cujo procedimento de aplicação superasse limites constitucionais ou legais ou não fosse contemplada em lei prévia, o que não é o caso. As hipóteses de sanções administrativas de caráter interventivo são múltiplas. Porém, é importante não formar qualquer juízo *a priori* de plena aceitação ou mesmo de negação sobre todas elas, porquanto a situação presente em cada caso é que determinará seu cabimento e legitimidade ou mesmo sua refutação imediata. É o caso, por exemplo, da apreensão de mercadorias, que se pode revestir de medida odiosa quando aplicável visando a fatos futuros ou mesmo a constrição oblíqua para satisfação de obrigações tributárias, mas que tem seu cabimento admitido em diversas hipóteses, inclusive no âmbito tributário.”^[3]

Acreditamos ainda que o apego à súmula 323 do STF que muitos julgadores ainda possuem não pode sobreviver diante da nova realidade social e jurídica que se desenvolveu desde 1963, ano de edição da súmula. Vários dos dogmas vigentes naquele momento foram sepultados.

A economia passa, cada vez mais, a girar em torno de bens intangíveis, sobre os quais se está longe de chegar a um consenso sobre a melhor forma de tributação.

No período atual, o sigilo bancário cede espaço à necessidade de se proporcionar aos Estados elementos mínimos para o combate de práticas evasivas. O que antes era considerado uma interferência invasiva na

intimidade do contribuinte torna-se hoje o pressuposto básico de fiscalização das transações cada vez mais sofisticadas dos contribuintes.

As nações mais poderosas do mundo reconhecem a necessidade de se unir para reagir ao fenômeno da erosão da base tributária e transferência de lucros. Enquanto multinacionais possuem a seu dispor as mais variadas oportunidades de investimentos, países disputam entre si qual será aquele que oferecerá a menor carga tributária, na expectativa de atrair determinado empreendimento.

O professor da UERJ Sérgio André Rocha enfatiza a necessidade de uma mudança de parâmetros nas relações entre Estado e contribuintes:

“Analisando-se as relações entre Fisco e contribuintes nos dias atuais, verifica-se que se encontram presentes nas mesmas, em ampla medida, a ambivalência e insegurança características da sociedade de risco, a reclamarem uma mudança de paradigmas e princípios vetores do agir dos diversos atores tributários (Fazenda Pública, Poder Judiciário, contribuintes, entidades não governamentais de controle – nacionais e internacionais).”^[4]

Enquanto antes se discutia apenas sanções políticas do fisco contra o contribuinte, hoje se discute práticas abusivas de um grupo de empresas com o poder de exercer suas atividades substancialmente em determinado país sem ali recolher os tributos correspondentes aos ganhos econômicos obtidos naquele território.

A própria noção de soberania é redesenhada e redefinida.

A súmula 323 do STF originou-se de um precedente de 1961 (RE 39.993/AL). Naquele julgado a suposta sanção política sequer fora cometida pela União, mas sim por um Município! A súmula do STF hoje aplicada de forma tão pacífica quanto irrefletida originou-se de um julgamento em que se declarou inconstitucional o artigo 75 do Código Tributário do Município de Major Izidoro, do Estado de Alagoas.

Não se discutiu naquela ocasião sequer a competência da União atinente à regulação do comércio exterior, tampouco o caráter indutor do imposto de importação.

Se alguns podem ainda se agarrar à ideia de que a súmula referida deve ainda continuar sendo aplicada sem nenhuma adaptação à nova realidade que se desenvolveu, é necessário que, ao menos, se lancem de argumentos adicionais, de uma fundamentação atualizada.

Deve-se reconhecer, ao menos, que a discussão deve ser reaberta em termos totalmente diferentes dos que prevaleciam na década de 1960. Vários fatores desconsiderados quando da edição da súmula devem agora ser sopesados. Outros princípios e outra relação entre Fisco e contribuinte precisam ser considerados.

A própria jurisprudência posterior do STF e a sua súmula 661 devem fazer parte da pauta.

E acreditamos que, com essa necessária reabertura do debate, a súmula 323 do STF deve ser tida por superada.

[1] Registramos aqui a abordagem inovadora dos conceitos de fiscalidade e extrafiscalidade em ROCHA, Paulo Victor Vieira da. *Fiscalidade e Extrafiscalidade: uma Análise Crítica da Classificação Funcional das Normas Tributárias*. Revista Direito Tributário Atual n. 32. São Paulo: IBDT/Dialética, 2014, p. 256-274. Nesse estudo, é traçada uma diferenciação entre fiscalidade dos tributos e fiscalidade das normas tributárias.

[2] PAULSEN, Leandro e Melo, José Eduardo Soares de. *Impostos Federais, Estaduais e Municipais*. 7ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 27.

[3] Tôrres, Heleno Taveira. *As sanções de Perdimento de bens e inaptidão do CNPJ de empresas importadoras – limites e valores constitucionais aplicáveis*. In: Tôrres, Heleno Taveira (Coordenador). *Direito Tributário Internacional Aplicado*. Volume IV. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 555-556.

[4] ROCHA, Sérgio André. Tributação Internacional. São Paulo: Quartier Latin, 2013, p. 20.

DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA NUM CONTEXTO DE CONCENTRAÇÃO DO PODER: ANÁLISE SOBRE A PROPOSTA DE DESCENTRALIZAÇÃO DO PRESIDENTE MOÇAMBICANO

FILIPE SERAFIM MAPILELE:
Licenciado em Filosofia.

Resumo: O presente artigo analisa de forma sumária o comunicado do presidente moçambicano sobre os consensos alcançados com o presidente da Renamo, sobre as reformas a serem implementadas na forma de eleição dos governadores provinciais, e outros órgãos locais do poder. A descentralização administrativa é enfatizada no caminho conjunto com a desconcentração do poder, que permitem melhor participação das comunidades locais nos processos de desenvolvimento, e as instituições locais do Estado investidas de poder suficiente para decidir os processos.

Palavras-Chave: Descentralização, Desconcentração, Reforma, Eleição, Resolução de Conflitos.

Abstract: This article briefly analyzes the Mozambican president's communiqué on the consensus reached with the president of Renamo on the reforms to be implemented in the form of election of provincial governors and other local organs of power. Administrative decentralization is emphasized along the path of deconcentration of power, which allows better participation of local communities in development processes, and local state institutions invested with sufficient power to decide the processes.

Keywords: Decentralization, Deconcentration, Reform, Election, Conflict resolution.

Introdução

No dia 07 de Fevereiro de 2018 Moçambique foi surpreendido e apresentado por um comunicado de imprensa do Presidente Filipe Jacinto Nyusi, no qual apresenta vários pontos de concórdia no diálogo político

que tem vindo a correr entre a Renamo e o Governo, ou se quisermos dizer de forma mais pragmática e realística, entre a Renamo e a Frelimo.

A declaração do Presidente da República (PR) em Comunicado de Imprensa figura-se como uma espécie de fonte de água no deserto, uma vez referenciar que vai resolver os problemas ora tidos desde antes do início desta legislatura em 2015. Os problemas que se debatem são fundamentalmente ligados à corrida eleitoral, que os resultados desde 1994 (ano em que se realizaram as primeiras eleições democráticas e multipartidárias no país), são objecto substancial de discussões e revoltas constantemente.

A discussão sobre os resultados eleitorais em Moçambique, onde a Renamo reivindica sempre vitória e roubo de votos pela Frelimo, e a Frelimo canta vitória no seu slogan “a vitória prepara-se a vitória organiza-se”, já custou muito para a economia do país e para as vidas humanas, que vez em vez são disimadas, quando se fazem as barreiras militares no Save – Muxúngue, protestos em todos os cantos do país, etc., tal que parece agora estar a encontrar alguns caminhos de soluções menos custosas para a vida do povo.

Esta breve análise, relembra muito sumariamente o contexto que o Governo Moçambicano (Frelimo) e o Partido Renamo a criarem um espaço de debate muito distante da Assembleia da República, os recorridos problemas de resultados eleitorais, e questiona se os modelos da proposta de comunicado do PR poderão trazer soluções definitivas aos problemas sempre assistidos.

É revista a ideia da descentralização administrativa e da desconcentração como objecto central da análise, uma vez que o modelo apresenta uma linhagem de descentralização administrativa e a criação de novas instituições e órgãos de administração local.

Objectivos:

Geral – Analisar o modelo de descentralização proposto no comunicado do PR para a solução das divergências políticas em Moçambique.

Específicos

- a) Apresentar o histórico da descentralização em Moçambique.
- b) Discutir os modelos de descentralização na proposta do PR para a solução das divergências sócio-políticas no país e sua exequidade.
- c) Questionar a eficácia sócio-política das propostas do PR e a sua viabilidade económica.

1. Descentralização Administrativa e Desconcentração do Poder: Âmbito Teórico

A descentralização pode ser tomada como uma condição necessária, contudo não completa para o processo da participação das comunidades no desenvolvimento de uma nação. A participação é factor de viabilidade da descentralização, quando o deslocamento do poder de decisão pode ser um meio para democratizar a gestão através da participação, o que aponta para a redefinição da relação Estado e Sociedade. Ora, os modelos de descentralização devem estar definidos de tal modo que permitam uma maior participação das comunidades locais, o que poderá catapultar iniciativas diversificadas para o desenvolvimento das comunidades.

Para tanto, considera-se que a participação pode ser um facilitador na implementação dos processos de descentralização das políticas públicas, lembrando que a participação tem sua legitimidade na consciência de sua importância, como destacado por Tenório e Rozenberg (1997).

Conforme entendido por Abrucio (2006), a descentralização é utilizada para denominar a transferência de atribuições do Estado à iniciativa privada, privatização ou dando concessão de serviços públicos e a transferência de poder do governo para uma comunidade ou para uma ONG. Por via disso, o processo de descentralização é intimamente entendido como sendo o da diversificação das instituições, transportando-as de um lugar sede para criação de várias delegações.

Fundamentalmente, a descentralização está ligada ao processo de transferência da administração ou execução de políticas sociais da administração directa para uma administração indirecta, tal como se pode

notar nos processos de autarquias, de delegações de empresas, instituições estatais, etc.

Por seu turno na desconcentração ocorre a distribuição de competências, sistematizada de tal forma que, as atribuições são distribuídas internamente entre os entes de uma mesma pessoa jurídica. “Na desconcentração está sempre presente o vínculo de subordinação e hierarquia” (ARAÚJO, 2005, p. 142).

O processo de descentralização é plasmado na Constituição da República de Moçambique de 2004 (CRM), quando refere no número 1 do artigo 7 que “a República de Moçambique organiza-se territorialmente em províncias, distritos, postos administrativos, localidades e povoações”.

Em Dezembro de 2010, o Governo Moçambicano apresentou uma versão preliminar da Política Nacional de Descentralização (PEND – Política e Estratégia Nacional de Descentralização) a um grupo de doadores. A ideia era ter a PEND – uma ‘meta’ a ser atingida pelo governo dentro do quadro da revisão conjunta desde 2006 – aprovada e adoptada nos meses seguintes

A aprovação e publicação da PEND, e as correspondentes implementação e monitoria, de acordo com um quadro estabelecido, teriam significado, em primeiro lugar, a definição pública de uma perspectiva para a transformação do sistema político e administrativo moçambicano a favor do governo local.

Esta perspectiva era esperada pelas partes envolvidas e por outros grupos interessados desde o início do discurso sobre a descentralização em finais da década de oitenta: as autoridades ao nível do governo central e local, parte das elites socioeconómicas e culturais aos vários níveis, a população em geral e os doadores estavam desejosos de apoiar esta transformação.

A descentralização administrativa, por sua vez representada pelos Órgãos Locais do Estado (central) (OLE), tem sido implementada por meio de instituições subordinadas com pouca autonomia. A partir de uma perspectiva académica, muitos se tem questionado se a desconcentração

pode ser considerada uma forma genuína de descentralização. As duas componentes da descentralização, ambas partes integrantes da

Para toda a compreensão, é preciso notar que o processo de descentralização é insipiente enquanto não se fizer acompanhar pela desconcentração. Isto porque a descentralização enquanto alastramento das instituições para o local, precisam munir-se de poder suficiente para decidir e fazer caminhar os processos administrativos a nível local, privilegiando a celeridade e a eficácia, que se vislumbram em consequência na maior satisfação dos utentes dos serviços públicos.

2. Diálogo entre o Governo e a Renamo: Marco Histórico

O diálogo entre o Governo e a Renamo hoje assistido de formas diversificadas possui um percurso muito longo na história do país, daí que pensamos que as soluções a serem dadas, se se querem definitivas, deviam reunir opiniões de várias sensibilidades do país, e colher experiências comparadas de outras nações.

Muito sumariamente descrevemos o desenrolar dos conflitos entre a Frelimo ou o Governo Moçambicano e a Resistência Nacional Moçambicana - a Renamo, desde os cenários da fundação do Estado Moçambicano, até aos actuais, ressaltando os marcos mais importantes para fundamentar a nossa reflexão.

Em 1975 – fim de mais de uma década de guerra de libertação, a República Popular de Moçambique é proclamada a 25 de Junho por Samora Machel, Presidente da Frente de Libertação de Moçambique, FRELIMO, e primeiro Presidente do país. A Revolução dos Cravos, que, a 25 de Abril do ano anterior, tinha derrubado a ditadura em Portugal, abriu o caminho para a independência das então províncias ultramarinas (à excepção da Guiné-Bissau, cuja independência foi proclamada unilateralmente a 24 de Setembro de 1973, reconhecida internacionalmente, mas não por Lisboa) e a assinatura dos Acordos de Lusaka, a 7 de setembro de 1974, entre o Estado português e a FRELIMO. Na capital da Zâmbia é reconhecido o direito à independência do povo

moçambicano e acordada a transferência de poderes. A FRELIMO assume o poder e declara Moçambique um estado monopartidário marxista.

Já em 1976, um ano após a independência, eclode uma guerra civil entre o Governo da FRELIMO e “os rebeldes”^[1] da RENAMO, a Resistência Nacional Moçambicana. O conflito dura 16 anos. A maior parte deste período inclui-se na Guerra Fria, que se reflecte nos apoios recebidos por um e pelo outro lados: a FRELIMO, de orientação marxista a partir de 1977, é apoiada por países como a União Soviética, enquanto a RENAMO recebe assistência da África do Sul a partir de 1980, depois do colapso da Rodésia (actual Zimbabwé).

No ano de 1990 a FRELIMO abandona a ideologia marxista e revê a Constituição do país. O novo texto prevê um sistema político multipartidário. O país abre-se para uma economia de mercado. Governo e rebeldes reiniciam negociações no sentido de chegar a um cessar-fogo. Já antes, em 1984, as duas partes do conflito tinham assinado um cessar-fogo sob o Acordo de Nkomati. A condição, imposta no acordo, de que a FRELIMO retiraria o seu apoio ao Congresso Nacional Africano, ANC, e a África do Sul, por sua vez, o seu à RENAMO não sobrevivera muito tempo e este primeiro cessar-fogo saíra frustrado.

Em 1992 FRELIMO e RENAMO assinam o Acordo Geral de Paz a 4 de Outubro, em Roma, Itália. No fim da guerra, contam-se mais de um milhão de mortos, a economia moçambicana está de rastos e o país é considerado o mais pobre do mundo. Este acordo tomou a forma de Lei, por via da Lei n. 13/92 de 14 de Outubro.

A partir de 1994 o país passa numa rotina de cinco em cinco anos a celebrar festa da democracia multipartidária, com a realização de eleições, sufragando de forma directa e secreta os órgãos de soberania do país, especificamente o Presidente da República – que forma o seu governo, e os parlamentares – que também possuem Assembleia da República e Assembleias Provinciais, divididos em bancadas parlamentares formadas por partidos políticos ou coligações que tenham concorrido.

Até ao momento, na Assembleia da República tomaram acento a Frelimo, a Renamo e o Movimento Democrático de Moçambique – MDM,

este último com aparição no sufrágio de 2009 e de 2014, com oito e dezasseis deputados, respectivamente, figurando-se como a terceira maior força política do país.

Em 2009 o líder da RENAMO, Afonso Dhlakama, ameaça recomeçar a guerra depois de voltar a perder as eleições presidenciais contra Armando Emílio Guebuza, candidato da FRELIMO. Em 2005, Guebuza tinha sido nomeado chefe de Estado, depois de vencer as presidenciais de novembro do ano anterior. A RENAMO volta a acusar a FRELIMO de fraude perante o resultado: 75% para Armando Guebuza. Desta vez, também observadores acusam a Comissão Nacional de Eleições de não trabalhar de forma independente.

A 8 de Março de 2012 começam os ataques, e um polícia é morto em confrontos com ex-combatentes da RENAMO, instalados há três meses na sede do partido da oposição na cidade de Nampula, no norte do país. A 4 de Outubro 2012, enquanto Moçambique festeja os 20 anos de paz e do Acordo Geral de Paz de 1992, que foi assinado em Roma, na Itália, cresce a insatisfação no seio da RENAMO.

A 17 de Outubro de 2012 Dhlakama instala uma base militar na região da Gorongosa, no centro de Moçambique, e começa a treinar antigos veteranos, exigindo uma nova ordem política. Satunjira foi a primeira base fixa militar do então movimento rebelde da RENAMO em 1980. A data do regresso de Dhlakama a Satunjira, 17 de outubro, coincide com o aniversário do primeiro líder da RENAMO, André Matsangaissa, morto em 1979 durante a guerra civil. Dlakhama chegou de Nampula, a capital do norte do país e uma das províncias de maior implantação da RENAMO junto do eleitorado, onde tinha permanecido nos meses anteriores após a sua saída da capital Maputo.

No dia 3 de Dezembro de 2012 começam negociações entre o Governo e a RENAMO, que exige uma maior representação nas forças armadas, a revisão do sistema eleitoral e um quinhão mais importante das receitas de gás e carvão. As conversações falham.

No dia 5 de Setembro de 2014 O Presidente de Moçambique, Armando Guebuza e Afonso Dhlakama, líder da RENAMO, assinaram o acordo de cessar-fogo. O acordo foi assinado na presença de dezenas de diplomatas e responsáveis governamentais na sede da Presidência moçambicana, em Maputo. Menos de vinte e quatro horas após o seu regresso a Maputo, depois de abandonar o local incerto onde se encontrava há cerca de um ano, por causa da tensão político-militar no país, o líder da Resistência Nacional de Moçambique, RENAMO, Afonso Dhlakama, e o Presidente Armando Guebuza, abandonaram a sala de mãos dadas.

Realizado o pleito eleitoral em Outubro de 2014 e anunciados os resultados que conferiram vitória ao candidato da Frelimo que tomou posse em Janeiro de 2015, a Renamo reivindica mais uma vez roubo de votos, e pede que seja formado primeiro um Governo de Unidade Nacional, tal que não se atendeu, e a seguir pediu a nomeação dos seus quadros para governadores das províncias em que teve maior votação, nomeadamente Sofala, Manica, Tete, Zambézia, e Nampula. Porém, não foi atendido o pedido, e uma nova linguagem e debate entra no país: autarquias provinciais.

Alastradas as divergências entre o governo formado e liderado por Filipe Nyusi e a Renamo, este último regressa às matas e abre-se um novo ciclo de negociações e discussões. A 11 de Fevereiro de 2016. No centro do país volta-se ao cenário de ataques. Quatro viaturas foram atacadas na manhã quando circulavam entre Rio Save-Muxúnguè, na província de Sofala, centro de Moçambique. Supõe-se que os homens armados da RENAMO sejam os autores. O braço armado do maior partido da oposição moçambicana, RENAMO, protagonizou três ataques separados a viaturas na estrada nacional número 1, a principal estrada do país, na província central de Sofala. Segundo a polícia o balanço é de três feridos ligeiros e danos materiais não avultados.

Dai em diante viveu-se três cenários: o parlamento existindo e actuando no país, a Renamo e o Governo em negociações no Centro Internacional de Conferências Joaquim Chissano e três troços principais,

dos quais dois da Estrada Nacional Número 1, condicionados a escoltas militares por haver ataques da Renamo às vitaturas e civis em circulação.

Os ataques vieram a ter uma trégua nas vésperas das festas do Natal de 2016, quando o líder da Renamo depois de ter entendimentos com o PR tomou o telefone e por via de uma telecomunicação anunciou trégua por um prazo de três meses. Findos três meses da pausa de tensão militar, o líder decidiu dar mais prolongamento, e terminou com mais um anúncio de trégua ilimitada, enquanto corre o diálogo directo entre as lideranças máximas do Governo e da Renamo.

2.1. A Crise Política

Moçambique viveu desde o momento da sua fundação como Estado cenários de muita crise, que levam-nos a questionar se os modelos apresentados hoje pelo Chefe do Estado podem responder positivamente e de forma definitiva às inquietações da sociedade.

A governação funda-se essencialmente em questões de desenvolvimento humano, vislumbrado pelo bem-estar económico, social, paz e tranquilidade, a empregabilidade e acima de tudo a possibilidade de exercer o direito à participação na gestão da *res publica*, por vias que a constituição e as leis o permitam, como formas de exercício de cidadania.

Macamo (2014) entende que a crise vivida em Moçambique desde 2013 que é muito ligada aos problemas de conflitos eleitorais e acesso às instituições do Estado, é essencialmente uma crise de cidadania. “A crise político-militar vivida em Moçambique a partir de 2013 e uma crise de cidadania. Ela não começa, contudo, com a violação dos Acordos de Roma. Ela começa com a prerrogativa que alguns reclamaram para si próprios de serem os intérpretes da vontade do povo” (MACAMO, 2014, p. 54).

Há uma grande dicrepância de narração histórica no país: por um lado está a Frelimo relegando-se o direito histórico de libertador do país, e legitimando o seu papel de gestão ad aeternum do país, e por outro lado está a Renamo anunciando e reivindicando a partenidade da democracia multipartidária no país, em razão da sua luta em 16 anos de guerra civil.

Estas posições de glórias que cada um busca para si, têm feito com que o país viva numa democracia continuante de promessas como se se

tratasse de vida eterna depois da morte, e os conflitos militares em todos os pleitos eleitorais se tornam o elemento comum. Macamo, sobre as promessas eleitorais e rumo da democracia refere que:

Aqui intervêm outros aspectos, dentre os quais se podem destacar três que serão apresentados de forma sucinta. A democracia que Moçambique tem vindo a construir é uma democracia de espectadores. Quem evolui no palco político são tecnocratas que prometem a solução dos problemas do povo a partir de modelos variados que não se baseiam necessariamente na construção das vontades sociais nem na articulação dos interesses sociais. Deste modo, as eleições não apresentam necessariamente modelos alternativos de sociedade, mas, sim, e apenas, variações do tema “solução dos problemas do povo”. (MACAMO, 2014, p. 55).

Considerados estes elementos, numa análise sobre a efectividade das promessas apresentadas pelo PR para a solução dos problemas eleitorais mediante emprego de métodos de descentralização, passamos a refletir sobre os principais pontos apresentados na comunicação do presidente.

3. A Comunicação Presidencial: Que Questões a Levantar?

O comunicado do Presidente da República Filipe Nyusi apresentado a 7 de Fevereiro do corrente 2018 figurou-se como uma fonte de água no deserto, uma vez que a comunidade moçambicana já se ressentia da falta da paz, e questionava se a paz que o PR disse ser sua principal prioridade governativa teria sido esquecida, ou o seu coração que disse caber todos os moçambicanos, teria tido falhas de cálculo e poucos cabessem nele.

O PR deu boas esperanças para o povo moçambicano que já procura lugar de repouso de longa história de sofrimento e ausência contínua da paz. Deixou claro o PR que ele mesmo vai submeter o documento proposta à Assembleia da República, que abre a sétima sessão no dia 28 de Fevereiro, e que vai ter a Revisão Pontual da Constituição da República como o topo da agenda.

A submissão da proposta de revisão pontual da CRM por parte do PR revela já uma segurança de que as propostas serão canceladas pela Frelimo, uma vez a figura do PR e do presidente do partido coincidirem, e será cancelada pela Renamo, porque esta proposta é produto dos consensos entre os dois líderes partidários. O MDM por ser o penalizado, conforme demonstraremos mais em frente, pode votar contra ou se abster, mas os seus dezasseis membros na Assembleia da República nada mudam. Portanto, a proposta passará nos moldes que a Frelimo e a Renamo pré-acordaram.

A proposta acordada entre os dois líderes da Frelimo e Renamo tem como principais linhas: eleição e nomeação dos governadores provinciais, eleição dos órgãos das autarquias locais, e eleição e nomeação dos órgãos de administração distrital. A nossa reflexão a seguir reflete sobre cada uma das disposições.

3.1. Governadores Provinciais

Depois das eleições gerais de 2014 Moçambique viveu momentos de grandes divergências políticas entre as principais formações partidárias, com destaque a Renamo que reivindicava a vitória eleitoral, e colocava uma série de alternativas como forma de ultrapassar as divergências. A nomeação de governadores provinciais em conformidade com a maioria de votos tida em cada uma das províncias foi uma das propostas da Renamo, que não foi prontamente atendida.

Na CRM de 2004, o governador provincial é nomeado pelo PR (alínea b) do número 2 do artigo 160 da CRM), e tem a função de representar o governo a nível provincial (número 1 do artigo 141 da CRM). A formação do governo provincial nos termos do número 3 do artigo 141 da CRM é de acordo com a nomeação dos titulares das pastas a nível das direcções provinciais pelos ministros, mediante o parecer do governador da província. Ou seja, o governador propõe aos ministros, que nomeiam os directores provinciais – membros do governo provincial, e que tomam posse junto do Governador.

No modelo proposto pelo PR no ponto 8 do comunicado, o governador da província passa a ser nomeado pelo PR (o que não altera o procedimento), mas apresentado pelo partido que obtiver maioria na Assembleia Provincial, e passa a responder directamente à Assembleia Provincial.

A nomeação do Governador Provincial pelo PR é um procedimento de formalidade para a conferir o poder soberano, uma vez que o PR é o mais alto soberano do país e possui todos os poderes centralizados a si. Antes o PR nomeava os governadores de acordo com a sua compreensão sem precisar de comunicar aos moçambicanos as razões para tal nomeação e tinha a capacidade de os movimentar conforme lhe fizesse o prazer. Com esta mudança de forma de indicação, tem-se o ganho de que o PR já não pode movimentar conforme seus entendimentos e critérios os governadores.

Outro dado interessante é que no novo modelo o governador não responde mais ao governo central nem obedece o programa do governo central. Passa a ser mais independente e actuando de acordo com o programa do seu governo na província. Para melhor efectivação desta disposição, além de descentralizar a governação, será necessário munir ao governador de outros poderes como fiscais, para que possa ter elementos totais de cumprir o seu programa de governação na província.

A resposta à Assembleia Provincial é uma das formas de descentralização e chamada à participação da comunidade na governação provincial, uma vez que os membros da Assembleia Provincial são directamente sufragados na província e nela vivem. A comunidade provincial terá melhor ao seu governador, que embora de forma indirecta, o tenha eleito.

O ponto 9 do comunicado do PR fala da existência de um novo posto de trabalho na província: o Secretário do Estado na Província, que terá as funções de executar tarefas do Estado não objecto de descentralização. Este será nomeado pelo Presidente que a ele e seu governador responderá. Faz sentido que algumas tarefas do Estado não são objecto de descentralização, mas que precisam de representação na província.

Não se pode confundir o Secretário do Estado com o Secretário Permanente. Será pertinente que as províncias continuem com Secretários Permanentes, uma vez que este não é um cargo de confiança, mas sim uma categoria da função pública, e que o acesso é em concurso conforme rege o Estatuto Geral dos Funcionários e Agentes do Estado.

O comitê do PR não se pronuncia sobre a nomeação dos membros do governo provincial, mas pensa-se que uma vez o governador ser eleito a nível da Assembleia Provincial, será também da competência da mesma indicar os membros da mesma Assembleia para a indicação dos membros do governo provincial.

Um outro entendimento poderia sugerir que os membros do governo provincial (directores provinciais) fossem nomeados pelo ministro de justiça sob proposta do governador da província. Ou ainda que seja nomeado directamente pelo governador da província, tal como sucede com os vereadores das autarquias locais, que são nomeados pelo respectivo presidente do conselho municipal, que doravante passará a ser indicado pela respectiva assembleia municipal.

3.2. Órgãos das Autarquias Locais

Uma grande inovação na eleição dos órgãos das autarquias locais, que contraria por completo o sufrágio directo que vem sendo regulado pela Lei n. 2/97 de 18 de Fevereiro, que no número 1 do artigo 58 refere que “o Presidente do Conselho Municipal é eleito por sufrágio universal, igual, directo, secreto e periódico dos cidadãos eleitores recenseados na área do respectivo município”.

A novidade do comitê do PR no número 12 refere que “em relação às autarquias locais, o presidente da autarquia passa a ser proposto pelo partido político, coligação de partidos políticos ou grupo de cidadãos eleitores que obtiver maioria de votos nas eleições para a assembleia autárquica, dentre os membros desta”. Ou seja, o presidente da autarquia passa a ser eleito como membro da Assembleia Municipal, e de lá será eleito o Presidente da Autarquia, a qual responderá directamente, ficará ao controlo directo do conselho de ministros – governo de

Moçambique, através do ministro que superintende a área das autarquias e distritos.

A inovação apresentada nesta proposta, de certo modo vem resolver os problemas de eleições intercalares quando resulta-se a incapacidade de algum presidente da autarquia, e passa a ter uma forma de solução mais prática. É uma solução económica e eficaz nos processos de gestão autárquica, que evita vários problemas no processo de gestão autárquica.

Numa outra aceção, pode-se referir que esta decisão penaliza o partido MDM uma vez que o mesmo não tem muita legitimidade ainda nas bases, e que as vezes que conseguiu lograr algum resultados em autarquias, foi mais pelo mérito dos candidatos e não necessariamente do partido como tal. O exemplo do Daviz Simango na Beira, Manuel de Araújo em Quelimane, Mohamed Amurane em Nampula e Orlando Janeiro em Guré, não foi porque o partido conseguiu levá-los a presidência destas autarquias, foi por mérito próprio dos homens que tendo legitimidade e boa reputação nas próprias autarquias, conseguiram chegar a presidência das autarquias, e fazer votar mais membros para Assembleias Municipais locais.

Os mesmos cenários vividos nas referidas autarquias, revelam que os resultados obtidos nas outras autarquias apurando consideráveis membros nas assembleias, foi pelo mérito dos candidatos a presidência e não do partido. Por esse facto, o novo modelo proposto pelo PR penaliza e já prevê cenários de pouco agrado para o MDM, por isso mesmo espera-se que este partido vote contra esta proposta na Assembleia da República, pese embora não venha fazer alguma diferença na sua aprovação, devido ao reduzido número de membros que possui naquele órgão a surtir efeitos na aprovação ou reprovação.

Um dos grandes ganhos desta proposta é a possibilidade dos partidos fazerem acordos e cedências na Assembleia Municipal, em caso de nenhum deles possuir maioria para garantir governabilidade na autarquia. Do mesmo modo, fica resolvido o problema de segunda volta nas eleições quando não se alcançam os 50% mais 1. Entretanto, é inevitável lamentar a perda de um grande ganho que os municípios haviam

adquirido que é o direito de eleger directamente o seu presidente do Conselho Municipal.

Esta proposta realça sobremaneira o poder das organizações políticas em detrimento de cidadãos singulares. Significa não haver possibilidade de um certo indivíduo, de forma singular, poder concorrer para a edilidade, o que tira crédito ao poder dos singulares e dá ênfase às organizações políticas.

Isto torna-se mais lamentável sobretudo quando já assistíamos à emergência de cidadãos que se colocam em frente dos destinos das autarquias e alavancam partidos, aliás, se filiam à eles apenas para poder ter apoio na respectiva assembleia municipal. São exemplo disso Daviz Simango, na Beira, que primeiro concorreu como independente e só depois criou o seu próprio partido. Manuel de Araújo em Quelimane seguiu o mesmo exemplo e depois filiou-se ao MDM. O falecido Mahamudo Amurane, em Nampula, tencionava desvincular-se do MDM para fundar o seu próprio partido. Como podemos ver, esta proposta não apenas lesa o MDM, mas também inibe a iniciativa singular de cidadãos particulares se lançaram na vida política sem estarem atrelados aos partidos.

3.3. Órgãos Distritais

O comunitário do PR apresenta uma outra disposição inovadora, que tem a ver com os administradores distritais, que passam da actual fórmula de nomeação do ministro que superintende a área de administração estatal. No novo modelo a ser aprovado nesta revisão constitucional, os administradores distritais passam a ser nomeados pelo mesmo ministro, mediante a indicação do partido que tiver maioria dos votos na Assembleia Distrital. O mesmo deve antes candidatar-se como membro da Assembleia Distrital para merecer a nomeação.

Dois elementos aqui precisamos referir: i) há criação de novos empregos, a partir do momento em que se constituem assembleias distritais que nos actuais modelos não temos; ii) temos uma melhoria na gestão dos distritos pois os órgãos de administração passarão a ser sufragados, embora que não seja de forma directa.

Outro aspecto que é preciso salientar é que o modelo aperfeiçoa e alarga as possibilidades de empregabilidade dos membros da Frelimo e Renamo que já têm o seu histórico e percurso em distritos e em todo o país, e os mesmos argumentos apresentados no discurso sobre as autarquias, fundamenta a penalização do MDM.

Em suma, há que referir que estas inovações substanciais apresentadas em consenso pelas duas partes, resolvem em medida moderada os problemas de conflitos pós-eleitorais, mas que não definem ainda na completude as soluções dos problemas da nação, e a ideia sempre reivindicada pelo MDM de fazer parte do diálogo ganha sentido.

4. Áreas de Penumbra

Do que foi adiantado acima pode-se inferir que estas propostas, com o seus prós e contras, devem ser acarinhadas, uma vez que existe um bem preciosíssimo por sua trás: A PAZ. Estes acordos são condição necessária para uma paz efectiva no nosso país e, como tal, é necessário que todas as questões estejam preconizadas e esclarecidas para que não haja espaço de conflitos que ameçam a paz estabilidade política e social.

Das questões que precisam ser devidamente acauteladas, três parecem de extrema importância, nomeadamente: a questão fiscal, o âmbito de actuação dos governadores provinciais em relação aos administradores distritais e clarificação das competências do secretário de Estado.

Em relação à questão fiscal, é sabido que não se governa sem recursos. Sendo assim, necessário que fique bem claro qual parte do bolo ficará para as províncias e que mecanismos terão os governos provinciais para possuírem recursos: se será por meio de transferências do nível central, ou por própria arrecadação. De uma ou de outra forma, é necessário conceber e esclarecer critérios de alocação de recursos para cada província, uma vez que a província de Nampula é diferente de Província de Maputo em termos de densidade populacional, nível de arrecadação de receitas, desenvolvimento económico, infra-estruturas etc.

Na actuação dos governadores provinciais em relação aos administradores distritais, é necessário que se clarifique onde irão implementar os governadores os seus programas, sabendo que as

províncias são organizadas em distritos e os distritos possuirão a sua própria organização e os seus próprios programas de governação. Em caso de distritos governados por partidos, coligações e grupos de amigos diferentes dos do governador provincial quais serão os mecanismos de articulação e coordenação governativa. Do mesmo modo, é importante clarificar quais áreas serão do domínio e da intervenção do governo provincial e quais serão do domínio do governo distrital.

É importante ainda clarificar as competências dos secretários de Estado nas províncias para que estes não funcionem como sombra dos governadores, principalmente nas províncias que serão governadas pela oposição. É importante que se evite o tipo de conflitos gerados, por exemplo, pela existência de administradores nos municípios, cuja actuação é desconfiada pelas edis provenientes da oposição.

E ainda neste âmbito dos possíveis conflitos, apenas uma curiosidade: como ficará o caso da Cidade de Maputo? É sabido que ela tem estatuto de província (aliás nos moldes actuais tem um governador), entretanto, o seu espaço coincide com o da autarquia. Terá também uma assembleia municipal e um governador eleito pela respectiva assembleia? Os distritos municipais, terão também uma assembleia e um administrador?

Considerações Finais

O comunicado do Presidente da República sobre os consensos alcançados no diálogo directo com o Presidente da Renamo – segunda maior força político-partidária no país, são uma autêntica luz de esperança para as populações que têm vindo desde a experiência eleitoral de 1994 a serem nómadas logo depois do sufrágio.

O comunicado refere que os consensos alcançados serão submetidos para a revisão pontual da Constituição na Assembleia da República, e que as inovações com relação às autarquias entram em vigor logo no sufrágio de Outubro de 2018, sobre as províncias em 2019 e sobre os distritos serão implementados a partir de 2024. O que substancialmente pode significar uma preparação já acima do calendário por parte dos partidos

que vão à eleições autárquicas em Outubro de 2018. Quanto aos distritos, faz sentido que o Estado se prepare para a eleição dos administradores e instalação das Assembleias Distritais, que em princípio vão movimentar avultadas somas de dinheiro para a construção de infra-estruturas, alocação de recursos para o funcionamento, quadro de pessoal, etc. São novos postos de trabalho a serem criados e a logística é maior.

Os modelos ora referenciados têm a sua vantagem porque já permitem ao eleitor sufragar o seu administrador distrital e governador provincial ainda que de forma indirecta. Em termos económicos, a eleição via parlamentar já privilegia poucos gastos, pois não serão necessárias novas eleições sempre que se verificar incapacidade permanente dos administradores autárquicos, distriatais e e provinciais.

Este modelo de descentralização e eleição directa dos administradores a nível local, obriga a desconcentração do poder decisório, e a uma reforma da legislação fiscal, pois as instituições já descentralizadas, precisarão de fundos para o seu funcionamento, e tal só pode ser viável por via da colecta de impostos localmente. Por um lado temos a emergência de transferência do know-how da capital para as províncias e distritos, e por outro lado temos a emergência de delegar poderes aos órgão locais do poder para legislar sobre a fiscalidade, fazer os seus programas de governação e desenvolvimento.

Espera-se que o modelo proposto impulse à velocidade o desenvolvimento dos distritos e províncias, que em tempos se sentiram excluídos do plano do desenvolvimento enquanto os programas de desenvolvimento das províncias fossem derivados do governo central. É importante também chamar atenção ao problema dos conflitos entre as lideranças dentro das mesmas províncias que provavelmente venham a ser de partidos diferentes, sobretudo nas províncias do centro e norte do país, onde espera-se que a Renamo, e com raridade o MDM consigam mais distritos e províncias para eleger seus governadores.

Quanto ao sul do país, é quase que certa até ao momento a hipótese de que a Frelimo poderá governar todas as três províncias e seus distritos, uma vez ser o seu bastião até agora. No centro e norte do país, espera-se

que se firmem acordos entre os partidos para a eleição dos governadores e administradores, se a lei exigir a maioria absoluta (50% + 1%), pois não constiurá surpresa que em alguns pontos nenhum partido chegue a maioria absoluta.

Este modelo é feliz na medida em que permite as comunidades locais sufragarem os seus dirigentes, mas questiona-se se será efectivamente feliz na resolução dos conflitos dos resultados, uma vez que as manobras de roubo de voto dizem-se diversificadas.

Mesmo assim, existem margens de penumbras que precisam ser devidamente acauteladas para que esta proposta tenha consistência e robustez necessária, para que os conflitos sejam minimizados e não se volte ao confronto militar.

Por fim, esperamos que Assembleia da República chancela estes acordos, e reveja a transferência de poderes do central para o local. O ano 2018 em Moçambique será de muitas reformas legislativas (sobretudo as ligadas às matérias eleitorais), o que exige maior anfico por parte dos parlamentares.

Referências Bibliográficas

ABRUCIO, F. L.. **Para Além da Descentralização: os desafios da coordenação federativa no Brasil**. In: FLEURY, S. Democracia, Descentralização e Desenvolvimento. Brasil & Espanha. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

ARAÚJO, N. E. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

Lei n. 2/97 de 18 de Fevereiro – Lei de Base das Autarquias Locais.

Lei n. 13/92 de 14 de Outubro – Acordo Geral de Paz.

MACAMO, E. **Cultura política e cidadania em Moçambique: uma reflexão conflituosa**. In Desafios para Moçambique 2014. Maputo: IESE, 2014.

Presidente Filipe Jacinto Nyusi. **Declaração de Imprensa de 07 de Fevereiro de 2018**. Maputo: Presidência da República, 2018.

República de Moçambique. **Constituição da República de Moçambique**. Maputo, 2004.

TENÓRIO, F. G.; ROZENBERG, J. E. **Metodologias participativas em acção**. Cadernos Gestão Pública e Cidadania, v. 7, junho, 1997.

Nota:

[1]Primeiramente foram denominados *Rebeldes*, pois não se sabia ao certo com quem se combatia uma guerra civil.

JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS: ESPERANÇA DE JUSTIÇA MAIS CÉLERE

ALISSON BRUNO BARBIERI LEITE: 1
Graduando do 9º semestre em direito,
Universidade Brasil de Fernandópolis, SP -
UBF.

Ademir Gasques Sanches

(Orientador)[1]

Resumo: Iremos discutir a real aplicabilidade dos Juizados Especiais e se suas sanções são correspondentes aos atos ilícitos, além de sua real vantagem e velocidade em sua parte prática para solucionar litígios de pequeno potencial ofensivo, destarte a sobrecarga do judiciário.

Palavras-chave: Juizados Especiais, aplicabilidade, esperança.

Abstract :We will discuss a real application of the Special Courts and if their penalties are corresponding to the wrongful acts, in addition to their truth and speed in their practical part to solve small offensive potential litigation, clear an overload of the judiciary.

Keywords: special courts, applicability, hope.

SUMÁRIO: 1- INTRODUÇÃO. 2 - desenvolvimento (justificativa). 2.1 - Local do julgamento do delito. 2.2 - Intimação do réu: 2.3 - Audiência preliminar. 2.4 Ausências das partes na Audiência Preliminar. 2.5- O conciliador. 2.6 Suspensão Condicional do Processo. 3- CONCLUSÃO. 4- bibliografia.

1- INTRODUÇÃO

Ao longo de nossa história, sempre foi comentado que, em uma sociedade existiam leis para regular o comportamento das pessoas e, caso

esta conduta fosse ínfimo ao estabelecido na norma, o agente sofreria uma sanção, sendo esta maior ou menor, dependendo da conduta praticada.

E atualmente a análise não é divergente, pois existe um código de normas penais estabelecendo a pena de uma pessoa que infringe o preceito legal, sendo maior ou menor, dependendo da conduta ilícita praticada, como o crime de roubo possui uma sanção mais branda em relação ao crime de homicídio.

Com isso em 1989, o até então deputado federal Michel Temer elaborou um projeto de lei que previa que as leis com menor potencial de penalidade teriam que ter um rito de julgamento mais ágil em relação aos processos de maior sanção. Estes casos que englobam estes processos de menor potencial é denominado de Juizados Especiais, que no início foi estabelecido somente a parte criminal pelo deputado federal Michel Temer, e um tempo depois foi estabelecido a área cível também, por Nelson Jobim.

Tendo isso como primórdio, foi criado em 26 de setembro de 1995 a lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Os Juizados Especiais Criminais foram criados para abranger apenas aqueles crimes que tem pena que não ultrapasse dois (02) anos, e ainda envolvendo as contravenções penais. Os artigos 60 e 61 desta lei relatam sobre a competência e o limite da pena máxima para que um crime ou a contravenção seja julgado por este método.

2 - desenvolvimento (justificativa)

Conforme o Art. 60 da sucinta lei:

O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo respeitado as regras de conexão e continência.

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

2.1 - Local do julgamento do delito

Quando acontecer de um delito, que será julgado pelo Juizado Especial Criminal, e for praticado por um agente que mora na cidade que é diferente do município de onde foi praticado o crime. Entretanto, responderá o agressor por um processo no Juizado da cidade de onde foi cometida a infração, e não no domicílio do réu.

Art. 63. A competência do Juizado será determinada pelo lugar em que foi praticada a infração penal.

Podemos usar como exemplo A, que reside na cidade de São Paulo, mas que está fazendo um passeio em Florianópolis. Passando pela rua, vê uma B ferido em uma rua, mas acaba se omitindo ao socorro. B acaba indo a delegacia e abrindo inquérito contra A. A já voltou para São Paulo, mas mesmo assim vai responder ao processo de omissão de socorro em face de B na cidade de Florianópolis, pois a pessoa responde por um crime no local onde foi realizada a conduta ilícita.

2.2 - Intimação do réu:

A forma de intimação do autor do fato e da vítima acontece do mesmo modo que acontece nas ações penais, ou seja, será feita a intimação da parte através de intimação (quando a parte residir na mesma cidade de onde ocorreu o delito), carta precatória (quando a parte residir em cidade diferente da que foi praticada o crime), ou por qualquer meio que seja necessário para que cientifique a parte sobre determinado ato relevante no processo. O artigo 67 fala sobre as formas de contatar o réu:

Quando acontecer do juiz, em uma audiência, deixar ciente para as partes presentes, inclusive seus respectivos advogados, explícitos na assentada do ato solene, algum outro ato que será realizado diante

daqueles autos, não precisará expedir mandados de intimação, cartas precatórias, ou outro meio para a informação das partes referente aquela ação.

Quando o delegado marcar a data da audiência preliminar na delegacia, as partes desta ação já estão cientes da audiência que irá ser realizada no juízo competente, e não será necessário que o cartório criminal cumpra as diligências da audiência preliminar.

Art. 67. A intimação far-se-á por correspondência, com aviso de recebimento pessoal ou, tratando-se de pessoa jurídica ou firma individual, mediante entrega ao encarregado da recepção, que será obrigatoriamente identificado, ou, sendo necessário, por oficial de justiça, independentemente de mandado ou carta precatória, ou ainda por qualquer meio idôneo de comunicação.

Parágrafo único. Dos atos praticados em audiência considerar-se-ão desde logo cientes as partes, os interessados e defensores.

2.3 - Audiência preliminar

Quando foi iniciada a fase de Termo Circunstanciado, quando ambas as partes já prestaram depoimento sobre o delito, o delegado manda este Inquérito, transformado em Termo Circunstanciado para o fórum, onde será realizada a chamada audiência preliminar.

Este tipo de audiência, na maioria dos casos, é determinado pelo próprio delegado, e não pelo juiz competente naquele Juizado.

Neste caso, as partes desta ação já estão cientes da audiência que irá ser realizada, e não será necessário que o cartório criminal cumpra as diligências da audiência preliminar.

Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários.

No Juizado Especial Criminal, existem alguns termos que podem ser reforçados, como os autos que, a Ação Penal é chamada de processo, no Juizado são chamados de Termo Circunstanciado; o agressor é chamado de autor do fato, e a pessoa que sofreu a agressão fica no polo denominada vítima.

2.4 Ausências das partes na Audiência Preliminar

Pode acontecer de uma das partes, ou até ambas as partes não comparecerem à audiência por algum motivo, sendo ele particular ou por força maior, e acontecer deste Termo Circunstanciado ser designada para um outro dia.

Quando isso acontece, as partes têm que ser devidamente intimadas para a próxima audiência que se fará realizar. O artigo 70 e 71 desta lei tratam sobre este caso:

Art. 70. Comparecendo o autor do fato e a vítima, e não sendo possível a realização imediata da audiência preliminar, será designada data próxima, da qual ambos sairão cientes.

Art. 71. Na falta do comparecimento de qualquer dos envolvidos, a Secretaria providenciará sua intimação e, se for o caso, a do responsável civil, na forma dos arts. 67 e 68 desta Lei.

Princípio da presunção de inocência e os “Júris tantum”:

Quando uma pessoa, supostamente acusada, é citada para audiência preliminar, ela é considerada inocente por aquele delito, pois ainda não foi proferida a sentença condenatória. Mas a pessoa aceitando o acordo de transação penal acaba assumindo o delito, e assim tendo que cumprir uma medida imposta pelo juiz, de prestação de serviços a comunidade.

A transação penal proposta pelo promotor ainda é a melhor solução para o réu, pois a lei diz que todo acusado que aceita este acordo fica isento de antecedentes criminais. Mas, por aceitar aquele acordo, o

processo não pode mais seguir para o Tribunal de Justiça para recorrer do acordo.

A expressão latina “jûris tantum” significa que a pessoa possuía um direito que está presumindo alguma coisa, mas que pode ainda ser feito de forma contrária, como o caso da presunção de inocência, que fala que a pessoa somente é considerada culpada depois da sentença condenatória, mas o autor do fato assumiu o crime antes mesmo desta sentença condenatória aceitando a proposta do promotor de transação penal.

2.5- O conciliador

A conciliação entre os litigantes será feita por um juiz titular do Juizado, ou ainda por um Conciliador. O conciliador é uma pessoa nomeada perante o juiz, que deve possuir conhecimento mesmo que pequeno perante as normas, mas dispensa-se precisa ter o curso superior em Direito (Bacharel).

Esse Conciliador é classificado, dentre os entes atuantes no judiciário, como auxiliar da Justiça, assim como os Oficiais de Justiça e Comissários de Menor. A atuação deste Conciliador está expressa no artigo 73, juntamente com seu parágrafo único:

Art. 73. A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação.

Parágrafo único. Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferentemente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.

2.6 Suspensão Condicional do Processo

Pra que um processo seja suspenso, deve-se cumprir alguns requisitos, como a pena mínima prevista para o crime seja igual ou inferior a um ano, e para que a suspensão ocorra, o crime pode ser ou não do

Juizado Especial Criminal. Ex: crime de furto, que não é do Juizado Especial Criminal. Tem casos que não podem ter Transação Penal (acontece somente no Juizado Especial Criminal), mas haverá a Suspensão Condicional do Processo (que acontece no Juizado Especial Criminal, e ainda nas Ações Penais).

Mais um requisito para que o processo seja suspenso é o acusado não poder está sendo processado. Não fala qual tipo de processo que é, mas ele não pode está sendo processado criminalmente.

Nem contravenção entra neste requisito. Não pode também ter sido condenado por outro crime, pois uma pessoa que comete um crime com 50 anos de idade, mas quando o promotor vai analisar os requisitos, não pode suspender o processo por que aos 20 anos de idade ele já tinha cometido um delito, e com isso não poderá suspender o processo, mas existem entendimentos jurisprudenciais que explicam que pode suspender o processo pelo fato de seus antecedentes dizerem que não há mais processo.

Essa suspensão acontece logo após a denúncia feita pelo promotor. O juiz vai passar algumas condições para que o acusado cumpra. O processo só é extinto neste esquema de suspensão condicional quando a pessoa cumpra todas as condições impostas na audiência.

3- CONCLUSÃO

Diante o exposto, podemos analisar que a agilidade do judiciário em relação aos trâmites dos processos é bastante precária e a quantidade de funcionários para a abundância de processos que surgem para o Estado mediar é pequena.

Então é necessário mais ajustes, e leis mais eficazes para sanar toda a necessidade que o judiciário precisa para de sobrecarregá-lo, diante da quantidade absurda de ações que todos os dias surgem.

Não podemos deixar de observar que de fato, os juizados especiais estão sempre marcando presença na vida de nossa população já que sua própria existência se justifica.

E pela sua modernidade de atuação e claro pela vantajosa qualidade de serviço e também pelo interesse de seus dirigentes ela se torna cada vez mais rápida.

Não se trata da primeira vez que o jurista tentou encontrar uma forma de buscar a Justiça de forma mais célere e ágil, já que em meados de 1982, foi implantado os conhecidos conselhos de conciliação e arbitragem que tentavam resolver estes mesmos pequenos litígios, mas não se mostrou tão funcional como os atuais juizados especiais.

Os Juizados Especiais Criminais então representam a formulação de um conceito de prestação jurisdicional que carrega em seu principal objetivo o teor da Justiça Restaurativa. Os litígios de menor potencial ofensivo são assinalados como parte do âmbito de consenso, sempre representando uma solução célere para o conflito de interesses.

Com isso, a criação da Lei 9099/95, que regula os Juizados Especiais Criminais, foi de grande relevância para o andamento dos processos, que assim os autos acabam tramitando com mais rapidez, e ainda atingindo seu objetivo primordial, que é a efetivação da justiça.

Porém, temos que analisar ainda que não somente a Lei dos Juizados Especiais irão acabar com o tumulto de processos, muito menos com o atraso existente em relação aos processos, que para dar conta da demanda destas ações é necessário ainda que aumente a estrutura dos locais de trabalhos, e que aumente ainda a quantidade de pessoas que estejam aptas a estar prestando aquele serviço.

4- bibliografia

BREU, Pedro Manoel. **Juizados Especiais** – Uma experiência brasileira de acesso à justiça. Disponível

em:< http://tjsc25.tj.sc.gov.br/academia/arquivos/juizado_espe_experiencia_pedro_abreu.pdf > Acesso em: 11 fev. 2018.

MIRANDA, Alessandra Nóbrega Moura; PETRILHO, Márcio Roncalli de Almeida; OLIVEIRA FILHO, Wanderley Rebello. **Origens históricas dos Juizados Especiais de Pequenas Causas e sua problemática atual** – a experiência americana, europeia, japonesa e brasileira e os desafios globais. Disponível

em:<http://www.estacio.br/site/juizados_especiais/artigos/artigofinal_grupo_1.pdf> p. 18. Acesso em: 14 fev. 2018.

PINTO, Oriana Piske de Azevedo Magalhães. **Abordagem Histórica e Jurídica dos Juizados de Pequenas Causas aos atuais Juizados Especiais Cíveis e Criminais Brasileiros**. Disponível em: <http://www.tjdft.jus.br/trib/imp/imp_artigo.asp?Codigo=10061>. Acesso em: 18 fev. 2018.

Notas:

[1] Mestre e docente da Universidade Brasil de Fernandópolis, SP – UBF

REFLEXÕES ACERCA DO DIREITO À PRIVACIDADE SOB UMA PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA E PSICOLÓGICA NO DIREITO BRASILEIRO

FLÂMILA MACHADO DE CARVALHO: Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

Resumo : O presente artigo busca analisar alguns impactos da Psicologia e da Sociologia no Direito, e como a interseção nestas áreas do conhecimento podem ser úteis na atuação jurisdicional do Estado, em especial no que tange ao direito à privacidade. Existem diferentes mecanismos e institutos normativos no ordenamento jurídico brasileiro que tentam conferir uma proteção à referido direito fundamental, todavia a proteção almejada não tem sido realmente eficaz, na medida em que os avanços tecnológicos ocorrem em alta velocidade e o arcabouço legislativo nem sempre consegue acompanhar de forma satisfatória essas mudanças. Os impactos das novas ferramentas de interação social na Era Digital vêm transformando o comportamento do ser humano, o que reflete diretamente nas relações jurídicas.

Palavras-chave: Privacidade. Psicologia. Sociologia. Redes Sociais.

Sumário: Introdução. 1 A Psicologia e a Sociologia na atuação jurisdicional do Estado. 2 As diferenças entre esfera pública e esfera privada. 3 Aspectos sociológicos e psicológicos sobre o direito à privacidade. 4 Considerações Finais. 5 Referências.

Introdução

O termo *privacidade* pode ser entendido como o direito que cada indivíduo possui de manter sob o seu controle o conjunto de informações concernentes à sua vida, podendo decidir quando e onde essas informações poderão ser disponibilizadas publicamente, assim como decidir quem poderá acessá-las e usá-las. Esse conjunto de informações é composto, principalmente, por elementos subjetivos, como as relações familiares e afetivas, os segredos, os pensamentos, os hábitos, etc.

O direito à privacidade é protegido juridicamente de diferentes formas no âmbito internacional. No Brasil, referido direito está consagrado no rol dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, mais especificamente na parte que lista os direitos e garantias individuais, no seu artigo 5º, inciso X. Subdivide-se, por sua vez, em direito à intimidade, vida privada, honra e imagem. Trata-se também de verdadeiro direito da personalidade, pois é inerente à pessoa humana e possui caráter majoritariamente subjetivo, consagrado pelos artigos 20 e 21 do Código Civil Brasileiro de 2002. Verifica-se ainda a existência de tipos legais no Código Penal Brasileiro que visam a punição de condutas criminosas que atentem à privacidade de outrem, nos seus artigos 153, 154, 154-A e 325. Ainda permanecendo na legislação infraconstitucional, a privacidade é tutelada também no Código Tributário ao tratar sobre o sigilo fiscal. A Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) e o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) também trazem em seu bojo uma preocupação com a privacidade dos indivíduos.

Em virtude do caráter subjetivo inerente ao instituto da privacidade, destaca-se uma premente necessidade da realização de uma análise mais voltada às searas da Psicologia e da Sociologia, não apenas para melhor entender o comportamento dos seres humanos, mas também com a finalidade de se buscar a conferir à violação da privacidade a melhor tutela jurídica, na medida em que este direito vem sofrendo uma série de transformações com o passar dos anos. O avanço da tecnologia é um dos principais fatores responsáveis por tais mudanças. As novas delineações do direito à privacidade, de uma forma ou de outra, sempre estiveram interligadas ao desenvolvimento científico e tecnológico. A compreensão de aspectos sociológicos e psicológicos costumam ser ignorados pelos operadores do Direito, todavia constituem elementos muito relevantes para uma adequada solução dos mais variados conflitos inerentes às relações sociais.

1 A Psicologia e a Sociologia na atuação jurisdicional do Estado

A Psicologia e a Sociologia são ciências que têm sido de grande valia na seara do Direito. Essa importância se consubstanciou na criação de ramos de estudo denominados Psicologia Jurídica e Sociologia Jurídica,

que oferecem importantes ferramentas no amadurecimento da aplicação do Direito e ajudam no desenvolvimento de um olhar diverso acerca do indivíduo. Afinal, o Direito tem como principal objetivo a pacificação de conflitos entre indivíduos integrantes de um grupo. A sociedade nada mais é do que uma espécie de grupo. Desse modo, a aplicação do Direito exige uma compreensão mínima de aspectos psicológicos (para uma melhor compreensão do indivíduo) e aspectos sociológicos (para uma melhor compreensão da sociedade).

A Psicologia Jurídica é o ramo da Psicologia que põe à disposição dos magistrados ferramentas que vão assessorá-los com aspectos relevantes em determinadas ações judiciais, colacionando aos autos uma realidade psicológica dos agentes envolvidos. Esses aspectos transcendem a letra da lei, pois constituem uma análise aprofundada do contexto em que as pessoas que buscam o Judiciário estão inseridas. (MOURA, 2014, p. 22)

Segundo Miranda Júnior (1998, p. 29), o primeiro trabalho em conjunto da Psicologia com a Justiça se deu no campo da Psicopatologia:

A primeira demanda que se fez à Psicologia em nome da justiça ocorreu no campo da psicopatologia. O diagnóstico psicológico servia para classificar e controlar os indivíduos. Os psicólogos eram chamados a fornecerem um parecer técnico (pericial), em que através do uso não crítico dos instrumentos e técnicas de avaliação psicológica emitiam um laudo informando à instituição judiciária, via seus representantes, um mapa subjetivo do sujeito diagnosticado.

Nos dias de hoje, o Estatuto da Criança e do Adolescente, por exemplo, prevê, em seus artigos 150 e 151, a atuação de uma equipe interprofissional que tem a finalidade de trabalhar em conjunto com o juiz, sendo de fundamental relevância a existência de um psicólogo em referida equipe.

O critério biopsicológico adotado no Direito penal para a determinação da inimputabilidade por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto também é um exemplo muito conhecido da aplicação da Psicologia no Direito. Não basta apenas a constatação de um quadro clínico de doença mental, é necessário também que o agente, em razão da doença, seja inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Por outro lado, a Sociologia Jurídica é um ramo de estudo que busca entender como se constroem as relações entre a sociedade e o Direito, a fim de melhor assimilar as interações, ligações e demais elos que ligam os indivíduos entre si, os indivíduos aos grupos, os grupos entre si e estes com a sociedade como um todo. (SILVA, 2012, p. 18-19)

As redes sociais são bons exemplos dessas interações entre os indivíduos. Embora a Internet não seja uma área de fácil controle, haja vista a velocidade de propagação de informações, ela vem sendo um tema de constantes e importantes debates na seara do Direito. Quando se aborda o tema *redes sociais*, é indissociável a ele a questão do direito à privacidade. Como tutelar a privacidade de um indivíduo em um ambiente majoritariamente público?

2 As diferenças entre esfera pública e esfera privada

A necessidade de estabelecer um conceito mais delimitado para os termos “público” e “privado” surgiu do forte sentimento político-social característico dos povos gregos, cujo entendimento era o de que a organização político-social da sociedade deveria estar dissociada da organização familiar do indivíduo. Há ainda a chamada *esfera social*, que seria uma espécie de interseção entre a esfera pública e a esfera privada, segundo Arendt (2007, p. 37):

A distinção entre uma esfera de vida privada e uma esfera de vida pública corresponde à existência das esferas da família e da política como entidades diferentes e separadas, pelo menos desde o surgimento da antiga cidade-estado; mas a ascendência da

esfera social, que não era nem privada nem pública no sentido estrito do termo, é um fenômeno relativamente novo, cuja origem coincidiu com o surgimento da era moderna e que encontrou sua forma política no estado nacional.

Seguindo a mesma lógica de Arendt, Ferraz Júnior (2003, p. 135) busca traçar uma diferenciação entre o direito público e o direito privado com base na distinção entre a esfera pública e a esfera privada. A esfera pública é representada pela sociedade, enquanto a esfera privada é representada pelo indivíduo. Cabe ao Estado buscar uma conformação entre as duas esferas aqui citadas a fim de que se atinja o denominado “estado social”. Apenas dessa forma é que se torna possível uma conciliação entre o público e o privado, propiciando a convivência entre os indivíduos em sociedade. Com isso, o papel do Estado, consubstanciado na sua atuação jurisdicional, é de fundamental importância na tentativa de resguardar o direito público e o direito privado, efetivando assim o Estado Democrático de Direito:

Juridicamente, o Estado, um verdadeiro organismo (burocrático) de funções, um ente abstrato, produto do agir político transformado em fazer, guarda perante os indivíduos uma relação de comando supremo: soberania. O direito, explicado pela soberania, torna-se comando, relação de autoridade no sentido de *poder*. A distinção entre o poder soberano e sua esfera e o poder dos indivíduos em suas relações marca, assim, a distinção entre a esfera pública e a privada e, por conseguinte, entre direito público e privado.

Em qualquer abordagem acerca do direito à privacidade é indissociável, portanto, a necessidade de fazer-se uma análise do binômio público/privado, tendo em vista o conteúdo histórico que esta relação carrega.

Ao longo dos anos, a dicotomia entre o direito à privacidade (direito individual) e o interesse público (direito da coletividade) tem causado conflitos de diferentes naturezas no âmbito jurídico, dificultando a atuação jurisdicional do Estado, haja vista que não constitui tarefa fácil buscar uma aplicação do Direito que possa conciliar os dois lados. O Supremo Tribunal Federal e os demais tribunais do país já tiveram a oportunidade de enfrentar a matéria. Entre os casos mais corriqueiros estão questões atinentes à publicidade na Administração Pública, vida privada de pessoas públicas e também temas relacionados à vigilância nos locais públicos. As dificuldades de se buscar uma atuação jurisdicional em consonância com o direito individual e o direito da sociedade/coletividade podem ser verificadas nas esferas constitucional, criminal, cível e, até mesmo, em uma vertente mais sociológica ou psicológica.

3 Aspectos sociológicos e psicológicos sobre o direito à privacidade

Em uma perspectiva sociológica, interessantes são as colocações de Bauman (2011, p. 31), que aborda em sua obra a necessidade da sociedade contemporânea em expor a vida privada, nos levando a refletir até que ponto o direito à privacidade merece proteção a partir do momento em que o titular deste direito “abdica” dele:

Numa surpreendente inversão dos hábitos dos nossos ancestrais perdemos de certa forma boa parte da coragem, energia e vontade para persistir na defesa da “esfera do privado”. Nos nossos dias, não é tanto a possibilidade de traição ou violação da privacidade que nos assusta, mas seu oposto: fechar todas as saídas do mundo privado, fazer dele uma prisão, uma cela solitária ou uma masmorra do tipo em que antigamente desapareciam as pessoas que perdiam as boas graças do soberano, abandonadas no vácuo da despreocupação e do esquecimento públicos – o dono desse “espaço

privado” é condenado a sofrer para sempre as consequências de suas ações.

A falta de ouvintes ansiosos para arrancar à força nossos segredos – ou rasgá-los e surrupiá-los de dentro das muralhas da privacidade, para exibí-los publicamente como propriedade de todos, e incentivar as pessoas a desejar compartilhá-los – talvez seja o maior pesadelo para nossos contemporâneos. “Ser uma celebridade” (quer dizer, estar constantemente exposto aos olhos do público, sem ter necessidade nem direito ao sigilo privado) é hoje o modelo de sucesso mais difundido e mais popular.

Antes mesmo de Bauman, sociólogo da contemporaneidade, a exposição da vida privada na era da tecnologia já vinha sendo objeto de críticas, quando a Internet ainda não era muito acessível. O comportamento do ser humano começava a sofrer transformações perceptíveis por volta da década de 1970, já anunciando o provável aparecimento de distúrbios de natureza psicológica. A ideia de ser espionado causa atração no ser humano, ele sente que tem alguma importância no mundo. A vida privada e a solidão são consideradas sinais de excentricidade, e não apenas uma mera escolha de vida do indivíduo. (COSTA JÚNIOR, 1970, p. 16)

Essa exposição da privacidade é diretamente influenciada também pela sociedade de consumo e pelos meios de comunicação, que buscam mostrar qual padrão de vida é o ideal, qual tipo de vida você deve levar para ser considerada uma pessoa interessante aos olhos da sociedade. Todavia, há um interesse econômico por trás da propagação desse estilo de vida. Os meios de comunicação e as redes sociais são mantidos através da publicidade, condicionando os indivíduos ao consumo de determinado produto ou serviço em troca de uma vida invejável, que certamente garantirá “curtidas” e um sentimento de aceitação social.

A psicologia é capaz de explicar a atração que as redes sociais exercem sobre os indivíduos, fazendo com que estes, em algumas situações, fujam do parâmetro saudável de exposição da vida privada e negligenciem as políticas de privacidade oferecidas pelas próprias redes sociais.

O “sistema de curtidas” pode ser explicado por meio do chamado *condicionamento operante*, concebido por um psicólogo americano chamado Burrhus Frederic Skinner, no qual a repetição ou não de uma ação está condicionada às repercussões ou consequências desta, ou seja, a obtenção de um certo número de curtidas em uma publicação na rede social será determinante para que você queira postar cada vez mais, pois as curtidas proporcionam um sentimento agradável de aceitação. (EPAMINONDAS, 2008, *online*)

O comportamento humano é moldado após a observação das consequências de uma ação (curtidas), tendo em vista a necessidade de aceitação social inerente à natureza humana, como já ressaltado anteriormente.

Em virtude de uma recorrente violação do direito à privacidade e os variados danos causados na vida das pessoas, necessária se fez, ao longo do tempo, a criação de institutos jurídicos que pudessem propiciar uma forma de punir condutas que atentassem contra a privacidade, na medida em os danos provocados podem ser de difícil reparação à integridade psíquica do indivíduo. O número crescente de pessoas com problemas de depressão, ansiedade, dentre outros transtornos, não é uma mera coincidência com o advento e o crescimento das redes sociais na vida do homem contemporâneo.

4 Considerações Finais

Entende-se que a conciliação entre o público/privado precisa ser feita com a consideração de que o interesse público possui grande relevância para a efetividade da democracia, contudo não pode ser usado como uma espécie de justificativa para a restrição de direitos individuais. Destaca-se aqui o direito fundamental à privacidade, que tem sofrido fortes

relativizações na sociedade contemporânea e, considerando a atual dinâmica social, ainda sofrerá mudanças em seus contornos em virtude da Era Digital e suas ferramentas de interação social, tais como as redes sociais. Os Tribunais já enfrentaram e possivelmente ainda enfrentarão temas relacionados à relativização da privacidade e suas consequências, não apenas como uma questão puramente jurídica, mas também como uma questão de saúde pública. Apenas o futuro poderá nos mostrar o real impacto da mitigação deste direito de grande importância na vida do ser humano e fundamental para sua integridade psíquica. O Direito precisa atuar em parceria com a Psicologia e a Sociologia a fim de que os operadores do direito possam melhor compreender a dinâmica social e pessoal do ser humano na sua vida privada, haja vista que, nos dias atuais, as questões jurídicas não podem ser resolvidas apenas com uma aplicação literal da lei ao caso concreto.

5 Referências

ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. **44 cartas do mundo líquido moderno**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1970. 116 p.

EPAMINONDAS, Felipe Rosa. **Skinner e a descoberta do condicionamento operante**. 2008. Disponível em: . Acesso em: 13 fev. 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRANDA, JR. H.C. **“Psicologia e Justiça — A Psicologia e as Práticas Judiciárias na construção do Ideal de Justiça”**. In: *Revista Psicologia Ciência e Profissão*, CFP, Brasília, 1998.

MOURA, Solange Ferreira de (Org.). **Livro Didático de Psicologia aplicada ao Direito**. Rio de Janeiro: Universidade Estácio de Sá, 2014. 128 p.

SILVA, Enio Waldir da. **Sociologia Jurídica**. Ijuí: Unijuí, 2012. 304 p.

A EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO DO STF A RESPEITO DO PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE (ART. 52, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL): ANÁLISE CRÍTICA

FERNANDA ROCHA RAMOS: graduada pela Universidade de Brasília (UnB) e pós-graduada em Direito e Jurisdição pela Escola da Magistratura do Distrito Federal (ESMA-DF).

Resumo: O objetivo deste trabalho consiste em analisar o real papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade após determinado preceito normativo ser declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão definitiva. Analisar-se-ão a extensão dos efeitos produzidos e as consequências de se adotar a concepção tradicional da atribuição do Senado Federal prevista no art. 52, inciso X, da Constituição Federal, ou uma releitura do referido dispositivo. Demonstrar-se-á que houve uma evolução do entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema, sobretudo tendo em vista a ocorrência de diversas inovações nas ordens constitucional e processual, como o advento da súmula vinculante, da repercussão geral e de alguns dispositivos do novo Código de Processo Civil relacionados ao microsistema de precedentes obrigatórios. Ao final, será exposta uma análise crítica em relação ao atual entendimento do Pretório Excelso.

Palavras-chaves: Controle de constitucionalidade difuso. Função do Senado Federal. Art. 52, inciso X, da CF. Jurisprudência do STF. Evolução. Críticas.

Sumário. 1. Breve contextualização: modelo de controle de constitucionalidade adotado no sistema brasileiro. 2. Principais correntes acerca da interpretação do art. 52, inciso X, da Constituição Federal: análise extraída da Reclamação 4.335/AC. 2.1 Corrente favorável à mutação constitucional. 2.2. Corrente tradicional quanto à interpretação do art. 52, inciso X, da Constituição Federal. 3. Entendimento atual do STF exarado no julgamento das ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ. 4. Críticas ao novo entendimento do STF. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Breve contextualização: modelo de controle de constitucionalidade adotado no sistema brasileiro

Atualmente, o Brasil adota o sistema híbrido de controle de constitucionalidade, o que significa dizer que os sistemas difuso e concentrado convivem de forma harmônica em nosso ordenamento. Com efeito, ao mesmo tempo em que a análise da compatibilidade de leis e atos normativos é feita incidentalmente por todos os magistrados brasileiros, inclusive pelos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), como prejudicial para o ingresso no exame do pedido principal formulado em um determinado caso concreto, o STF também possui competência exclusiva para apreciar a constitucionalidade, em tese, de leis ou atos normativos em face da Constituição Federal.

No controle concentrado, de influência austríaca, a constitucionalidade de atos normativos é analisada por meio de ações abstratas, ajuizadas diretamente perante o Tribunal de cúpula (no caso brasileiro, o STF). Não há necessidade real de solução relacionada a um caso concreto, nem de participação do Senado Federal, pois a eficácia produzida pela decisão do STF já é *erga omnes*. Os efeitos gerados são, em regra, retroativos (*ex tunc*), além de vinculantes para os demais órgãos do Poder Judiciário e para a Administração Pública.

Já o controle difuso, de origem norte-americana, embora também produza, em regra, efeitos *ex tunc* (retroativos), sempre fora caracterizado por gerar eficácia *inter partes* (somente entre as partes), não havendo efeitos vinculantes para a Administração Pública e para os demais órgãos do Poder Judiciário. Para que as decisões definitivas do STF sobre inconstitucionalidade proferidas em sede de controle difuso pudessem ter efeitos gerais, coadunando-se com o princípio da celeridade, o constituinte, já na Carta de 1934, previu a possibilidade de o Senado Federal atribuir efeitos *erga omnes* às referidas decisões.

Nesse sentido, estabeleceu-se que incumbiria ao Senado suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF, dispositivo que foi reproduzido praticamente em

todas as constituições posteriores, inclusive na atual Carta, conforme se extrai de seu art. 52, inciso X.

Por outro lado, importa notar que, durante a vigência da Constituição de 1934, o controle concentrado era bastante tímido, o que motivou o legislador constituinte a prever a atuação do Senado para outorgar eficácia geral ao controle de constitucionalidade difuso. Assim, sob a égide da Carta de 1934, não havia dúvida a respeito da importância da participação do Senado com vistas a estender os efeitos das decisões do STF para além das partes no processo, impedindo que novos demandantes ingressassem no Judiciário requerendo a declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo já analisados incidentalmente pelo Pretório Excelso.

Entretanto, é natural que o real papel da Casa Legislativa seja questionado após a ocorrência de diversas inovações na ordem constitucional.

Com efeito, o controle concentrado experimentou visível ampliação na Constituição de 1988, pois, se antes apenas o Procurador-Geral da República tinha legitimidade para propor a chamada representação interventiva, atualmente todos os legitimados do art. 103 da Constituição podem ajuizar as ações objetivas. Ademais, em 2004, surgiu uma nova modalidade de súmula de jurisprudência, a saber, a de natureza vinculante, que ostenta patamar elevado de imperatividade, obrigando a Administração Pública e todos os demais juízes e tribunais a seguirem o seu conteúdo; no mesmo ano, houve o advento da chamada repercussão geral, que auxilia na uniformização de procedimentos e na racionalidade dos julgamentos do STF^[1].

Enfim, desde a Constituição Federal de 1934 – tida como exemplo de Carta que adotava o controle incidental de constitucionalidade – até o surgimento e a expansão do controle concentrado, bem como a previsão da súmula vinculante e da repercussão geral no ordenamento brasileiro, muito se discute a respeito da manutenção e do verdadeiro significado da atuação do Senado Federal no controle difuso, prevista no art. 52, inciso X, da Carta de 1988.

2. Principais correntes acerca da interpretação do art. 52, inciso X, da Constituição Federal: análise extraída da Reclamação 4.335/AC

2.1 Corrente favorável à mutação constitucional

A controvérsia acerca da releitura do art. 52, inciso X, da Constituição Federal ganhou grande relevo por ocasião do julgamento da Reclamação 4.335/AC. No caso, segundo a reclamante (Defensoria Pública do Estado do Acre), decisão do Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais da comarca de Rio Branco que denegara as progressões de regime para detentos condenados pela prática de crimes hediondos afrontava a decisão do STF proferida no Habeas Corpus 82.859, precedente emblemático no qual a Suprema Corte declarou inconstitucional a vedação abstrata à progressão de regime prevista no art. 2º, §1º, da Lei 8.072/90.

Durante o julgamento da Reclamação 4.335/AC, o STF teve a oportunidade de analisar se a declaração de inconstitucionalidade proferida incidentalmente pela Corte em decisão definitiva exarada no Habeas Corpus 82.859 já teria, por si só, eficácia *erga omnes*, ou se permaneceria necessária a participação do Senado prevista no art. 52, inciso X, da Constituição Federal.

Parcela minoritária dos ministros do STF entendeu que a atuação do Senado não mais se justificaria nos moldes em que foi concebida, haja vista a ocorrência da mutação constitucional^[2]. Nesse sentido, com a ampliação do controle concentrado e a sua predominância, o papel do Senado no controle difuso teria se tornado retrógrado, restringindo-se, na atualidade, a tornar pública a decisão do Supremo. A comunicação ao Senado do *decisum* proferido pelo STF em controle difuso teria, pois, o único objetivo de instigar a Casa Legislativa a dar publicidade à decisão.

Essa foi a tese capitaneada pelo ministro Gilmar Mendes, relator da citada Reclamação. Segundo o eminente ministro, o controle de constitucionalidade brasileiro, embora considerado híbrido, tenderia a concentrar-se na dimensão abstrata, e não mais na concreta, mormente pela ampliação do direito de propositura das ações objetivas. Nesse

contexto, o art. 52, inciso X, da Carta Maior teria se tornado obsoleto, já que a decisão do Supremo no controle difuso teria força normativa *de per se*.

A propósito, é oportuna a transcrição do seguinte excerto do voto do ilustre relator:

“A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal fique a depender de uma decisão do Senado Federal, introduzida entre nós com a Constituição de 1934 e preservada na Constituição de 1988, perdeu grande parte do seu significado com a introdução do controle abstrato de normas”^[3].

Mais adiante, em outro trecho, o relator aborda as características e a importância do sistema concentrado, bem como a sua prevalência em relação ao controle difuso após o advento da Constituição Federal de 1988:

“A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, fazem com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado. Assim, se continuamos a ter um modelo misto de controle de constitucionalidade, a ênfase passou a residir não mais no sistema difuso, mas no de perfil concentrado”^[4].

Em seu voto, o ministro Gilmar Mendes aborda diversas inovações que alteraram a relação existente entre os modelos difuso e concentrado, concluindo pela aproximação cada vez maior dos seus efeitos. Além da previsão da súmula vinculante e da repercussão geral, bem como da

introdução e da ampliação das ações abstratas, com destaque para o surgimento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, menciona-se o controle concentrado nas ações coletivas.

Com efeito, para o ministro, a declaração de inconstitucionalidade de determinada lei, proferida no bojo de uma ação civil pública ou de um mandado de segurança coletivo, produz efeitos *erga omnes* e não *inter partes*. Senão, vejamos:

“A aceitação das ações coletivas como instrumento de controle de constitucionalidade relativiza enormemente a diferença entre os processos de índole objetiva e os processos de caráter estritamente subjetivo. É que a decisão proferida na ação civil pública, no mandado de segurança coletivo e em outras ações de caráter coletivo não mais poderá ser considerada uma decisão *inter partes*”^[5].

Outrossim, a possibilidade de os tribunais superarem a cláusula da reserva de plenário quando o STF já tiver se manifestado a respeito da constitucionalidade de determinado ato normativo, ainda que em julgamento incidente, demonstra, na visão do ministro, a aproximação dos efeitos das decisões proferidas nos sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade. Deveras, havendo decisão do STF a respeito da constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, órgãos fracionários dos tribunais de segundo grau podem aplicar diretamente o entendimento da Corte Suprema, sem necessidade de aguardar a chegada da discussão pela via difusa ao STF ou a atuação do Senado para ampliar os efeitos dessa decisão.

Também a previsão da possibilidade de o relator decidir monocraticamente os recursos extraordinários manifestamente contrários à jurisprudência do Plenário do STF (previsão do art. 557, §1º-A, do CPC de 1973, e art. 932, inciso IV, do CPC de 2015) indicaria o efeito transcendente das decisões da Corte Suprema.

Nesse sentido, para a corrente em tela, a aludida competência do Senado prevista no art. 52, inciso X, da CF teria sofrido mutação constitucional, fenômeno por força do qual, com o passar do tempo, alguns dispositivos constitucionais perdem o seu significado original, devendo ser reinterpretados à luz de novos valores. A mutação constitucional é, pois, uma espécie de reforma da Constituição sem expressa modificação do seu texto.

A respeito da mutação constitucional, asseverou o ministro Eros Grau por ocasião do julgamento da Reclamação 4.335/AC:

“A mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual. Quando ela se dá, o intérprete extrai do texto norma diversa daquelas que nele se encontravam originariamente involucradas, em estado de potência. Há, então, mais do que interpretação, esta concebida como processo que opera a transformação de texto em norma. Na mutação constitucional caminhamos não de um texto a uma norma, porém de um texto a outro texto, que substitui o primeiro”^[6].

No fundo, está o eminente ministro, na esteira do relator da Reclamação, a defender a existência de uma verdadeira alteração da essência do art. 52, inciso X, da Constituição da República. Tal dispositivo passaria a ser lido da seguinte maneira: compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo STF, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo.

Em suma, para o ministro Eros Grau, apesar de a redação do dispositivo permanecer intacta, caberia ao Judiciário efetuar uma nova leitura do seu significado, indo além de uma simples interpretação para “criar a norma” e adequá-la à realidade social. Essa seria a solução mais adequada e prudente para o problema da incongruência entre a constituição formal e a constituição material.

2.2 Corrente tradicional quanto à interpretação do art. 52, inciso X, da Constituição Federal

Por outro lado, os demais ministros que participaram do julgamento da Reclamação 4.335/AC invocaram ponderosos argumentos favoráveis à tese da imprescindibilidade da participação do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade.

Conforme o ministro Sepúlveda Pertence, que inaugurou a divergência no julgamento da Reclamação 4.335/AC quanto à tese da mutação constitucional, a inaplicação da cláusula de reserva de plenário pelos tribunais de segundo grau quando já houver a declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo e a existência da súmula vinculante não implicam, por si sós, a redução da função do Senado Federal estabelecida no art. 52, inciso X, da CF a “um nada”. Tal pensamento não se coadunaria com o texto da Constituição Federal de 1934 e com as Cartas subsequentes (com exceção da do Estado Novo), que mantiveram incólume a função do Senado de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão conclusiva do STF.

Além disso, acaso a participação da Casa Legislativa de atribuir eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo estivesse perdendo sentido, isso não decorreria do fenômeno da mutação constitucional, mas, antes, da edição de súmulas vinculantes. No entender do ministro, a nova modalidade de súmula seria a responsável por enfraquecer a atuação do Senado, mas, ainda assim, não haveria que se falar em redução do seu papel a um mero órgão de publicidade.

Nas exatas palavras do eminente ministro:

“A Emenda Constitucional 45 dotou o Supremo Tribunal de um poder que, praticamente, sem reduzir o Senado a um órgão de mera publicidade de nossas decisões, dispensa essa intervenção. Refiro-me, é claro, ao instituto da súmula vinculante, que a Emenda Constitucional 45, de 2005, veio a adotar depois de mais de uma década de tormentosa

discussão. De tal modo que reproduzirei no meu voto, para efeitos didáticos, o dispositivo do vigente art. 102, § 3º, que vincula, ele sim, a súmula vinculante, editada na conformidade da Lei de 2006, que a disciplinou. Vincula, nos termos da Constituição, sim, não apenas os tribunais, no que o eminente Ministro Gilmar Mendes, cada vez mais religioso, chama de efeitos transcendentais, mas este restrito aos tribunais que tenham de enfrentar a mesma questão de inconstitucionalidade. E tenho dúvidas se até aí seria vinculante, porque a dispensa da remessa ao Plenário da arguição de inconstitucionalidade não impede o tribunal inferior de alterá-la enquanto não dotada a jurisprudência do Supremo Tribunal do efeito vinculante, que, ou decorre, no nosso sistema, de decisões nos processos objetivos de controle direto, ou decorrerá da adoção solene, pelo Tribunal, da súmula vinculante. Esta, sim, vinculante de todos os demais órgãos do Poder Judiciário, salvo o próprio Supremo Tribunal, e dos órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal”[\[7\]](#).

Na mesma esteira, o ministro Joaquim Barbosa sustentou uma concepção tradicional e literal do art. 52, inciso X, que autoriza o Senado a suspender a execução da norma reputada como inconstitucional, sem, contudo, cercear a autoridade do STF. No entender do ministro, a função do Senado seria um complemento à eficácia das decisões da Corte, e não um obstáculo.

De mais a mais, se a questão for grave o suficiente a justificar a eficácia geral da decisão do STF, na visão do ministro, o Pretório Excelso deveria editar súmula vinculante a respeito do tema e não cogitar da ocorrência de mutação constitucional do art. 52, inciso X, da CF.

O eminente ministro Joaquim Barbosa afastou, ainda, o enquadramento da multicitada função senatorial como mutação constitucional, pois tal fenômeno demandaria um espaço de tempo

prolongado, além de exigir o completo desuso do dispositivo constitucional. Como se não bastasse, não haveria mutação propriamente dita pela mera mudança no sentido de uma norma constitucional.

Estes são os argumentos extraídos do voto do ministro Joaquim Barbosa:

“(...) Mas o que vislumbro com a proposta é que ocorrerá pura e simplesmente, pela via interpretativa, a mudança no sentido da norma constitucional em questão, hipótese essa que Canotilho, por exemplo, não elenca como modalidade idônea de mutação (Direito Constitucional, p. 1102). Além disso, mesmo que se aceitasse a tese da mutação, entendo que seriam necessários dois fatores adicionais: o decurso de um espaço de tempo maior, para a constatação dessa mutação, e a consequente e definitiva ‘désuetude’ do dispositivo. Ora, em relação a esse último fator, impede, a meu juízo, esse reconhecimento um dado empírico altamente revelador: pesquisa rápida na base de dados do Senado Federal indica que desde 1988 aquela Alta Casa do Congresso suspendeu a execução de dispositivos de quase 100 normas declaradas inconstitucionais (sendo sete em 2006, Resoluções do SF de nº 10, 11, 12, 13, 14, 15 e 16; e uma já, neste ano, em 2007, resolução nº 2)”[\[8\]](#).

Conclui o ministro que a norma do art. 52, inciso X, não cerceia a missão do STF de guardião da Constituição, além de atribuir maior vigor à democracia constitucional.

Por sua vez, o ministro Ricardo Lewandowski também afastou a atribuição meramente histórica e remanescente do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade, seja em virtude da frequência com que esse órgão edita resoluções suspendendo a execução de dispositivos

declarados inconstitucionais, incidentalmente, pelo STF, seja em virtude da harmonia dos Poderes.

Com efeito, o ministro esclareceu em seu voto que o fortalecimento do STF não se deu em detrimento do poder do Senado e que a mutação não pode contrariar o sentido da norma constitucional.

O ministro Teori Zavascki, a seu turno, defendeu que a resolução do Senado Federal não é a única forma de ampliação da eficácia subjetiva das decisões do STF. Acrescentou que a manifestação expressa acerca da ocorrência de mutação constitucional do art. 52, inciso X, da CF seria indiferente para analisar o objeto da Reclamação 4.335/AC.

Os ministros Luís Roberto Barroso, Rosa Weber e Celso de Mello acompanharam o voto do ministro Teori Zavascki, julgando procedente a reclamação por violação ao enunciado 26 da súmula vinculante.

3. Entendimento atual do STF exarado no julgamento das ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ^[9]

Malgrado o resultado final da Reclamação 4.335/AC tenha mantido a concepção clássica acerca do papel do Senado no controle difuso, houve uma guinada jurisprudencial da Corte Suprema no final do ano de 2017, ocasião em que a tese da mutação constitucional passou a prevalecer.

Ao julgar duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade do Estado do Rio de Janeiro – ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ, o STF acabou analisando incidentalmente a constitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95, que versava sobre a mesma temática da lei estadual impugnada – a saber, a autorização de uso da crisotila, substância atualmente reconhecida como cancerígena.

No julgamento, o ministro Gilmar Mendes, na esteira da sua posição já exarada no bojo da Reclamação 4.335/AC, reiterou que, com o advento do rito da repercussão geral, a atuação do Senado no controle difuso de constitucionalidade perdera a sua razão de existir. Acrescentou que novos mecanismos previstos no novo Código de Processo Civil corroborariam tal entendimento.

Na sua visão, ao considerar inexigível obrigação fundada em título executivo reputado inconstitucional pelo STF em ambos os controles, o art. 535, § 5º, do CPC/15^[10] reforça os efeitos equânimes das decisões proferidas em sede de controles de constitucionalidade difuso e concentrado.

No mesmo sentido, o art. 927, inciso III, do CPC/15 determina que os juízes e tribunais observem os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. Ou seja, o julgamento de recursos extraordinários sob o rito dos repetitivos influencia as demais instâncias, tornando desnecessária a atuação do Senado para que haja a transcendência dos efeitos das decisões conclusivas do STF acerca da constitucionalidade de preceitos normativos.

Logo, o ministro concluiu que, na releitura do art. 52, inciso X, da CF, a função do Senado no controle de constitucionalidade difuso seria fazer a publicação da decisão do STF, intensificando-a.

Para o ministro Celso de Mello, a nova interpretação proposta visa expandir os poderes do STF com relação à jurisdição constitucional, de modo que o Senado simplesmente divulgaria, mediante publicação, a decisão do Tribunal, cuja eficácia vinculante, contudo, resultaria dela própria. No sentir do eminente ministro, a função do Senado na atualidade seria de chancela meramente formal à decisão do STF.

Já a ministra Cármen Lúcia esclareceu que o STF está caminhando para uma inovação da jurisprudência, pois não haveria necessidade de cada norma específica ter a sua constitucionalidade aferida, mas, antes, a própria matéria nela contida é que seria objeto de análise.

O ministro Edson Fachin, por sua vez, manifestou-se no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade, mesmo quando proferida em sede de controle difuso, gera uma preclusão consumativa da matéria. Assim, evitar-se-ia o revolvimento de matérias semelhantes, em uma “metodologia semicircular progressiva”.

O ministro Luiz Fux também se manifestou favoravelmente à tese da equiparação dos efeitos produzidos nos controles difuso e concentrado, invocando, para tanto, a inovação, trazida pelo CPC/15, no sentido de que o executado pode se recorrer a cumprir obrigação fundada em norma declarada inconstitucional, seja no controle difuso ou concentrado.

O ministro Dias Toffoli subscreveu, na íntegra, o posicionamento acerca da extensão da eficácia *erga omnes* às decisões proferidas pelo STF em sede de controle difuso.

Em voto minoritário, o ministro Marco Aurélio acentuou que o fenômeno do art. 52, inciso X, da CF atende ao princípio da separação dos Poderes e é constitutivo – e não simplesmente declaratório –, pois se refere à suspensão da execução da lei no território nacional. Acrescentou, ainda, que a Constituição Federal, sendo a lei das leis, não poderia ser interpretada a partir do Código de Processo Civil, diploma hierarquicamente inferior.

O ministro Alexandre de Moraes, a seu turno, a par de esclarecer que a análise acerca da mutação constitucional do art. 52, inciso X, demandaria provocação por meio de questão de ordem, ponderou, na esteira o ministro Marco Aurélio, que não seria viável interpretar a Constituição Federal com base em dispositivos do Código de Processo Civil.

Não obstante as manifestações dos ministros Marco Aurélio e Alexandre de Moraes, pode-se dizer que, com o julgamento das ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ, o STF adota, atualmente, a teoria da abstrativização do controle difuso, porquanto, se o Plenário da Corte decidir sobre a constitucionalidade ou não de uma lei ou ato normativo, ainda que em sede de controle difuso, os mesmos efeitos do controle concentrado serão produzidos – leia-se, operará a eficácia vinculante e *erga omnes*.

Dessa forma, a tese capitaneada pelo ministro Gilmar Mendes foi adotada, praticamente na íntegra, pelo STF, que ao entender, incidentalmente, que o art. 2º da Lei 9.055/95 seria inconstitucional, decidiu que essa inconstitucionalidade deve gerar efeitos vinculantes e *erga omnes*^[11].

Vale asseverar que, em virtude do *overruling* ocorrido quanto à interpretação do art. 52, inciso X, da CF, discute-se a possibilidade de realizar a modulação dos efeitos da decisão proferida pelo STF no bojo das ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ. Apesar de o resultado proclamado não ter analisado o pedido de modulação, porquanto o momento adequado para tanto seria no bojo dos embargos de declaração, a ministra Rosa Weber (relatora) deferiu liminar solicitada em petição da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria para suspender, em parte, os efeitos da decisão, apenas no ponto em que se atribuiu eficácia *erga omnes* à declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 9.055/95, até a publicação do acórdão respectivo e fluência do prazo para oposição dos embargos de declaração.

A concessão da medida liminar em comento demonstra que a discussão acerca do verdadeiro papel do Senado no controle difuso de constitucionalidade, além de gerar grandes debates, mostra-se sensível e impactante, sobretudo em virtude do longo prazo em que prevaleceu a concepção tradicional do art. 52, inciso X, da CF.

4. Críticas ao novo entendimento do STF

A nosso sentir, não obstante os judiciosos argumentos tecidos pelos ministros favoráveis à mutação constitucional quanto ao papel do Senado no controle de constitucionalidade difuso, seja por ocasião do julgamento da Reclamação 4.335/AC, seja, recentemente, no bojo das ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ, a tese divergente afigura-nos mais adequada à realidade brasileira.

De fato, essa participação do Senado é de inegável relevo para resguardar o equilíbrio federativo, a democracia e a harmonia entre os Poderes. Ora, o constituinte de 1934 já inserira a possibilidade de o Senado suspender a eficácia de decisão do STF justamente para permitir eventual ratificação dos representantes eleitos e, conseqüentemente, da sociedade, acerca da constitucionalidade de uma lei no âmbito do controle difuso.

Assim, a competência do Senado prevista no art. 52, inciso X, da CF representa, ainda que indiretamente, uma participação democrática no controle difuso, e a sua retirada implicaria extirpar “qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988”^[12].

Nesse sentido, asseveram Eduardo Arruda Alvim, Angélica Arruda Alvim e Eduardo Aranha Ferreira:

“A despeito do que preveem os referidos dispositivos [927, IV e 1030, I, do CPC/15], não nos parece correto dizer que as decisões do STF em controle difuso de constitucionalidade passaram, em virtude disso, a ter eficácia erga omnes. Como vimos dizendo, o ar. 52, inciso X da Constituição Federal não dá margem razoável à interpretação de que a função do Senado Federal é de mera publicização da decisão da Corte, mas de verdadeira integração de legitimidade democrática, bem como de pleno exercício do sistema de freios e contrapesos. Ademais, sequer haveria possibilidade de que lei ordinária, com o é o CPC/15, alterasse a Constituição Federal ou mesmo a forma como ela deve ser interpretada”^[13].

Ressalte-se, ainda, que a investigação acerca da examinada competência do Senado implica não só um estudo sobre a natureza do poder constituinte, mas também uma apreciação das características do controle de constitucionalidade brasileiro, em que coexistem os modelos difuso e concentrado.

Em verdade, admitir a ocorrência de mutação constitucional, como preconiza a atual jurisprudência do STF, importa em contrariedade ao caráter incondicionado e ilimitado do poder constituinte originário. Além disso, não cabe ao Supremo “corrigir” a Constituição, sob pena de transformar-se em poder constituinte ilegítimo.

Esse é o entendimento esposado por Lenio Streck, Martonio Mont'Alverne Barreto Lima e Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira:

“Agir no limite de um contexto significa obedecer aos ditames do poder constituído, condição existencial do Supremo Tribunal Federal como poder jurisdicional vinculado à Constituição. Esta compreensão, claro, origina-se do simples fato de que os poderes de um Estado estão submetidos a uma mesma vontade política, objetivamente identificada num determinado percurso histórico das sociedades, ou seja, o instante constituinte. E a importância disso é incontestável, bastando, para tanto, examinar o papel das constituições para a consolidação das democracias no século XX”[\[14\]](#).

Uadi Lammêgo Bulos não vislumbra a ocorrência de autêntica mutação constitucional do art. 52, inciso X, da CF, uma vez que o fenômeno não poderia ser arquitetado, ainda que por ministros da Suprema Corte, mas deveria ocorrer de forma espontânea. Veja as palavras do ilustre doutrinador:

“Os juízes podem proferir decisões paradigmáticas, alegando a tese da mutação constitucional. Mas, se o fenômeno inexistir, de nada adianta o magistrado dizer o contrário.

Expliquemos: qualquer mutação constitucional planejada, arquitetada, programada, não é mutação. O fenômeno só pode ser percebido de modo natural e espontâneo, quando comparamos o entendimento atribuído às cláusulas constitucionais em momentos afastados no tempo.

(...)

Ora, o fenômeno da mutação constitucional é algo que em nada se compara ao trabalho desenvolvido pelos legisladores positivos, juízes

legisladores ou ativistas judiciais, ainda quando estes a invoquem para defenderem determinados pontos de vista e fundamentarem, inclusive na melhor das intenções, os seus vereditos”[\[15\]](#).

Assim, para Bulos, a substituição de um texto normativo por outro configura não mutação constitucional, mas manipulação inconstitucional, o que é combatido pelo próprio STF. O correto seria a superação do art. 52, inciso X – que, na visão do doutrinador, estaria fadado ao desuso –, pelo poder reformador (procedimento de emenda à constituição).

Paulo Napoleão Nogueira da Silva reconhece que o STF e o Senado não são adversários na ordem jurídica, mas, ao invés, possuem competências devidamente delimitadas, integrantes de etapas distintas do procedimento do controle difuso. A esse propósito, confira-se:

“Assim, é necessário que reiteradamente se lembre, o princípio da tripartição reside na inexistência da preponderância de um Poder sobre o outro, ou de um órgão de um Poder sobre um órgão de outro: cada um tem suas atribuições perfeitamente caracterizadas e delimitadas na Constituição, para serem livre e soberanamente exercidas nas etapas e nos limites em que lhe é destinado atuar, no curso de quaisquer procedimentos que objetivem os fins procurados pelo sistema constitucional. Declarar a inconstitucionalidade entre partes e, como regra fazê-lo com eficácia retroativa, é função completamente diversa daquela de estender a todos e para o futuro a eficácia e os efeitos dessa declaração”[\[16\]](#).

Nesse contexto, a redução do papel do Senado Federal no controle difuso a um mero diário oficial acabaria por gerar uma indevida concentração de atribuições em um único Poder, o que não parece ser a intenção do constituinte brasileiro. Deveras, constituiu um dos pilares de sustentação da nossa Carta exatamente a teoria dos freios e contrapesos, que irradia seus efeitos por todo o sistema.

Comungando de tal entendimento, Sérgio Resende de Barros assevera a importância da participação do Senado no controle difuso, sobretudo no que tange à separação dos Poderes, nos seguintes termos:

“A intervenção do Senado no controle difuso é um engenhoso meio jurídico-político de atender ao princípio da separação de poderes, entre cujos corolários está o de que só lei pode revogar lei. Esse princípio tem que ser mantido no controle difuso, pois faz parte de sua lógica. A lógica do controle concentrado é outra: admite a corte constitucional como legislador negativo, o que é inaceitável no controle difuso. Cada modo de controle deve manter sua lógica para conviver em harmonia. Se não, o misto se torna confuso”[\[17\]](#).

Diga-se, ademais, que a essência do disposto no art. 52, inciso X, foi evitar que também o controle difuso passasse a ser um monopólio do STF. Ora, “a Constituição vigente desejou, plenamente, a manutenção e o aperfeiçoamento do sistema misto de controle de constitucionalidade”[\[18\]](#), sendo que apenas o controle abstrato é exclusivo do Pretório Excelso, já que o concreto pode ser feito por qualquer juiz ou tribunal.

Importa notar que, em relação ao controle de constitucionalidade brasileiro, ainda persistem consideráveis diferenças entre os sistemas difuso e concentrado. Efetivamente, no sistema difuso, o STF analisa a constitucionalidade de uma norma como preliminar de mérito para tratar do caso concreto, que alcançou a instância suprema por meio de recurso. Não há o julgamento de uma tese em abstrato, como ocorre no controle concentrado.

De mais a mais, atribuir à decisão do STF, proferida em controle difuso, eficácia geral, pode implicar grave violação a direitos e garantias fundamentais, como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, já que pessoas não participantes do processo acabariam afetadas pela prolação da decisão.

Percebe-se, destarte, que a vontade do constituinte, seja sob a égide da Carta de 1934 ou da atual Constituição, sempre foi a de diferenciar os dois controles, afigurando-se impossível atribuir efeitos ampliativos ao controle difuso, de forma automática. Desse modo, a corrente que atribui ao Senado uma atuação mais ativa no controle difuso parece-nos mais adequada, pois compatível com o sistema misto, mantido pelo ordenamento pátrio mesmo após as reformas realizadas pelo constituinte derivado.

Nessa ordem de ideias, a atuação do Senado ainda se revela imprescindível, competindo-lhe, por força de vontade expressa do constituinte originário, atribuir efeitos *erga omnes* à decisão do Supremo acerca da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo proferida em sede de controle difuso. Em outras palavras, a função do Senado não pode ser a de simples divulgador das decisões da Suprema Corte.

Noutro giro, a suspensão da execução da lei feita pelo Senado, que corresponde à sua revogação, não se confunde com a retirada da eficácia da lei, que ocorre no controle concentrado e implica sua nulidade. No primeiro caso, os efeitos produzidos permanecem hígidos, ao passo que, na segunda hipótese, não persistem quaisquer efeitos (vale frisar, é como se a lei jamais tivesse existido). Veja-se, a esse respeito, o escólio de Lenio Streck:

“Nesse sentido, há que se fazer uma diferença entre o que é retirada da validade da lei, em sede de controle concentrado, e o que significa a suspensão que o Senado faz de uma lei declarada inconstitucional em sede de controle difuso. Suspender a execução da lei não pode significar retirar a validade da lei. Caso contrário, não haveria diferença, em nosso sistema, entre o controle concentrado e o controle difuso. Suspender a vigência ou a execução da lei é como revogar a lei. Pode-se agregar ainda outro argumento: a suspensão da lei somente pode gerar efeitos *ex nunc*, pela

simples razão de que a lei está suspensa (revogada), à espera da retirada de sua eficácia”[19].

Vale lembrar, ainda, que o art. 52, inciso X, da CF permanece vigente na ordem constitucional brasileira. Por isso, enquanto não houver procedimento de reforma constitucional, se o STF pretende que a sua decisão em controle difuso tenha efeitos vinculantes, deve fazê-lo submetendo o seu julgamento ao Senado Federal ou mediante a edição de súmula vinculante.

Não se pode, portanto, igualar o controle concentrado ao controle difuso, já que, no modelo difuso, exige-se um *plus* do Poder Legislativo para outorgar eficácia genérica às decisões. Além disso, a não aplicação do art. 52, inciso X, da CF significa, no fundo, diminuir a força normativa da Constituição, ignorando-se a clareza do comando contido no dispositivo.

Diga-se, ainda, que a existência da súmula vinculante e a possibilidade de dispensa da cláusula de reserva de plenário quando o STF já tenha se manifestado sobre o tema, apesar de demonstrarem a transcendência das decisões do Supremo, não têm o condão de generalizar a noção de que a atuação do Senado no controle difuso teria se tornado inútil. A função desse órgão legislativo, como já asseverado, permanece hígida, a fim de que se possam preservar o princípio federativo e a harmonia entre os Poderes.

De resto, o reconhecimento de que o art. 52, inciso X, da CF sofrera mutação constitucional implica atribuir a esse fenômeno um errôneo significado de substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário, em prejuízo ao princípio democrático. Com efeito, “um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode ‘inventar’ o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia”[20].

Desse modo, a nosso sentir, é perfeitamente possível – e necessário – que o Supremo avalie a compatibilidade das normas com a realidade social, mas ele não deve ferir a essência da Constituição do país. Aliás, não se pode olvidar que o STF é o guardião da Carta Maior, não lhe

sendo legítimo exorbitar dos estritos limites nela contidos, mesmo que com o louvável intuito de implementar uma justiça corretiva.

Em verdade, a tese do ativismo judicial deve ser vista com ressalvas, pois acarreta inegável mudança na relação entre os Poderes. Ademais, o exercício de função atípica por um Poder – no caso, o exercício de atividade legiferante pelo Judiciário – possui natureza excepcional, e não ocorre na hipótese, porquanto, como visto, a Constituição não permite ao Supremo, por ocasião de julgamento proferido em sede de controle difuso, atribuir à decisão os efeitos do controle concentrado.

Além disso, a partir do momento em que admitimos o caráter misto do controle de constitucionalidade brasileiro, indubitavelmente estamos reconhecendo a existência de diferenças entre os sistemas difuso e concentrado, o que impede a equiparação dos efeitos neles produzidos. Parece-nos, dessa maneira, que a tese encampada pelo STF no julgamento das ADIs 3406/RJ e 3470/RJ só poderia imperar caso o sistema brasileiro fosse exclusivamente concentrado – e não híbrido.

5. Conclusão

O controle de constitucionalidade brasileiro é considerado misto, uma vez que as modalidades difusa e concentrada são simultaneamente adotadas no ordenamento pátrio.

Se, durante muito tempo, o controle difuso era exclusivo ou predominava no sistema brasileiro, com o passar dos anos, o controle concentrado ganhou relevo, sobretudo por ser mais célere e potencializar a segurança jurídica.

Com o surgimento de inovações na ordem constitucional, em especial a expansão dos legitimados ativos para propor ações abstratas, o surgimento da súmula vinculante e da sistemática da repercussão geral e, mais recentemente, as previsões dos arts. 927, inciso III, e 535, § 5º, do CPC/15, passou-se a contestar a função do Senado Federal, prevista no art. 52, inciso X, da CF. Segundo tal dispositivo, incumbe àquela Casa Legislativa suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada

inconstitucional por decisão definitiva do STF, atribuindo efeitos *erga omnes* a essas decisões.

Para os defensores da corrente favorável à releitura do art. 52, inciso X, a atuação do Senado teria se tornado obsoleta, já que, em virtude das recentes inovações nas ordens constitucional e processual, não haveria mais sentido em diferenciar os efeitos produzidos em ambas as espécies de controle de constitucionalidade. Assim, a decisão do STF, ainda que exarada em controle difuso, por si só, já produziria efeitos vinculantes e genéricos, e a atuação do Senado se cingiria a divulgar o resultado do julgamento.

Já para os adeptos da tese contrária, a participação do Senado permanece imprescindível, seja porque as funções do STF e do Senado no controle difuso seriam bem delimitadas, seja porque esse mecanismo seria basilar da separação dos Poderes ou, ainda, porque a intenção do constituinte não fora a de atribuir um papel de exclusividade do Poder Judiciário.

Embora seja complexa a questão referente à verdadeira participação do Senado Federal no controle difuso, entendemos que a regra tradicional do art. 52, inciso X, da CF deve ser preservada, ao menos enquanto não alterada mediante emenda constitucional, pois o papel daquela Casa Legislativa, ao invés de atravancar as decisões do Supremo, complementa a sua efetividade, concretizando, assim, o regime democrático.

6. Referências bibliográficas

ALVIM, Angélica, ALVIM, Eduardo e FERREIRA, Eduardo Aranha. *Críticas à abstrativização do controle difuso de constitucionalidade*. In: *Jurisdição e hermenêutica constitucional em homenagem a Lenio Streck*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017, p. 63-79.

BARROS, Sérgio Resende de. *Constituição, artigo 52, X: reversibilidade?* Revista de Informação Legislativa. Ano 40, n. 158, abril/junho. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 233-236.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª Ed, revista e atualizada de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. STF muda sua jurisprudência e adota efeito vinculante de declaração incidental de inconstitucionalidade. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2017/12/stf-muda-sua-jurisprudencia-e-adota.html>. Acesso em: 27 de dezembro de 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Controle de constitucionalidade: Teoria e prática*. 9ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

GEORGES, Abboud. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GLASENAPP, Ricardo Bernd. *O senado e o controle difuso da constitucionalidade – a competência do Senado Federal em suspender a eficácia, com efeitos erga omnes, de lei julgada inconstitucional em definitivo pelo Supremo Tribunal Federal*. In: Revista de direito constitucional e internacional. Ano 18, n 70, jan-mar/2010.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto, OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de, STRECK, Lenio Luiz. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutações constitucionais e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>.

MENDES, Gilmar Ferreira. *O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional (Estudos em homenagem a Anna Maria Villela)*. In: Revista de Informação Legislativa, Ano 41, n. 162, abril/junho 2004, p. 149-168.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33ª ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MORAIS, Dalton Santos. *Controle de constitucionalidade. Exposições críticas à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010, p. 119-145.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *O controle difuso de constitucionalidade das leis no ordenamento brasileiro: aspectos constitucionais e processuais*. São Paulo: Malheiros, 2010.

PINÓS, Ondina Maria Paulino, RODRIGUES, Nina Trícia Disconzi. *A participação do Senado no controle difuso de constitucionalidade*. In: Revista de Informação Legislativa, Ano 50, número 198, abr./jun.2013, p. 141-168.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *O controle da constitucionalidade e o senado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2016.

Notas:

[1] Ambas as inovações – súmula vinculante e repercussão geral – foram implementadas pela Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004.

[2] Apesar de o resultado do julgamento ter sido pelo provimento da Reclamação 4.335/AC, o fundamento prevaletente para tal decisão foi a violação ao enunciado 26 da súmula vinculante, e não a ocorrência de mutação constitucional do art. 52, inciso X, da CF.

[3] Voto proferido pelo ministro Gilmar Mendes no julgamento da Reclamação 4.335-AC, p. 33 do acórdão.

[4] Voto proferido pelo ministro Gilmar Mendes no julgamento da Reclamação 4.335-AC, p. 36 do acórdão.

[5] Voto proferido pelo ministro Gilmar Mendes no julgamento da Reclamação 4.335-AC, p. 52 do acórdão.

[6] Voto proferido pelo ministro Eros Grau no julgamento da Reclamação 4.335/AC, p. 72 do acórdão.

[7] Voto proferido pelo ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da Reclamação 4.335/AC, p. 94-95 do acórdão.

[8] Voto proferido pelo ministro Joaquim Barbosa no julgamento da Reclamação 4.335/AC, p.100 do acórdão.

[9] Até a conclusão do presente estudo, o acórdão proferido nas ADIs encontrava-se pendente de publicação no sítio eletrônico do STF, sendo que as informações utilizadas para a elaboração deste trabalho foram extraídas do Informativo de Jurisprudência 886 e do áudio da sessão de julgamento (disponível em: <http://www.radiojustica.jus.br/arquivo/radioNoticia/multimidia/2017/NOVEMBRO/291117ADIs34063470parte2.mp3>).

[10] Embora o art. 535, § 5º, do CPC/15 refira-se especificamente à inexigibilidade de obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública, há dispositivo semelhante referente à inexigibilidade de obrigação envolvendo demais executados (art. 525, § 12).

[11] O ministro Gilmar Mendes restou vencido na parte em que defendia a transcendência dos motivos determinantes. Deveras, a despeito de o Pretório Excelso haver definido que a decisão por ele proferida em controle difuso produz efeitos vinculantes e *erga omnes*, o entendimento sufragado no julgamento das ADIs 3.406/RJ e 3.470/RJ caminhou no sentido de que somente o dispositivo da decisão, e não os seus motivos, vinculam os demais entes e órgãos.

[12] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 551.

[13] ALVIM, Angélica, ALVIM, Eduardo e FERREIRA, Eduardo Aranha. *Críticas à abstrativização do controle difuso de constitucionalidade*. In: *Jurisdição e hermenêutica constitucional em homenagem a Lenio Streck*. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2017, p. 77.

[14] LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto, OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de, e STRECK, Lenio Luiz. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutações constitucionais e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*, p. 1. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10253/a-nova-perspectiva-do-supremo-tribunal-federal-sobre-o-controle-difuso>.

[15] BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 232.

[16] SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *O controle de constitucionalidade e o Senado*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 140.

[17] BARROS. Sérgio Resende de. *Constituição, artigo 52, X: reversibilidade?* In: *Revista de informação legislativa*. Ano 40, n. 158, abril/junho. Brasília: Senado Federal, 2003, p. 236.

[18] MORAIS, Dalton Santos. *Controle de constitucionalidade. Exposições críticas à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 128

[19] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 555.

[20] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 554.

A IMPORTÂNCIA DO INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

RESUMO: O presente artigo tem como escopo a discussão da importância do instituto da delação premiada desde que não se perca a perspectiva de que se trata de um depoimento parcial, válido apenas se acompanhado de elementos materiais de prova para a investigação criminal, mas deve ser usada com a devida cautela. Compreender o caráter probatório precário e as fragilidades é um primeiro passo para o manejo responsável do instituto, evitando-se que sua distorção enseje injustiças, tanto na seara jurídica quando sob um prisma jornalístico.

Palavras-chave: Instituto; Delação Premiada; Cautela; Importância.

ABSTRACT: The purpose of this article is to discuss the importance of the institute of the awarding of the award, as long as one does not lose sight of the fact that it is a partial testimony, valid only if accompanied by material elements of evidence for criminal investigation, but should be used with due caution. Understanding the precarious probative nature and fragilities is a first step towards the responsible management of the institute, avoiding that its distortion will lead to injustices, both in the judicial sphere and under a journalistic prism.

Keywords: Institute, Awarded Award, Caution, Importance.

RESUMEN: El presente artículo tiene como objetivo la discusión de la importancia del instituto de la delación premiada desde que no se pierda la perspectiva de que se trata de un testimonio parcial, válido sólo si está acompañado de elementos materiales de prueba para la investigación criminal, pero debe ser usada con la debida cautela. Comprender el carácter probatorio precario y las fragilidades es un primer paso para el manejo responsable del instituto, evitando que su distorsión plantea injusticias, tanto en la jerarquía jurídica cuando bajo un prisma periodístico.

Palabras clave: Instituto, Delación Premiada, Cautela, Importancia.

1 INTRODUÇÃO

Delação premiada ou delação eficaz (expressão coloquial para colaboração premiada) na legislação brasileira, é um benefício legal concedido a um réu em uma ação penal que aceite colaborar na investigação criminal ou entregar seus companheiros. Esse benefício é previsto em diversas leis brasileiras: Código Penal, Leis nº 8.072/90 – Crimes hediondos e equiparados, 9.034/95 – Organizações criminosas, 7.492/86 – Crimes contra o sistema financeiro nacional, 8.137/90 – Crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, 9.613/98 – Lavagem de dinheiro, 9.807/99 – Proteção a testemunhas, 8.884/94 – Infrações contra a ordem econômica e 11.343/06 – Drogas e afins.

A Colaboração está relacionada a uma ideia básica de traição. Porém, o Estado acaba por premiá-la. E porque o faz? Ora, desde tempos remotos, a história é rica em apontar a traição entre seres humanos; Ex.: Judas vendeu Cristo por 30 moedas; Joaquim Silvério dos Reis delatou Tiradentes, o levando a força etc.

Com o passar dos anos, o que os ordenamentos jurídicos simplesmente acabaram por fazer é reconhecer que a traição é comum entre os seres humanos, e institucionalizar esta traição, como uma importante forma de se obter conhecimento sobre a prática do fato delituoso.

A colaboração premiada tem origem no direito anglo-saxão, do qual advém a expressão "crown witness" (testemunha da coroa), que fora amplamente utilizada no combate ao crime organizado e adotada com grande êxito na Itália, em prol do desmantelamento/destruição da máfia (basta lembrar as declarações prestadas por Tommaso Buscetta ao promotor italiano Giovanni Falcone).

A colaboração premiada surge no direito norte-americano, e com o passar dos anos vem sendo trazida para vários ordenamentos jurídicos, inclusive o brasileiro.

Muitas pessoas consideram a delação premiada como se fosse um "prêmio" para o acusado que opta por delatar os comparsas e ajudar nas investigações da polícia. De acordo com a lei brasileira, o juiz pode reduzir a pena do delator entre 1/3 (um terço) e 2/3 (dois terços), caso as informações fornecidas realmente ajudem a solucionar o crime.

A delação premiada pode ser requerida pelo próprio réu, através de um pedido formal feito por seu advogado, ou sugerida pelo promotor de justiça que está investigando o processo criminal.

Caso a delação premiada seja aprovada, o delator deverá dar ao juiz informações pertinentes sobre o caso em que está envolvido. Se o juiz considerar que os dados informados pelo réu realmente importantes, consentirá um "alívio" na sua pena, como: redução da pena de um a dois terços do total; pena em regime semiaberto; anulação total da condenação; perdão pelo envolvimento no crime.

De acordo com a Lei das Organizações Criminosas, o acordo de delação premiada pode ser negociado pelo Ministério Público ou por delegados de polícia. Essa previsão sobre os delegados de polícia inclusive foi questionada em 2016 pelo Procurador-Geral da República Rodrigo Janot, que sustenta que apenas o Ministério Público tem a atribuição constitucional para celebrar esse tipo de acordo.

O acordo precisa conter, ainda segundo a Lei 12.850/2013, o relato da delação, possíveis resultados que podem decorrer dela, as condições da proposta feita pelo MP ou delegado, declaração do aceite do colaborador e seu advogado e, se necessário, medidas de proteção ao colaborador e familiares. Quem dá a palavra final sobre o acordo é o juiz, que decide se homologa ou não o acordo.

O réu que aceita a delação premiada automaticamente renuncia ao direito ao silêncio e, evidentemente, precisa dizer apenas a verdade,

correndo risco de ter o acordo cancelado se omitir informações ou prestar informações falsas.

Finalmente, a lei ainda prevê alguns direitos peculiares para o delator, que existem justamente porque a delação implica na prática uma traição do delator para com os seus antigos colegas de crime. Em outras palavras, o delator é um dedo-duro – uma pessoa que naturalmente irrita os dedurados. O delator tem direito: às medidas de proteção previstas; no juízo (ou seja, em sessões de julgamento no tribunal), ser conduzido separadamente dos demais coparticipantes do(s) crime(s); a participar das sessões de forma que não precise manter nenhum contato visual com os outros acusados; a cumprir a pena em um presídio diferente dos seus ex-colegas de crime.

No entanto, caso as informações fornecidas pelo delator sejam inverídicas, o juiz pode aumentar a sua condenação e ainda processá-lo por "delação caluniosa", sendo punido com dois a oito anos de prisão por faltar com a verdade.

2 DESENVOLVIMENTO

Hoje, no Brasil, usa-se o termo em inglês plea bargain para explicar aos estrangeiros a nossa “delação premiada”. Mas na verdade se trata de meio adotado no direito processual norte-americano pelo qual o réu, numa ação penal, se declara culpado de um crime de menor potencial ofensivo, ou de uma dentre várias acusações, em troca de algum benefício por parte do promotor, normalmente uma pena mais branda, ou a retirada das demais acusações.

O procedimento da colaboração premiada, de estrutura bilateral, está devidamente definido na Lei 12.850/2013 (Lei do Crime Organizado). Esta lei não substituiu nem fez desaparecer o modelo anterior, unilateral, não pactuado, presente em dispositivos esparsos da legislação brasileira, que continua a existir na sua feição de direito público subjetivo do acusado.

No novo regime, haverá várias etapas a vencer entre a prática do crime e o cabal cumprimento do acordo de colaboração premiada. Uma

vez identificado o colaborador adequado (seleção), iniciam-se as tratativas com o seu advogado ou defensor. A iniciativa para a avença poderá partir da própria defesa. Várias reuniões de negociação ocorrerão entre o Ministério Público e a defesa, com ou sem a presença do potencial colaborador.

Uma vez acertados os tópicos de colaboração e fechado o texto do acordo, a proposta é levada ao conhecimento do juízo criminal competente, para homologação. O juiz deverá ouvir o colaborador para certificar-se de sua voluntariedade e verificar se o acordo observa o princípio da legalidade e atende ao interesse público. Só então dá-se início à execução do programa cooperativo. O colaborador pode permanecer preso ou manter-se solto durante esse período, a depender da existência, ou não, dos requisitos cautelares do art. 312 do CPP, que cuida da prisão preventiva. Um ou mais depoimentos do colaborador serão tomados na Polícia ou no Ministério Público. Diligências adicionais serão realizadas para obtenção das provas de corroboração das declarações do delator.

Proposta a ação penal contra os réus ou corréus – antigos cúmplices do colaborador – estes deverão ter ciência imediata da existência do acordo de colaboração, para pleno exercício do direito de defesa. O colaborador poderá ser ouvido em juízo como declarante, na fase da oitiva das testemunhas da acusação (se não for réu no mesmo processo), ou será interrogado ao final da instrução criminal, mas antes dos corréus delatados (se responder à mesma ação penal que seus cúmplices).

Durante a execução do acordo de colaboração, a gestão dos direitos do informante cabe à defesa, ao juízo e também ao Ministério Público, que poderá recorrer ou impetrar habeas corpus em seu favor e requerer medidas de proteção, como as previstas na Lei 9.807/1999.

Por meio desta técnica de investigação, delação premiada, num primeiro momento, o indivíduo confessa seu envolvimento na prática do crime, e na sequência fornece informações aos órgãos responsáveis pela persecução penal para atingir um dos objetivos previstos em lei (objetivos estes que podem ser diversos, tais como: *localização da vítima;

*localização do produto do crime; *identificação dos demais integrantes; *desmantelamento da organização criminosa etc).

Ao confessar, simplesmente se admite a veracidade da imputação que recai sobre si; Ex.: respondendo a um processo por furto, durante o interrogatório o réu diz que, de fato, subtraiu coisa alheia móvel. Já a Colaboração Premiada é um algo a mais de uma simples confissão, de maneira a confissão da prática do fato delituoso não é o bastante para sua configuração, tendo também que fornecer informações suficientes a atingir um dos objetivos previstos em lei, e, em contrapartida, se recebe determinado prêmio legal.

No entanto, atualmente, o ideal, no sentido da doutrina e jurisprudência majoritárias, é admitir a validade da Colaboração premiada. Entendem os Tribunais ser a Colaboração premiada totalmente válida sob os termos da ética e da moral. E isso porque, primeiramente, o Estado não consegue quebrar o silêncio mafioso sem a colaboração do informante. E, além disso, é no mínimo contraditório falar em ética de criminosos (Como se poderia falar em ética se a conduta do criminoso é absolutamente antiética?!). Portanto, apesar de funcionar como modalidade de traição institucionalizada, trata-se de um instituto de capital importância no combate à criminalidade, porquanto se presta ao rompimento do silêncio mafioso, além de beneficiar o acusado colaborador. E, de mais a mais, é no mínimo contraditório falar em ética de criminosos.

Portanto, para fins de colaboração, esta apenas deverá ser voluntária. Algo espontâneo é quando a ideia parte da própria pessoa – isso não é necessário para a Colaboração, sendo importante, apenas que ela seja voluntária (não forçada), ou seja, a ideia não necessariamente deverá partir do agente, podendo ele ser convencido por outra pessoa a colaborar com o Estado; Ex.: Se o delegado ou promotor propor a colaboração ao agente e este aceitar, esta colaboração não foi espontânea, porém, não importa, vez que foi voluntária.

O benefício é concedido ao delator pelo juiz, a pedido da defesa ou do Ministério Público. O tipo de benefício dependerá do valor das informações prestadas, assim como da comprovação da veracidade delas.

Quanto mais útil e relevante a delação for para as investigações, maiores as chances de o réu receber perdão judicial ou não ser denunciado por novos crimes, se já responder a processo.

Não há prazo determinado para a coleta de depoimentos, já que o término da delação depende do volume das informações fornecidas.

Depois que terminam os depoimentos, Ministério Público, delegado de polícia e defesa do delator firmam o termo final do acordo de colaboração. O documento, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação. Antes de validar o acordo, o magistrado terá que verificar a regularidade, legalidade e voluntariedade do acordo. Se julgar necessário, o juiz poderá ouvir “sigilosamente” o colaborador, na presença do advogado.

O sigilo da delação premiada só termina depois do fim das investigações, quando a Justiça aceitar denúncia contra os integrantes da organização criminosa delatados nos depoimentos. A legislação determina que, após a homologação do acordo e durante todo o inquérito, as informações da delação fiquem restritas ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, “como forma de garantir o êxito das investigações”.

Constantemente vemos na mídia diversos políticos sendo mencionados em acordos de delação premiada sem que sofram nenhuma consequência concreta. Por isso, muita gente se pergunta por que estas pessoas mencionadas não são imediatamente condenadas.

Ocorre que o conteúdo da delação deve ser investigado, a fim de verificar se o delator está falando com a verdade e se suas alegações estão corroboradas por provas — o que, evidentemente, leva algum tempo. Apenas depois dessa investigação e de um eventual processo criminal é que os citados na delação poderão sofrer as consequências criminais.

Anular uma delação não invalida as provas. A lei sobre organização criminosa dispõe que na eventualidade de revisão do acordo de colaboração ainda que o faça a imputável ao agente colaborador em havendo a rescisão as provas coligidas a partir do depoimento delas, em relação a terceiros, aos delatados, são válidas, exceto se configurar

alguma situação prevista na legislação comum que as torne insuscetíveis de qualquer eficácia jurídica. O instrumento da delação é meio de obtenção de prova. É meio legítimo de obtenção de prova e tem se mostrado bastante eficaz. Situações eventualmente anômalas que possam ocorrer, são excepcionais. Eventuais acidentes de percurso jamais irão comprometer a eficácia e a grande utilidade que é o instituto da delação premiada.

A delação premiada pode ser muito útil para a investigação de crimes complexos, com uma grande estrutura hierarquizada de poder; entretanto, ela não é imune a críticas.

Muitos estudiosos não aprovam o instituto, sob o argumento de que o Estado estaria incentivando um tipo de conduta contrário à ética, qual seja, a traição. Argumentam, também, que a delação seria uma forma de o Poder Público “barganhar” com um criminoso, o que se trataria de uma conduta inadequada. Por fim, ainda há a questão de que o teor das delações está sendo tratado como verdade absoluta pela mídia, o que faz com que as pessoas ali mencionadas sejam imediatamente condenadas pela opinião pública.

Apesar das críticas, é possível perceber que sem esse recurso, inúmeras organizações criminosas continuariam atuando sem que o Estado descobrisse elementos essenciais para a sua desmantelamento. Este instituto não deve ser banalizado ou posto em cheque devido a sua histórica e eficiente contribuição na elucidação de crimes. Trata-se de instrumento forte e eficaz para o combate a crimes graves, que reforça técnicas especiais, quando e desde que legítimas, como a interceptação telefônica e telemática, a escuta ambiental e a ação controlada, e os métodos tradicionais de investigação, a exemplo de buscas e quebras de sigilo.

Na realidade, com o crescimento da delação, principalmente no meio político, os grandes escritórios de advocacia, perdem um enorme filão de proteção de possíveis condenações de seus clientes, onde conseguiam muitas vezes, levar até mesmo a prescrição do crime, sem que houvesse o julgamento do seu cliente.

Em pleno século XXI, com a tecnologia cada vez mais evoluída, respeitando-se as teses contrárias, fácil é corroborar com a aplicação de um instrumento que permite aos aplicadores do direito a localização de provas concretas, documentais e periciais, referente a crimes graves como a apropriação indébita do erário, lavagem de dinheiro, evasão de divisas, formação de quadrilhas e outras organizações criminosas.

É um importante instrumento de investigação, mas tem limites que devem ser observados para que não se transforme em um dispositivo de arbítrio, vingança ou injustiça. Por isso, para usar e noticiar a colaboração, é necessário conhecer sua natureza e limites. Em primeiro lugar, deve ficar claro que delação premiada não é prova, mas meio de obtenção de prova. São coisas distintas.

A prova é capaz de sustentar uma acusação ou uma condenação. O meio é apenas um instrumento para que as autoridades possam alcançar provas efetivas. As palavras do delator não demonstram fatos. Apenas indicam onde pode ser encontrado o material que comprova o ocorrido.

O colaborador não é isento. É um investigado, confessadamente envolvido na prática delitiva, que sofrerá os efeitos da condenação -ainda que de forma mais branda- e pode ter interesse em fazer prevalecer uma versão distorcida do ocorrido, seja para proteger alguém, seja para obter mais benefícios. No jargão jornalístico, é uma fonte não confiável, cujas informações devem ser checadas antes da publicação.

A colaboração premiada é importante, desde que não se perca a perspectiva de que se trata de um depoimento parcial, válido apenas se acompanhado de elementos materiais de prova, como e-mails, comprovantes de pagamento, gravações.

Determinar a prisão, a busca e apreensão ou a condenação com base exclusiva em depoimentos de colaboradores é desconhecer a lei, a natureza do instituto e as más experiências estrangeiras. A delação premiada é importante para a investigação criminal, mas deve ser usada com a devida cautela. Compreender o caráter probatório precário e as fragilidades é um primeiro passo para o manejo responsável do instituto,

evitando-se que sua distorção enseje injustiças, tanto na seara jurídica quando sob um prisma jornalístico.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse instrumento ajuda a justiça a encontrar outros indivíduos que também incorreram em ilícitos penais, e que na ausência da delação premiada dificilmente seriam conhecidos e condenados. A delação premiada, apenas poderá ser considerada válida e eficaz, como instrumento probatório, se preencher os requisitos da voluntariedade, o ato for praticado na presença do defensor e do Ministério Público, e as informações trazidas pelo delator efetivamente contribuam preventivamente, para evitar o cometimento de outros crimes e, repressivamente, auxilie concretamente a polícia e o Ministério Público nas suas atividades de recolher provas contra os demais corréus, possibilitando suas prisões.

A tendência do moderno processo penal, caminha para a consagração do instituto da colaboração premiada, na apuração e combate da criminalidade organizada, através da criação de mecanismos complexos, nos quais a investigação criminal e a coerção processual formam um todo contínuo dirigido a incentivar o investigado, o processado e o condenado a colaborar com a acusação, não há dúvidas de que a colaboração processual pode trazer extraordinários benefícios às investigações criminais, em relação ao crime organizado, desde que observados os princípios constitucionais e os preceitos legais do nosso ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

CUNHA, Rogério Sanches. Colaboração Premiada – Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado – Lei nº 12.850/2013 – Ed. Jus Podium, 2ª Edição, 2014.

GRECO FILHO, Vicente. Comentários à Lei de Organização Criminosa – Lei nº12.850/13 – Vicente Greco Filho. – São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal – Volume Único, 2ª Edição, 3ª Tiragem, Salvador, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 8ªEd. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Decreto nº 5.105, de 12 de março de 2004.

Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986

Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.

Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995.

Lei nº 9.080, de 19 de julho de 1995.

Lei nº 9.269, de 2 de abril de 1996.

Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998.

Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999.

Lei nº 10.149, de 21 de dezembro de 2000.

Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.

Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.

Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012.

Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.



www.conteudojuridico.com.br

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE ASUNCIÓN
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS Y SOCIALES
DOCTORADO EN DERECHO INTERNACIONAL

A EDUCAÇÃO PRISIONAL NO MERCOSUL, UNIDADE
PRISIONAL DE BOM JESUS, ESTADO DO PIAUÍ, BRASIL

Benigno Núñez Novo

ASUNCIÓN, PARAGUAY

2010



Benigno Núñez Novo

A EDUCAÇÃO PRISIONAL NO MERCOSUL, UNIDADE
PRISIONAL DE BOM JESUS, ESTADO DO PIAUÍ, BRASIL

Tese apresentada à Universidad Autónoma de Asunción como requisito parcial para a
obtenção do título de Doctorado en Derecho Internacional.

Orientador/tutor: Prof. Dr. Gustavo Abraham Auadre Canela

ASUNCIÓN, PARAGUAY

2010

Novo, Benigno N. (2010). **A educação prisional no MERCOSUL, unidade prisional de Bom Jesus, Piauí, Brasil.** Benigno Núñez Novo. 156 p.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Abrahan Auadre Canela.

Tese acadêmica em Doutorado em Direito Internacional – UAA, 2010.

Benigno Núñez Novo

A EDUCAÇÃO PRISIONAL NO MERCOSUL, UNIDADE
PRISIONAL DE BOM JESUS, ESTADO DO PIAUÍ, BRASIL

Esta tese foi avaliada e aprovada para a obtenção do título de licenciado, Doutor em
Direito Internacional pela Universidad Autónoma de Asunción – UAA.

Agradecimento

Em primeiro lugar a Deus pela disposição e saúde para realizar este trabalho.

Ao professor Dr. Gustavo Abrahan Auadre Canela que orientou a minha pesquisa com competência, sempre se mostrando solícito e incentivando a dissertação em torno do tema.

Aos reeducandos (detentos) que de forma especial contribuíram para que a presente avaliação pudesse transcorrer de forma harmoniosa e satisfatória.

A Gerência que nos deu toda a liberdade de acesso as dependências da Unidade Prisional para que pudéssemos realizar a coleta de dados e informações para embasar a presente dissertação.

Aos Coordenadores, agentes penitenciários, policiais militares, professores da escola da penitenciária, Gerente da 14ª Gerência Regional de Educação de Bom Jesus que de forma sensível se dispuseram a colaborar e atender as solicitações que lhes foram encaminhadas.

Aos pais, Ramón e Eduvigis pela força, incentivo e com os quais deixei de estar presente por muitas horas e em muitas oportunidades para elaboração deste trabalho.

Por fim, gostaria de prestar uma homenagem aos amigos conquistados ao longo do desenvolvimento deste trabalho e a todos que contribuíram para a concretização.

“Os direitos humanos são um conjunto de princípios aceitos universalmente, reconhecidos constitucionalmente e garantidos juridicamente. O objetivo dos direitos humanos é assegurar a qualquer pessoa o respeito à sua dignidade, na sua dimensão individual e social, material e espiritual. É garantir que qualquer pessoa, independentemente de sua nacionalidade, sua religião, suas opiniões políticas, sua raça, sua etnia, sua orientação sexual tenha a possibilidade de desenvolver plenamente todos os seus talentos.”

(Pierre Toussaint Roy

Sérgio Haddad)

SUMÁRIO

Lista de Figuras.....	vii
Lista de Tabelas.....	viii
Lista de Gráficos.....	ix
Lista de Abreviaturas, Siglas e Símbolos.....	x
Resumo.....	xi
Resumen.....	xii
INTRODUÇÃO.....	1
1 A PRISÃO.....	7
1.1 Histórico.....	7
1.2 Sistemas Penitenciários Clássicos.....	8
1.2.1 Sistema Pensilvânico.....	8
1.2.2 Sistema Auburniano.....	9
1.2.3 Sistema Progressivo Inglês.....	9
1.2.4 Sistema Progressivo Irlandês.....	10
1.2.5 Sistema de Elmira.....	11
1.2.6 Sistema de Montesinos.....	11
1.2.7 Sistema Brostal.....	13
2 A FALTA DE ACESSO A EDUCAÇÃO PRISIONAL.....	22
2.1 As Realidades do Sistema Prisional Brasileiro.....	28
2.2 Reintegração Social.....	40
2.3 Educação de Detentos.....	42
2.3.1 A Educação prisional nos Estados Unidos.....	54
2.3.2 A Educação prisional na Europa.....	56
2.3.3 A Educação prisional na América Latina.....	58
2.3.4 A Educação prisional no MERCOSUL.....	66
2.3.5 A Educação prisional no Brasil.....	78
2.3.6 A Educação prisional no Estado do Piauí.....	83
3 EDUCAÇÃO E TRABALHO.....	84
3.1 Necessidade de Estímulo.....	85
3.1.1 As Dificuldades do Exercício do Direito à Educação.....	85
3.2 A Escola Virtual.....	86

4 O SISTEMA PRISIONAL DO ESTADO DO PIAUÍ.....	94
4.1 A Unidade Prisional de Bom Jesus.....	97
4.2 Marco Operacional.....	99
4.3. Pressupostos.....	102
4.3.1 Pressuposto 1.....	102
4.3.2 Pressuposto 2.....	102
5 METODOLOGIA DA PESQUISA.....	102
5.1 Descrição do Lugar do Estudo.....	102
5.2 Fontes de Dados.....	104
5.3 Tipo e Método de Estudo.....	104
5.3.1 Tipo.....	104
5.3.2 Método.....	104
5.4 População e Amostra.....	104
5.4.1 População.....	104
5.4.2 Amostra.....	105
5.5 Técnicas de Coletas de Dados.....	105
5.6 Técnicas de Análise de Dados.....	105
6 DISCUSSÃO E ANÁLISE DOS RESULTADOS.....	105
7 CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES.....	125
BIBLIOGRAFIA.....	135
ANEXOS.....	144
Anexo 01. Ofício solicitando permissão e acesso a Penitenciária Regional Dom Abel Alonso Núñez.....	144
Anexo 02. Questionário apresentado e dirigido ao Gerente da Unidade Prisional de Bom Jesus, Estado do Piauí, Brasil.....	146
Anexo 03. Questionário apresentado e dirigido aos detentos (reeducandos) que frequentam a Escola da Penitenciária Regional de Bom Jesus, Estado do Piauí, Brasil.....	148
Anexo 04. Questionário apresentado e dirigido aos professores que ministram aulas na Escola da Penitenciária Regional de Bom Jesus, Estado do Piauí, Brasil.....	149
Anexo 05. Fotografias.....	151
Figura 3 - ENTRADA DA PENITENCIÁRIA REGIONAL DE BOM JESUS, PIAUÍ, BRASIL.....	151
Figura 4 - VISÃO DA ENTRADA DA ESCOLA DA PENITENCIÁRIA.....	152

Figura 5 - JARDIM DA ESCOLA UM DOS TRABALHOS DOS REEDUCANDOS DA ESCOLA.....	152
Figura 6 - REEDUCANDOS EM SALA DE AULA.....	153
Figura 7 - PROFESSORA MINISTRANDO AULA DE GEOGRAFIA.....	153
Figura 8 - PROFESSORA MINISTRANDO AULA DE PORTUGUÊS.....	154
Figura 9 - REEDUCANDOS CORRIGINDO TAREFAS EM SALA DE AULA.....	154
Figura 10 - ARTESANATO PRODUZIDO POR DETENTO QUE FREQUENTA A ESCOLA DA PENITENCIÁRIA.....	155
Figura 11 - JARDINS DO PRÉDIO DA ADMINISTRAÇÃO DA PENITENCIÁRIA CONSTRUÍDOS PELOS REEDUCANDOS.....	155
Figura 12 - PLANTAÇÕES REALIZADAS PELOS REEDUCANDOS.....	156
Figura 13 - VISÃO DE CIMA DOS PAVILHÕES DA PENITENCIÁRIA REGIONAL DE BOM JESUS.....	156

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Organograma da Secretaria da Justiça e de Direitos Humanos do Estado do Piauí.....	96
Figura 2 – Organograma da Unidade de Reintegração Social e Penitenciária da Secretaria da Justiça e de Direitos Humanos do Estado do Piauí onde se encontra a Coordenação de ensino dos presídios do Estado do Piauí.....	97
Figura 3 - Entrada da Penitenciária Regional de Bom Jesus, Piauí, Brasil.....	151
Figura 4 - Visão da entrada da escola da penitenciária.....	152
Figura 5 - Jardim da escola um dos trabalhos dos reeducandos da escola.....	152
Figura 6 - Reeducandos em sala de aula.....	153
Figura 7 - Professora ministrando aula de geografia.....	153
Figura 8 - Professora ministrando aula de português.....	154
Figura 9 - Reeducandos corrigindo tarefas em sala de aula.....	154
Figura 10 - Artesanato produzido por detento que frequenta a escola da penitenciária.....	155
Figura 11 - Jardins do prédio da administração da penitenciária construídos pelos reeducandos	155
Figura 12 - Plantações realizadas pelos reeducandos.....	156
Figura 13 - Visão de cima dos pavilhões da Penitenciária Regional de Bom Jesus.....	156

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 – Dados Consolidados do Ministério da Justiça, em 2006.....	29
----------------------------------------------------------------------	----

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Grau de escolaridade dos detentos da Penitenciária Regional de Bom Jesus.....	105
Gráfico 2 – Avaliação do processo ensino-aprendizagem pelos detentos da escola da penitenciária.....	106
Gráfico 3 – Processo ensino-aprendizagem voltado para a realidade do detento.....	107
Gráfico 4 – Avaliação dos detentos sobre a carga horária da escola da Penitenciária Regional de Bom Jesus.....	107
Gráfico 5 – Avalia o que pode ser feito para melhorar o processo ensino-aprendizagem segundo os detentos (reeducandos).....	108
Gráfico 6 - O que pode ser feito para aumentar as vagas na escola da penitenciária segundo os detentos.....	109
Gráfico 7 - O que pode ser melhorado para que o processo ensino-aprendizagem e a carga horária atendam seus objetivos segundo os professores.....	109
Gráfico 8 - O que pode ser modificado na área de ensino e aprendizagem para melhorar o aproveitamento dos reeducandos segundo os professores.....	110
Gráfico 9 - O que pode ser modificado na área de ensino e aprendizagem para melhorar o aproveitamento dos reeducandos segundo o gerente da Penitenciária.....	111

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E SÍMBOLOS

LEP	Lei de Execução Penal
Art.	Artigo
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ONU	Organização das Nações Unidas
CF	Constituição Federal
RDD	Regime Disciplinar Diferenciado
AIDS	Síndrome da Imunodeficiência Adquirida
EUA	Estados Unidos da América
LEP	Lei de Execução Penal
US\$	Dólar
R\$	Real
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional
FUNAP	Fundação de Amparo ao Trabalhador Preso
MOBRAL	Movimento Brasileiro de Alfabetização
EJA	Educação de Jovens e Adultos
PEB	Programa de Educação Básica
CESU	Centro de Exames Supletivos
MEC	Ministério da Educação
LDB	Lei de Diretrizes e Bases da Educação
SEDUC	Secretaria Estadual da Educação e Cultura
PL	Projeto de Lei
PT	Partido dos Trabalhadores
SP	São Paulo
PSDB	Partido Socialista Democrático Brasileiro
GO	Goiás
PDT	Partido Democrático Brasileiro
RS	Rio Grande do Sul
SECAD	Secretaria Nacional da Administração
MJ	Ministério da Justiça
SNDH	Secretaria Nacional de Direitos Humanos

PL	Partido Liberal
RJ	Rio de Janeiro
MEB	Movimento de Educação de Base
IDH	Índice de Desenvolvimento Humano
INFOPEN	Sistema de Informações Penitenciário Nacional
EMBRAPA	Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária
BB Educar	Programa da Fundação Banco do Brasil
EMATER/PI	Instituto de Assistência Técnica e Extensão Rural do Piauí

RESUMO

Esta tese tem por objetivo demonstrar um panorama atual da situação em que se encontra o sistema educativo prisional no MERCOSUL que é administrado na penitenciária de Bom Jesus, Estado de Piauí, Brasil, tendo como primeira hipótese examinar o papel da educação dentro do "Programa de Recuperação" na política de transformação e recuperação do condenado. Como segunda hipótese procura demonstrar a importância do ensino ministrado na escola com base na realidade local do condenado. O desenho desse estudo é não experimental, transversal, do tipo descritivo. Através da análise de diversos documentos, das experiências com os estudantes e de uma recopilação dos questionários com professores, detentos e gerente a respeito do sistema implementado que é o modelo de política pública para a educação aplicada na escola da prisão de Bom Jesus, tendo uma história recente, busca-se entre outras questões, compreender o papel que desempenha a educação básica na penitenciária, buscando descrever e analisar a relação entre a educação escolar e a recuperação dos presos. Ademais, o trabalho se determina a examinar a educação desenvolvida na prisão com base no próprio exame interno que foi realizado com os condenados a respeito do programa educativo de que eles participam. Dada a especificidade da questão e a atenção a escassa produção de literatura científica neste campo de estudo, acredita-se que este material pode contribuir para levantar a discussão no âmbito da educação penitenciária que existe até hoje, na realidade, a recuperação dos condenados tem sido uma preocupação para os advogados, cientistas sociais e psicólogos, quando deveria ser uma preocupação de toda a sociedade.

Palavras-chave: Condenados; Sistema educativo administrado na penitenciária; Educação de jovens e adultos; Recuperação; Preocupação de toda a sociedade.

RESUMEN

Esta tesis tiene por objetivo disertar un panorama actual de la situación en que se encuentra el sistema educativo prisional del MERCOSUR que es administrado en la penitenciaría de Bom Jesus, del Estado de Piauí, Brasil, y tiene como primera hipótesis examinar el papel de la educación dentro del "Programa de Recuperación" en la política de transformación y recuperación del condenado. Como segunda hipótesis se busca la importancia la enseñanza ministrado en la escuela con base en la realidad local del condenado. El dibujo de ese estudio es no experimental, transversal, de tipo descriptivo. A través del análisis de diversos documentos, de las experiencias con los estudiantes, y de una recopilación de los cuestionarios con profesores, detentos y gerente, respecto del sistema implementado, que es el modelo de la política pública para la educación aplicada en la escuela de la prisión de Bom Jesus, misma que tiene una historia reciente, buscamos entre otras cuestiones, comprender el papel que desempeña la educación básica en la penitenciaría, buscando describir y analizar la relación entre la educación escolar y la recuperación de los presos. Además, el trabajo se determina a examinar la educación desarrollada en la prisión, con base en el propio examen interno que han realizado los condenados respecto del programa educativo en el que ellos participan. Dada la especificidad de la cuestión, y en atención a la escasa producción de literatura científica en este campo de estudio, se cree que este material puede contribuir para insertar la discusión respecto al ámbito de la educación penitenciaria, ya que hasta hoy, en la realidad, la recuperación de los condenados sólo ha sido una preocupación para los abogados, científicos sociales, trabajadores sociales y psicólogos, cuando que debería de ser una preocupación de toda la sociedad.

Palabras clave: Condenados; Sistema educativo administrado en la penitenciaría; Educación de jóvenes y adultos; Recuperación: Preocupación de toda la sociedad.

INTRODUÇÃO

O estabelecimento da prisão como instrumento da pena se deu pelo Código Penal Francês em 1791 e generalizou-se no mundo. A prisão surgiu no fim do Século XVIII e princípio do Século XIX com o objetivo de servir como peça de punição. A criação de uma nova legislação para definir o poder de punir como uma função geral da sociedade, exercida da forma igual sobre todos os seus membros. Foucault (1987) diz que a prisão se fundamenta na “privação de liberdade”, salientando que esta liberdade é um bem pertencente a todos da mesma maneira, perdê-la tem, dessa maneira, o mesmo preço para todos, “melhor que a multa, ela é o castigo”, permitindo a quantificação da pena segundo a variável do tempo: “Retirando tempo do condenado, a prisão parece traduzir concretamente a ideia de que a infração lesou, mais além da vítima a sociedade inteira” (Foucault, 1987, p. 196).

O crescimento vertiginoso da população prisional e do déficit de vagas, a despeito dos esforços dos governos dos estados e da federação para a geração de novas delas, é por seu turno um elemento revelador de que a construção de novas unidades não pode mais ser o componente fundamental das políticas penitenciárias, senão que apenas mais um componente, dentro de um mosaico bem mais amplo. Pesquisas recentes estimam, por exemplo, que mais de 60% (sessenta por cento) da população prisional seja composta por reincidentes (talvez não no sentido técnico-jurídico do termo, mas no sentido de que *saíram do sistema e a ele vieram a retornar, em situação de reinclusão*), o que aponta, dentre outras coisas, para o papel absolutamente deficitário que vem sendo desempenhado pelo assim chamado *tratamento penal*, nas unidades prisionais do país. É bem verdade que entre a superlotação de estabelecimentos penitenciários e a qualidade desses serviços subsiste uma relação de mútua implicação. Mas ainda assim, restam ainda outros fatores que devem ser trabalhados junto à gestão dos sistemas penitenciários estaduais, como estratégias para torná-los melhores.

O nível educacional geralmente baixo das pessoas que entram no sistema carcerário reduz seus atrativos para o mercado de trabalho. Isso sugere que programas educacionais pode ser um caminho importante para preparar os detentos para um retorno bem-sucedido à sociedade. Reconhecendo essa possibilidade, a LEP determina que os detentos recebam oportunidades de estudo, garantindo-lhes, em especial, educação escolar primária. A lei também promete aos detentos treinamento vocacional e profissional.

A educação no sistema penitenciário é iniciada a partir da década de 1950. Até o princípio do Século XIX, a prisão era utilizada unicamente como um local de contenção de pessoas – uma detenção. Não havia proposta de requalificar os presos. Esta proposta veio a

surgir somente quando se desenvolveu dentro das prisões os programas de tratamento. Antes disso, não havia qualquer forma de trabalho, ensino religioso ou laico.

Assim, somente nos meados dos anos 50, constatou-se o insucesso deste sistema prisional, o que motivou a busca de novos rumos, ocasionando na inserção da educação escolar nas prisões. Foucault (1987, p. 224) diz: “A educação do detento é, por parte do poder público, ao mesmo tempo uma precaução indispensável no interesse da sociedade e uma obrigação para com o detento, ela é a grande força de pensar. ”

A grande maioria dos indivíduos presos não tiveram melhores oportunidades ao longo de suas vidas, principalmente a chance de estudar para garantir um futuro melhor. Nesse sentido, o tempo que despenderá atrás das grades pode e deve ser utilizado para lhe garantir estas oportunidades que nunca teve, por meio de estudo e, paralelamente, de trabalho profissionalizante. Além de ajeitar as celas, lavar corredores, limpar banheiros etc., os detentos precisam ter a chance de demonstrarem valores que, muitas vezes, encontram-se obscurecidos pelo estigma do crime. Existem casos de detentos que demonstram dotes artísticos, muitos deles se revelando excelentes pintores de quadros e painéis de parede, além de habilidades com esculturas, montagens, modelagens, marcenaria etc. Também, decoram as celas de acordo com sua criatividade e sua personalidade. Estas artes devem ser incentivadas, pois é uma forma de ocupar o preso, distraíndo-o e aumentando sua autoestima. É a chance de mostrar a ele de que existe a esperança de um amanhã melhor além das grades que o separam do mundo exterior.

As superlotações, os envolvimento de presos em organizações criminosas e a falha de pessoal, são os principais problemas enfrentados pelas penitenciárias brasileiras. Outro fator que estamos acostumados a ver nos noticiários é a questão das rebeliões em presídios, sempre com resultados lastimáveis de sentenciados que são mortos por seus próprios companheiros, funcionários e familiares de detentos transformados em reféns, resgates e fugas audaciosas e espetaculares realizadas por criminosos, e por fim, a incapacidade das autoridades em face de organizações de criminosos, cada vez mais presente nos Estados brasileiros.

Assistência ao Preso, ao Internado, ao Egresso e aos seus Dependentes faz referência a um movimento de promoção dos direitos dos apenados, internados, egressos, dependentes e familiares, criando condições para que estes possam exercer a sua autonomia. Esse processo deve ser mediado pela inclusão dos beneficiários na agenda das políticas públicas de governo e pelo apoio a ações de instituições públicas e privadas, de caráter permanente, que tenham como objetivo prestar atendimento aos beneficiários, na forma e nos limites da lei: material,

jurídica, educacional, social, religiosa e principalmente à saúde ao egresso, após a edição do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário.

Com efeito, a educação precisa transmitir significados presentes na vida concreta de quem se pretendem educar ou reeducar; de modo diverso, não produz resultado, aprendizagem.

Mediante a consciência reflexiva, simbólica, o homem desenvolve a linguagem, utilizando-se da palavra; dá sentido à vida, segundo os significados que advêm fundamentalmente dos símbolos, das palavras, dos nomes. Assim, os conceitos (símbolos) são necessários às experiências dos indivíduos em conexão à realidade. Logo, o processo da aprendizagem precisa mobilizar tanto os significados, os símbolos, quanto os sentimentos, as experiências a que eles se referem.

O sistema prisional dos Estados Unidos tem seus alvos. As minorias são as mais afetadas. Seus “clientes” são basicamente pobres, negros e latinos (*rabble class*). Os negros representam a minoria da população, mas são a maioria dentro dos presídios. Um de cada 19 homens negros está na prisão. Enfim, segundo John Irwin, “o encarceramento serve para governar a ralé”.

Na Europa, numerosos países aprovaram leis que garantem o direito dos presos à educação. Essas normas legais apresentam geralmente muita semelhança, embora, principalmente nos países do Leste europeu, observe-se uma distância considerável entre o que prescrevem as leis e a vida cotidiana nas prisões.

Na América Latina, a reabilitação prisional, pretendida pela legislação penal, tem patenteado, na prática, o desalento, a aflição e a definitiva rebeldia contra uma sociedade que fecha as portas ao egresso.

A educação deve ser vista como um direito, não para a reintegração. Claro que isso é muito importante, mas se a reintegração for impossível, a educação continua a ser um direito. Não devemos instrumentalizar a educação unicamente para um papel social ou do tipo político-social. A educação pode ser uma solução se for uma educação ao longo da vida, não apenas do tipo profissional ou a reeducação. É para muitos presos a primeira oportunidade de compreender sua história e de tratar de desenvolver seu próprio projeto de vida.

No Estado do Piauí os presos de todas as penitenciárias públicas estaduais são beneficiados com o programa Educando para a Liberdade.

Na prisão, o trabalho, qualquer que seja sua tradução em atividades, é considerado educativo; a educação escolar, por sua vez, não é considerada trabalho intelectual.

A remição pelo estudo, no entanto, deve vir acompanhada de outras medidas que possibilitem e valorizem as atividades educativas no interior dos presídios.

A pesquisa é uma atividade voltada para a solução de problemas, através do emprego de processos científicos, e que parte de uma dúvida ou problema que com o uso do método científico busca uma resposta ou solução.

O desenho desse estudo é não experimental, transversal, de tipo descritivo. A pesquisa foi sem manipular deliberadamente as variáveis trata-se de uma pesquisa em que não fazemos variar intencionalmente as variáveis independentes. O modelo é transversal por que o procedimento consiste em situar um grupo de pessoas num contexto.

A educação é importante na recuperação, muitos detentos têm baixos padrões de escolaridade. Uma parcela significativa não domina as competências básicas de leitura e escrita, esse baixo nível de escolaridade afetou suas vidas e pode ter contribuído para que cometessem delitos, por isso os programas e projetos de educação nos presídios são importantes para desenvolver nos encarcerados seu senso de autovalorização.

Nossa **pergunta do problema** é a seguinte:

De que maneira a educação prisional pode se tornar um instrumento na recuperação de detentos do MERCOSUL, na Unidade Prisional de Bom Jesus no Estado do Piauí, Brasil?

O **objetivo geral** da pesquisa é o seguinte: Investigar como a educação pode se tornar um instrumento na recuperação de detentos da Unidade Prisional de Bom Jesus no Estado do Piauí, Brasil.

Os **objetivos específicos** da pesquisa são: 1) Descrever os projetos, técnicas e métodos educacionais que podem ser aplicadas para resultados no melhoramento dos índices de recuperação de detentos da Unidade Prisional de Bom Jesus no Estado do Piauí, Brasil; 2) Verificar as condições para aumentar a oferta de ensino na unidade Prisional de Bom Jesus; 3) Identificar a realidade carcerária atual no aspecto da formação adequada dos profissionais da área de educação voltado para a realidade da Unidade Prisional de Bom Jesus.

Esta pesquisa **justifica-se** da seguinte maneira: A educação é um dos instrumentos importantes na recuperação, muitos detentos têm baixos padrões de escolaridade. Uma parcela significativa não domina as competências básicas de leitura e escrita, esse baixo nível de escolaridade afetou suas vidas e pode ter contribuído para que cometessem delitos.

Os programas e projetos educacionais precisam ser desenvolvidos dentro das prisões para que se trabalhe a conscientização dos educandos ajudando a desenvolver seu senso de autovalorização. Pois um indivíduo que nasceu na miséria e por consequência não teve acesso

a uma educação satisfatória ou a de nenhum tipo, não pode agir com discernimento em seus atos.

A **delimitação e alcance** desta pesquisa são relevantes cientificamente e contribuem para mudar e melhorar o processo ensino-aprendizagem da escola da penitenciária de Bom Jesus que se diga não se finda por aqui tal estudo devendo ser continuado porque como dissemos anteriormente a educação é processo que necessita constantemente ser aprimorado, melhorado e que não se esgota.

Os resultados serão úteis para os Estados Partes do MERCOSUL, para a Secretaria da Justiça e dos Direitos Humanos do Estado do Piauí, Secretaria Estadual de Educação e Cultura do Estado do Piauí, Gerência da Penitenciária Regional de Bom Jesus e para a 14ª Gerência Regional de Educação de Bom Jesus.

Em efeito, este estudo está estruturado em capítulos da seguinte forma: No capítulo primeiro é feita a revisão do tema Prisão, os Sistemas Penitenciários Clássicos e um histórico sobre a prisão.

Nos capítulos segundo e terceiro é tratado o marco teórico do estudo. Nele se desenvolvem os fundamentos teóricos de diferentes autores sobre o objeto de estudo. A Falta de Acesso à Educação e as Realidades do Sistema Prisional Brasileiro, a Reintegração Social demonstrando que o grande desafio é recuperar e reintegrar o detento na comunidade, mas para isso é necessário diagnosticar os que desejam trabalhar e estudar. Os efeitos nocivos do encarceramento sobre os condenados impossibilitam qualquer tentativa de recuperação, não havendo como se falar em reinserção e reeducação em um ambiente de exclusão e exploração ao quais os presos estão submetidos, características estas que exercem, na verdade, uma função marginalizadora, sendo um fator criminógeno de educação e promoção ao crime e ao trabalho praticamente escravo.

Na prisão, o trabalho, qualquer que seja sua tradução em atividades, é considerado educativo; a educação escolar, por sua vez, não é considerada trabalho intelectual.

O capítulo quarto apresenta a necessidade do estímulo para educação e trabalho, as dificuldades do exercício do direito à educação e como o uso das tecnologias como a escola virtual podem ajudar na recuperação de detentos.

No quinto capítulo o estudo do Sistema Prisional do Estado do Piauí com destaque para a Unidade Prisional de Bom Jesus.

No capítulo sexto é tratada a Metodologia. Neste capítulo se prepara o projeto para o trabalho de campo, descrevendo brevemente o lugar de estudo, identificando as fontes de

dados, explicando o tipo e método de estudo, especificando a elaboração e validação dos instrumentos de pesquisa, e aclarando as técnicas de análise de dados.

O capítulo sétimo apresenta a discussão e a análise dos resultados. Nele se elaboram um sistema de organização e apresentação dos dados.

No oitavo capítulo se apresentam as conclusões e recomendações. As conclusões mais importantes, os pontos fortes da pesquisa a partir dos objetivos atingidos, o alcance dos objetivos específicos e a confirmação das hipóteses através dos resultados obtidos.

1 A PRISÃO

1.1 Histórico

Ao buscar a origem da prisão a partir do surgimento da civilização, constata-se que na antiguidade, mais precisamente na Roma Antiga prevaleciam as penas corporais e de morte, sendo que a prisão constituía meio para encarcerar os acusados somente até o julgamento ou execução.

Naquela época, não existia um local certo com uma arquitetura prisional definida para recolher os encarcerados, os quais ficavam geralmente em fortalezas reais, calabouços, torres ou edifícios diversos. Messuti (2003, p. 28) registra que existiam em Jerusalém quando houve a invasão dos caldeus, três prisões que se localizavam uma no portal de Benjamin, outra no palácio do rei e a última na residência de um funcionário público.

Afora estas experiências isoladas de prisão, segundo Leal (2001, p. 33) foi a Igreja que, na Idade Média, inovou ao castigar os monges rebeldes ou infratores com o recolhimento em celas localizadas em uma ala própria do mosteiro com o fim de recolhimento e oração.

A Idade Média, também, é marcada pelo aspecto estritamente punitivo da pena através do sofrimento físico corporal infligido aos acusados para libertação da alma com os suplícios, a forca, a roda.

No século XVI, com a crise do sistema feudal e a migração da população dos campos para as cidades com cenário de pobreza e miséria na Europa, o aumento da criminalidade foi inevitável e forçou a construção de várias prisões para segregar mendigos, prostitutas e vagabundos com o fim disciplinar e corretivo através do trabalho, especialmente pelos crimes cometidos contra o patrimônio que não se solucionariam com a pena de morte que fatalmente exterminaria milhares de delinquentes assolados pela fome.

Nesta época, a prisão mais antiga de acordo com Leal (2001, p. 34) foi a House of Correction, inaugurada em 1552 na cidade de Bridewell, na Inglaterra, com disciplina extremamente rígida para emenda dos delinquentes.

Outro modelo de inspiração para época foi o de Rasphuis de Amsterdam, inaugurado em 1596, onde o trabalho era obrigatório, a cela individual era utilizada somente a título de punição com vigilância contínua e leituras espirituais.

Percebe-se, desta forma, que a prisão surgiu para a segregação de mendigos, prostitutas e vagabundos, fato sociológico que merece registro pela atualidade da problemática da população carcerária atual, não se olvidando da sua finalidade: corretiva através do labor.

A partir desta época, começou a se desenvolver estudos e ideias sobre o sistema penitenciário, especialmente a preocupação com a questão humanitária da prisão, destacando-se dentre os mais importantes: a obra *Reflexões sobre as prisões monásticas* de Jean Mabillon (1695), o clássico revolucionário *Dos Delitos e das Penas* de Cesare Beccaria (1764), *O Estado das Prisões na Inglaterra e no País de Gales* de John Howard (1776).

1.2 Sistemas Penitenciários Clássicos

As teorias de execução das penas, sustentadas por Cesare Beccaria, John Howard e Jeremias Bentham, germinaram, nos Estados Unidos, no século XVIII, o movimento de criação de sistemas penitenciários padronizados, cujos mais famosos foram experimentados em colônias prisionais sob o influxo do notável político Benjamin Franklin, autor da Constituição norte-americana de 1787, que, no campo do Direito Penal, escreveu, em 1723, a obra *From Liberty and From Necessity of Penalty's Pleasure* (Da Liberdade e da Necessidade do Prazer da Pena).

Os Sistemas Penitenciários Clássicos, que prosperaram nos Estados Unidos, na Europa e serviram de modelo para o mundo, a partir do século XIX, foram também incitados por organizações comunitárias, objetivando suavizar a vida dos condenados nas prisões. A mais famosa dessas organizações foi a Philadelphia Society for Alleviating the Miseries of Public Prisons (Sociedade de Philadelphia para Aliviar a Miséria das Prisões Públicas), criada em 1787, que conseguiu introduzir modificações nas leis penais, como a abolição dos trabalhos forçados, dos açoites e das mutilações, além de restrições ao emprego da pena de morte que passou, em 1794, a ser aplicada, na Philadelphia, apenas aos homicídios dolosos.

Os Sistemas Penitenciários Clássicos são:

1. Sistema Pensilvânico; 2. Sistema Auburniano; 3. Sistema Progressivo Inglês; 4. Sistema Progressivo Irlandês; 5. Sistema de Elmira; 6. Sistema de Montesinos; e 7. Sistema Borstal.

1.2.1 O SISTEMA PENSILVÂNICO

O Sistema Pensilvânico, também conhecido como Sistema de Philadelphia, foi implantado na Eastern Penitentiary, na Philadelphia, em 1829, cuja construção foi inspirada na Penitenciária Panopticon idealizada por Jeremias Bentham, na Inglaterra. A base do Modelo Pensilvânico era o isolamento celular, com trabalho no próprio interior da cela, separando os presos para evitar promiscuidade e fazer com que todos meditassem sobre seus crimes com o objetivo de melhora pessoal. A solidão foi tão cruel, no estado de espírito dos enclausurados, que muitos foram vítimas de loucura. Somente podiam visitar os presos o

diretor do estabelecimento, os guardas, o capelão e os membros da Sociedade de Philadelphia para Aliviar a Miséria das Prisões Públicas.

A única leitura permitida era a Bíblia. O completo isolamento em relação ao mundo exterior não permitia nem mesmo receber ou enviar cartas. O Modelo Pensilvânico serviu de orientação para os regimes celulares da Europa, começando em prisões da Inglaterra, Alemanha e Bélgica com as devidas adaptações nesses países.

1.2.2 O SISTEMA AUBURNIANO

O Sistema Auburniano foi implementado na Penitenciária de Auburn, em Nova Iorque, a partir do ano de 1818. Impunha o trabalho em comum durante o dia, sob absoluto silêncio, punindo com variados castigos qualquer tentativa de comunicação. À noite, o isolamento celular também era absoluto para descanso da labuta diária e como meio de evitar a corrupção dos condenados. Por isso, ficou conhecido nos Estados Unidos como silent system. Os presos não podiam, inclusive, receber visitas, nem mesmo de familiares e eram proibidos exercícios e distrações de qualquer espécie, com direito apenas a rudimentar instrução e aprendizado proporcionados pelos funcionários da prisão. Interessante anotar que a desumana imposição das regras do silêncio propiciou o aparecimento da linguagem indireta, utilizada, universalmente, até hoje pelos presos, por via de gestos, leitura dos dedos ou dos lábios e pancadas nas paredes.

Uma lei de 1821, do Estado de Nova Iorque, determinou que os presos de Auburn ficassem divididos em três classes: a) delinquentes mais velhos e mais perigosos, que deveriam ficar em isolamento celular completo; b) delinquentes que deveriam ficar trancados, em suas celas, três dias por semana; c) delinquentes que deveriam ficar isolados apenas um dia por semana. Nos demais dias, os delinquentes da segunda e da terceira classes deveriam trabalhar em silêncio absoluto.

A Penitenciária de Auburn foi construída pelos próprios presos, com 108 celas propícias ao silêncio e ao isolamento. As críticas ao sistema começaram, quando foram constatados vários casos de mortes provocadas pela tuberculose e pela loucura. Mesmo assim, o Sistema Auburniano era o sistema da preferência norte-americana, enquanto que o Sistema Pensilvânico era o mais adotado na Europa.

1.2.3 O SISTEMA PROGRESSIVO INGLÊS

O Sistema Progressivo Inglês surgiu na Inglaterra, em 1840, motivado pelas deficiências correcionais e reformadoras do Modelo Pensilvânico e do Modelo Auburniano.

Sua origem é atribuída ao capitão da Marinha real inglesa Alexander Maconochie que, sensibilizado com as péssimas condições dos presos, especialmente os que eram deportados

nos enfers flottants para a Austrália, resolveu idealizar um sistema diferenciado que representasse a substituição dos anteriores sistemas de repressão. Maconochie introduziu esse novo sistema, chamado de Mark System, na Prisão da Ilha de Norfolk, na Austrália, onde era diretor, e lá cuidava dos presos deportados pela Justiça da Grã-Bretanha.

O Mark System estabeleceu uma forma de indeterminação da pena, que era medida em razão do trabalho, da boa conduta do condenado e levando em conta a gravidade do delito praticado. Com base nesses três fatores, eram atribuídas marcas ou vales, diariamente, que poderiam ser subtraídas em razão de faltas praticadas. Ao obter determinado número de marcas ou vales, o condenado era posto em liberdade.

O Mark System alcançou excelentes resultados, por isso passou a ser aplicado em toda a Inglaterra, com a adoção de três períodos progressivos, daí o nome Modelo Progressivo. O primeiro período era chamado de período de prova, implicava em isolamento celular completo diurno e noturno, com trabalho isolado e obrigatório durante o dia. Quando atingia quatro marcas ou vales, o apenado passava para o segundo período, onde era imposto o isolamento noturno, porém, durante o dia, ele era submetido a trabalho em comum sob a regra do silêncio nos Public Work-Houses (Casas de Trabalho Público). Continuando a ser beneficiado com quatro marcas ou vales, o condenado chegava ao terceiro período, onde, após certo tempo e com bom comportamento, alcançando as quatro marcas ou vales, podia obter o ticket of leave, uma espécie de livramento condicional.

1.2.4 O SISTEMA PROGRESSIVO IRLANDÊS

O Sistema Progressivo Irlandês foi criado por Walter Crofton, em 1854, então diretor das prisões da Irlanda.

Esse sistema difere do Sistema Progressivo da Inglaterra em dois pontos. Em primeiro lugar, o Sistema Inglês contém três períodos de execução da pena, enquanto no Irlandês há quatro, pois Crofton introduziu um período intermediário entre a prisão em comum (segundo período do Sistema Inglês) e o livramento condicional. Nesse período intermediário, com o intuito de antecedente da prisão aberta, foi adotado o trabalho externo que preparava o preso para o futuro livre com a obtenção do ticket of leave (liberdade condicional).

Outro detalhe diferenciado do Sistema Progressivo Irlandês, em relação ao Inglês, residia no fato dos detidos não serem obrigados aguardar silêncio durante o trabalho em comum.

O Sistema Progressivo Irlandês, pelas benéficas modificações experimentadas, no sentido de oferecer ao condenado vantagens por etapas, passou a influir, positivamente, nos

aprimoramentos dos regimes da Europa e dos Estados Unidos, espalhando-se posteriormente por todos os continentes.

1.2.5 O SISTEMA DE ELMIRA

Com base no Sistema Progressivo Irlandês, surgiram nos Estados Unidos, os Regimes de Reformatórios, cujo mais famoso foi o Sistema do Reformatório de Elmira, no Estado de Nova Iorque em 1869.

Com o Reformatório de Elmira, a reação contra a criminalidade pela cura do condenado se apresenta mais claramente na evolução prática da política penitenciária. Criou-se o sistema unitário de pena e medida de segurança, mediante o critério de avaliação do condenado. Só admitia jovens delinquentes entre 16 e 30 anos de idade, sujeitos a uma pena relativamente indeterminada com a fixação de um mínimo e de um máximo. Após o condenado passar por uma classificação inicial, era submetido a um sistema de marcas ou vales, concedidas em razão da evolução no trabalho, boa conduta, instrução moral e religiosa. O aprendizado de um ofício era obrigatório e a disciplina era do tipo militar. Quando alcançava a terceira fase, o apenado tinha direito ao livramento condicional e recebia um pecúlio, como forma de ajuda financeira para as primeiras necessidades.

Em 1915, não só Elmira, mas todos os regimes de reformatórios começaram a declinar nos Estados Unidos. As críticas mais fortes residiam no fato de que os jovens ficavam deprimidos com a rigorosa disciplina militar, castigos pesados e um ambiente de segurança máxima que não condizia com o sentido teórico de reformulação moral para a regeneração do condenado. Na verdade, começava a surgir nos Estados Unidos, com repercussão na Europa, o entusiasmo pela adoção das prisões abertas.

1.2.6 O SISTEMA DE MONTESINOS

Em 1835 o coronel Manuel Montesinos e Molina foi nomeado governador do Presídio de Valência, na Espanha, onde procurou implantar um diferenciado e eficiente regime prisional, cujo êxito lhe valeu o reconhecimento pelo grande esforço empreendido em busca de um exercício humanitário na prisão. Seu lema era: “os maus tratos irritam mais do que corrigem e afogam os últimos alentos da moralização.”

O Sistema de Montesinos, como ficou conhecido sua experiência, apresentou peculiaridades na vida prisional, que distinguiram esse modelo espanhol dos outros existentes na Europa e nos Estados Unidos.

Foram estas as características do sistema de Montesinos:

a) Não admitiu o regime celular, porque além de gerar a “mortificação apenado”, não permitia a socialização em absoluto isolamento.

b) Influuiu eficazmente no espírito dos reclusos com menos castigo e mais autoridade moral.

c) Procurou o equilíbrio entre o exercício da autoridade e a missão pedagógica, com vistas à correção do recluso.

d) Nenhuma sanção disciplinar deveria ter caráter infamante.

e) O poder de disciplina estava em conformidade com o princípio da legalidade, por isso instituiu um Código Interno com regulamento para os presos.

f) Ocupava o preso com o trabalho por ser o melhor instrumento para se conseguir o propósito reabilitador da pena.

g) O trabalho do preso era remunerado para despertar o seu interesse por alguma atividade produtiva.

h) Editou uma prática penitenciária que se constituiu em importante antecedente da prisão aberta, visto que o Presídio de Valência “não possuía um só ferrolho que pudesse resistir ao arrombamento de qualquer apenado”, os guardas eram, na maioria, pessoas idosas, pois o mais importante era criar no preso a ideia de que ele deveria ser corresponsável pela segurança do estabelecimento, em respeito aos seus hábitos de subordinação e moralidade.

i) Introduziu no sistema uma espécie de liberdade condicional, reduzindo um terço da condenação como recompensa à boa conduta do preso, apoiado numa interpretação do art. 303 da Ordenação Geral dos Presídios do Reino, de 1834, que lhe serviu de fundamento jurídico. Frequentemente se atribui a Manuel Montesinos e Molina o pioneirismo pela criação do instituto da liberdade condicional.

j) Estabeleceu a prática da concessão de licenças de saída temporária dos presos. Não se conhecia antes essa iniciativa em nenhum outro Sistema.

l) Considerar benéfica a integração de grupos de presos mais ou menos homogêneos, quer dizer, sem uma rígida separação entre perigosos e não perigosos, não encontrando nenhum inconveniente nessa mesclagem, pois entendia que os “bons” poderiam auxiliar os “maus” no estímulo à modificação do interior humano.

Manuel Montesinos e Molina foi realmente notável com seu Sistema. Não somente pela visão, mas principalmente pela excelente e inovadora prática prisional, que representou um marco no penitenciarismo da Espanha e do mundo.

Interessante anotar que sua rica experiência com prisão adveio do tempo em que, após a Guerra da Independência, na Espanha, em 1809, foi submetido durante três anos a severo encarceramento em um Arsenal Militar em Tolon, na França.

Em 1854, ele pediu demissão do cargo de Governador do Presídio de Valência. Suas contrariedades resultaram, principalmente, da crise em torno do trabalho do preso.

O regime laboral do Sistema de Montesinos era tão eficiente que os fabricantes e artesãos, em virtude da competição, apresentaram reclamação contra essa concorrência, alegando, inclusive, que a mesma não estava sujeita à onerosa carga de impostos. O Governo atendeu aos clamores dos empresários livres e logo a produção na prisão foi diminuindo, perdendo a qualidade, chegando ao ponto de não conseguir matéria-prima e sofrer forte campanha publicitária colocando em descrédito o trabalho na prisão.

Sem ajuda do Governo e sem o apoio da comunidade, Manuel Montesinos e Molina deixou o comando do Presídio que, lamentavelmente, a partir daí, se tornou ineficiente no mister de soerguimento social e moral dos apenados.

1.2.7 O SISTEMA BORSTAL

O estabelecimento do tipo Borstal, implantado para jovens delinquentes, na Inglaterra, em 1902, merece também destaque na trajetória dos Sistemas Penitenciários Clássicos.

A prisão Borstal ficava no Condado de Kent, inaugurada desde 1893 para presos adultos, que lá ficavam em condições pessoais não recomendáveis. Com a reforma, Borstal se transformou em uma prisão para delinquentes, entre 16 e 21 anos, bem adaptada para oferecer instrução moral e profissional aos presos.

O grande avanço do Sistema Borstal foi o pioneirismo no modelo de regime penitenciário aberto na Inglaterra. Isso começou quando, em 1930, um grupo de jovens presos se deslocou para um acampamento na cidade de Nottinghamshire e lá construiu uma moradia para eles e para os que viessem posteriormente. Os próprios presos concebiam a moradia como prisão.

Estava, assim, semeada a primeira casa penal aberta, bem acolhida pela comunidade, tanto que, nos anos posteriores, o próprio Governo apoiou a fixação de outras unidades do Borstal, com o mesmo perfil, para jovens delinquentes, na Inglaterra.

Verifica-se, pelo exposto, a louvável disposição de se conseguir bons resultados pela via da prisão. Não há dúvida de que enorme foi o esforço dos Sistemas Penitenciários Clássicos, no sentido de dotar o modelo de privação de liberdade com crescentes iniciativas, visando aliviar o pesadelo da contínua violação dos direitos humanos nos cárceres e possibilitando, igualmente, a real correção dos delinquentes.

Veja-se que os Sistemas Penitenciários Clássicos serviram de ponte para a orientação do tratamento prisional, desenvolvido no século XX, sob a égide de duas vertentes:

a) individualização científica da pena e de sua execução com métodos de investigação e conhecimento de personalidade do preso;

b) administração penal sustentada pelas opções de regime fechado, regime semiaberto e regime aberto de cumprimento de pena.

Os resultados práticos não geraram as mais produtivas e infalíveis experiências, todavia valeu a contribuição desses Sistemas Clássicos, como ingrediente merecedor de reconhecimento, na luta incessante em busca de prestígio para o processo regenerador que a anormalidade prisional não permite alcançar.

A prisão surgiu no fim do Século XVIII e princípio do Século XIX com o objetivo de servir como peça de punição. A criação de uma nova legislação para definir o poder de punir como uma função geral da sociedade, exercida da forma igual sobre todos os seus membros. Foucault (1987) diz que a prisão se fundamenta na “privação de liberdade”, salientando que esta liberdade é um bem pertencente a todos da mesma maneira, perdê-la tem, dessa maneira, o mesmo preço para todos, “melhor que a multa, ela é o castigo”, permitindo a quantificação da pena segundo a variável do tempo: “Retirando tempo do condenado, a prisão parece traduzir concretamente a ideia de que a infração lesou, mais além da vítima a sociedade inteira” (Foucault, 1987, p. 196).

Além disso, a prisão possibilitou a contabilização dos castigos em dias, em meses, em anos se estabeleceu equivalências quantitativas “delito-duração”, daí vem à expressão de que a pessoa presa está pagando sua dívida.

A prisão, como hoje se configura, representa um grande fracasso da justiça penal. Convive-se com denúncias ou constatações que – a não ser pela mudança dos números estatísticos – se repetem desde os primórdios da criação da instituição-prisão: - as prisões não diminuem a taxa de criminalidade, ao contrário tende a aumentá-las; a prisão provoca reincidência; a prisão fabrica delinquentes pelo tipo de existência que os obriga a levarem, como a promiscuidade, imposição de trabalhos inúteis e sem nenhum caráter educativo; abuso de poder, corrupção e incapacidade dos gerenciadores do sistema; favorecimento de organizações criminosas e prontas para cumplicidades futuras; proibições e falta de condições aos egressos para se inserirem na sociedade, fazendo-os retornarem à prisão; desestruturação familiar indiretamente causada pela falta do seu provedor, dentre outras.

Segundo Foucault (2004, p. 223) a resposta às críticas ou colocações acima apontadas tem se repetido:

Há um século e meio que a prisão vem sendo dada como seu próprio remédio; a reativação das técnicas penitenciárias como a única maneira de reparar seu fracasso

permanente; a realização do projeto corretivo como o único método para superar a impossibilidade de torná-lo realidade.

Clamar pela ajuda da sociedade para auxiliar na efetivação de mudanças neste quadro tem sido um chamamento muitas das vezes, dirigido ao vazio, pela realidade com a qual se depara, e pela falta de se vislumbrar perspectivas de melhora. O trabalhador brasileiro, mesmo estando na contingência de trabalhar cerca de quatro meses e meio por ano apenas para estar em dia com seus impostos, vê-se refém da marginalidade, pois a ninguém, até ao indivíduo medianamente informado, escapa à percepção de que as prisões não estão cumprindo o seu papel, isto é, não “recuperam”, não “ressocializam” o detento e a “bandidagem” (termo utilizado popularmente) prolifera e está sempre um passo à frente da lei. Depara-se na mídia, ou em outros meios de comunicação com expressões como: “a Cadeia é uma escola do crime” “na cadeia o indivíduo entra primário e sai pós-graduado no crime” “bandido bom é bandido morto”, e assim por diante.

Tal situação se prolifera com a conivência do Estado, permitindo a perpetuação de uma cultura arcaica. De acordo com Frei Betto (*apud* Kotscho, 2003, p.41):

O sistema penitenciário, tal como ele existe na sociedade capitalista, principalmente aqui no Brasil, é extremamente cruel, não só porque confina fisicamente o homem, sem que esse homem possa compreender o problema da liberdade, senão em relação à sua locomoção física, mas ele destrói a subjetividade do homem, no sentido de não lhe oferecer nenhuma possibilidade de racionalização da situação em que se encontra.

De acordo com Foucault (1987) a prisão também se fundamenta pelo papel de “aparelho para transformar os indivíduos”, servindo desde os primórdios como uma: [...] detenção legal [...] encarregada de um suplemento corretivo, ou ainda uma empresa de modificação dos indivíduos que a privação de liberdade permite fazer funcionar no sistema legal. Em suma o encarceramento penal, desde o início do século XIX, recobriu ao mesmo tempo a privação de liberdade e a transformação técnica dos indivíduos”.

A história do sistema penitenciário no Brasil revela que, desde o início, a prisão foi local de exclusão social e questão relegada a segundo plano pelas políticas públicas, importando, conseqüentemente, a falta de construção ou a edificação inadequada dos edifícios penitenciários, na maioria das vezes improvisados.

Estabelecia o Livro V das Ordenações Filipinas do Reino, Código de leis portuguesas que foi implantado no Brasil durante o período Colonial que “decretava a Colônia como presídio de degredados”. A pena era aplicada aos alcoviteiros, culpados de ferimentos por

arma de fogo, duelo, entrada violenta ou tentativa de entrada em casa alheia, resistência a ordens judiciais, falsificação de documentos, contrabando de pedras e metais preciosos.

A utilização do território colonial como local de cumprimento das penas se estende até 1808, ano marcado por mudanças significativas rumo à autonomia legal e aos anseios de modernidade, tão em voga naqueles tempos, segundo assinala Pedroso.

A instalação da primeira prisão brasileira é mencionada na Carta Régia de 1769, que manda estabelecer uma Casa de Correção no Rio de Janeiro.

Registra-se, também, a Cadeia construída na cidade de São Paulo entre 1784 e 1788, conhecida simplesmente como Cadeia e estava localizado no então Largo de São Gonçalo, hoje Praça João Mendes. Era um grande casarão assobrado, onde funcionava também a Câmara Municipal. Na parte inferior, existiam as salas destinadas à prisão e, no piso superior, os espaços para as atividades da Câmara. Para lá eram recolhidos todos os indivíduos que cometiam infrações, inclusive escravos, e era onde aguardavam a determinação de penas como o açoite, a multa e o degredo; uma vez que não existia, ainda, a pena de prisão.

A Constituição de 1824 estabelecia, no art. 179, que as prisões deveriam ser seguras, limpas, arejadas, havendo a separação dos réus conforme a natureza de seus crimes.

O Código Criminal de 1830 estabeleceu a pena de prisão com trabalho para vários crimes, implicando a construção de Casas de Correção com celas individuais e oficinas de trabalho e uma arquitetura própria para a pena de prisão. O café e a industrialização proporcionavam um estímulo cada vez maior para o crescimento populacional e também econômico do país, mas as casas de recolhimento de presos do início do século XIX mostravam condições deprimentes para o cumprimento da pena por parte do detento, inclusive local onde se recolhiam escravos, menores e loucos.

O Código Penal de 1890 estabeleceu novas modalidades de penas: prisão celular, banimento, reclusão, prisão com trabalho obrigatório, prisão disciplinar, interdição, suspeição e perda do emprego público e multa. O artigo 44 do Código considerava que não haveria penas perpétuas e coletivas. As penas restritivas de liberdade individual eram temporárias e não deveriam exceder trinta anos, eram elas: prisão celular, reclusão, prisão com trabalho obrigatório e prisão disciplinar.

A prisão celular, inspirada no modelo pensilvânico e de Roquete foi a grande novidade da revisão penal de 1890 e foi considerada punição moderna, base arquitetural de todas as penitenciárias.

No entanto, o aumento gradativo e constante da população carcerária confrontou-se com as limitações de espaço das prisões, inviabilizando o direito à cela individual.

No interior do país o problema alcançou dimensões grandiosas e por muitos anos e que nem o Código Penal de 1940 conseguiu apaziguar, segundo assinala Brito, dada a insuficiência das prisões municipais onde se acumulam, entre paredes e grades, homens de todas as condições sociais, e até menores, mulheres e loucos. E o que mais chocante é, muitas delas de fachadas modernizadas, por exigências de urbanismo, mas cujo interior vale por um escárnio e por um contraste desalentador do que se mostra fora (Brito, 1947, p. 442).

Registra-se que no século XIX já existia uma sociedade para melhoria das prisões, um movimento para torná-la mais eficaz.

No século XX, começaram os primeiros estudos para a elaboração de uma legislação penitenciária, conforme ressalta Barbosa (1993, p. 87), mencionando que em 1937 elaborou-se o Projeto de Código Penitenciário pelos juristas Cândido Mendes, Lemos Brito e Heitor Carvalho, enquanto em 1957, outro Anteprojeto de Código Penitenciário foi elaborado por Oscar Stevenson e em 1963, o Professor Roberto Lyra elaborou o Anteprojeto de Código de Execuções Penais.

No entanto, nenhum destes Anteprojeto vingou vindo a ser promulgada em 1984 a Lei nº 7.210, que estabeleceu sobre a execução penal, fruto de comissão nomeada pelo então Deputado Abi-Ackel, marco do Direito Penitenciário no país.

O crime não é apenas uma questão de não educação, mas também de muitos outros fatores que fazem parte de nossa realidade, entretanto, podemos adequar esta sua afirmativa à questão do condenado à pena privativa de liberdade, afirmando que o meio mais seguro de tornar o homem menos inclinado a reincidir no crime é respeitando os seus direitos como cidadão e ser humano que é.

A Lei de Execução Penal diz que o preso, tanto o que ainda está respondendo ao processo, quanto o condenado, continua tendo todos os direitos que não lhes foram retirados pela pena ou pela lei.

Significa, portanto, que o preso ao receber sua condenação, perde a liberdade, mas não seu direito a um tratamento digno, sem violência física ou moral.

É senso comum que a violência somente gera violência. Faz parte da natureza humana comportar-se de forma hostil em um ambiente destrutivo, até como forma de integrar o indivíduo ao meio em que vive. A violência, infelizmente, está hoje institucionalizada em decorrência de uma estrutura mantida a força, que privilegia poucos, em prejuízo de muitos. Hodiernamente é o fenômeno social que mais preocupa a sociedade. Por outro lado também é questão de preocupação a violência oficial que se revela na inexistência de uma política carcerária eficaz e reeducadora.

O modelo de sociedade em que hoje vivemos não valoriza a condição humana e por esse motivo acaba tornando-se também fato gerador de violência. A falta de percepção deste fenômeno social é campo fértil às ideias fáceis e bem acolhidas pela sociedade. Há os que defendem o endurecimento da lei e que colocam as ideologias humanistas e os defensores dos direitos humanos como elementos contrários ao combate da criminalidade. Acusam os organismos humanitários de desconsiderarem o lado da vítima, porém somente apresentam como proposta para atenuar o sofrimento dos vitimados a subjugação do ofensor.

As prisões que surgiram como forma de humanização das penas na verdade acabaram por se tornar um depósito de lixo humano. A pena continua a ser encarada por todos como mero ato de vingança. Muitos até entendem que a situação ideal seria torná-la até mais rigorosa.

Verificamos, assim, que a estrutura do sistema carcerário está voltada unicamente para o castigo, quanto aos direitos do preso descritos na Lei de Execuções Penais, de 1.984, e normativos como a Constituição Federal e demais tratados sobre direitos humanos são reiteradamente descumpridos. Há de se convir, entretanto, que não é nada inteligente manter uma pessoa presa por longo período, submetendo-a a toda espécie de desrespeito ao ser humano que é, para depois “libertá-la”, fazendo com que a sociedade experimente o resultado de sua criação. Algo deve ser feito, ainda no curso do cumprimento da pena, para tentar devolver a pessoa ao convívio social munida de valores que não a façam enveredar pelo caminho da reincidência.

Ao reiterar sistematicamente que os Direitos Humanos só servem para proteger bandidos, acaba por ser aceito como verdadeiro, quando, na realidade, é fruto de profunda ignorância e acarreta, em nosso meio, a fragilização de conquistas democráticas que a humanidade levou séculos para firmar. Na verdade, os Direitos Humanos existem para quem deles precisa, e, por não serem excludentes, acabam alcançando também àqueles que um dia os violaram. Os presos em nosso país são vítimas de incessantes afrontas aos Direitos Humanos. As condições de nossas cadeias e penitenciárias, já de todos conhecidas, transformam as penas privativas de liberdade em medidas de extrema crueldade. O grau de violência contra acusados de praticar um crime parece ser aceito socialmente ou mesmo encorajado. O conceito de Direitos Humanos é tido como forma de proteção a criminosos e a necessidade de acalmar a sensação generalizada de insegurança pública alimenta o desejo da população por medidas mais fortes e mais repressivas contra suspeitos de terem cometido crimes.

As regras mínimas da ONU sobre tratamento de presos soam como piada para nós. Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, dos quais nosso País é signatário, são solenemente ignorados. Descumprimos, reiteradamente, a Lei de Execuções Penais em inúmeros dispositivos, com destaque, é óbvio, para os que dispõem sobre os direitos do preso.

Se acreditássemos que os rigores positivados da pena e da execução fossem instrumentos eficazes no combate à violência e à criminalidade, teríamos resolvido alguns de nossos mais terríveis problemas. Na verdade, a violência e a criminalidade são, na realidade, filhas das injustiças sociais.

É remota a ideia de que os presos não têm direito algum. O condenado é amaldiçoado e, sofrendo a pena, é objeto da máxima censura da coletividade, que o priva de toda a proteção do ordenamento jurídico que ousou violar. O criminoso é desprezível e vil, servo da pena, perde a paz e está fora do direito. É necessário entender que, por força da nossa ordem jurídica positivada, o encarcerado não perde a cidadania, é sujeito de direitos na execução. Ele é titular, ainda, de todo o rol de direitos fundamentais previstos na Constituição que sejam compatíveis com a situação em que se encontra. Qualquer medida restritiva de sua liberdade deve vir prevista em lei, ser proporcional à pena atribuída ou virtualmente projetada, preservando-se sempre a liberdade jurídica residual que não foi tocada pela sentença condenatória.

A perda ou restrição provisória da liberdade não acarretam a supressão de direitos fundamentais. O crime não retira do homem sua dignidade. O indivíduo, por mais vil que possa parecer, é sempre sujeito de direitos.

Apesar de a Constituição Federal prever no seu artigo 5º, inciso XLIX, do Capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais, que "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral", o Estado continua fracassando nas prerrogativas mínimas de custódia. À incapacidade de gerenciamento do Estado some-se a incompetência do modelo prisional vigente para a recuperação dos presos. O resultado desta mistura é um local onde não existem as mínimas condições de respeito aos direitos humanos. E sem respeito à pessoa humana, como a garantia da dignidade e da integridade física, o que se produz a cada dia são pessoas desprovidas de humanidade.

O preso não só tem deveres a cumprir, mas é sujeito de direitos, que devem ser reconhecidos e amparados pelo Estado. O recluso não está fora do direito, pois se encontra numa relação jurídica em face do Estado, e, exceto os direitos perdidos e limitados a sua condenação, sua condição jurídica é igual à das pessoas não condenadas.

Denota-se que muito embora tenhamos em nosso ordenamento pátrio dispositivo legal que visa garantir a integridade física do condenado e o respeito à sua dignidade humana, infelizmente parecem estarem esquecidos. Falta na realidade, vontade política e seriedade na administração pública com atitudes sérias, a fim de mudar a situação caótica que chegou hoje nosso sistema prisional, porém, há que se ter em mente que somente teremos solução quando nossos planos de segurança forem planejados com serenidade e não no calor de crises visando apenas saciar os anseios da sociedade.

A verdade é que apenas se tem procurado oferecer soluções para os efeitos, esquecendo-se que o problema está a exigir remédios heroicos para as causas. Se atacarmos os efeitos, as causas persistirão e as consequências crescerão numa razão geométrica.

Tendo a pena privativa de liberdade o objetivo não apenas de afastar o criminoso da sociedade, mas, sobretudo, de excluí-lo com a finalidade de ressocializá-lo, note-se que a pena de prisão atinge o objetivo exatamente inverso: ao adentrar no presídio, o apenado assume o seu papel social de um ser marginalizado, adquirindo as atitudes de um preso habitual e desenvolvendo cada vez mais a tendência criminosa, ao invés de anulá-la.

É preciso a transformação do sistema para que a reforma do condenado seja propiciada por instrumentos como a educação e o trabalho, de modo a dar-lhe condições de levar uma vida digna quando sair do estabelecimento prisional, e evitar que o cárcere seja mais penoso do que deve ser.

A intenção, então, é buscar alternativas para sancionar os criminosos, que não os isolar socialmente. Isto porque a pena de prisão determina a perda da liberdade e da igualdade, que derivam da dignidade humana. E a perda dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade representa a degradação da pessoa humana, assim como a tortura e o tratamento desumano, que hoje são expressamente proibidos pela Constituição Federal.

Por mais que se pretenda que a pena privativa de liberdade deva preparar o sujeito para a vida livre, o certo é que propicia a formação de uma sociedade antinatural, na qual o sujeito carece das motivações da sociedade livre, adquirindo características rudes e primitivas, que costumam persistir após a recuperação da liberdade, e, que ao entrar em conflito com a sociedade livre, têm a oportunidade de manifestar-se.

A ideia dos direitos do preso tem origem bem recente. Decorre da consequência lógica de se considerar a privação de liberdade como uma medida extremada, cujos limites devem ser estabelecidos, e que, em definitivo, é reforçado pela comprovação de que é um mal, para o qual ainda não se encontrou substituto, e, nem mesmo parece existirem esforços sérios para reduzi-lo, pelo menos em nosso país.

Nossa Lei de Execução Penal não passa de uma "carta de intenção".

A falta de infraestrutura e o total descaso dos nossos governantes tem contribuído de forma significativa para a transformação das penitenciárias brasileiras em verdadeiras "escolas do crime". Se por um lado, os maus tratos, as celas lotadas, as condições precárias, a falta de alimentação adequada e o meio insalubre trazem o arrependimento do preso pelo crime cometido, por outro, também trazem a revolta.

Além disso, a falta de um acompanhamento psiquiátrico e a não utilização de atividades intelectuais e esportivas acabam por arruinar a integridade física e moral do apenado, propiciando dessa forma ao cultivo de pensamentos perversos e banais, não contribuindo de forma alguma a sua reabilitação, pelo contrário, prejudicando-o ainda mais.

Como se não bastasse, quando o delinquente readquire a liberdade, depara-se com os obstáculos impostos por uma sociedade preconceituosa e excludente que não consegue enxergá-lo como um indivíduo normal (isso no caso de ele ter sido realmente recuperado), aplicando-lhe outras sanções igualmente severas, que é a falta de oportunidade no mercado de trabalho, o desemprego, a falta de cidadania básica, etc. Diante do exposto, a única alternativa é voltar a cometer os mesmos crimes, a fim de que possa sobreviver.

Em 1991, O Instituto da UNESCO para a Educação (IUE), lançou um projeto para investigar e promover a educação nas prisões tendo como público alvo os adultos sentenciados e encarcerados. Uma das metas do projeto consistia em contribuir para o desenvolvimento do potencial humano que se restringia devido às desvantagens sociais. Os objetivos principais do projeto eram identificar estratégias bem sucedidas da educação básica nos contextos prisionais, de modo a dar a elas visibilidade, condições de refinamento e replicabilidade.

O relatório da UNESCO (1993: p. 60) indica que os prisioneiros são geralmente jovens, entre 18 a 25 anos. A maioria é constituída por homens, e a presença feminina nas prisões varia entre 2% e 7% da população total prisional. A mulher é uma minoria na prisão, tanto em número quanto em visibilidade. As recomendações de estudos prisionais indicam a necessidade de não continuar ignorando as necessidades de perfil prisional das mulheres apenadas. Em muitos momentos, as dificuldades das mulheres são as mesmas dos homens (o ambiente, o sistema, a superpopulação, etc.), entretanto existem questões específicas que precisam ser observadas (a situação dos filhos, a gravidez, o emocional, as necessidades, as habilidades, etc).

Na esfera internacional, a educação prisional de qualidade e apropriada ao contexto em sido vista como uma parte obrigatória e essencial nas atividades de reabilitação prisional.

Entre as pesquisas que procuram esclarecer o perfil do universo prisional destaca-se a publicação da UNESCO - Instituto para a Educação denominada "Educação Básica nas Prisões" (1995). O documento oferece fundamentação, conceitos e relatos globalizados procurando resgatar iniciativas educacionais, a elucidação de contextos prisionais em diferentes culturas seguindo uma perspectiva de educação vitalícia e de direitos humanos.

2 A FALTA DE ACESSO À EDUCAÇÃO PRISIONAL

O direito à educação escolar como “condição ineliminável de uma real liberdade de formação (desenvolvimento da personalidade) e instrumento indispensável da própria emancipação (progresso social e participação democrática)” é um direito humano essencial para a realização da liberdade e para que esta seja utilizada em prol do bem comum. Desta forma, ao abordarmos a educação nas prisões é importante ter claro que os reclusos, embora privados de liberdade, mantêm a titularidade dos demais direitos fundamentais. O acesso ao direito à educação do recluso deve ser assegurado universalmente, a todos e todas, dentro da perspectiva acima delineada e em respeito às normas que o asseguram.

Em âmbito internacional, as “Regras mínimas para o tratamento de prisioneiros”, elaborado no 1º Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Delinquentes, realizado em Genebra, em 1955, estabeleceu uma garantia específica à educação nas prisões. Em que pese este documento ser um marco na garantia do direito à educação das pessoas presas, as orientações previstas neste são restritivas, e não afirmam o caráter universal deste direito.

Em documentos internacionais mais recentes, tal como Declaração de Hamburgo, de 1997, a abordagem do direito à educação de pessoas presas avançou, afirmando-se expressamente na Declaração a “preocupação de estimular oportunidades de aprendizagem a todos, em particular, os marginalizados e excluídos” (item 11) e no “Plano de Ação para o futuro”, aprovado neste encontro, no item 47, o reconhecimento do direito de todas as pessoas encarceradas à aprendizagem: a) proporcionando a todos os presos informação sobre os diferentes níveis de ensino e formação, e permitindo-lhes acesso aos mesmos; b) elaborando e implementando nas prisões programas de educação geral com a participação dos presos, a fim de responder a suas necessidades e aspirações em matéria de aprendizagem; c) facilitando que organizações não-governamentais, professores e outros responsáveis por atividades educativas trabalhem nas prisões, possibilitando assim o acesso das pessoas encarceradas aos estabelecimentos docentes e fomentando iniciativas para conectar os cursos oferecidos na prisão aos realizados fora dela. (Declaração de Hamburgo, 1997, tema 8, item 47)”.

No Brasil, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (L. 9394/96, que estabelece parâmetros dos níveis e modalidades de ensino no país) não traz nenhuma referência à educação de jovens e adultos presos. A abordagem específica da educação nas prisões foi estabelecida na Lei de Execução Penal - LEP (L. 7210/84).

Neste documento, a assistência educacional do preso é expressamente prevista como um direito no inciso VII, do artigo 41. Contudo, ao especificar nos artigos 17 a 21 (conferir nota) como se dará a assistência educacional, observa-se certa restrição às oportunidades educacionais nos presídios se comparada à educação fornecida aos jovens e adultos que não se encontram no sistema prisional: apenas o 1º grau (ensino fundamental) foi previsto como obrigatório, não sendo prevista a possibilidade de acesso ao ensino médio ou superior para os detentos que cumprem pena em regime fechado (que não pode sair da prisão), o que viola normas constitucionais que postulam como dever do estado a “progressiva universalização do ensino médio gratuito” (artigo 208, inciso II) e o “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um” (artigo 208, inciso V).

Além disto, nos artigos da LEP é possível identificar uma forte valorização do trabalho em detrimento ao direito à educação: o artigo 126 assegura a remição penal através do trabalho, mas não garante à educação o mesmo benefício. Esta valorização do trabalho frente à educação, além de não incentivar a procura por escolarização, reforça a sua descaracterização como um direito, colocando a educação formal como um privilégio, um plus concedido aos detentos.

Neste tema, é também relevante apontar que hoje é matéria de discussão no Congresso Nacional a remição da pena pela educação (Projeto de Lei 5189/05). Este pode ser um importante passo para o fortalecimento e universalização do direito à educação nas prisões, segmento tão marginalizado e discriminado em nossa sociedade.

A valorização do direito ao trabalho frente à educação traz também como consequência um maior estímulo à educação como mecanismo de acesso e preparo para o mercado de trabalho, em detrimento de outros objetivos do direito à educação, como desenvolvimento pessoal ou a formação para a cidadania. Além da LEP, a educação nas prisões foi também abordada no Plano Nacional de Educação e no Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos.

O Plano Nacional de Educação estabeleceu em sua 17ª meta que, no período de 10 anos, os poderes públicos deverão: “Implantar, em todas as unidades prisionais e nos estabelecimentos que atendam adolescentes e jovens infratores, programas de educação de jovens e adultos de nível fundamental e médio, assim como de formação profissional,

contemplando para esta clientela as metas nº 5 (financiamento pelo o MEC de material didático-pedagógico) e nº 14 (oferta de programas de educação à distância)”.

Já no Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, a meta 26 determina que os Poderes Públicos deverão: “apoiar a elaboração e a implementação de programas para assegurar a educação básica nos sistemas penitenciários”.

De maneira geral, as normas referentes à educação penitenciária deixam margem a interpretações ambíguas, tanto na afirmação do direito educativo, como em relação à responsabilidade por sua implementação. Os textos fazem insistentes referências à parceria entre Estado e sociedade civil.

Se, de um lado isto pode ser positivo, uma vez que possibilita o controle social sobre o ambiente prisional, geralmente fechado em rígidas estruturas hierárquicas; de outro tende a estimular a transferência da responsabilidade do Estado para as organizações civis, muitas vezes impossibilitando a correlação com o sistema de ensino oficial.

As pessoas privadas de liberdade constituem um dos grupos severamente marginalizados que estão submetidos à violação endêmica de seu direito a educação.

Dos 440 mil presos no Brasil, 75% não completaram a educação básica e 12% são analfabetos. Apenas 18% dos detentos têm acesso a alguma atividade educacional ainda assim, incluindo cursos como o de violão. Esses dados, colhidos entre setembro de 2008 e fevereiro de 2009, constam do relatório preliminar sobre a situação da educação nas prisões brasileiras apresentadas junto à Comissão de Educação e Cultura pela relatora brasileira da Organização das Nações Unidas (ONU) para o Direito Humano à Educação, Denise Carreira.

De acordo com o relatório, além de a educação ser vista como um privilégio pelo sistema prisional, o processo educacional não é contínuo: basta haver qualquer tumulto no presídio para ser interrompido.

As condições de estudo são precárias: faltam salas de aula e os espaços que poderiam ser aproveitados são adaptados para funcionar como celas. Além disso, os professores enfrentam a desconfiança dos agentes penitenciários, que interferem no conteúdo. "O contato físico, como aperto de mãos, é cerceado. Professoras já foram afastadas sob acusação de envolvimento sentimental com detentos", disse a relatora.

Outro problema apontado pelo relatório é o conflito entre horário de trabalho e estudo. Quem trabalha segundo Denise, dificilmente vai encontrar tempo para estudar. E, como a demanda é maior do que a oferta é feita triagem por bom comportamento.

O controle "extremo" do acesso ao papel se constitui outro grave problema. Além disso, materiais escolares são destruídos em busca de drogas.

A educação é um direito social assegurado pela Constituição Federal e consagrado na legislação internacional. No entanto, quando se trata da população encarcerada, tal direito parece não ter o mesmo grau de reconhecimento. Se é fato que as camadas pobres da população são privadas de vários direitos, entre eles, o direito a uma educação de qualidade, essa realidade torna-se ainda mais contundente e pior – mais invisível ou naturalizada – em se tratando de pessoas condenadas pelo sistema de justiça penal. No Brasil, em muitas instituições penais, a oferta de serviços educacionais é inexistente, insuficiente ou extremamente precária, o que se soma a regimes disciplinares e legais que não incentivam ou mesmo inviabilizam o engajamento de pessoas presas em processos educacionais.

Nos últimos anos, observa-se em escala mundial a perda do ideal reabilitador das prisões, concomitante a um recrudescimento das políticas de segurança pública, o que resulta em ampliação da população presa e no abandono das medidas ditas ressocializadoras no interior dos sistemas penitenciários.

As pessoas com incapacidades ou dificuldades para a aprendizagem tornam-se objeto de estigmatização e discriminação em particular com respeito à educação dos sistemas penitenciários que sistematicamente não reconhecem, não entendem e nem apoiam as necessidades concretas dessas pessoas e as tornam cada vez mais vulneráveis.

Ocorre que em muitos sistemas penitenciários não se reconhece o fato de que entre os reclusos existem pessoas com incapacidades ou dificuldades para a aprendizagem cuja proporção estimada oscila entre 20 e 30% chegando até mesmo a 52% da população carcerária. Conseqüentemente, não se adota com respeito a essas pessoas nenhuma disposição especial. Apesar da complexidade e necessidades extremamente diversas que requerem a cooperação entre serviços. Finalmente, ainda não há nenhuma certeza, eficácia ou resultados dos programas da natureza geral ou específica disponível nas cadeias para os reclusos com incapacidades ou dificuldades para a aprendizagem.

A educação pode ser considerada, entretanto, um caminho promissor para a reintegração social da pessoa condenada à pena de prisão. Mas, além disso, e antes de tudo, é um direito humano universal que deve ser assegurado a todas as pessoas, independentemente de sua situação; é um direito que, ademais, potencializa o exercício de outros direitos como o trabalho, a saúde e a participação cidadã. A extensão dos serviços de educação a grupos historicamente marginalizados – como as pessoas privadas de liberdade – é, portanto, parte essencial na luta pela afirmação dos Direitos Humanos em sua universalidade. Os poucos

dados existentes a respeito da escolaridade das pessoas presas no Brasil apontam que, apesar de mais de 70% delas não terem concluído o ensino fundamental e de 10,5% serem analfabetas, apenas 17% estudam. Os números, bastante eloquentes, mostram que é urgente a mobilização dos órgãos governamentais e da sociedade civil para que se cumpra no Brasil a Constituição, que garante a todos os brasileiros, independentemente da idade, o direito ao ensino fundamental e obriga o Estado a ofertá-lo, assim como a Lei de Execução

Penal, que garante ao preso o direito ao estudo.

O Estado de São Paulo concentra metade da população encarcerada do país e, nos últimos anos, assistiu à escalada da superpopulação, desumanização e desgoverno das instituições penitenciárias. Nesse sentido, não é apenas pertinente, mas urgente a formação de um grupo de trabalho permanente sobre educação nas prisões, para reunir e potencializar os esforços de pessoas e instituições dedicadas à promoção dos direitos humanos das pessoas presas e dos direitos educativos.

Uma antiga máxima popular diz que “*mente vazia é a oficina do diabo*”. Este provérbio não poderia ser mais adequado quando se trata da vida carcerária. O indivíduo privado de sua liberdade e que não encontra ocupação, entra num estado mental onde sua única perspectiva é fugir. O homem nasceu para ser livre, não faz parte de sua natureza permanecer enjaulado. Algumas raríssimas cadeias ainda oferecem certas condições que superam a qualidade de vida do preso se estivesse do lado de fora. Ainda assim, o sentimento de liberdade sempre é maior e mesmo estas cadeias acabam vivenciando rebeliões de fuga. Preso que não ocupa seu dia, principalmente sua mente, é um maquinador de ideias, a maioria delas, ruins. O presídio é um sistema fechado onde o encarcerado é obrigado a conviver, permanentemente, com outros indivíduos, alguns de índole igual, melhor ou pior. Nem sempre há cordialidade e animosidade é algo comum, gerando um eterno clima de medo e preocupação constantes, pois o preso nunca sabe se “o seu dia vai chegar”. Grande parte desta angústia vivida pelo presidiário advém da falta de ocupação, de uma atividade que ocupe seu tempo, distraia sua atenção e que o motive a esperar um amanhã melhor. A ideia de todo presidiário é que sua vida acabou dentro das paredes da cadeia e que não lhe resta mais nada. Amparo psicológico é fundamental, pois nenhum ser humano vive sem motivação. Presídio sem ocupação se torna uma escola “às avessas”: uma formadora de criminosos mais perigosos.

Por não ter um estudo ou ocupação, conseqüentemente, carecer de um senso moral que a vida pré egressa não conseguiu lhe transmitir, a personalidade do preso passa a sofrer um desajuste ainda maior. Sua única saída é relacionar-se com os demais presos e intercambiar

com ele suas aspirações, valores e visões de mundo, quase sempre distorcidas. Passa a adquirir novos hábitos, que antes não tinha, enfim transforma-se num indivíduo pior do que quando entrou. Além disso, distúrbios psicológicos que já possuía antes de vir para o presídio se agravam, justamente por se ver inserido num novo contexto social, repleto de hostilidades e desrespeito.

A grande maioria dos indivíduos presos não tiveram melhores oportunidades ao longo de suas vidas, principalmente a chance de estudar para garantir um futuro melhor. Nesse sentido, o tempo que despenderá atrás das grades pode e deve ser utilizado para lhe garantir estas oportunidades que nunca teve, por meio de estudo e, paralelamente, de trabalho profissionalizante. Além de ajeitar as celas, lavar corredores, limpar banheiros etc., os detentos precisam ter a chance de demonstrarem valores que, muitas vezes, encontram-se obscurecidos pelo estigma do crime. Existem casos de detentos que demonstram dotes artísticos, muitos deles se revelando excelentes pintores de quadros e painéis de parede, além de habilidades com esculturas, montagens, modelagens, marcenaria etc. Também, decoram as celas de acordo com sua criatividade e sua personalidade. Estas artes devem ser incentivadas, pois é uma forma de ocupar o preso, distraíndo-o e aumentando sua autoestima. É a chance de mostrar a ele de que existe a esperança de um amanhã melhor além das grades que o separam do mundo exterior.

A visão à cerca do criminoso é que, a partir do delito ele se torna um indivíduo à parte na sociedade, e que seu isolamento dentro de uma prisão significa a perda de toda a sua dignidade humana devendo, por isso, ser esquecido enquanto pessoa humana, e ignora-se que os direitos humanos valem para todos, sejam criminosos ou não. Infelizmente, no Brasil, a vida de pessoas pobres ou criminosas tem menos valor.

As escolas prisionais brasileiras não possuem vagas suficientes para atender à procura por educação e os detentos que frequentam os cursos têm um ensino desvinculado da proposta de ressocialização do sistema penal. A oferta de ensino fundamental e médio em penitenciárias brasileiras é, de modo geral, limitada.

Apesar da ênfase que teoricamente se dá a ressocialização, não consta do currículo escolar adotado nas cadeias uma matéria específica, destinada a atingir esse objetivo. Não existe algo curricular exclusivo para a situação; o conteúdo das disciplinas ministradas é o mesmo adotado nas escolas regulares.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 no artigo 205 e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional 9394/96 no artigo 2º garantem a educação como um direito de todo cidadão e um dever do Estado. No entanto, os efeitos excludentes das políticas econômicas,

causam déficits educacionais e culturais, como podem ser contemplados no censo 2007 onde estão registrados percentuais elevados de jovens e adultos analfabetos liberais e funcionais, bem como, a não conclusão do Ensino Fundamental, o Ensino Médio e muito menos a Educação Superior.

2.1 As Realidades do Sistema Prisional Brasileiro

O sistema prisional brasileiro abriga 469 mil detentos, mas o número de vagas disponíveis no país é suficiente para 299 mil presos. O déficit é de aproximadamente 170 mil vagas. Os dados fazem parte do levantamento feito pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), finalizado em 30 de junho 2009, e que inclui os 60 mil presos em delegacias de polícia do país.

Segundo o Ministério da Justiça, o país tem 1.771 estabelecimentos no sistema penitenciário, sendo que 1.172 estão sob coordenação das secretarias de Justiça dos estados. O restante está sob coordenação das secretarias de Segurança Pública.

O Depen informou que é difícil quantificar a população carcerária do país, porque há estados que não repassam as informações sobre o número de detentos no sistema e nem mesmo as vagas disponíveis.

Airton Aloísio Michels, diretor do Depen, disse que não vê perspectivas para que o sistema penitenciário do país consiga alcançar a demanda de vagas. "O país teria de construir milhares de presídios e ainda reservar vagas para contemplar os possíveis condenados pela Justiça."

O diretor disse ainda que os presídios do país estão em situação caótica. "É uma vergonha. Não há recuperação do indivíduo. As penitenciárias federais de segurança máxima não têm esse objetivo de ressocialização, mas estão longe de sofrerem superlotação". A unidade de Catanduvas (PR) tem 145 presos atualmente. Em Campo Grande, a penitenciária abriga outros 140 detentos e, em Porto Velho (RO), estão 39 homens.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com apoio dos tribunais de Justiça dos estados, realiza uma série de mutirões nas carceragens do país, na tentativa de verificar a situação dos detentos e fazer uma reavaliação dos processos criminais.

A ação, que conta com juízes, promotores, defensores públicos e servidores do Judiciário, já colocou em liberdade presos da Bahia, Amazonas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Mato Grosso do Sul, Goiás e Espírito Santo.

Um em cada três presos está em situação irregular, ou seja, deveriam estar em presídios, mas encontram-se confinados em delegacias ou em cadeias públicas.

De acordo com dados obtidos junto ao Departamento Penitenciário Nacional, o sistema carcerário no Brasil se divide em algumas categorias: penitenciárias, presídios, cadeias públicas, cadeiões, casas de detenção e distritos ou delegacias policiais, colônias agrícolas entre outras, vejamos algumas delas:

Cadeias Públicas: destinam-se ao recolhimento de presos provisórios; Penitenciárias: destinam-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado; Penitenciárias de Segurança Máxima Especial: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas presas com condenação em regime fechado, dotados exclusivamente de celas individuais; Penitenciárias de Segurança Média ou Máxima: estabelecimentos penais destinados a abrigar pessoas presas com condenação em regime fechado, dotados de celas individuais e coletivas; Colônias Agrícolas, Industriais ou Similares: destinam-se ao cumprimento da pena em regime semiaberto; Casas do Albergado: destinam-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana; Centros de Observação Criminológica (COP): destinam-se a realização de exames gerais e criminológicos, cujos resultados serão encaminhados à Comissão Técnica de Classificação, ou seja, tem por objetivo a análise dos aspectos de saúde física, psicológica, psiquiátrica, realização de exame criminológico para a determinação do tratamento individualizado, tendo como base levantamentos dos aspectos sociais, econômicos e suas vocações profissionais, além da situação jurídica do detento; Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico: destinam-se aos inimputáveis e semi-imputáveis referidos no artigo 26 e seu parágrafo único do Código Penal, onde serão realizados os exames psiquiátricos e os demais exames necessários ao tratamento para todos os internados; Delegacia ou Distrito Policial: uma unidade policial fixa para o atendimento ao público, base e administração de operações policiais, investigações criminais e detenção temporária; Cadeiões: unidades de segurança máxima onde os internos passam o dia inteiro preso, destinado aos jovens infratores.

Estas divisões em categorias de estabelecimentos servem para que cada preso seja identificado por características e encaminhado para o local adequado. No entanto, na prática, essas categorias não funcionam a risca, uma vez que muitos dos presos são deslocados de um estabelecimento para outro.

Tabela 01 – Dados Consolidados do Ministério da Justiça, em 2006.

Regime fechado	Regime semi-aberto	Regime aberto
----------------	--------------------	---------------

Homens: 154.861	Homens: 39.575	Homens: 16.704
Mulheres: 8.944	Mulheres: 2.156	Homens: 1.607
Total: 163.805	Total: 41.731	Total: 18.311
Provisório	Medida de Segurança	
Homens: 107.968	Homens: 3.256	
Mulheres: 4.170	Mulheres: 339	
Total: 112.138	Total: 3.595	

- Total de estabelecimentos: 1.051
- População do sistema penitenciário: 339.580
- Vagas do sistema penitenciário: 236.148
- Secretaria de Segurança Pública: 61.656
- População prisional do Brasil: 401.236

As superlotações, os envolvimento de presos em organizações criminosas e a falha de pessoal, são os principais problemas enfrentados pelas penitenciárias brasileiras. Outro fator que estamos acostumados a ver nos noticiários é a questão das rebeliões em presídios, sempre com resultados lastimáveis de sentenciados que são mortos por seus próprios companheiros, funcionários e familiares de detentos transformados em reféns, resgates e fugas audaciosas e espetaculares realizadas por criminosos, e por fim, a incapacidade das autoridades em face de organizações de criminosos, cada vez mais presente nos Estados brasileiros.

Na cidade de Catanduvas, no Estado do Paraná, foi inaugurada em 23 de junho de 2006, a primeira Penitenciária Federal de Segurança Máxima do país. Foram investidos R\$ 20 milhões de reais no presídio que é extremamente seguro e que tem como finalidade resolver os problemas da carceragem tanto do estado do Paraná como de outros estados, já que a penitenciária recebe detentos de outras instituições. A penitenciária fica localizada a 470 km da capital paranaense e abriga bandidos que comprometem a segurança dos presídios, ou que estejam em Regime Disciplinar Diferenciado (RDD).

O RDD consiste em uma medida dura, que prevê o recolhimento do criminoso quanto às seguintes condenações: crime doloso a vida, conduta que ocasione subversão da ordem ou disciplina interna, quando o criminoso apresenta alto risco para a ordem pública e segurança do presídio ou da sociedade e quando recaia sobre o preso comprovado envolvimento ou participação em organizações criminais.

Além da Penitenciária Federal de Catanduvras o governo prevê a finalização e construção de outros presídios federais em outras regiões, como os de Campo Grande (MS), Mossoró (RN), Porto Velho (RO) e um no estado do Espírito Santo. A ideia é que cada região brasileira tenha a sua penitenciária federal, onde serão transferidos criminosos de alta periculosidade - condenados ou provisórios, a disposição da Justiça Estadual e Federal.

O Brasil tem vivido nos últimos anos uma realidade de um sistema penitenciário com crescentes e intensas crises decorrente dos mais diversos motivos possíveis, dentre as quais, já destacados em capítulos anteriores, mas principalmente o déficit de vagas prisionais.

De 10% a 20% dos presos brasileiros podem estar contaminados com o vírus da AIDS.

A maioria dos presos cumprem penas de quatro a oito anos de reclusão, por crimes como: roubos, furtos, tráfico de drogas etc.

Para solucionar o problema da superlotação nos presídios, seria necessário construir 145 novos estabelecimentos, a um custo de 1.7 bilhões de Reais.

Os crimes mais comuns no Sul e Sudeste do Brasil são roubo e furto, enquanto que no Amazonas e no Acre o crime mais comum é o tráfico de drogas. Alagoas é o estado onde há mais presos por homicídio. Chegam ao número expressivo de 56,8% da massa carcerária.

Já no Nordeste e Centro-Oeste, a maioria das prisões ocorre por assassinato.

São Paulo é a cidade onde há maior número de presos por habitantes e também a pior situação carcerária: 174 presos para cada grupo de 100.000 habitantes.

Em Alagoas, por outro lado, há apenas 17 presos para cada 100.000 habitantes, os dados não são animadores, apenas refletem a impunidade que prevalece no estado. Mais da metade dos presos alagoanos são homicidas.

O Estado do Rio Grande do Sul é que reúne as melhores condições carcerárias. Não há preso em situação irregular.

Não se dispõe de dados precisos e sistemáticos sobre a demografia e as características das pessoas privadas de liberdade. Não obstante, os dados de que efetivamente se dispõe indicam que há mais de 9,25 milhões de pessoas presas no mundo, cumprindo prisão preventiva ou condenados, quase a metade se encontra nos Estados Unidos da América (2,19 milhões), China (1,55 milhões) e na Federação da Rússia (870.000), segundo dados do Relatório sobre o Direito à Educação apresentando junto ao Conselho de Direitos Humanos da ONU em Assembléia Geral no dia 02 de junho de 2009.

Os motivos do encarceramento são diversos e o perfil dos presos é complexo, isso refleti situações de desvantagem social e a freqüente vulnerabilidade resultante ou não de atos de violência individuais e aleatórios. O encarceramento por sua própria natureza aumenta a

situação de desvantagem social e a vulnerabilidade às violações dos direitos, as medidas adotadas pelos Estados para respeitar e proteger os direitos das pessoas privadas de liberdade são de extrema importância.

Hoje o número de detentos na Prisão Federal dos EUA é de 628.000, sendo que 90% possuem pena de no mínimo 08 anos. A população carcerária aumentou 7% desde 1988.

O governo da Suécia despende US\$ 61.000 dólares/ano por preso.

O governo dos EUA destina US\$ 25.000 a 30.000 dólares/ano para a manutenção da prisão e salário para o prisioneiro. Sendo que a prisão de Massachusetts, oeste da Virgínia, recebe algo próximo a US\$ 140.000.

O governo do Brasil destina US\$ 4.300,00 dólares/ano a cada preso. Cerca de 06 vezes menos que o americano.

O presídio de Cascavel/PR recebe R\$ 0.14 mensais, para manutenção, alimentação, limpeza, e "salário" para o prisioneiro! Mesmo com este absurdo, os presos não se queixam da alimentação, e ainda ressaltam: "comemos melhor do que muita gente lá fora. Aqui tem carne todos os dias".

O referido presídio encontra-se em péssimas condições de administração, contando apenas com 01 funcionário público, o carcereiro. O restante dos ajudantes no cárcere, num total de 08 são presos considerados de "confiança".

A maioria dos presidiários no Brasil tem uma cara: são homens de 18 a 24 anos, com baixa escolaridade e que não estão detidos pela primeira vez. Os dados são do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), que indicam a existência de um déficit de 200 mil vagas nos presídios. Na Câmara, uma CPI se propõe a buscar soluções para o sistema carcerário brasileiro. Ela foi criada um dia antes do massacre da cadeia de Ponte Nova (MG), onde 25 presos morreram carbonizados numa briga entre gangues rivais.

No Brasil, existem cerca de 450 mil pessoas cumprindo pena – grande parte delas em recintos precários e provisórios, devido à superlotação dos presídios, causada pelo déficit de vagas. Um fator que aparece com muita frequência nas estatísticas negativas, relacionadas com todo tipo de problemas sociais, é a baixa escolaridade.

Essa característica parece ter relação direta com o cometimento dos crimes. A maioria dos homens e mulheres que estão sob a punição máxima da lei brasileira não chegou a completar o ensino fundamental. São quase 150 mil pessoas, o que equivale a aproximadamente 35% do total de presos. Por outro lado, apenas 1.463 presidiários (menos de 1% do total) têm curso superior e 58 fizeram pós-graduação.

Para o relator da CPI do Sistema Carcerário da Câmara, deputado Domingos Dutra (PT-MA), a superlotação dos presídios, cadeias e delegacias pode ser a origem real para todos os outros problemas que afetam o setor. “Isso avilta a situação dos presos, que se concentram num curto espaço físico. Além disso, desfigura a Lei de Execução Penal, que prevê a individualização da pena”, afirmou.

O professor Antônio Flávio Testa, cientista político e especialista em segurança pública, concorda que "o sistema é precário". “O Estado não tem condições de cumprir as suas próprias determinações.”

Mesmo considerando-se o fato de muitas secretarias de Segurança Pública estaduais não enviarem informações ao DEPEN, constata-se que a maioria dos detentos não está presa pela primeira vez. Entre os homens, os reincidentes são mais de 90 mil. Isso reforça o argumento de parlamentares e especialistas que defendem a reintegração dos presos através dos programas de ressocialização.

O presidente da CPI do Sistema Carcerário, deputado Neucimar Fraga (PR-ES), lembra da existência da ideia de que investir em quantidade e qualidade de presídios é "regalia para presos". Ele defende que isso tem que ser modificado. Fraga acredita que, sem investimentos nos programas de ressocialização e, principalmente, na viabilização das penas alternativas, a crise não poderá ser superada.

A adoção de penas alternativas pode ajudar a acabar com a superlotação. Segundo especialistas, além de incentivarem a ressocialização, elas contribuem para os condenados não ficarem isolados e ociosos dentro de uma penitenciária. Um dos defensores da ideia é Jomar Alves Moreno, presidente da Comissão de Direitos Humanos da Ordem dos Advogados do Brasil no Distrito Federal.

Segundo ele, se fossem dadas condições aos juízes de expedirem penas alternativas à prisão, o número de internos cairia de 30% a 40%. Hoje, alega-se que as medidas alternativas são pouco utilizadas por não haver estrutura para fiscalizar o cumprimento delas.

Além de diminuir os gastos com os presos, essas punições teriam caráter educativo e não permitiriam que criminosos de vários tipos ficassem juntos. Atualmente, não há separação dos presos por tipo de crime.

Domingos Dutra acha importante isolar criminosos perigosos dos que cometeram delitos pequenos. Ele defende a criação, em cada presídio, de comissões de classificação para fazer essa triagem. “Há verdadeira salada de presos. Não se pode deixar um traficante de drogas na mesma cela em que está alguém preso por pequenos desentendimentos.”

Flávio Testa não acredita que todos os presos possam ser recuperados. Problemas de ordem estrutural e cultural, originados pela desestruturação familiar e desamparo do Estado, fazem, segundo ele, com que muitos não consigam se ressocializar. Por isso, ele enfatiza que apenas as medidas punitivas não são suficientes.

O especialista cita outros fatores responsáveis pelo caráter crônico da crise do sistema carcerário. “A falta de investimento no planejamento familiar, na geração de emprego e renda e a construção de uma mentalidade que se guie pela formalidade e pela legalidade são fatores de fundamental importância para diminuir os altos índices de criminalidade”, concluiu Testa.

O contingenciamento de verbas para a segurança pública é apontado pelo especialista como outro fator que incide na crise do sistema carcerário. Mas, segundo Fraga, desde o ano passado, esse problema não acontece e liberação de dinheiro para a área está normalizada.

Para o deputado, o fator tempo é dramático quando o setor de segurança se vê diante do contingenciamento. Na sua avaliação, o corte de verbas paralisa projetos em andamento e não basta a liberação de recursos de um momento para outro se não há tempo suficiente para que bons projetos sejam elaborados. Para esse problema, o deputado afirmou que a CPI buscará mecanismos para evitar o não repasse de recursos.

O presidente da CPI defende a terceirização das cadeias e penitenciárias. De acordo com Fraga, em gestões terceirizadas, o índice de mortes, fugas, rebeliões e tráfico de armas e drogas diminuiu drasticamente. Por meio de licitação, a administração do presídio passaria às mãos de uma empresa responsável por todos os serviços, desde a alimentação e limpeza até a segurança dos detentos.

Há quem discorde. O presidente da Federação Brasileira dos Servidores do Sistema Carcerário, Luiz Fernando Correia da Rocha, acredita que a segurança não pode ser feita por empresas. Para ele, esses funcionários não teriam o comprometimento que os agentes penitenciários têm com a instituição, o que aumentaria a corrupção nos presídios.

"O que acontece com um funcionário terceirizado se descumprir as normas? Apenas será demitido", afirmou o presidente. Ele defende que apenas serviços como alimentação sejam terceirizados. Contudo, Fraga já avisou que essa proposta será encaminhada no relatório final da CPI.

Os presídios brasileiros, habitados por 450 000 sentenciados, têm cheiro de creolina. O produto químico é usado para disfarçar outro odor, o de esgoto, que sai das celas imundas e impregna corredores e pátios. O exemplo mais repugnante é o Presídio Central de Porto Alegre, considerado o pior do país. Num de seus pavilhões, as celas não têm sequer portas. No extremo oposto, figura a Penitenciária Industrial de Joinville, em Santa Catarina.

Ela não cheira a prisão brasileira. Os pavilhões são limpos, não há superlotação e o ar é salubre, pois os presos são proibidos até de fumar. Muitos deles trabalham, e um quarto de seu salário é usado para melhorar as instalações do estabelecimento. Nada que lembre o espetáculo de horrores que se vê nas outras carceragens, onde a maioria dos presos vive espremida em condições sub-humanas, boa parte faz o que quer e os chefões continuam a comandar o crime nas ruas a partir de seus celulares. A penitenciária catarinense é uma das onze unidades terceirizadas existentes no Brasil. Funciona assim: a empresa privada recebe do estado a tarefa de administrar o presídio, o que inclui fazer a segurança interna e prestar serviços básicos aos detentos, como alimentação, vestuário e atendimento médico. Ao estado cabe fiscalizar o trabalho da empresa, fazer o policiamento nas muralhas e decidir sobre como lidar com a indisciplina dos detentos. O resultado tem sido tão positivo que os governos de Pernambuco e Minas Gerais resolveram dar um passo além e criar as primeiras Parcerias Público-Privadas do sistema prisional. Em Pernambuco, a construção do Centro Integrado de Ressocialização de Itaquitinga, um complexo penal com capacidade para 3.126 presos, está prevista para começar em abril de 2009 e custará 263 milhões de reais. O complexo penal em Ribeirão das Neves, em Minas Gerais, com três mil vagas, está na última fase de licitação.

Ao contrário da terceirização, em que a iniciativa privada recebe a prisão a ser administrada, na parceria público privada a empresa parceira tem de construir o presídio do zero com recursos próprios ou financiados. O custo da obra é ressarcido aos poucos à iniciativa privada, diluído nas mensalidades que o estado paga pelo serviço de gestão do presídio. "Uma das vantagens do modelo é que o poder público não precisa fazer um grande investimento inicial em infraestrutura", diz Ângelo Roncalli de Ramos Barros, secretário de Justiça do Espírito Santo. O desempenho dos dois presídios terceirizados do estado (um terceiro está em fase de licitação), que nunca tiveram superlotação nem rebeliões, levou o governo do Espírito Santo a estudar a possibilidade de também adotar parcerias público privadas em suas prisões. Entre os fatores que explicam a eficiência da gestão privada, o principal é o fato de os empresários terem um motivo bastante objetivo para prestar um bom serviço aos presos e, ao mesmo tempo, manter a disciplina no presídio: proteger o próprio bolso. "Os prejuízos causados por uma rebelião, por exemplo, são pagos pela empresa – e comida boa e assistência jurídica eficiente são alguns dos elementos capazes de manter os condenados tranquilos", diz Sandro Cabral, professor de administração da Universidade Federal da Bahia e autor de uma tese de doutorado sobre os aspectos econômicos da terceirização prisional. A empresa também pode perder a concessão do presídio caso não cumpra com alguns requisitos, como evitar fugas. Isso estimula os cuidados com a segurança

e aumenta o esforço na revista dos visitantes, para coibir a entrada de celulares e armas. No Conjunto Penal de Lauro de Freitas, na região metropolitana de Salvador, por exemplo, os familiares e amigos não podem levar comida – o tradicional "jumbo" – aos presos. Em outras penitenciárias baianas, há casos de mães que chegam no dia da visita com um panelão de caruru, esconderijo perfeito para um revólver ou saquinhos com droga. Outra vantagem da terceirização é a agilidade com que os agentes penitenciários podem ser demitidos, caso sejam suspeitos de corrupção. Se fossem funcionários públicos, o processo demoraria mais de dois anos.

O argumento mais sério contra a terceirização e, por consequência, contra as parcerias público privadas em presídios é a aparente inconstitucionalidade de entregar à iniciativa privada o papel de aplicar a pena a um condenado. O argumento nesse sentido é que, como se trata de uma atribuição do estado, seria impróprio contratar agentes particulares para fazê-lo. "Funções como essas devem ser exercidas por funcionários públicos porque, por lei, exige-se deles um comprometimento maior com sua atividade", diz Sérgio Salomão Shecaira, presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, subordinado ao Ministério da Justiça. Como a lei não proíbe textualmente a terceirização, no entanto, as interpretações variam. No entendimento de alguns juristas, a administração privada é constitucional, desde que os agentes penitenciários trabalhem sob as ordens de uma autoridade estatal. Assim, o estado não abdica de seu monopólio do uso da força. "O agente privado pode até ter a chave do cadeado, mas todas as decisões em relação ao preso são tomadas por um juiz ou, em menor escala, pelo diretor do presídio", diz a promotora de Justiça de São Paulo Deborah Kelly Affonso, autora de uma dissertação de mestrado sobre o assunto. Por essa razão, nas penitenciárias terceirizadas costumam trabalhar três ou mais funcionários públicos, em geral diretores e chefes de segurança, cuja obrigação é controlar e fiscalizar a atuação da empresa concessionária e de seus empregados. "Quando um preso age com indisciplina, cabe a nós, representantes do estado, decidir se é o caso de mandá-lo para a solitária", exemplifica o policial militar Richard Harrison Chagas dos Santos, diretor da penitenciária de Joinville. Esse modelo, que será mantido nas PPPs de Pernambuco e Minas Gerais, é semelhante ao da França, onde quase 15% dos presídios são administrados em conjunto por estado e iniciativa privada. Nos Estados Unidos, o modelo é mais radical. Todos os funcionários são da concessionária, inclusive os diretores, e os prédios não pertencem ao governo, nem serão repassados à esfera pública no fim do contrato. Do total de presos americanos, 7% estão sob a guarda de empresas privadas. Parece pouco, mas equivale a uma população de mais de cem mil pessoas.

A tendência de terceirização foi revertida em dois estados brasileiros. No Ceará, a Justiça determinou o fim da gestão privada de três presídios, por causa de irregularidades nos contratos. No Paraná, seis prisões também foram retomadas pelo estado, em 2006, mas por uma idiossincrasia. "O governador resolveu, simplesmente, que o Paraná não deveria ter nada terceirizado", diz o secretário de Justiça, Jair Ramos Braga. Ele garante que as condições nos presídios até melhoraram depois que voltaram para a mão do estado – pioneiro, em 1999, na terceirização carcerária. A realidade, no entanto, mostra que dificilmente o sistema público consegue ser mais eficiente. As diferenças são superlativas. Vizinho à Penitenciária Industrial de Joinville há um presídio público. Lá, as visitas íntimas acontecem dentro das celas superlotadas. A penitenciária ao lado, terceirizada, dispõe de dez quartos específicos para os presos receberem suas mulheres, com banheiro, chuveiro quente, ventilador, rádio e total privacidade. Costuma-se dizer que o sistema prisional brasileiro é uma faculdade do crime: os detentos saem de lá piores do que entram. Quando se consegue impor disciplina e dar condições básicas, como estudo e trabalho, os condenados têm ao menos uma chance de escolher seu rumo ao voltar à sociedade.

É bem verdade que não podemos atribuir como causa da reincidência, somente o fracasso da prisão. Temos que levar em consideração a contribuição de outros fatores pessoais, políticos e sociais.

O direito à salvaguarda da dignidade, o direito ao respeito da pessoa humana, o direito à intimidade são os direitos mais agredidos na maior parte das prisões do mundo. Desde a admissão, começa o despojamento da personalidade do preso, algemas nos pulsos, revista no corpo nu, à vista de todos, a troca de traje pessoal e uso de chuveiros na presença de guardas, etc.

O direito à informação, já enunciado no art. 26 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, é de vital importância para a ressocialização do detento, pois tanto humaniza o regime penitenciário, como concorre para o aprimoramento cultural do recluso. O direito à comunicação com o mundo exterior abre a prisão ao mundo livre e visa à desinstitucionalização da prisão. O condenado não pode perder o contato com a sociedade, para qual se prepara gradativamente.

A liberação sem o prévio preparo, como o tratamento reeducativo, e sem colaboração da sociedade na reinserção social do preso, é traumatizante e fator de delinquência.

A importância do papel do advogado é bastante percebida pelos entrevistados, presos ou não-presos. Reconhecem que a sorte do processo depende, em grande parte, da atuação dos causídicos. Depositam grande esperança nas mãos do advogado e do juiz.

O Departamento Penitenciário Brasileiro vem realizando um programa nacional de formação e aperfeiçoamento do servidor, mediante convênios com os Estados, cursos de formação do pessoal penitenciário e de extensão universitária para diretores e pessoal de nível superior, juntamente com cursos de especialização e pós-graduação do pessoal do sistema penal em todo o território nacional.

O Ministério da Justiça, desde a sua primeira programação penitenciária, vem construindo estabelecimentos penitenciários em todas as unidades da Federação, de acordo com o Programa de Reformulação e Sistematização Penitenciária, que determina perspectivas inéditas à arquitetura carcerária nacional. O moderno estabelecimento deve permanecer ao nível da dimensão humana.

O homem, como forma de sobreviver em sociedade, sempre procurou agrupar-se ao fito de resistir às forças da natureza, e, desse modo, estabelecer ações de maneira cooperativa. Ao passo que desenvolveu a linguagem, dando-lhe a consciência reflexiva, propiciou a conjugação das atividades no esforço de transformar o mundo. Nesse contexto diversas culturas se originaram em cada comunidade de acordo com o modo de interpretar a realidade e transformá-la segundo suas necessidades. Cada cultura tem, portanto, suas construções próprias: alimentação, costumes, religião, arquitetura, política, valores, etc.

Na realidade, a “postura humana” é aprendida em comunidade. Tal assertiva implica reconhecer que não há seres humanos fora de um contexto social. Em decorrência de um processo educativo primário, cujo principal veículo é a linguagem, surge, no contexto sociocultural, o homem.

Segundo alguns autores, esse processo de educação primária (leia-se, aprender a ser humano) é chamado de socialização. Tomando-se por base o contexto sociocultural em que está inserida, a criança é socializada: “adquire uma linguagem e, com ela, uma determinada forma de falar, pensar e agir, *segundo a cultura onde está* (...). Pode-se então falar no ‘estilo de vida do chinês’, no ‘modo britânico de ser’, no ‘american way of life’ e no ‘jeitinho que o brasileiro sempre dá.’”

Esse processo de “socialização” – quando se aprende a ser humano – também define o estilo de vida de uma comunidade; adquire-se, com ele, a personalidade cultural.

Esse mecanismo, pelo qual o indivíduo é iniciado no estilo de vida de uma cultura, é chamado de *endoculturação*. Pode-se afirmar, então, que endoculturação é o processo pelo qual todos os indivíduos passam “interiorizando” um estilo cultural de viver. É, o que, aliás, se constata na cultura do cárcere: o preso é submetido a um processo constante de

interiorização de um estilo de vida muito peculiar e institucionalizado em face da nova realidade presente.

Nesse estágio de endoculturação o papel da educação e dos educadores (leia-se, também, os profissionais que atuam no Sistema penitenciário) constitui a viga mestra, o sustentáculo, para iniciar o preso no processo de ressocialização. Torna-se necessário desenvolver uma comunicação intensa ao fito de resgatar e elevar sua autoestima.

Os autores das análises antropológicas modernas convergem para um sentimento de reconhecimento dessa necessidade, de uma “comunicação mais intensa com a existência (...) de volta às origens, às raízes, à matriz, quer sob a forma simbólica e social de reencontro com a natureza, quer sob a forma histórico-antropológica. Assim poderá ser reencontrada a linguagem de grupos humanos reduzidos ao silêncio e resgatando tudo que a Cultura dominante absorve ‘tranquilamente’ (...)”.

A educação, no contexto sociocultural, que deveria significar o auxílio aos indivíduos para que pensem sobre a vida que levam; que deveria permitir uma visão do todo cultural onde estão, desvirtua-se na escola. Nesta, as pessoas são preparadas para executar trabalhos parcializados e mecânicos no contexto social. A escola mantém e estimulam a separação da razão e do pensamento, dês que sua finalidade é preparar mão-de-obra à sociedade industrial; transmitir conceitos desvinculados da vida concreta dos educandos, impondo desconsiderar o risco da visão de mundo das classes dominantes.

Com efeito, a educação precisa transmitir significados presentes na vida concreta de quem se pretendem educar ou reeducar; de modo diverso, não produz resultado, aprendizagem.

Mediante a consciência reflexiva, simbólica, o homem desenvolve a linguagem, utilizando-se da palavra; dá sentido à vida, segundo os significados que advêm fundamentalmente dos símbolos, das palavras, dos nomes. Assim, os conceitos (símbolos) são necessários às experiências dos indivíduos em conexão à realidade. Logo, o processo da aprendizagem precisa mobilizar tanto os significados, os símbolos, quanto os sentimentos, as experiências a que eles se referem.

O Brasil ainda não tem uma cultura de respeito aos direitos humanos dos presos. A afirmação é do secretário de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade do Ministério da Educação (Secad), André Lázaro, que defende a necessidade de implementação do Plano Nacional de Educação no Sistema Prisional.

Segundo o secretário, ainda é necessário discutir uma série de melhorias para contribuir com a ressocialização dos detentos. “Se a sociedade não os civilizar, quem o fará?”

Os presos nos civilizarão com a violência? Temos que assumir nosso papel, dando educação”, disse Lázaro, ao participar do seminário. Ele aponta muitas dificuldades no processo, como a falta de espaço físico nas unidades prisionais e a desarticulação entre as secretarias responsáveis pela administração de educação e penitenciárias, além da formação de professores dispostos a atuar nesses locais.

De acordo com Lázaro, a educação é uma condição mínima de reintegração. Ele citou dados da Fundação de Amparo ao Trabalhador Preso (Funap) do Distrito Federal, segundo a qual o índice de reincidência de crimes dos egressos caiu de 70% para 30% este ano, com o trabalho de ressocialização por meio do ensino.

“A realidade hoje no Brasil é que, de aproximadamente 460 mil presos, 22 mil são analfabetos, 56 mil, apenas alfabetizados, e 145 mil têm somente o ensino fundamental completo”, ressaltou o secretário.

O diretor do Departamento de Avaliação da Secad, Jorge Telles, por sua vez, enfatizou que o ensino não é um privilégio para os detentos, mas um direito: “Não estamos simplesmente dando uma tarefa, ou 'amansando' os presos. O acesso à educação é um direito de todos.”

2.2 Reintegração Social

As ações de reintegração social podem ser definidas como um conjunto de intervenções técnicas, políticas e gerenciais levadas a efeito durante e após o cumprimento de penas ou medidas de segurança, no intuito de criar interfaces de aproximação entre Estado, Comunidade e as Pessoas Beneficiárias, como forma de lhes ampliar a resiliência e reduzir a vulnerabilidade frente ao sistema penal.

Partindo-se desse entendimento, vê-se que um bom “tratamento penal” não pode residir apenas na abstenção da violência física ou na garantia de boas condições para a custódia do indivíduo, em se tratando de pena privativa de liberdade: deve, antes disso, consistir em um processo de superação de uma história de conflitos, por meio da promoção dos seus direitos e da recomposição dos seus vínculos com a sociedade, visando criar condições para a sua autodeterminação responsável.

Na conformação atual das práticas gerenciais do DEPEN, considera-se que os projetos na área de Reintegração Social devem estar posicionados entre alguns eixos básicos: Formação Educacional e Profissional dos Apenados, Internados e Egressos do Sistema Penitenciário Nacional diz respeito ao processo pelo qual se procura associar a elevação da escolaridade e a educação profissional, com o acesso ao trabalho e à geração de renda, de maneira a preparar o beneficiário para ingresso no mundo do trabalho após o cumprimento da

pena privativa de liberdade, principalmente no que concerne à capacitação das mulheres em privação de liberdade.

Assistência ao Preso, ao Internado, ao Egresso e aos seus Dependentes faz referência a um movimento de promoção dos direitos dos apenados, internados, egressos, dependentes e familiares, criando condições para que estes possam exercer a sua autonomia. Esse processo deve ser mediado pela inclusão dos beneficiários na agenda das políticas públicas de governo e pelo apoio a ações de instituições públicas e privadas, de caráter permanente, que tenham como objetivo prestar atendimento aos beneficiários, na forma e nos limites da lei: material, jurídica, educacional, social, religiosa e principalmente à saúde ao egresso, após a edição do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário.

O homem quanto ser social, entrega ao Estado à responsabilidade de prevenir a prática de delitos e promover a reinserção social do condenado; acreditando-se que somente a força da lei será suficiente para que a marginalidade diminua.

As teorias voltadas para a finalidade da pena mostraram ao longo dos anos, que somente o Estado não é capaz de resolver o problema da marginalidade. É necessária uma consciência de que se há aumento de violência, também deve estar ocorrendo aumento da exclusão social. Cabe a toda sociedade identificar as causas e atacá-las devidamente.

O que não se pode deixar é os “oportunistas”, que veem no pânico social em relação ao aumento da violência, um motivo para defender ideias desumanizadoras como: pena de morte. Precisamos avançar em nossos direitos e permitir que todos sejam cidadãos plenos e isso só ocorre quando a pena for vista em toda a sua extensão social, quando for permitido ao homem entender os seus atos, diante do coletivo e corrigi-los; permitindo que seja novamente inserido na sociedade.

O que irá diminuir a violência e os conflitos sociais não é a intensidade ou o agravo da pena, e sim a certeza que não passará impune; penas alternativas, menores e com uma certeza que será aplicada inibirá com maior eficácia a prática delituosa; evitando que um criminoso com um grau de periculosidade, relativamente pequena, se torne um elemento de alta periculosidade, perdendo assim a oportunidade de ressocializá-lo de uma forma humana e eficiente.

Falar em ressocializar, nos passa a ideia que reintegraremos na sociedade um indivíduo que era sociabilizado e foi retirado do convívio social como forma punitiva por alguma atitude antissocial (crime), o mesmo após sofrer a sanção prevista, deverá retornar ao convívio social de uma forma reeducada para não voltar na prática do delito; isto é o conceito ideal,

mas a prática não confirma que funciona desta forma, até mesmo por querer ressocializar e reeducar quem nunca foi socializado nem educado.

Ressocializar ou punir? Continua sendo o maior enigma para uma sociedade que vive do medo. É preciso romper o medo, estabelecer a segurança social e aí sim discutir formas que permitam a sociedade, entender a necessidade de recuperar os nossos semelhantes de uma forma humanizadora.

2.3 Educação de Detentos

Em anos recentes tem se registrado um aumento considerável de forma geral em certos Estados das investigações relativas aos sistemas penitenciários, não obstante segue havendo uma escassez de investigações e debates sobre a educação nas prisões e particularmente sobre a forma em que os programas educativos se concebem, financiam e são acessíveis as populações penitenciárias. Dado o caráter das normas de direitos humanos, as investigações de caráter internacional e comparativo sobre os regimes carcerários são cada vez mais urgentes e os sistemas penitenciários devem cooperar e aprender uns com os outros.

A comunidade internacional se preocupa desde há muito tempo pela humanização da justiça penal, a proteção dos direitos humanos e a importância da educação no desenvolvimento da pessoa e da comunidade.

A Assembleia Geral da ONU em 1990 em sua resolução 45/111, aprovou os princípios básicos para o tratamento dos reclusos, dentre eles: a) Todos os reclusos serão tratados com respeito que merece sua dignidade e valor inerentes de seres humanos (art. 1); b) Com exceção das limitações que são evidentes e necessárias pelo fato do aprisionamento, todos os reclusos seguirão gozando dos direitos humanos e das liberdades fundamentais consagradas na declaração universal das direitas humanos e, quando o Estado de que se trate seja parte no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e seu Protocolo Facultativo, assim como todos os demais direitos estipulados em outros instrumentos das Nações Unidas (art. 5); c) Todos os reclusos terão direito a participar das atividades culturais e educativas direcionadas a desenvolver plenamente a personalidade humana (art. 6).

As normas jurídicas e políticas internacionais seguiram tendo um efeito limitado enquanto a comunidade internacional, cuja atuação tenta regular, não apóie plenamente os princípios em que se fundam. No que se atenam as pessoas privadas de liberdade, esse apoio esta tardando a chegar. A elaboração de normas internacionais juridicamente vinculantes e de orientações conexas sobre a educação nos estabelecimentos penitenciários e por certa bem vida e contribui a documentar o debate internacional sobre o tratamento dos reclusos,

especialmente no que se respeita o seu acesso à educação. Pese a que os Estados têm desempenhado um papel fundamental na elaboração dessas normas, seu pleno cumprimento segue sendo uma exceção.

Na atualidade o direito a educação incluiu a disponibilidade, acessibilidade, adaptabilidade e aceitabilidade, nenhum texto jurídico prevê a perda desse direito, o que é mais importante, esta perda não é uma exigência da privação da liberdade.

Profundas mudanças globais, sociais, políticas e econômicas tiveram um impacto forte em todos os sistemas penitenciários. Embora estes sistemas variem, posto que reflitam características, línguas, culturas políticas, populações, filosofias e instituições particulares a cada Estado. Apesar das diferenças entre os sistemas penitenciários é evidente que para todos eles a participação dos reclusos em atividades educativas é um problema essencialmente complexo e que, quando existe, se dá em um meio inerente e hostil frente a suas possibilidades libertadoras.

Presente desde os primórdios da prisão, a educação é arrolada como atividade que visa a proporcionar a reabilitação dos indivíduos punidos. Contudo, considerando que os programas da operação penitenciária se apresentam de forma premente a fim de adaptar os indivíduos às normas, procedimentos e valores do cárcere - afiançando, portanto, aquilo que se tornou o fim precípua da organização penitenciária: a manutenção da ordem interna e o controle da massa carcerária - quais são as possibilidades para uma "educação autêntica, que não descuide da vocação ontológica do homem, a de ser sujeito" (Freire, 1979, p. 66).

No interior das prisões, as contradições do processo de ajustamento materializam-se nas possibilidades concretas dos indivíduos punidos preservarem-se como sujeitos; na resistência a subjugarem-se plenamente aos valores da instituição e do sistema social que lhe é inerente.

A resistência prisioneira ao controle carcerário (...) é muito mais forte e presente que seu raro registro na literatura faz supor (...). As pessoas presas conseguem manter a identidade, os valores de origem e grupais, a perspectiva de vida e de liberdade, a despeito das longas condenações e de todos os fortes e rigorosos meios de controle e sujeição utilizados pela instituição penitenciária. (Rocha, 1994, p. 3).

A educação formal não permanece, em absoluto, neutra nesse processo pleno de contradições de subjugação e resistência. "A característica fundamental da pedagogia do educador em presídios é a contradição, é saber lidar com conflitos, saber trabalhar as contradições à exaustão" (Gadotti, 1993, p. 143).

Por um lado, as rígidas normas e procedimentos oriundos, da necessidade de segurança, ordem interna e disciplina das unidades que prescrevem as atividades escolares, a vigilância constante ou até mesmo a ingenuidade dos educadores, podem contribuir para que a escola seja mais um dos instrumentos de dominação, subjugando os indivíduos punidos ao "sistema social da prisão" (Sykes, 1999, p. 9) e ao "mundo do crime" (Ramalho, 1979, p. 163). Por outro lado, a escola pode apresentar-se como um espaço que se pautar por desenvolver uma série de potencialidades humanas, tais como: a autonomia, a crítica, a criatividade, a reflexão, a sensibilidade, a participação, o diálogo, o estabelecimento de vínculos afetivos, a troca de experiências, a pesquisa, o respeito e a tolerância, absolutamente compatíveis com a educação escolar, especificamente a destinada aos jovens e adultos.

Nos estabelecimentos penais, a educação compõe a área de reabilitação, sendo a ela subordinada hierarquicamente. A manutenção de suas atividades, contudo, em todo o tempo, observou a participação de outras instituições não pertencentes propriamente à unidade prisional. Sua organização e funcionamento são decorrentes, dessa forma, das normas e diretrizes das instituições que as coordenaram, ao longo dos anos.

Até o final da década de 1970, as escolas no interior das unidades prisionais regulavam-se observando a organização da rede regular de ensino estadual. O calendário escolar, o material didático, os processos de avaliação e promoção de séries eram análogos aos do ensino destinado às crianças.

A inadequação dessa proposta é patente. O primeiro aspecto reside na renúncia em inserir os encarcerados na educação destinada aos adultos, corporificada no cenário educacional brasileiro desde a década de 1930. Um segundo aspecto a acometer a qualidade desse ensino relaciona-se à extrema rotatividade da população carcerária entre as unidades do sistema penal. Um ensino de oito séries anuais, afora a possibilidade de repetência dos alunos, praticamente inviabiliza a conclusão dessa fase escolar pelos encarcerados.

Proeminente, nesse sentido, foi a iniciativa da Funap que é uma fundação de interesse e direito públicos, que tem como missão “contribuir para a inclusão social de presos e egressos do Estado de São Paulo, estimulando seu potencial como indivíduos, cidadãos e profissionais”. Dentre as ações desenvolvidas pela Funap, destacam-se os programas de educação, cultura, alocação de mão-de-obra e qualificação profissional e assistência judiciária. A Funap é órgão da própria Administração Penitenciária, em firmar convênio com duas instituições responsáveis pela educação de jovens e adultos: a Fundação Mobral - Movimento Brasileiro de Alfabetização - e a Fundação Roberto Marinho. Além de passar a desempenhar um papel importante na organização das atividades escolares, a Funap

possibilitou que o ensino nas prisões ocupasse um lugar próprio no cenário educacional brasileiro de jovens e adultos.

Sua organização efetivou-se observando as diretrizes programáticas da Fundação Mobral, posteriormente Fundação Educar, no que respeita ao ensino de 1^a à 4^a série. Denominado Programa de Educação Básica (PEB), foi subdividido em três etapas, PEB I, PEB II e PEB III, caracterizando, no sistema penal, o Nível I. Para o ensino de 5^a à 8^a série - o Nível II - conforme diretrizes da Fundação Roberto Marinho, que pressupõem a organização de grupo de alunos por disciplinas: Língua Portuguesa, Matemática, História, Geografia e Ciências, e o exercício da pluridocência.

O calendário letivo em todas as escolas do sistema penal paulista é organizado de fevereiro a julho. Após um recesso de quinze dias, o reinício ocorre em agosto, estendendo-se até meados de dezembro. Entretanto, os motivos para o cancelamento das aulas não são poucos, mormente por questões relativas à segurança e disciplina.

Rotina da segurança em todas as unidades do sistema são as *blitz*. Caracterizam-se por revistas em todas as celas, normalmente planejadas em sigilo pela área de segurança, possuindo a prerrogativa de ser inesperada. Não existem períodos sistemáticos para sua realização, que varia segundo ocorrências no estabelecimento. Esse desígnio paralisa todas as atividades da unidade, pois os presos devem permanecer trancados nas celas para que se cumpra a revista.

Por vezes, a falta de agentes penitenciários também impede o funcionamento da escola. Os alunos presos são revistados quando saem do pátio para a escola e quando retornam. A falta de funcionários em determinados dias e horários impede a realização desse procedimento, impedindo a locomoção dos presos na unidade.

Na grande maioria dos estabelecimentos penais, a escola é o único local onde toda a população carcerária se encontra. No cotidiano permanecem separados nos raios onde estão dispostas suas celas. São comuns boatos de que algum "acerto de contas" (o termo enseja o uso da violência) entre os presos será efetuado na escola, oportunidade única para encontrar pessoas que estão em outros raios. Esse fato igualmente acarreta a interrupção das atividades.

Quando surgem ocorrências concretas na escola, tais como a descoberta de um túnel para fuga ou esconderijo de armas, as atividades escolares são suspensas por um período muito maior se comparado ao mesmo acontecimento em outro local da prisão. O motivo alegado pelo corpo dirigente é o de que não se pode proibir o uso do pátio ou da cozinha, por exemplo, sem o risco de movimentos de motins ou rebeliões. No caso da escola, seu

fechamento não traz consequências mais graves à ordem interna das prisões - prioridade da organização.

Afora os motivos de segurança, as aulas são paralisadas, inexoravelmente, uma vez por mês, no dia denominado como pecúlio. À população carcerária não é permitido manuseio de dinheiro. Aqueles que exercem alguma atividade remunerada apresentam uma lista de compras a ser efetuada pela penitenciária (Setor de Pecúlio), que repassa aos presos os produtos. Nesse dia, a escola permanece sem atividades.

A carga horária diária das aulas é de duas horas para cada turma, de segunda a sexta-feira. A diretriz, no que respeita ao número de alunos, preconiza que sejam matriculados vinte para cada classe de PEB I e vinte e cinco para cada um das demais fases do ensino fundamental.

É bastante comum, contudo, os diretores de educação das unidades excederem esse número. Ocorre uma quantidade razoável de faltas, principalmente nos locais em que a frequência não é obrigatória. As justificativas para as ausências incidem: a) nos atendimentos de ordem jurídica, médica ou social; b) no trabalho, pois apesar de os alunos serem dispensados para as aulas, em momentos de picos de produção não há essa concessão, ocorrendo então a opção pelas oficinas que, além da remuneração, possibilita a remição de pena, na proporção de três dias trabalhados, um a menos na sentença; c) na opção do aluno em não ir à aula em determinado dia; d) na concorrência da escola com outras atividades da unidade, principalmente as esportivas. O registro de ausências é maior quando são realizados campeonatos. Normalmente, sobre esses campeonatos, incide uma rede de apostas dos encarcerados, daí então o grande interesse em acompanhá-lo.

Em determinados estabelecimentos penais existe a obrigatoriedade da frequência à escola. Tal fato configura-se contrário à proposta de reabilitação penitenciária visto que o êxito dessa terapêutica penal se funda na participação voluntária do apenado nos programas (Rodrigues, 1999). Ao pessoal penitenciário incumbe-se a motivação para tanto.

Concernente á obrigatoriedade da educação, contudo, a grande maioria das unidades prisionais adota um procedimento que consiste em não impor tal condição num primeiro momento. Porém, uma vez matriculado, o aluno não pode ausentar-se sem justificativa. Caso não possua o ensino fundamental completo e, mesmo assim não queira estudar, deve assinar um "termo de responsabilidade" que será anexado ao seu prontuário, o qual, concretamente, transfigura-se na imposição, observando-se o receio dos encarcerados em assumir formalmente não tencionar matricular-se na escola, pois que há um temor que a Comissão

Técnica de Classificação, conforme veremos adiante, ao avaliar sua solicitação de benefício, leve em conta esse fato, negando-lhe a concessão.

Não obstante as dificuldades para o funcionamento regular da escola, observando-se os procedimentos da gestão penitenciária, um aspecto relativo à qualidade do ensino destinado aos homens e mulheres presos se sobressai. Trata-se da constituição da proposta de ensino supletivo no sistema penal paulista, a qual ensejou a possibilidade de ingresso do aluno encarcerado na escola a qualquer tempo, sem observar nenhum período preestabelecido, atentando-se para a especificidade da organização penal.

Sua inclusão efetiva-se após diagnóstico do seu desenvolvimento e aprendizagem escolares, realizados pelos próprios educadores. Denominado Processo de Triagem, constitui-se de três etapas, a saber: prova escrita de Língua Portuguesa e Matemática, entrevista e adaptação em sala de aula.

Esse processo de triagem deve ser realizado apenas na primeira vez em que o aluno se matricula no programa de educação da Funap. A partir de então, os dados relativos ao seu grau de aprendizado e respectiva etapa que está cursando, seriam registrados no documento individual do aluno, denominado Histórico Escolar, o qual é atualizado com as informações pertinentes ao seu desenvolvimento escolar. Esse documento acompanha o aluno na movimentação pelas unidades do sistema penitenciário, de forma a permitir sua reinserção na escola.

A estrutura do programa de educação: Nível I - PEB I, II e III - correspondente ao ensino de 1ª à 4ª série; e Nível II, de 5ª à 8ª série, conforme já citado, permaneceu no sistema penal do estado de São Paulo, mesmo após a extinção da Fundação Educar, em 1990. A certificação, até então realizada por aquela Fundação, passou a ser constituída como uma "Declaração de Conclusão" fornecida pela Funap, sem o reconhecimento do Ministério da Educação ou do Conselho Estadual de Educação. Essa Declaração possui um valor maior no interior das unidades prisionais. Anexada ao prontuário dos alunos, tem a finalidade de atribuir boa conduta carcerária ao seu portador, quando for organizar a solicitação dos benefícios previstos em lei, principalmente a progressão de regime, cujo parecer final cabe à Comissão Técnica de Classificação.

Tal modalidade de ensino, caracterizada como de suplência, não prevê a retenção do aluno em qualquer de suas etapas. A avaliação é realizada de forma contínua e, ao atingir os *objetivos mínimos* previstos para cada uma das fases, o aluno é promovido à fase seguinte. Esse critério encerra, ainda, a promoção do Nível I para o Nível II.

No que tange à conclusão do Nível II, o ensino fundamental, a avaliação é realizada por professores e instituições alheios ao processo de ensino e aprendizagem propriamente. Trata-se do Centro de Exames Supletivos (Cesu), órgão da Secretaria de Estado da Educação, responsável pela realização dos *Exames Oficiais de Suplência* em todo o estado de São Paulo.

As provas do Cesu, como são conhecidas nas escolas das prisões, são realizadas uma ou duas vezes por ano, sendo estendida aos alunos encarcerados. São organizadas por disciplina e um conceito igual ou superior a cinco, habilita o aluno-candidato a receber um atestado de aprovação naquela disciplina. O certificado de conclusão do ensino fundamental é obtido após a aprovação nas cinco disciplinas que compõem o currículo, atualmente: Língua Portuguesa, História, Geografia, Ciências e Matemática. Essa forma de avaliação dos alunos para certificação na educação fundamental encerra um paradoxo. Durante o percurso de ensino e aprendizagem, os processos de avaliação são contínuos, participativos e qualitativos. Ao final do percurso, para obter a certificação, o aluno é submetido a uma série de testes objetivos, identificados com *conteúdo programáticos* (Secretaria de Educação - Centro de Exames Supletivos, 1989) diversos daqueles constituintes dos materiais didáticos dos alunos.

A estrutura e o funcionamento do programa de educação de adultos presos sofreram alterações, a partir de 1997, decorrentes da implementação do Telecurso 2000.

O Programa de Educação Básica - PEB, com três etapas, passou a ser denominado Programa de Alfabetização, subdividido em apenas duas: Alfabetização I e Alfabetização II (ALFA I e II). A fase subsequente da educação fundamental constituiu o Telecurso 2000, correspondente ao programa de ensino de 3ª à 8ª série, e organizada segundo a divisão das disciplinas que compõem o currículo: Língua Portuguesa, Matemática, História, Geografia e Ciências.

A proposta curricular para alfabetização foi igualmente alterada. Os objetivos e conteúdos pertinentes a essa fase escolar foram extraídos e readequados da Proposta Curricular para o 1º Segmento do Ensino Fundamental de Jovens e Adultos (São Paulo: Ação Educativa; Brasília: MEC, 1997), elaborada pela organização não-governamental Ação Educativa, a partir de um amplo e democrático processo, que contou com a participação de organizações educacionais públicas e da sociedade civil, vinculadas à Educação de Jovens e Adultos, com o apoio da Secretaria de Educação Fundamental do MEC. A Funap esteve presente nesse percurso. Ao final do processo, o MEC manifestou interesse em co-editar e distribuir os resultados dos trabalhos, constituindo uma proposta curricular basilar à

elaboração de projetos voltados para educação de jovens e adultos no âmbito nacional. (São Paulo: Ação Educativa; Brasília: MEC, 1997, p. 5).

Fundamenta essa proposta curricular a intenção de concorrer para a estruturação e organização de programas de educação destinados aos jovens e adultos "O objetivo deste trabalho é oferecer um subsídio que oriente a elaboração de programas de educação de jovens e adultos e, conseqüentemente, também o provimento de materiais didáticos e a formação de educadores a ela dedicados" (São Paulo: Ação Educativa; Brasília: MEC, 1997, p. 13).

A partir dessa orientação e com o propósito de manter a educação dos encarcerados inserida no cenário educacional brasileiro de jovens e adultos, a Funap desencadeou um processo, envolvendo coordenação e educadores, para a reorganização curricular destinada ao primeiro segmento do ensino fundamental (Funap, 1997). Foram seis meses para construção e implementação do projeto, caracterizado como piloto, a partir do qual foram constituídas as bases para sua difusão às demais unidades do sistema penal paulista, o que veio a ocorrer somente em 2001, devido à falta de recursos financeiros.

Um aspecto não propriamente didático-pedagógico, relacionado à organização e ao funcionamento das escolas, requer relevância, pois sua interferência é decisiva qualitativamente para o programa de educação de adultos presos.

No interior das unidades prisionais, a educação é subordinada à área de reabilitação. Seu corpo técnico é o responsável pela realização dos exames criminológicos e emissão do parecer acerca da concessão dos benefícios solicitados pelos indivíduos presos.

Para essa concessão, conforme já mencionado, incide uma primazia em avaliar a adaptação do indivíduo punido ao sistema social da prisão, a partir da qual infere-se sobre sua reabilitação. Dessa forma, decorre que os encarcerados passam a organizar sua vida prisional e pautar sua conduta de forma a apresentar-se com um "bom preso", pois, do contrário, os benefícios lhes serão negados.

Esse proceder, invariavelmente, prejudica as atividades educativas, principalmente devido ao fato de que o setor de educação deve enviar à Comissão Técnica de Classificação um relatório sobre a conduta do aluno.

O processo educativo requer a participação ativa dos educandos nas aulas, numa série de "erros" e "acertos" que se constituem como parte do processo de aprendizagem. A necessidade de mostrar-se como um "bom preso" ao professor, com a intenção sub-reptícia de obter uma concessão, pode inviabilizar o processo educativo, mormente organizado tendo em vista o desenvolvimento de uma série de potencialidades dos alunos.

Observando-se que "fica difícil desenvolver efetivamente o programa de educação ou de trabalho, se eles estiverem ligados ao esquema de funcionamento da prisão" (Salla, 1993, p. 95), a participação do corpo docente nos exames e na elaboração dos pareceres percorre uma direção contrária: transportar para o espaço da sala de aula os procedimentos pertinentes à gestão penitenciária, suas normas, procedimentos e valores. Não obstante, o programa de educação de adultos presos apresenta-se com os objetivos de: a) "criar condições para o desenvolvimento e aprendizagem dos alunos de forma participativa e crítica"; b) "desenvolver as potencialidades dos alunos, preparando-os para o exercício pleno da cidadania"; c) "estimular e conscientizar os alunos para a importância dos estudos, buscando alternativas atrativas para a participação" (Rusche, 1995, p. 28), dos alunos em sala de aula na avaliação de sua conduta carcerária, torna-se aspecto acometedor para a consecução destas finalidades educativas.

O percurso que consolidou a organização e funcionamento das escolas no interior dos estabelecimentos penais evidencia, portanto, uma condensação de variados procedimentos pertinentes, de um lado, à gestão penitenciária e, de outro, ao fazer pedagógico propriamente.

O primeiro fato que poderíamos citar acerca da especificidade da Educação de Adultos Presos é o de que ela faz parte, enquanto processo metodológico, da História da Educação de Adultos e tem, portanto, seu desenvolvimento pedagógico inserido nessa história. O segundo fato é o de ser um projeto de educação que se desenvolve no interior das prisões e que, dessa forma, está inserido também na história das prisões e das formas de punição. (Rusche, 1997, p. 13)

Normas, valores e padrões identificados com estes dois aspectos, que perpassam a organização das atividades escolares destinadas aos encarcerados, raramente são passíveis de coadjuvarem-se. É no embate diuturno entre pressupostos e finalidades diferentes, até opostas, que emergem a organização e o funcionamento das escolas no sistema penal paulista.

As possibilidades e as contradições de uma "educação autêntica, que não descuide da vocação ontológica do homem, a de ser sujeito" (Freire, 1979, p. 66) configuram-se de forma preponderante nos aspectos metodológicos.

No interior das prisões, a metodologia é o fator diferencial do trabalho educativo, na medida em que possibilita, por um lado, o engajamento da educação aos procedimentos da gestão carcerária, pautados pelo princípio da punição e de manutenção da ordem interna das prisões. Por outro, permite a constituição desse trabalho, enquanto uma das possibilidades concretas para a preservação dos indivíduos punidos à subjugação carcerária.

As possibilidades da metodologia em desvincular as atividades educativas do esquema disciplinar das prisões materializam-se na prática de sala de aula: nas relações estabelecidas entre os alunos e destes com os educadores, na participação individual e em grupo nos trabalhos, no debate, nos questionamentos, na reflexão, no respeito, na tolerância, no diálogo e nos conteúdos. A observação desses aspectos pode contribuir para a constituição do espaço escolar, diferenciando-o da técnica penitenciária.

Nos interstícios das contradições, presentes e inerentes a todos os processos de dominação e subjugação, arrogam-se as possibilidades concretas para a constituição da escola, como espaço diferenciado da técnica penitenciária. O confronto direto ou a mera sublevação ante os procedimentos da gestão carcerária fatalmente acarretam a própria afirmação destes. Observando-se a nítida prioridade de manutenção da ordem interna das prisões, no cotejo avultam-se os preceitos relativos aos esquemas disciplinares e punitivos, solidificando-os na organização.

A década de 90 foi marcada pela extinção da Fundação Educar, pois, o atual Ministro da Educação cortou as verbas destinadas a este projeto criando assim, um distanciamento com relação às políticas e pesquisas sobre a Educação de Jovens e Adultos no Brasil e desarticulando os programas municipais e estaduais existentes embora a Constituição de 1988, no artigo 208 havia ampliado e garantindo importantes avanços no campo da Educação de Jovens e Adultos.

No artigo 208 da Constituição constata-se que: O dever do estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I – ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria.

Embora a Constituição Brasileira assegurasse a obrigatoriedade de ‘Educação para todos’, houve retrocesso no processo da Educação de Jovens e Adultos pelas esferas governamentais permanecendo em níveis inferiores aos demais níveis educacionais.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional nº. 9.394 promulgada e sancionada em 20. 12. 1996 pelo Presidente da República Fernando Henrique Cardoso determina na Seção V da Educação de Jovens e Adultos dois artigos que promovem uma ligeira recuperação:

*Art. 37 A educação de jovens e adultos será destinada àqueles que não tiverem acesso ou continuidade de estudos no ensino fundamental e médio na idade própria.

§ 1º Os sistemas de ensino assegurarão gratuitamente aos jovens e aos adultos, que não puderem efetuar os estudos na idade regular, oportunidades educacionais apropriadas,

consideradas as características do alunado, seus interesses, condições de vida e de trabalho, mediante cursos e exames.

§ 2º O poder público viabilizará e estimulará o acesso e a permanência do trabalhador na escola, mediante ações integradas e complementares entre si.

* Art. 38 Os sistemas de ensino manterão cursos e exames supletivos, que compreenderão a base nacional comum do currículo, habilitando ao prosseguimento de estudos em caráter regular.

§ 1º Os exames a que se refere este artigo realizar-se-ão:

I No nível de conclusão do ensino fundamental, para os maiores de 15 anos;

II No nível de conclusão do ensino médio para os maiores de dezoito anos.

§ 2º Os conhecimentos e habilidades adquiridos e pelos educandos por meios informais serão aferidos e reconhecidos mediante exames.

Embora seja a Lei de Diretrizes e Bases de Educação Nacional 9394/96 o suporte norteador das Bases Educacionais que asseguram o direito a escolaridade a todos os cidadãos, a própria lei apresenta a Educação de Jovens e Adultos como modelo supletivo e assim, descomprometendo o estado da obrigatoriedade de criar condições de permanência dos jovens e adultos trabalhadores no Sistema Educacional, reservando ao Sistema Público, no que concerne ao Exame Supletivo apenas a avaliação do produto, restringindo-se a certificação.

Em 10 de maio de 2000, o Conselho de Educação Básica emite o Parecer Nº 11/ 2000 para a Educação de Jovens e Adultos, de acordo com o Parecer, são estabelecidas quatro funções próprias da Educação de Jovens e Adultos, divididas em:

1. Função Reparadora: “é uma oportunidade concreta de presença de jovens e adultos na escola [...] é por isso que a Educação de Jovens e Adultos necessita ser pensada como um modelo pedagógico próprio.”

2. Função Equalizadora: “Para tanto são necessárias mais vagas para estes novos alunos e novas alunas, demandantes de uma nova oportunidade de equalização”.

3. Função Permanente: “[...] atualização de conhecimentos por toda a vida [...] é o próprio sentido da Educação de Jovens e Adultos.”

4. Função Qualificadora: “É um apelo para as instituições de ensino e pesquisa no sentido da produção [...]”

Neste sentido cabe enfatizar que a organização curricular da Educação de Jovens e Adultos de acordo com o Parecer Nº. 11/ 2000, possui um perfil diferenciado dos demais educandos devendo ser considerado que:

[...] o importante a considerar é que os alunos da Educação de Jovens e Adultos são diferentes dos alunos presentes nos anos adequados à faixa etária. São jovens e adultos trabalhadores, maduros com larga experiência profissional [...] com um olhar diferenciado sobre as coisas [...] logo, aos limites impostos pela vida, não se podem acrescentar outros que signifiquem uma nova discriminação destes estudantes como a de banalização da regra comum da Lei de Diretrizes e Bases.

Neste contexto, cabe frisar as colocações estabelecidas no Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o Século XXI (Delors: 2000) quando salienta que os programas de educação básica e de alfabetização para adultos serão mais atraentes se associados a aquisição de competências e se forem utilizados os meios de comunicação social para contribuir no desenvolvimento da aprendizagem.

Assim, Delors (2000, p.cxxxi-ii) aponta que:

É preciso ter em conta as especificidades da vida no meio rural e urbano, decidindo qual a língua de ensino e analisando com cuidado, as adaptações a fazer nos programas, conteúdos, formação de professores e materiais.

Delors (2000, p.133) também faz menção à responsabilidade e ação vigorosa do Estado em relação ao processo de educação destacando que: “Os adultos tenham acesso às possibilidades de aprender para melhorar a sua atividade profissional como a qualidade de suas vidas.”

Deste modo, para que se desenvolva um projeto sustentável na Educação de Jovens e Adultos a prática pedagógica deverá oportunizar o desenvolvimento de competências e permitir a estes alunos jovens e adultos, avanços qualitativos que impliquem vivenciar e interpretar sua vida, seus projetos, sua história.

A Lei de Execução Penal é explícita quanto à obrigatoriedade dos presídios, penitenciárias, Casas de Detenção..., oportunizarem a seus detentos condições de reeducação, reinserção e ressocialização.

A referida Lei na Seção V Da Assistência Educacional, no Artigo 17 da Lei de Execução Penal (LEP) determina que: "A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e formação profissional do preso e do internado".

Os escritos de Mirabette (1993: p.lxxxv) oportunizam o esclarecimento do Artigo 17 (da LEP):

A assistência educacional deve ser uma das prestações básicas mais importantes não só para o homem livre, mas também àquele que está preso, constituindo-se, neste caso, em um elemento de tratamento penitenciário como meio para a reinserção social ... Dispõe, aliás, a

Constituição Federal que a 'educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho". (art 205), garantindo ainda o "ensino fundamental", obrigatório e gratuito, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria"(art. 208, I), conceituando este como "direito público subjetivo"(art 208, § 1º). Isto quer dizer que não só a instrução, que é um dos elementos da educação, mas também esta é um direito de todos, sem qualquer limitação de idade.

Assim, pois, qualquer pessoa, não importa a idade e tampouco a sua condição ou status jurídico., tem o direito de receber educação desde que, evidentemente, seja dela carente qualitativa ou quantitativamente. De vez que a cada direito corresponde um dever, é a própria Constituição que esclarece ser este do Estado, que deverá promover a educação aos presos e internados se não o tiver feito convenientemente no lar e na escola.

A aprendizagem na prisão por meio de programas educativos se considera uma ferramenta para a mudança de valor e se dá a luz da sua repercussão na reincidência, a reintegração e, mas concretamente, nas oportunidades de emprego após a saída da prisão. A educação é muito mais importante que uma ferramenta para a mudança. É um imperativo em si. A educação apresenta desafios consideráveis para os reclusos devido a uma gama de fatores ambientais, sociais, institucionais e individuais.

2.3.1 A Educação Prisional nos Estados Unidos

Os Estados Unidos da América são um bom exemplo da falência das políticas repressivas neoliberais. Desde o governo de Regan, que se assistiu a um crescente movimento no sentido de privatizar as prisões e os vários sistemas de segurança. Esta tendência para transformar as polícias e as prisões em negócio apetecível ao mercado, foi acompanhada de uma intensificação crescente das penas e da repressão, em quase todos os Estados dos EUA. A pena de morte passou a ser um recurso cada vez mais frequente, sendo cada vez mais aplicada em alguns Estados, como o do Texas e Califórnia.

As prisões estaduais funcionam com mais 16% de presos do que o permitido pela sua lotação. As prisões federais estão piores, pois superam essa capacidade em 31%. Nos Estados Unidos, em 2001, existiam 6,6 milhões de americanos nas prisões ou em liberdade condicional. Isto significa que em dez anos, o número de presos nas cadeias aumentou em dois milhões. Os Estados onde o número de presos aumentou mais foram os do Texas e da Califórnia, isto é, aqueles que mais aumentaram o peso das penas, aplicaram mais a pena de morte fez crescer a violência criminal, e mais, privatizaram o sistema prisional.

Mais de metade dos presos americanos são condenados por terem praticado atos de

violência: assassinatos, violação e roubo. O sistema repressivo não é igual para todos, tal como o não são os problemas sociais e as condições de vida. 46% dos presos são negros, 36% brancos e 15% hispânicos. Já no que concerne à liberdade condicional, o mercado repressivo, é mais brando para os brancos do que para os negros. 55% dos condenados a beneficiarem de liberdade condicional são brancos e apenas 31% são negros.

O capitalismo é um sistema cheio de manchas. O sistema repressivo é uma delas. Um sistema a exigir uma discussão e análise tão profunda como a que se exige para os sistemas educacionais ou de saúde.

O sistema prisional dos Estados Unidos tem seus alvos. As minorias são as mais afetadas. Seus “clientes” são basicamente pobres, negros e latinos (*rabble class*). Os negros representam a minoria da população, mas são a maioria dentro dos presídios. Um de cada 19 homens negros está na prisão. Enfim, segundo John Irwin, “o encarceramento serve para governar a ralé.”

As penitenciárias americanas como a de Beaumont, Lompoc e Florence, situadas no Texas, Califórnia e Colorado, respectivamente, funcionam como depósitos de gente. Muitos dos condenados estão nas cadeias por terem cometido crimes sem gravidade, onde se poderiam aplicar sanções alternativas.

Nos Estados Unidos, as taxas de encarceramento deram um salto a partir de 1973, no governo de Richard Nixon. No início da década de 70 eram em média 100 presos para 100 mil habitantes. Em 2003, as taxas saltaram para 740 presos para 100 mil habitantes. No ano de 1997, eram 1.785.079 detentos em todo o país; hoje são mais de dois milhões. Os EUA têm a maior população carcerária do planeta.

O Direito Penal, um subsistema de controle social, vem sendo implementado como um “Direito Penal do Terror”, que apenas pune as classes menos favorecidas. Enfim, criminaliza a miséria. É importante ressaltar que a excessiva rigidez na aplicação das penas tem o apoio da maioria dos americanos. No caso da pena de morte, pesquisas afirmam que 70 a 80% dos americanos são a favor deste sistema racista e cheio de falhas.

Os Estados Unidos gastam mais no sistema prisional do que na educação. Boa parte do orçamento federal vai para a construção e manutenção das prisões *Supermax* (segurança máxima). A Califórnia, o estado com a maior população penal em todo o mundo ocidental, gastou, de 1997 a 2000, cerca de 5,2 bilhões de dólares na construção de novas penitenciárias. Entretanto, seu sistema penitenciário continua sendo o mais aglomerado nos Estados Unidos, além de um exemplo de desrespeito aos Direitos Humanos, o que torna a ressocialização um ideal quase inalcançável, um mito.

Uma revisão orçamentária com uma melhor destinação dos recursos e um eficaz treinamento policial seria um passo na longa jornada de mudança nos índices de criminalidade e de encarceramento, pois em estados como a Califórnia, a qualidade do ensino despencou desde a adoção do modelo “tudo penal”. Portanto, acredita-se, ainda, que a criminalidade, antes de ser punida possa ser prevenida.

2.3.2 A Educação Prisional na Europa

A inserção da educação no sistema prisional surge na França e na América do Norte, previam em suas propostas administrativas a disposição de instrutor/professor aos internos das maiores penitenciárias do país. Os *Quackers*, grupo religioso que organizaram as primeiras penitenciárias nos Estados Unidos, final do século XVIII, tinham como meta alfabetizar os internos para que pudessem ler a bíblia e, portanto, participar dos cultos religiosos, obrigatórios naquelas instituições penais. A religião, a leitura da bíblia e a participação nos cultos religiosos eram obrigatórias nas penitenciárias americanas.

No artigo “Estratégias sociais e educação prisional na Europa: visão de conjunto e reflexões” do Professor HUGO RANGEL, da Universidade de Quebec e Montreal, Canadá, ele expõe a educação prisional na Europa.

Na Europa, numerosos países aprovaram leis que garantem o direito dos presos à educação. Essas normas legais apresentam geralmente muita semelhança, embora, principalmente nos países do Leste europeu, observe-se uma distância considerável entre o que prescrevem as leis e a vida cotidiana nas prisões. Países como a Bulgária, por exemplo, adotam sistemas rígidos, altamente normativos. Em todos os países, nota-se o crescimento significativo do número de detentos, o que acarreta incontáveis problemas no que tange à aplicação das normas. Além disso, poucos são os recursos destinados a atender às demandas de educação dos presos.

Como mencionou MacDonald (2003), os países da Europa do Leste dão pouquíssima importância às prisões; seus responsáveis políticos concentram esforços em apenas alguns padrões, visando à adesão do seu país à Comunidade Europeia, mas as políticas penitenciárias não mudaram na essência e as condições dos detentos continuam precárias. Seria necessário, então, pensar em estratégias globais capazes de traduzir as leis e os regulamentos em práticas e em programas. Uma visão de conjunto da educação nas prisões europeias permite identificar várias problemáticas na realidade muito complexa e diversificada da vida carcerária. Essa complexidade obriga-nos a ser vigilantes, a fim de não cairmos na formulação de generalizações.

Nesse sentido, é preciso levar em consideração as diversas dimensões das práticas educativas que estão ou deveriam estar sendo desenvolvidas na prisão, situando suas exigências específicas numa visão mais ampla dos sistemas de justiça e de administração dos programas educativos. A complexidade do meio carcerário, sua natureza multidimensional, a importância dos contextos socioeconômicos e o espírito crítico com o qual devem ser abordadas as práticas educativas permitem-nos afirmar que o discurso das *best practices*, muito em moda nos meios penitenciários, é incompatível com a realidade da educação prisional. Esse discurso comporta riscos, pois veicula uma ingenuidade a crítica que negligencia os contextos e os problemas sistêmicos. Um olhar comparativo sobre a educação prisional na Europa obriga-nos a afirmar que não existem fórmulas ou modelos a serem seguidos. Daí decorre a importância de valorizar as práticas educativas numa perspectiva geral. Uma das constatações da pesquisa realizada é que boa parte do “sucesso” de certos programas educativos depende da implementação simultânea de diferentes estratégias, tanto no plano da administração judiciária como no acompanhamento dos detentos após sua liberação. O “sucesso” dos programas educativos adotados nas prisões pelos países escandinavos pode, a nosso ver, ser explicado a partir dessa leitura e, é claro, de programas sociais que seguem uma estratégia social e comunitária fora da prisão.

Organizando-se serviços e ficando-se atento à população de risco, tem-se a melhora das condições de vida e evita-se a repetição do círculo (infern) prisão-marginalidade-recidiva. Um modo de melhorar a educação nas prisões é trabalhar também fora dos muros, no âmbito comunitário. Saliento que as administrações dos países escandinavos têm como preocupação a formação dos detentos para a autonomia, inclusive nos atos da vida cotidiana. Essa dimensão educativa, por dirigir-se a pessoas frequentemente dependentes, deveria ser generalizada e fundamentar os programas educativos. Se o objetivo é que os detentos possam superar sua condição, não se deve habituá-los à vida carcerária (a serviços de cozinha e de limpeza, por exemplo). Poder apresentar uma gestão eficaz das prisões e dedicar atenção aos detentos depende também do nível de estabilidade da população carcerária. A Europa beneficiou-se, nos últimos tempos, de uma estabilidade em suas taxas de encarceramento. Mas, como já foi mencionada, essa situação está mudando: a Alemanha, a Inglaterra, os Países Baixos e, particularmente, a Espanha tiveram taxas de crescimento importantes das suas populações carcerárias ao longo destes últimos anos. A Espanha duplicou sua população carcerária desde 1990, e atualmente a taxa de detentos por 100 mil habitantes é de 146, a mais alta da Europa. A superpopulação, como se sabe, provoca numerosos problemas e acentua os que já existem. Frequentemente, e cada vez mais se acentuando, as políticas de

encarceramento estão ligadas a uma visão punitiva e securitária, produzindo mais problemas do que soluções. Nessa situação, a educação fica em segundo plano, sendo muitas vezes cortada ou reduzida nas prisões superpovoadas.

Quase todos os países que têm leis ou regulamentos prevendo e garantindo o direito à educação na prisão aceitam geralmente que esses direitos sejam implementados por organizações não-governamentais. Todavia, verifica-se com excessiva frequência que tais iniciativas se limitam a uma visão da educação como intervenção terapêutica ou de reabilitação ou, pior ainda, a um tratamento especial para os detentos. É muito raro constatar que as autoridades nacionais consideram a educação prisional um direito universal, embora essa opção lhes pudesse conferir uma legitimidade internacional e reforçar a coesão nacional.

Essa ausência de estratégias nacionais no que se refere à educação prisional foi identificada com frequência na pesquisa. Conclusões similares foram enunciadas por comissões parlamentares, tanto na Inglaterra como na França, salientando a ausência de coordenação das políticas e das instituições governamentais no desenvolvimento de estratégias para a educação prisional e assinalando a impossibilidade, muitas vezes, de identificar responsáveis públicos. Volta e meia, reina certa confusão quando se trata de designar o organismo responsável pela educação prisional: o ministério da justiça ou o da educação, ou organismos de formação para ao trabalho etc.

Essa confusão é produto ou expressão de uma falta de vontade política? Os centros penitenciários ficam enredados nessa indefinição institucional. Eles administram as urgências com um financiamento insuficiente e, na falta de interlocutor público, veem-se empurrados para a improvisação.

2.3.3 A Educação Prisional na América Latina

A Justiça penal na América Latina continua seletiva na punição. Acostumou-se a mandar para trás das grades os miseráveis que formam maioria absoluta nas prisões e nelas se amontoam em números superiores aos padrões recomendados pelas Nações Unidas (ONU). Pelo menos 70% dos detentos são provenientes de famílias que sobrevivem com apenas um salário mínimo (83 dólares por mês). O perfil dos encarcerados pobres não para aí: 91% dos presos não têm instrução primária completa e muitos não sabem sequer escrever o próprio nome. Num conjunto de 10 condenados pela Justiça criminal, 7 deles estão na faixa de idade inferior a 25 anos. Metade da população carcerária na América Latina é constituída de negros. As prisões superlotadas funcionam como mecanismo propulsor de tendências criminosas que, além de contaminar os presos, contagiam os operadores do Sistema Penal e até mesmo a

população em geral. O custo de um preso, por mês, corresponde ao dobro do que o Governo gasta, mensalmente, para manter uma criança na escola.

Em termos de proteção aos direitos humanos do preso, nenhum país da América Latina cumpre as normas do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ditadas pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 1966, nem tampouco a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José de Costa Rica, aprovada pela Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1969.

São quatro os pontos que merecerem consideração de análise.

O ponto de partida, no conjunto dessas inquietações, reside na atmosfera da preocupação com o crescimento da violência na sociedade, alarmada com a insegurança pública recrudescida, de modo impressionante, pelas formas tradicionais e inusitadas de expressões de crimes. Daí o discurso da lei e da ordem, galgado na concepção ideológica que defende a política conservadora de construir mais prisões e fixar penas mais longas, por entender que o número de pessoas inclinadas a cometer crimes decresce, quando o instrumento da punição aumenta.

O segundo ponto é a constatação da inoperância radical da administração penitenciária aliada à notória tibieza do Poder Judiciário diante da ciranda do crime. Nas cidades do Rio de Janeiro, São Paulo, Buenos Aires, Assunção, Bogotá, Lima, Caracas e La Paz, cerca de 71% dos egressos de prisões voltam a elas, por qualquer razão pessoal ou social. Outras cidades, que apresentam menor índice, estão por volta dos 55%, o que também é absolutamente inaceitável. O crime organizado continua arquitetado nas prisões, e chega a constituir, em certos lugares, um poder paralelo, capaz de se confrontar com os órgãos públicos de repressão, não apenas no uso da força, mas também no domínio de tecnologias modernas, como o aberto uso de telefone celulares pelos presos.

O terceiro ponto é o escândalo diário do absoluto descaso pelos direitos humanos dos presos. Embora também exista o outro extremo de privilegiar o preso em detrimento das vítimas, é fato consumado que os Países da América Latina apresentam uma das imagens mais negativas no mundo em termos de tratamento prisional, colhendo com isso a reação ainda mais violenta por parte de organizações não governamentais, cientistas e especialistas dedicados à questão.

O quarto ponto refere-se ao modelo prisional Latino-americano, de modo geral totalmente arcaico, porque ainda encerrado no âmbito da mera repressão praticada na época colonial que, sem estratégias modernas de políticas públicas, vende a falsa ilusão de que o sistema penal funciona enchendo as prisões. A teoria penal está, assim, a serviço da

autoridade: o cárcere vale como reafirmação da ordem jurídica, e não como pedagogia da recuperação para proteger a cidadania e alterar a personalidade do condenado, na redefinição de sua escolha existencial.

Duas são as fontes geradoras dessa insegurança.

De um lado, na primeira fonte, existe o pesadelo socioeconômico de base. Na América Latina, a grande maioria da população é constituída de pobres. O Informe Mundial sobre Riqueza, divulgado em Nova Iorque, em junho de 2002, mostra que na América Latina somente 8% são ricos, sendo a base da pirâmide social constituída cada vez mais de pobres, muitos dos quais apelam ao crime ou à contravenção para sobreviver. Nessa realidade conflitual, o fenômeno mais conhecido é o das crianças e adolescentes sem ocupação que perambulam pelas ruas, pedindo dinheiro, orientados pelas próprias famílias para, desse modo, prover o sustento. Eis a fonte do índice elevado da delinquência que alimenta o arsenal de táticas urbanas de sobrevivência.

De outro lado, na segunda fonte geradora da insegurança prisional, aparece o crime organizado de acesso facilitado ao lucro, ao enriquecimento ilícito e outras vantagens, como, por exemplo, o apoio da corrupção. Assaltos a bancos, roubos de carros e mercadorias, contrabando, sequestros para obtenção de significativos resgates e, sobretudo, tráfico de drogas e de armas são exemplos significativos. Existe a profissionalização do crime, não só como atividade comum das pessoas aí envolvidas, mas também pelo uso de tecnologia sofisticada pertinente. As quadrilhas muitas vezes, possuem armas pesadas, dominam sistemas complexos e modernos de comunicação, usam conhecimento atualizado para planejar e realizar as atividades, inclusive com o auxílio da Internet.

No caso do crime organizado é comum a presença de lideranças negativas, entendendo-se por isso pessoas dotadas de marcantes lideranças, capazes de construir um sistema moderno e eficiente de criminalidade, mesmo quando presas. Tratando-se de um mundo extremamente perigoso, impera a seleção dos mais fortes, o que facilita o surgimento de poderes paralelos bem estruturados, sobretudo quando à força se ligam a inteligência e o dinheiro.

Essas duas fontes geradoras da insegurança prisional na América Latina, isto é, a pobreza e o crime organizado, representam rasgos muito preocupantes no mundo globalizado.

De certa maneira, é possível afirmar que a primeira fonte, vinculada à pobreza, aponta para questões mais estruturais, porque alimentada na miséria do povo, haja vista as lutas sangrentas pela posse de terra. Furtar ou roubar para sobreviver não deveria ser a tônica de uma sociedade dotada de critérios mínimos de democracia e justiça, especialmente num país

como o Brasil, que detém economia razoavelmente expressiva, por isso colocada destacadamente no ranking das Nações Emergentes, mas que tem 55% do seu Produto Interno Bruto (PIB) comprometido com o pagamento da dívida pública.

A criminalização produzida pela pobreza demonstra, mais do que o recrudescimento da insegurança social, a persistência de altíssima concentração da renda beneficiando poucos privilegiados, na ciranda de um mercado financeiro constantemente em turbulência, com elevações das taxas de câmbio, juros altos e poucos investimentos que intranquilizam os cidadãos, geram aumento de impostos e prejudicam o controle da informação, tudo porque as estratégias dos governos na América Latina não têm sido hábeis em promover o desenvolvimento com qualidade de vida, especialmente agora com os efeitos da globalização.

É assim que se mostra, no Continente Latino-americano, a falta de um projeto adequado ao bem-estar do povo, o que implicaria o desenvolvimento qualitativo da educação primária. Mas o que se vê é que apenas cerca de 30% das crianças que entram no curso primário chegam a concluí-lo e essa situação acaba por contribuir para a precariedade da polícia, recrutada normalmente entre segmentos de jovens econômica e culturalmente mais pobres no conjunto da população.

A segunda fonte geradora da insegurança prisional, ou seja, o crime organizado, tomou ultimamente dimensões aterradoras, em particular pela capacidade de dispor de recursos e tecnologias expressivos, colocando o aparato repressivo público na defensiva. O que mais preocupa, certamente, é a tendência ao incontrolável, em face à ascensão desse Estado Paralelo, que movimenta milhões de dólares, sabe jogar com a impunidade e acha que o crime sempre compensa, já que seus riscos podem ser calculados e controlados com certa precisão.

Em todos os grandes centros urbanos dos países da América Latina (citem-se os exemplos de São Paulo, Rio de Janeiro, Buenos Aires, Assunção, La Paz, Bogotá e Caracas) há favelas em que a Polícia não entra ou, quando entra, já está em franca desvantagem ante os delinquentes bem armados. Há favelas em que os moradores estão reféns do Estado Paralelo, que vende proteção, obrigando as pessoas a comprar a segurança marginal para poupar a própria vida. Há favelas onde os moradores vêm abandonando suas casas, expulsos delas pelo medo, pelo terror e pela desproteção absoluta a que estão expostos. Há favelas onde o tráfico de drogas prende, julga e executa. Uma pesquisa patrocinada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), em novembro de 2001, revela que a média para ingresso no crime, na América Latina, era de 15 a 16 anos, no início da década de 90, mas, atualmente, esse índice caiu para 12 a 13 anos, exatamente porque o recrutamento de crianças e adolescentes

aumentou consideravelmente com as ações dos traficantes, substituindo a ausência de investimentos sociais do Estado Legal.

Na América Latina, a reabilitação prisional, pretendida pela legislação penal, tem patenteado, na prática, o desalento, a aflição e a definitiva rebeldia contra uma sociedade que fecha as portas ao egresso, quando chega o tempo do *lendemain de la peine*, na elegante expressão dos franceses.

A prisão continua, assim, a procurar um futuro novo capaz de viabilizar medidas e métodos de execução penal que correspondam aos anseios da reinserção social e moral, em qualquer regime formal de aprisionamento previsto em lei:

a) seja no Regime Fechado para os condenados de maior periculosidade, em estabelecimentos de segurança máxima ou média;

b) seja no Regime Semiaberto para os condenados que ficam em semiliberdade, em estabelecimentos de segurança média, que se destinem à prática de atividades agrícolas, industriais ou similares;

c) seja no Regime Aberto para os condenados em estabelecimentos de segurança mínima, adaptados com casas de albergados, onde os presos, teoricamente, podem exercer suas atividades habituais sem qualquer vigilância, recolhendo-se à noite para dormir no albergue com os outros companheiros.

Em nenhum desses três Regimes se cumpre pena com decência e eis a razão pela qual se diz, a todo instante, que a prisão, na América Latina

a) não serve para o que diz servir; b) oferece o máximo de promiscuidade; c) neutraliza a formação e o progresso de bons valores; d) estigmatiza o ser humano; e) funciona como máquina de reprodução da carreira no crime; f) introduz na personalidade a nefasta cultura carcerária; g) estimula o processo de despersonalização; h) legitima o desrespeito aos direitos humanos; i) destrói a família do condenado.

Veja-se, por oportuno, que o povo vem assistindo a proliferação de gangues rivais de presos e a ascensão de facções criminosas que comandam operações dentro dos estabelecimentos prisionais, com impressionante capacidade de planejamento e contam com a corrupção dos funcionários do sistema penitenciário para promover fugas, rebeliões, motins, homicídios, suicídios, impor o terror, desafiar o Governo e oprimir a sociedade. É de lamentar que os Governos não tenham boa vontade, nem tenham sido capazes de elaborar e implantar a execução penal com seriedade, determinação e competência.

Preso e sociedade sempre terão de conviver como vizinhos decentes, ainda que estipulando fronteiras. Não precisa ser uma cena de Dostoiévski, de irmãos se abraçando, mas

uma convivência de compreensão e tolerância, na rota de um consensualismo penitenciário edificado numa escala de valores éticos, morais e normativos, integrado no conjunto da política social do Estado de Direito, em condições de aproximar o delinquente da vida normal dos cidadãos.

A visão global da questão penitenciária nos Países da América Latina, lamentavelmente, está fora de qualquer cronograma usual de planejamento estratégico de promoção social.

Os governantes precisam compreender que o universo penitenciário deve ser visto como componente relevante do moderno desenvolvimento socioeconômico. Faz parte de uma sociedade justa, equitativa, educada e economicamente expressiva saber dar conta desta problemática de acordo com a competência considerada hoje como sendo a atualizada. A violência crescente não agride apenas a cidadania, mas igualmente a economia, como é o caso notório do turismo no Rio de Janeiro e em Buenos Aires. Em outro ângulo, a reprodução do crime nas prisões agride totalmente o princípio de mudança radical da concepção atual penitenciária encerrada na prática medieval de prender somente para castigar.

De um lado, deve existir o Estado de Direito, para que se definam os procedimentos legais do crime e da sanção, o que torna a condenação socialmente justa. De outro lado, deve existir a condição iniludível de uma possível e desejável recuperação do preso, sem escamotear o contexto de visível violência aí implicado. Não se trata de esconder a violência, mas de administrá-la em nome da satisfação que o preso deve dar à sociedade em nome de sua necessária recuperação.

Aí está um ponto essencial: quando se trata de recuperação prisional, a melhor maneira de fazê-lo não é com a acentuação da violência. Assim, em ambiente de violência típica, como é o da privação da liberdade, é preciso administrá-la de modo a reduzir essa violência ao mínimo, para sobressair a face da reconstrução do direito à liberdade.

No alinhamento de uma execução penal em busca de elevado significado ao controle jurídico-penal, com equilíbrio e autoridade responsável, se destaca, como ponto alto, o empreendimento do trabalho produtivo e do ambiente educativo.

Não comporta o trabalho apenas como passa-tempo, faz-de-conta, porque não é pedagógico e não é fonte geradora de condições de vida para o dia em que a liberdade chegar. Pedagógico é o trabalho que fundamenta a dignidade da pessoa como ente capaz de prover sua subsistência com autonomia e criatividade. É essencial que o preso tenha a experiência construtiva de que é possível sobreviver sem agredir os outros, por conta da capacidade própria de encontrar soluções adequadas.

Ganhar percentual do valor de seu trabalho é indiscutivelmente um direito humano do preso, até porque aí entra a questão complexa do sustento de sua família.

Acresce ainda a preocupação justa em torno da manutenção das penitenciárias, a qual, pelo menos em parte, deveria ser provida pelos próprios presos. Seus custos são muito altos e tornam-se alucinantes, quando se pensa que são, na maior parte, em vão. Evitando-se sempre o trabalho forçado, definido como espoliativo e desumano, o preso deve trabalhar também para manter a instituição que ocupa, embora sempre em ambiente educativo. Isto quer dizer que o trabalho precisa representar atividade séria para fundar a dignidade da cidadania de alguém que encontra aí ocasião e motivação para mudar de vida.

O ideal seria que a ressocialização do preso fosse apropriada a cada perfil de condenado. Ressocialização significa fornecer ao preso um canal pelo qual possa reentrar na sociedade com escolaridade e desenvolvimento de uma habilidade profissional, que leve em conta as necessidades futuras. Porém, hoje, na América Latina a situação é esta:

45% dos presos não têm nenhuma atividade que exija habilidade ou formação profissional;

36% dos encarcerados se ocupam apenas com o trabalho de serviços gerais dentro da própria prisão;

19% dos detentos dispõem, efetivamente, de um trabalho produtivo com caráter ressocializador.

É interessante assimilar que, na quase totalidade dos Sistemas Penitenciários latino-americanos, e aí se inclui o Brasil, existe uma lei determinando que através do trabalho o preso diminua sua pena: para cada três dias trabalhados, abate-se um dia de pena. Como a maioria dos detentos não trabalha, essa lei existe sem maior efetividade.

Na quase totalidade dos sistemas penitenciários, a regra é remunerar o trabalho do apenado com a metade, ou três quartos de um salário mínimo. No Brasil, pela atual Lei de Execução Penal (art. 29) o trabalho do preso será remunerado, não podendo ser inferior a três quartos do salário mínimo (hoje, o salário mínimo equivale a 83 dólares por mês).

Neste contexto, aparece sempre a discussão em torno da atuação da iniciativa privada em estabelecimentos prisionais, havendo nos Estados Unidos e na Europa, já há alguns anos, experiências que parecem positivas. Em si, esse tema não deveria causar espécie, se os objetivos podem ser alcançados com melhor resultado pela via privada. Com efeito, hoje, a situação de absoluta precariedade de, praticamente, todas as penitenciárias as leva a serem confundidas dentro do espírito predominante no serviço público, considerado sempre coisa pobre para pobre. Se os órgãos públicos não são satisfatórios em seus serviços e atividades,

em muitos casos a iniciativa privada pode representar a vantagem de executar melhor esses serviços e ainda reduzir custos.

A título de ilustração, mencionamos que acabam de ser implantadas as primeiras prisões privadas na América Latina. Elas estão no Brasil. A primeira, localizada no Município de Guarapuava, no Estado do Paraná, onde os 350 presos têm de estudar e trabalhar na agricultura. A segunda, localizada no Município de Juazeiro do Norte, no Estado do Ceará, onde os 300 presos se dedicam ao trabalho de fabricação de joias.

Outra opção que se examina para instalar na América Latina, com apoio do gerenciamento do Mercado Comum dos Países do Mercosul (os Países que formam o Mercosul são: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Paraguai e Uruguai) é a experiência com cooperativas de presos e ex-detentos, as quais, pela influência do bom exemplo, na exploração de atividades econômicas, no campo da agricultura e da indústria, podem ter aptidão para subsidiar a incorporação da iniciativa privada nos propósitos de reintegrar o condenado à sociedade, sem que a pena se desmoralize como promessa lírica que não se cumpre.

Componente de primeira linha, ao lado do trabalho produtivo pedagógico, é a ambiência educativa que deve imperar nas penitenciárias. Não se trata apenas de oferecer educação formal, ou seja, apenas o curso primário previsto na Constituição Federal como direito de todos, mas sem de envolver o preso dentro da ecologia da educação, incluindo cultura, lazer, instrução, etc. Ao contrário das condições atuais imperantes, de total degradação humana, deveria emergir o lado sadio, promocional, desafiador da educação crítica e criativa, uma das bases mais seguras da formação da cidadania popular.

O preso deve ter oportunidade de ler conteúdos interessantes, ver materiais eletrônicos pertinentes de teor didático e instrutivo, discutir temas coletivamente, problemas e soluções, fazer cursos à distância, sobretudo plantar o convencimento da capacidade de se modular como sujeito social competente. Isso supõe metodologias didáticas modernas construtivas, que não se bastam com mera reprodução do saber, imitação, cópia, instrução. O ambiente deve ser marcado nitidamente pelo aprender a aprender, que fundamenta a habilidade crítica e criativa. Assim será possível realizar a função repressiva do Estado de Direito, usufruindo o que a Ciência e a Tecnologia têm a oferecer.

Característica essencial da dinâmica população penitenciária na América Latina é, então, a acentuada ausência de instrução escolar sem iniciação e sem aperfeiçoamento técnico, daí a constatação de que:

- a) 36% de presos são analfabetos; e

b) 51% de presos não têm instrução primária completa.

Esse é um dos fatores incisivos mais indutores de tensões, revoltas, motins e do círculo da reincidência no crime. 71% das pessoas que saem das prisões, a elas voltam por falta de terapia da reestruturação pessoal, carência que não estimula boas chances no retorno à sociedade.

Anote-se, nesta oportunidade, que o Peru foi o primeiro país da América Latina a colocar em vigor uma lei estabelecendo a compensação da pena pelo estudo: para cada três dias de atividades de educação escolar, abate-se um dia da pena a ser cumprida. Outros países, como o Brasil, já estão regulamentando esse esforço de iniciativa educacional adotado no Peru.

Está bem claro, nesta apreciação, que a conjugação inteligente entre ambiente educativo e o trabalho produtivo pedagógico, lamentavelmente ainda não é o ângulo principal do processo de reconstrução da liberdade e da dignidade dos presos na América Latina. Pouquíssimos bons exemplos podem ser observados e entre esses pouquíssimos bons exemplos, destacamos a experiência que situamos a seguir.

Há expectativa de mudanças? Apesar de tudo, vale a pena manter o entusiasmo e a grandeza de espírito, na luta pelo comprometimento social com a educação e o trabalho no ambiente que consome os valores da vida carcerária.

Um dia ficaremos livres da frieza e da carência de zelo cívico tão comum entre os políticos que hoje governam os países da América Latina. Esses governantes perturbam os nossos sonhos, mas, pelo menos, não são capazes de nos deixar sem a consciência tranqüila e não nos tiram a capacidade de esperar.

Seria mais triste ainda viver se a esperança não pudesse vencer o medo das incertezas.

2.3.4 A Educação Prisional no MERCOSUL

Rege a Declaração Universal dos Direitos Humanos: "Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante".

Estes Tratados, Pactos e Convenções fazem parte dos ordenamentos jurídicos nacionais dos Estados, e são fontes soberanas de direito público, de plena e irrestrita vigência interna.

As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, isto é, são autoaplicáveis. Desta forma, os direitos e garantias não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados pelo governo brasileiro e constante nos tratados internacionais (Constituição da República Federativa do Brasil, parágrafos 1º e 2º, art. 5º CF).

Nesse sentido, a Convenção de Viena, sobre Direito dos Tratados, de 1969, em seu artigo 60, prescreve como obrigação "erga omnes" que não se podem usar subterfúgios e invocações do direito interno para justificar o não-cumprimento de um Tratado aderido, nem a Constituição pode contradizer norma de Direito Público humanitário, vez que possui caráter imperativo ("ius cogens") e não simples disposição.

Os Estados devem fazer valer a salvaguarda dos interesses comuns superiores protegidos pelas Convenções, para não afetar o seu próprio grau de validade hierárquica, sob forma de restrição ou de rebaixamento, mas sim, para aumentar os mecanismos de supervisão e respeito a um tratamento humano mínimo (ver Cançado Trindade, Antonio Augusto; in *Direito Internacional Humanitário*, IPRI, Brasília - 1989).

Dentre os Direitos Humanos dos presos, por exemplo, dispõe a Lei de Execução Penal brasileira (art. 1º e 10) que a sentença ou decisão criminal tem por objetivo proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do interno, e que a assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa, é dever do Estado, para prevenir o crime e orientar o retorno à convivência do apenado em sociedade. Teoria do "res", segundo E.Raúl Zaffaroni, como justificativa ao encarceramento humano e restrição ao "ius libertatis".

"Nenhuma pessoa submetida a qualquer forma de detenção ou prisão será submetida à tortura ou a tratos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes. Não se poderá invocar circunstância alguma como justificção da tortura ou de outros tratos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes", estatui o princípio (6) do Projeto de Conjunto de Princípios para a Proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão da ONU (Resolução n. 43/173).

A expressão "tratos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes" deve ser interpretada de maneira que abarque a mais ampla proteção possível contra todo tipo de abuso, sejam físicos ou mentais, incluído o de manter o preso ou detento em condições que o privem temporária ou permanentemente do uso de um de seus sentidos, como a visão ou a audição, ou de sua idéia de lugar ou do transcurso de tempo. (in *La Revista, Por el Imperio del Derecho*, da Comisión Internacional de Juristas, n. 42, Junio 1989).

O contido no artigo 1º Convenção Contra a Tortura da ONU, e dispositivo 2º da Convenção da OEA, rezam que "as dores e os sofrimentos por consequência de sanções legítimas ou "medidas legais", não estão compreendidos no conceito de tortura". Obviamente que devemos interpretar no sentido de que, desde não afetarem os princípios humanitários básicos. De outro lado, a execução da pena privativa de liberdade deve observar as Regras Mínimas das Nações Unidas para os detentos, do contrário pode caracterizar a prisão, na

prática, pena infamante, cruel e desumana, visto que atenta contra a dignidade da pessoa encarcerada, ferindo inclusive os princípios elementares de justiça de um Estado Democrático de Direito.

Não devemos admitir e legitimar nenhuma das condições degradantes que estão sujeitos todos os presos, a prisão por si só causa dores, sofrimentos físicos e psicológicos nefastos e irreparáveis ao ser humano que o Estado pretende recuperar, ressocializar, reintegrar, reeducar ou readaptar.

Contradições desta ordem e deste nível de desrespeito jurídico e legal não podem existir e ser admitidos pelos Documentos de Direitos Humanos; pois, sem exceção alguma, visam a prevenção e a repressão das violações fundamentais inerentes ao direito de viver com dignidade, seja “intra” ou “extra” “muris”.

É público e notório que a maioria, ou quase a totalidade, dos estabelecimentos prisionais da América Latina e do Brasil, efetivamente, tem transformado o cumprimento da pena privativa de liberdade, em sanção cruel e desumana. Ainda que esteja expresso em documento internacional que "nenhum funcionário encarregado de fazer cumprir a lei poderá infringir, instigar ou tolerar nenhum ato de tortura ou outros tratos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes", reza o artigo 5º do Código de Conduta para Funcionários Encarregados de Fazer Cumprir a Lei (Adotado pela Assembleia Geral da ONU em 17-12-79 - Resolução n. 34/169).

Segundo a doutrina especializada, a expressão "funcionários encarregados de fazer cumprir a lei" inclui todos os agentes, nomeados ou eleitos, que exercem funções de polícia, com faculdades de arresto ou detenção, incluam-se, a nosso ver, também as autoridades judiciárias, magistrados que determinam a prisão e membros do Ministério Público que requerem a condenação à pena privativa de liberdade ou que postulam a prisão provisória.

Em geral, sabemos que a pena privativa de liberdade teve sua origem na revolução industrial e que seu objetivo foi e é eminentemente utilitário, ainda que o discurso ideológico tenha sido humanitário. Para isso, se faz indispensável o respeito a norma com rigidez em nome do princípio da legalidade.

Seria muito conveniente pensar em algum controle internacional para verificar o grau de cumprimento e de descumprimento das Regras Mínimas das Nações Unidas para Tratamento do Recluso, afirma o prof. Eugênio Raul Zaffaroni, acrescentando: "As condições de alojamento das pessoas privadas da liberdade devem ser vigiadas judicialmente. A indiferença judicial nesta matéria é notável no continente latino-americano. É preciso ações e recursos de habeas corpus e similares para amparar as condições de alojamento higiênico e

digno. A via mais prática para quebrar a indiferença judicial é responsabilizar em forma pessoal - inclusive penal - os juízes por negligência na vigilância de tais condições. Isto geraria, sem dúvida, conflitos com o Poder Executivo e se alegaria a carência da infraestrutura para cumprir as "Regras Mínimas" das Nações Unidas. A solução mais prática e adequada aos Direitos Humanos, ante tal conflito, é impor aos juízes o dever de interditar os estabelecimentos inadequados e de dispor a imediata liberdade qualquer pessoa privada de liberdade em condições que não satisfaçam os requisitos mínimos de segurança e higiene. O Poder Judiciário deve regular com extrema severidade a privação da liberdade quando exista um número de pessoas maior do que o indicado nas condições mínimas de alojamento digno disponível (capacidade conforme a planta arquitetônica).

O processo institucional de prisionalização gera fatores negativos, e estes são originários da: superpopulação; ociosidade; insalubridade e promiscuidade pela falta das mínimas condições de vida com dignidade e precariedade das instalações físicas. A violência física (sexual) e psíquica que estão sujeitos os detentos, a corrupção entre agentes penitenciários e grupos de internos, e muitas outras mazelas são produzidas dentro dos ergástulos públicos (ver CPIs do Sistema Penitenciário da Câmara dos Deputados Federais do Brasil, de 1975 e 1993).

Define a Regra 31 da ONU para Tratamento dos Reclusos, sobre disciplina e sanções: "As penas corporais, encerramento em cela escura, assim como toda sanção cruel, desumana ou degradante são completamente proibidas como sanções disciplinares". Se há previsão legal proibitiva de sanção disciplinar nestas condições, muito mais óbvio e evidente que o Poder Judiciário não pode admitir a execução da pena privativa de liberdade quando caracterize na prática sanção cruel, desumana e degradante.

Sabemos que os maus-tratos carcerários resultam do "modus vivendi" oferecido pelo Estado aos condenados à pena privativa de liberdade, que impera a "lei do mais forte" ou a sobrevivência no interior dos estabelecimentos penais.

A regra geral do direito penal democrático é interpretar a lei restritivamente, e quando necessária a ampliação, esta maneira somente é autorizada juridicamente quando for em benefício ou a favor do réu ou do apenado. O artigo 3º do Código de Processo Penal, reforça este critério doutrinário, quando estabelece que são permitidas a aplicação dos princípios gerais do direito.

Na legislação brasileira (lei n. 4.898/65) o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade, considerando-se crime todo atentado "à incolumidade física do indivíduo" (art. 3, "i");

"submeter pessoa sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei" (art. 4, "b"); em reforço a norma ordinária a Carta Magna assegura a concessão de mandado de segurança para proteção de direito líquido e certo..., quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública (inciso LXIX, art. 5º CF).

A título de estudo e de informação do direito positivo das Nações Unidas (Assembleia Geral em Resolução n. 40/43, de 29 de novembro de 1985), lembramos a recomendação do Sexto Congresso da ONU sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (Milão - Itália), para a continuidade do trabalho de elaboração das diretrizes e normas para as vítimas do delito de abuso de poder, solicitando a cooperação de organismos governamentais e não governamentais.

São consideradas "vítimas de abuso de poder" as pessoas que, individualmente ou coletivamente, tenham sofrido danos, inclusive lesões físicas ou mentais, sofrimento emocional, perda financeira ou diminuição substancial de seus direitos fundamentais, como consequência de ações ou omissões que não cheguem a constituir violações do direito penal nacional, mas violem normas internacionais reconhecidas e relativas aos Direitos Humanos (item 18, letra B, da Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delitos e do Abuso de Poder).

Assim, a decisão emanada do Poder Judiciário que fundamentar e aplicar os princípios de direito, supra referidos, estará dentro da mais cristalina legalidade e prestando a mais pura medida de Justiça; "in contrarium sensu", concretizar-se-á uma gritante e brutal inobservância aos Direitos Humanos e aos princípios reitores do regime penal democrático, com flagrante abuso de autoridade passível de responsabilidade, desde a pena administrativa de advertência até a de demissão a bem do serviço público, sem prejuízos da aplicação da sanção civil de indenização e da própria detenção.

O modelo do "homem enfermo", frente ao do "homem normal", é ainda mais torturante e desumano, vez que o Estado não possui pessoal especializado e muito menos estabelecimentos destinados a esta espécie de serviço médico-psiquiátrico. E a possibilidade de defesa é muito mais difícil, pois, os exames "médicos-criminológicos" são estigmatizante e marginalizam eternamente o paciente. São raros os que conseguem um parecer favorável quanto a cura de sua "personalidade criminosa".

Culpabilidade de Autor versus culpabilidade de Ato, onde os réus possuidores de boa ou regular condição financeira são autorizados a frequentar clínicas particulares, já os vulneráveis (pobres) do sistema de administração de justiça penal são internados nos

chamados Manicômios Judiciários, com total falta de infraestrutura, sofrendo diariamente maus-tratos, pela dupla condição de prisioneiro e de enfermo mental.

Sempre em debate no âmbito dos Direitos Humanos, são colocadas em dúvidas as questões como: choques elétricos e insulínicos, condicionamentos de reflexos inibitórios e, determinados tratamentos para modificar a conduta.

Os princípios básicos de ética médica aplicável à função do pessoal de saúde, especialmente os médicos na proteção de pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão contra a tortura e outros tratos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes expressos na Resolução n. 37/194, de 18.12.82, das Nações Unidas, em reconhecimento a Resolução 31-85 de 13 de dezembro de 1976 da Organização Mundial da Saúde, estão sendo violados corriqueiramente pelo Estado e sua administração penitenciária.

À luz dos instrumentos internacionais de Direitos Humanos, de aceitação universal e aderido pelo governo da República Federativa do Brasil, destacamos a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948/ONU); Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966/ONU); Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969 / OEA); Regras Mínimas das Nações Unidas para Tratamento dos Reclusos (1955/57/77); Normas para a aplicação das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (ONU/1984); Princípios Básicos para o Tratamento dos Reclusos (ONU/1990); Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas submetidas a qualquer forma de Detenção ou Prisão (ONU/1988); e Regras Mínimas do Preso no Brasil (Ministério da Justiça/1994).

É de se ressaltar que na prática nenhum dos Documentos internacionais, muito menos a Constituição federal e a legislação ordinária positiva (Lei de Execução Penal) não estão cumpridas e respeitadas, dentro da obrigatoriedade dos princípios basilares do Estado de Direito, impõem-se às autoridades competentes e diretamente ligadas a questão prisional do país, seja na esfera do Poder Executivo (encarregadas do gerenciamento do sistema penitenciário), como na alçada do Poder Judiciário (competentes para a execução de medidas privativas de liberdade), responsabilidade criminal, em decorrência da inércia e/ou da prevaricação de atos de ofício que deveriam tomar e não o fizeram em tempo oportuno, conforme prevê o Código Penal (Decreto-lei n.º 2.848/40).

Os artigos 1º e 10 da Lei n.º 7.210/84, estabelecem que a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou da lei.

Carecem os detentos (provisórios e definitivos) do direito à assistência material, ou seja: de alimentação suficiente, vestuário, de atividades laborais (inclusive quanto à remuneração, previdência social e pecúlio, e direito de remição), intelectuais, artísticas e desportivas, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

Se a educação pode ajudar a reinserir um preso na sociedade, o Brasil está bem longe dessa meta. O sistema prisional brasileiro abriga 371.400 presos, de acordo com dados preliminares de 2006 do Ministério da Justiça. E menos de 10% dos presos - 34 mil - completaram o ensino fundamental. Pior: cerca de 18 mil são analfabetos.

A Lei tem número, 7.210, é de 1984, se chama Lei de Execução Penal e é bem clara: determina a oferta do ensino fundamental e a formação profissional nas cadeias. Mas há uma enorme distância entre o que está escrito e o que realmente acontece dentro das prisões.

O último relatório sobre escolaridade de presidiários, de 2003, faz a lista das maiores barreiras ao ensino nas cadeias brasileiras. Começa pela falta de espaço adequado, segue pela carência de professores e agentes penitenciários e, finalmente, reflete a ausência de um sistema de ensino nacional, vinculado à educação de jovens e adultos.

No Brasil, o MEC e o MJ trabalham juntos desde 2005 para criar uma política pública de educação prisional, com diretrizes nacionais. “Na maioria dos estados, existe educação nas prisões, mas de forma aleatória. Faltam vagas para os alunos interessados em estudar, nem sempre há todos os níveis. Há turmas de alfabetização e ensino fundamental, mas há alunos que gostariam de fazer o ensino médio também”, diz Timothy Ireland. Ele conta que muitos presídios não dispõem sequer de espaço físico que comporte salas de aula. “Já vi até um corredor adaptado. A primeira parte era para turmas de alfabetização, a do meio para ensino fundamental e o fundo, para ensino médio. Tudo muito precário.”

O diretor do MEC destacou as iniciativas argentinas, que desde 2003 tem uma política pública de educação prisional, segundo ele. “A forma de encarar a questão na Argentina é diferente dos demais países. Em vários, o assunto ainda não constitui uma política pública. Às vezes, *[as ações]* nem mesmo são feitas pelos governos, mas por ONGs.”

A educação deve ser vista como um direito, não para a reintegração. Claro que isso é muito importante, mas se a reintegração for impossível, a educação continua a ser um direito. Não devemos instrumentalizar a educação unicamente para um papel social ou do tipo político-social. A educação pode ser uma solução se for uma educação ao longo da vida, não apenas do tipo profissional ou a reeducação. É para muitos presos a primeira oportunidade de compreender sua história e de tratar de desenvolver seu próprio projeto de vida.

A noção de educação prisional como direito está no auge das discussões em todo o mundo. Em novembro de 2006, por exemplo, o Brasil acolheu, em Belo Horizonte, as discussões do Fórum Educacional do Mercosul, que tinha como um dos núcleos de debates o Seminário de Educação Prisional, que recebeu autoridades neste assunto de toda a América Latina e Europa e de entidades ligadas à educação e direitos humanos. O objetivo era criar uma rede latino-americana de discussões, que colocasse na pauta dos governos de cada país a educação prisional como direito inalienável de todos e as possíveis soluções para tornar essa educação mais proveitosa.

Os especialistas em educação prisional defendem que a escola deve ser um direito mesmo que o detento não seja reintegrado ou reintegrável à sociedade.

No Paraguai segundo dados do Ministério da Justiça e Trabalho nas 15 (quinze) penitenciárias do país o número de presos são 5.889 dados estes de 12 de dezembro de 2008. O Paraguai apresenta uma das mais reduzidas percentagens de presidiários em relação à população (4 mil presos para 5,1 milhões de habitantes). No entanto, a maioria penal é expressivamente baixa em relação aos outros países do continente: somente são inimputáveis criminalmente os menores de quatorze anos.

Em Tacumbu - maior presídio do país -, é crônico o problema de superlotação. Por absoluta inexistência de espaço físico os presos vão ocupando todos os lugares disponíveis: a capela, a marcenaria, a cozinha, os escritórios administrativos e as dependências de assistência. São 1,5 mil pessoas aglomeradas, semelhante a um campo de refugiados. Esta grande concentração vem acarretando graves problemas de saúde e higiene. Não há incentivo ao trabalho penitenciário. Os telefones públicos, antes disponíveis no interior do presídio, foram barbaramente destruídos para obrigar os reclusos a alugar os aparelhos de telefonia celular daqueles que os possuem. Foram localizados também alguns presos provisórios entre os sentenciados. Um deles aguarda há oito anos decisão de seu processo criminal. A estes, além da ausência de assistência judiciária, não são observadas as orientações normativas de separação dos condenados, oferecimento de oportunidade de trabalho e muitas vezes são proibidas as visitas familiares. Próximo ao presídio de Tacumbu existe o Centro de Reabilitação chamado Panchito López, destinado a menores infratores, que abriga crianças e adolescentes de 14 a 18 anos. São trezentos reclusos divididos unicamente pelo critério de idade, o que expõe os menores a um risco potencial. Nem todas as celas estão em perfeito estado de conservação. O centro de Reabilitação carece de investimentos para ensino educacional e profissionalizante aos jovens de Tacumbu.

No Paraguai registram-se inúmeras queixas sobre a morosidade e a ausência de assistência jurídica. Por fim, constatamos ainda a incrível existência de um presídio fantasma, onde, embora existam diretores designados e previsão orçamentária, as obras para conclusão do presídio encontram-se em completo estado de indiferença e abandono.

Em 2007 o Ministério da Educação e Cultura do Paraguai através da Direção Geral de Educação Permanente beneficiou com materiais escolares e didáticos cerca de 700 alunos da educação de média distância para jovens e adultos com ênfase para as novas tecnologias e 1000 estudantes da educação básica bilíngue para jovens e adultos. Este projeto é a implementação da Reforma Educativa da modalidade de jovens e adultos que se desenvolve em todo o país, através do Programa de Educação Básica Bilíngue de Jovens e Adultos (PRODEPA). O objetivo é melhorar a qualidade da educação dos presos e garantir o acesso a educação básica e de nível médio. O projeto aponta para o funcionamento e consolidação da nova rede de docentes penitenciários que conta com a estrutura e apoio para assegurar o processo de aprendizagem dos internos e a possibilidade de continuar seus estudos quando obtenham sua liberdade.

Na Argentina, há cerca de 30 mil reclusos, sendo que aproximadamente 6,1 mil pessoas cumpram pena em estabelecimentos federais de Buenos Aires. De acordo com os dados oficiais, apenas 20% da população carcerária argentina encontra-se contemplada pelo direito ao trabalho penitenciário. É também alarmante a informação de que aproximadamente 8% dos reclusos estariam infectados pelo vírus da Aids, fato este agravado pela grande incidência de outras doenças sexualmente transmissíveis.

No presídio federal Caseros, em plena Buenos Aires, centenas de presos condenados não têm onde tomar sol ou praticar esportes. Não há a menor perspectiva de trabalho num presídio parcialmente destruído pela última rebelião, ocorrida já há alguns anos.

O melhor exemplo de administração penitenciária da Argentina foi observado em Olmos, próximo a La Plata. Lá encontramos 3.336 internos, dos quais 80% são sentenciados. Embora a população carcerária seja superior à sua capacidade, Olmos apresenta alguns aspectos positivos: aos detentos são oferecidos serviços de ensino integrado à rede pública educacional. São 180 reclusos matriculados em curso primário e 220 em aulas de orientação secundária. Em todos os pavilhões são encontrados telefones públicos que permitem aos presos o livre acesso a seus familiares e advogados. Um serviço comunitário de rádio opera internamente, ocupando parcialmente a população carcerária. É permitida a visita conjugal aos detentos, bem como assistência religiosa. Durante a visita tivemos a oportunidade de presenciar uma cerimônia pentecostal que reuniu cerca de oitocentos detentos.

No Uruguai - bastião do civismo, da melhor distribuição de renda do continente e dos direitos sociais - é o Ministério do Interior responsável tanto pela repressão ao crime e quanto pelo encarceramento, em contradição à regra fundamental de incompatibilidade entre as duas atribuições.

O Complexo Carcerário Santiago Vásquez, que aloja mais de 50% da população reclusa do país. Constata-se o problema de superlotação, já que, originariamente concebido para alojar oitocentos presos, hoje comporta 1,7 mil detentos. Há ainda grande carência em matéria de trabalho, apesar de alguns convênios realizados com empresas privadas. Um problema essencial é a inexistência de hospital penitenciário para atendimento médico, farmacêutico e ambulatorial.

Em muitos países, a remição já é lei há décadas. “Por trás da remição, está o conceito de prisão, que ou tem uma perspectiva de punição ou uma visão de ressocialização. Nós a vemos como forma de reintegrar à sociedade, por isso a educação pode acelerar esse processo de soltura do condenado”, diz Hernando Lambuley, chefe da divisão de desenvolvimento social do Instituto Nacional Penitenciário e Carcerário da Colômbia. Na Colômbia, a cada cinco dias de aula, um a menos de pena a cumprir.

No Equador, a conta é sete dias de estudo igual a um de pena cumprida. No entanto, a remição não vale para assassinos e narcotraficantes. “Estes não têm esse direito em função da gravidade do delito”, explica Eduardo Chilingua, coordenador-geral do Ministério da Educação e Cultura do Equador.

A educação nas prisões acaba de ser incorporada na nova Lei Nacional de Educação Argentina. Lá, o estudo funciona apenas como sinônimo de bom comportamento, mas não há equivalência estabelecida de dias estudados em troca de pena cumprida. “O estudo é valorado como boa conduta, como alguém que está interessado em mudar de rumo na vida”, diz Stella.

O panorama hoje nos mostra uma realidade que desencadeia na reclusão de muitíssimas pessoas que criminalizam suas atitudes, suas intenções, seus atos, seus agires, e desta maneira contaminam outros seres que ficam possuídos pelo medo, esse que é o pior inimigo do homem, esse que não deixa a paz e a segurança interna se desenvolver para impulsionar os desejos particulares e converter-lhes em realidade. Privações à liberdade ficam ganhando como prêmio pelos seus comportamentos, e a sociedade em geral acredita ser uma bela punição esta perda no direito de ir e vir, pois acontece que o estado em que se encontram os condenados ao cárcere evidencia de por si a carga da pena que desta maneira lhes parece ser el mejor de los castigos, mas esquecemos dos direitos de todos os que são privados da suas liberdades e que merecem, a pesar da sua

conduta reprovável e ilegal, um tratamento adequado, pois é letrado no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas com entrada em vigor na ordem internacional em 23 de Março de 1976:

“Art.10. Todos os indivíduos privados na sua liberdade devem ser tratados com humanidade e com respeito da dignidade inerente à pessoa humana”.

Claro que também ficam privados de liberdade, os que foram vítimas destas violações, pois são cada vez mais janelas de carros fechadas, muros mais altos são construídos em casas, mais temores inculcados na infância das nossas crianças, mais alerta de cuidados para aos nossos visitantes vindos de outros países e que taxam as nossas belezas como envenenadas pela falta do livre desfrute de quem vem de longe para deixar suas divisas e levar em troca a fama da insegurança total, da pobreza e do despreparo educacional.

Os homens e mulheres de boa-fé devem se inter-relacionar em harmonia e com cortesia, e devemos nos esforçar para que nas próximas décadas o nosso país seja reflexo de intenção em um sentido de melhorar tudo o que está se encontrando como desviado e prejudicial para o desenvolvimento de uma humanidade mais consciente das suas atitudes; mais consciente dos limites que a lei impõe para organizar uma sociedade frutífera, produtiva e cheia de possibilidades para todos. Também devemos cobrar ao Estado para que através dos nossos governantes sejam promovidas políticas públicas de inclusão social, que possibilite a todos o mínimo necessário para a formação do cidadão.

Os que entendem que a vida é uma oportunidade que a existência nos dá para o crescimento pelo bem estar, de uma maneira mais consciente com a responsabilidade pessoal e individual como célula da sociedade, figurando-se mais aptos para adquirir tolerância e um entendimento de que as forças devem ser unidas em grupos organizados na comunidade acadêmica que como sementes luminosas, dentro da obscuridade que o crime encerra, se instalem e criem raízes fortes para castrar o crescimento e formação de futuros desgostos.

Nota-se que precisamos de uma estrutura carcerária mais digna como pretende o texto constitucional da ensaiada Constituição para a América Latina e o Caribe, esboçada pelo Movimento Constitucional Latino Americano da Equipe Federal do Trabalho no seu Capítulo IV, Dos Cárceres dignos:

“Art.78. Todos os Estados integrantes da União assegurarão que os cárceres dentro de cada território sejam: sãos, limpos, seguros, tutores do direito à integridade física, psíquica e moral, guardiões da honra e dignidade, patrocinadores dos direitos constitucionais dos internos; educativos, antecipando-se, observando e aplicando obrigatoriamente a estes as ferramentas de socialização e reinserção necessárias. Os cárceres não serão um meio de

castigo ou perseguição física, psicológica ou moral para seus internos, nem por parte do serviço penitenciário nem por parte de outros internos. Qualquer violação destes direitos tornará responsável a quem o permitir ou autorizar.”

É dessa responsabilidade que deve estar imbuídos todos os que acreditam em uma filosofia de vida em prol de uma sociedade melhor, de perfil inclusivo e de respeito à dignidade da pessoa humana, é aqui quando temos que assimilar que a capacidade de ler as realidades políticas é vital para a montagem de coligações e redes por trás dos bastidores. Essas redes permitem a alguém exercer influência, independentemente de seu papel profissional. Os que têm um desempenho medíocre carecem dessa acuidade social e por isso revelam um nível tristemente baixo de sabedoria política.

Deve-se buscar estudar as ciências criminais também como uma chave que pode abrir caminhos para parar o sofrimento de muitos que sofrem; buscar uma sabedoria política que deve ser carregada da política da empatia na medida certa para muitos que sofrem como todos nós sofremos pelos infortúnios resultantes na nossa humanidade em geral por causa das escolhas más, das escolhas de seres que geram estados dignos de compaixão e que estão contaminados pelo seu próprio ódio e frustração, e que às vezes, nunca tiveram uma chance de aprender a arte de viver, de viver em paz consigo mesmo e, porém com os outros seres vivos.

Há várias décadas existe uma experiência que é vivida no Sistema Penitenciário da República da Índia , especificamente na prisão de Tihar, Nova Delhi, e em mais de quinze prisões desse país, e mais recentemente nesta última década nos países de Israel, no Presídio para Mulheres na Mongólia, em Taiwan, na Espanha, na Grã-Bretanha, nos Estados Unidos, México, Chile e Argentina, sendo que o Brasil já se mostra interessado em também adotar esta, poderíamos dizer, ferramenta de reestruturação do sistema prisional.

As pessoas importantes são os agentes penitenciários que se relacionam com os detentos cotidianamente. São eles que abrem as celas dos detentos pela manhã, que ficam junto deles a maior parte do dia e que os encerram pelas noites. São testemunhas das maiores forças e das grandes debilidades dos detentos. A forma como os agentes penitenciários tratam os detentos determinará se uma prisão é decente e humana, ou brutal e coercitiva. Eles falam com os reclusos habitualmente, seja com respeito ou não, controlam a distribuição das camas e das celas, o acesso às comidas, às visitas familiares, às encomendas, às correspondências, o acesso aos telefones, ao trabalho, à educação, aos médicos e aos traslados para outras prisões.

São os agentes penitenciários que mitigam as desordens potenciais, manejam os incidentes com toma de reféns, fazendo isto de forma violenta ou por médio de uma

negociação. Para que os agentes penitenciários tratem bem aos detentos e respeitem seus direitos, é essencial que eles mesmos sejam respeitados e valorizados. Também necessitam se desenvolver dentro de um marco ético claramente estabelecido e valorizado publicamente e que defina os parâmetros das condutas aceitáveis.

A formação e treinamento são necessários para melhorar o profissionalismo e as aptidões dos agentes penitenciários, mas também para deixar em claro que as autoridades superiores considerem que um maior profissionalismo dos agentes penitenciários é um investimento importante. Normalmente quem apoia um projeto de reforma penitenciária soe considerar que dar uma formação adicional aos agentes penitenciários constitui uma das melhores formas de aperfeiçoar a administração das prisões e garantir um maior respeito pelos direitos humanos.

Antes de realizar um curso desta técnica de meditação em um presídio, um profissional veterano da mesma, assim como tantos outros quanto for possível, deve fazer um curso em um Centro de Meditação Vipassana. Este é um pré-requisito essencial.

Isto permite aos agentes penitenciários compreender melhor, graças à experiência direta, o valor e a relevância da Meditação Vipassana em seu centro penitenciário específico. Ao ter participado de um curso, hão de entender melhor como programar um curso dentro das próprias instalações.

Mudar as condutas e atitudes dos agentes penitenciários é chave para o sucesso da reforma penitenciária, assim considerando que a reforma é a solução. Se prestando, também, atenção a outros fatores importantes para os agentes penitenciários, como os são suas condições de emprego e o acesso a diversos recursos como o da possibilidade da formação educativa, intelectual e religiosa que lhes permitam o respeito e a valorização pelos seus direitos e pelos direitos dos demais. Podemos afirmar que a maneira em que os agentes penitenciários tratam os detentos é fundamental para o respeito dos direitos humanos.

2.3.5. A Educação Prisional no Brasil

O diretor-geral do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), Airton Michels, admitiu que antes de pensar em ressocializar presos, como prevê a Lei de Execuções Penais, os governos estaduais e federal têm pela frente o desafio de garantir condições mínimas de dignidade em todas as unidades prisionais existentes no país.

As recentes denúncias de degradação desses locais em estados como o Espírito Santo, a Paraíba, o Rio Grande do Sul e a Bahia evidenciam uma realidade persistente há décadas.

“Isso acontece há 20 anos. Vem CPI [*Comissão Parlamentar de Inquérito*], indignação geral, mas nada muda. O sistema penitenciário não tem a importância da saúde e da educação,

mas o problema é que, hoje, ele [*sistema prisional*] é uma vergonha para o país, para a nossa sociedade, para a nossa cidadania. O sistema nos envergonha de nos classificarmos como uma sociedade civilizada. Antes de ressocialização, primeiro tem que ter cumprimento digno de pena”, afirmou Michels em entrevista exclusiva à Agência Brasil.

Segundo o diretor-geral do Depen, a condição de detenção oferecida pelos estados a parte significativa dos presos pode ser definida como “tortura”. “Hoje, estamos torturando nossos presos no Brasil. Se tem um presídio onde o cara tem que ficar 18 horas em pé para conseguir um horário para deitar, isso é tortura. Digo isto com contundência porque o Estado brasileiro tem que resolver isso”, disse Michels. “Não podemos conviver com polícias e a sociedade equipadas com alta tecnologia, e nós colocando as pessoas condenadas nesses pardieiros”, acrescentou.

Em 2008, o Ministério da Justiça investiu mais de R\$ 350 milhões no sistema prisional, por meio do Depen e do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania (Pronasci). Entretanto, os investimentos têm sido insuficientes diante do crescimento da população prisional. Em 1997, existiam 148 mil presos no país e hoje há 454 mil. Alguns estados, segundo o diretor do Depen, não fizeram o dever de casa.

“Os estados simplesmente deixaram acumular seus sistemas prisionais e não tomaram providência. O Rio Grande do Sul não gerou vaga no sistema prisional nos últimos seis anos. Em 2002, o déficit prisional no Rio Grande do Sul era de 2 mil vagas e hoje é de 12 mil. Outros estados também foram omissos. Houve um descuido generalizado com o sistema prisional na história brasileira”, criticou.

Michels avalia que, a médio prazo, o Pronasci trará resultados importantes para o sistema penitenciário ao atacar as causas sociais que elevam a criminalidade, fortalecendo a presença do Estado em bairros e favelas. “O ideal para a sociedade não são os presídios. Eles são um mal necessário. O fundamental é evitar que sejam cometidos crimes.”

No que se refere à construção de unidades, o governo federal aposta sobretudo em auxiliar os estados na construção de presídios específicos para detentos de 18 a 29 anos, faixa etária na qual se concentra a maior parte da massa carcerária. Os investimentos exigidos, entretanto, são altos. O custo médio da construção de uma cadeia de 400 vagas é hoje de R\$ 16 milhões.

“A intenção é que já no início se consiga prender esse cidadão, colocá-lo em penitenciárias onde ele tenha espaço para estudo, para trabalho e onde possa cumprir a pena com dignidade”.

A despeito do risco concreto de o país ser denunciado em cortes internacionais pela situação dos presídios, Michels disse que a disposição do governo federal em enfrentar o problema existe “por filosofia e por princípio”.

A educação tem por objetivo formar a pessoa humana do recluso, segundo sua própria vocação, para reinseri-lo na comunidade humana, no sentido de sua contribuição na realização do bem comum.

O tratamento reeducativo é uma educação tardia do recluso, que não a obteve na época oportuna. A esse direito corresponde a obrigação da assistência educativa, prevista no art. 17 da LEP.

O legislador não adotou o termo "Tratamento Penitenciário", preferindo a denominação "Assistência Penitenciária" que, segundo o art. 10 da LEP, tem por objetivo a reinserção social do preso e prevenção da reincidência. São instrumentos do tratamento penal:

1. Assistência;
2. Educação;
3. Trabalho;
4. Disciplina.

O tratamento reeducativo é o termo técnico usado no Direito Penitenciário, na Criminologia Clínica e na Legislação Positiva da ONU. Segundo a concepção científica, o condenado é a base do tratamento reeducativo e nele observa-se: sua personalidade, através de exames médico-biológico, psicológico, psiquiátrico; e um estudo social do caso, mediante uma visão interdisciplinar e com a aplicação dos métodos da Criminologia Clínica. É ponto de união entre o Direito Penal e a Criminologia.

Com efeito, o tratamento compreende um conjunto de medidas sociológicas, penais, educativas, psicológicas, e métodos científicos que são utilizados numa ação compreendida junto ao delinquente, com o objetivo de tentar modelar a sua personalidade para preparar a sua reinserção social e prevenir a reincidência.

"Não haverá desenvolvimento na personalidade do delinquente sem condições materiais, de saúde ou proteção de seus direitos, bem como instrução escolar e profissional e assistência religiosa."

A Lei nº. 7.210/84, (Lei de Execução Penal - LEP), Seção V, trata, no art. 17, da assistência educacional, que compreende a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado.

É de relevo neste íterim, aduzir os comentários de Mirabete (2002, p. 73) quanto à assistência educacional: “A assistência educacional deve ser uma das prestações básicas mais

importantes não só para o homem livre, mas também àquele que está preso, constituindo-se, neste caso, em um elemento do tratamento penitenciário como meio para a reinserção social.”

Continua ainda Mirabete (2002) mencionando o artigo 205 da Constituição Federal que elege “educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Informa ainda que no art. 208 da CF está previsto e garantido o direito à educação em qualquer que seja a idade ou condição jurídica, conceituando-a como um direito público subjetivo.

Isto quer dizer que não só a instrução, que é um dos elementos da educação, mas também está é um direito de todos, sem qualquer limitação de idade. Assim, pois, qualquer pessoa, não importa a idade e tampouco sua condição ou *status* jurídico, tem o direito de receber educação de que, evidentemente, seja dela carente qualitativa ou quantitativamente. Uma vez que a cada direito corresponde um dever, é a própria Constituição que esclarece ser este do Estado, que deverá prover a educação aos presos e internados se não o tiver feito convenientemente no lar e na escola (Mirabete, 2002, p. 73).

A Seção V da Lei de Execução Penal trata da Assistência Educacional e informa que esta deve abranger a instrução escolar e também a formação profissional, a obrigatoriedade do ensino de primeiro grau e como elas podem ser realizadas.

Assim, os sentenciados presos sem instrução de primeiro grau têm o direito, como qualquer pessoa, de recebê-la do Estado. É mister que, nos estabelecimentos penais, haja escola ou um dos substitutivos da escola (na configuração tradicional) que atualmente existem, [...] pelas escolas públicas ou particulares que ofereçam cursos especializados [...]. (Mirabete, 2002, p. 74).

No Brasil a educação no sistema penitenciário é iniciada a partir da década de 1950. Até o principio do Século XIX, a prisão era utilizada unicamente como um local de contenção de pessoas – uma detenção. Não havia proposta de requalificar os presos. Esta proposta veio a surgir somente quando se desenvolveu dentro das prisões os programas de tratamento. Antes disso, não havia qualquer forma de trabalho, ensino religioso ou laico.

Pensava-se que somente a detenção proporcionaria transformação aos indivíduos enclausurados. A idéia era que estes refizessem suas existências dentro da prisão para depois serem levados de volta à sociedade. Entretanto, percebeu-se o fracasso desse objetivo. Os índices de criminalidade e reincidência dos crimes não diminuíram e os presos em sua maioria não se transformavam. A prisão mostrou-se em sua realidade e em seus efeitos visíveis denunciadas como “grande fracasso da justiça penal”. (Foucault, 1987).

Assim, somente nos meados dos anos 50, constatou-se o insucesso deste sistema prisional, o que motivou a busca de novos rumos, ocasionando na inserção da educação escolar nas prisões. Foucault (1987, p. 224) diz: “A educação do detento é, por parte do poder público, ao mesmo tempo uma precaução indispensável no interesse da sociedade e uma obrigação para com o detento.”

O modelo dessa forma educativa no Brasil está localizado no Estado de São Paulo. Tavolaro (1999) conta que embora inicialmente não houvesse a participação da sociedade. Conforme revela o histórico da educação de presos no Estado, até 1979, o ensino básico nos presídios era executado por professores comissionados pela Secretaria de Educação, seguindo o Calendário letivo das escolas oficiais, com seriação anual, e fazendo uso do material didático-pedagógico aplicado as crianças. Isso mudou em 1988, quando a responsabilidade pela educação de presos foi delegada a Fundação Estadual de Amparo ao Trabalhador Preso – FUNAP, encarregada da remuneração dos monitores, funcionamento das escolas e metodologia de ensino a ser aplicada.

A Relatoria Nacional para o Direito Humano à Educação apresentou à Comissão de Educação da Câmara dos Deputados parecer preliminar sobre missão realizada entre setembro de 2008 e fevereiro de 2009 que verificou a situação educacional nas prisões brasileiras.

A missão visitou dez unidades nos estados de Pernambuco, São Paulo, Rio Grande do Sul e Pará e colheu mais de 200 depoimentos de presos, educadores, diretores e agentes penitenciários, promotores, juízes, defensores, além de ativistas de organizações de educação e direitos humanos.

O relatório mostra que a oferta de educação no sistema prisional brasileiro ainda é encarada como privilégio, apesar de ser garantida em lei. O pensamento é compartilhado por diretores de unidades, agentes prisionais e pela própria sociedade.

Durante seis meses, uma equipe visitou dez unidades prisionais em Pernambuco, no Pará, em São Paulo e no Rio Grande do Sul, entrevistando mais de 200 pessoas entre presos, educadores, juízes, promotores e agentes penitenciários.

A relatora Denise Carreira, responsável pelo estudo, aponta que a educação formal nas prisões, quando ofertada, ocorre de forma precária. Segundo ela, só 18% dos presos têm acesso a algum tipo de atendimento educacional, o que inclui outros cursos, como aulas de violão. As dez unidades visitadas pela comissão ofereciam educação aos presos, mas sempre em condições inadequadas.

Um dos fatores que dificultam a oferta é a superlotação das unidades. Além de condições físicas precárias, o relatório mostra como outra principal deficiência a falta de

professores capacitados. Na maioria dos estados, a educação no sistema prisional não é responsabilidade da Secretaria de Educação, mas da administração penitenciária. Em alguns estados, como São Paulo, são os próprios presos com maior nível de escolaridade que dão aulas aos outros encarcerados.

“Nenhuma unidade da Federação tem uma política de educação nas prisões, um documento norteador com metas de acesso, qualidade, um projeto pedagógico. O que predomina é a improvisação. A educação nas prisões fica em um limbo entre a segurança pública, a administração penitenciária e a educação”, alerta. Segundo Denise, a maior parte da população carcerária do país não concluiu o ensino fundamental.

Outro grande problema verificado pela comissão é a falta de creches e berçários nas unidades femininas. Em alguns estados, os filhos das presas podem permanecer com a mãe até completar 3 anos de idade. Mas não há estrutura para receber essas crianças.

Para resolver a precariedade do ensino, a relatora defende que o Brasil precisa, em primeiro lugar, repensar o seu modelo prisional. “Precisamos discutir se o modelo de prisão que a sociedade brasileira necessita é esse, o de confinamento dos seres humanos como principal forma de punição. O primeiro obstáculo é a educação ser considerada um privilégio, ela é um direito fundamental dessas pessoas e também da sociedade, que está investindo nas unidades prisionais na perspectiva de que essas pessoas possam se reintegrar e contribuir para o desenvolvimento do país”, afirma.

Entre as recomendações do relatório que será entregue aos parlamentares está a aprovação com urgência de um projeto de lei que permite a remissão da pena pelo estudo. “Nós temos sete projetos de lei tramitando que abordam a matéria. Hoje, a lei de execução penal garante a remissão de pena por trabalho, em que cada dia trabalhado reduz um dia na pena do preso. No caso do estudo, isso não é garantido, seria um estímulo e um reconhecimento do investimento em educação”, acrescenta.

Outra recomendação é que sejam aprovadas com urgência pelo Conselho Nacional de Educação as diretrizes nacionais de educação nos sistemas prisionais. Elas foram elaboradas em 2006 e serviriam como norteadoras para que cada estado pudesse elaborar sua própria política.

2.3.6 A Educação Prisional no Estado do Piauí

No Estado do Piauí o projeto Educando para a Liberdade já formou 134 detentos das penitenciárias estaduais desde seu lançamento, há três anos. Eles concluíram a segunda etapa do programa Educação de Jovens e Adultos (EJA), e outros aprenderam a ler e a escrever.

Os presos de todas as penitenciárias públicas estaduais são beneficiados com o programa Educando para a Liberdade. No ano de 2005 As três penitenciárias da Capital do Estado do Piauí, Teresina - a Feminina, a Irmão Guido e a Casa de Albergados - formaram 37 pessoas. A Penitenciária Regional de Bom Jesus formou 16; a de Esperantina, 11; a de Floriano, 16; a de Parnaíba, 18; a de Picos, 14; e a de Oeiras formou 04. Em Altos, a Major César Oliveira formou 18.

O projeto é realizado através de parceria entre a Secretaria da Justiça e de Direitos Humanos e a Secretaria Estadual da Educação e Cultura (Seduc). A Seduc fornece 23 professores e material didático para os detentos, além de material de apoio aos professores. A Secretaria da Justiça e de Direitos Humanos garante o transporte dos professores.

As turmas começam com 30 alunos. Em 2005, foram matriculados 360 alunos em todos os presídios estaduais, dos quais mais de 90% estão em penitenciárias de regime fechado. A última turma a se formar, no dia 8 de março de 2005, foi a da Major César Oliveira. A maioria dos presos que tiveram formatura agora continuaram estudando.

As aulas do ano letivo 2007 no sistema prisional tiveram início dia 12, com a participação de 560 detentos matriculados, em 13 das 14 unidades penais do Piauí. A única unidade excluída do projeto Educando para a Liberdade é a Casa de Custódia de Teresina, por abrigar somente internos provisórios - que aguardam o julgamento dos processos. A rotatividade na Casa de Custódia da Cidade de Teresina é bastante alta, o que prejudicaria a instalação de salas de aula na unidade penal.

São mais de 400 livros didáticos do projeto EJA - Educação de Jovens e Adultos, cadernos brochuras, lápis com borracha, cola, caneta, resmas e demais materiais didáticos. Todo o material é usado pelos detentos orientados pelos 35 professores da Secretaria da Educação à disposição da Secretaria da Justiça para dar continuidade ao projeto Educando para a Liberdade, que já alfabetizou dezenas de detentos nos presídios da capital e do interior do Estado.

A Secretaria da Justiça do Estado do Piauí encaminhou o material didático aos presídios do interior do Estado. Foram enviados livros, cadernos, canetas e demais materiais para as penitenciárias de Esperantina, Floriano, Oeiras, Picos, Bom Jesus, além da penitenciária mista de Parnaíba.

3 EDUCAÇÃO E TRABALHO

A Lei de Execução Penal (Lei Federal nº. 7.210/84) estabelece que a assistência educacional compreende instrução escolar e formação profissional, mas na prática verifica-se distorção do significado dessas ações. Na prisão, o trabalho, qualquer que seja sua tradução

em atividades, é considerado educativo; a educação escolar, por sua vez, não é considerada trabalho intelectual.

A oposição entre educação e trabalho é reforçada pela existência de mecanismos de incentivo ao trabalho, como a remição da pena, enquanto frequentar a escola constitui-se num desafio contra o cansaço, a falta de recursos pedagógicos e outros obstáculos já apontados.

3.1. Necessidade de Estímulo

O baixo índice de frequência da população encarcerada às escolas na prisão deve-se à falta de estímulo e condições, e não à falta de interesse dos educandos.

Nesse sentido, a remição da pena pelo estudo, reivindicada por organizações da sociedade civil, poderia ser um importante fator de motivação. Sobre o tema tramita no Congresso Nacional o PL 6254/05, do deputado João Campos (PSDB-GO) e o PL 4230/04, do deputado Pompeo de Mattos, PDT/RS. Também há previsão para que, em meados de julho, o Ministério da Justiça apresente projeto de lei alterando a Lei de Execução Penal, para garantir a remição de um dia de pena por dezoito horas de estudo; e a concessão de mais 50% sobre o tempo acumulado a remir, no caso da conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.

A remição pelo estudo, no entanto, deve vir acompanhada de outras medidas que possibilitem e valorizem as atividades educativas no interior dos presídios. É preciso sensibilizar funcionários e também população carcerária para a importância do funcionamento de escolas no interior dos presídios, tema bastante polêmico diante da situação de tensão e violações de direitos – sofridas e praticadas – pelos dois grupos.

A valorização da educação no sistema prisional também está vinculada ao caráter e à forma que assumirá. Este debate foi iniciado com os seminários promovidos pelo MEC/SECAD no último ano, mas ainda não foi estendido à sociedade. A discussão pública sobre o sistema penitenciário é restrita aos aspectos da segurança e violência.

Os processos educativos são sempre relacionados à perspectiva da ressocialização, reinserção e outros termos que remetem para a reorganização da vida quando e se conquistada a liberdade. Sem dúvida esta é uma perspectiva fundamental, mas não se pode deixar de considerar que os processos educativos, em qualquer situação, exercem influência sobre a vida presente dos envolvidos.

3.1.1. As Dificuldades do Exercício do Direito à Educação

A educação penitenciária que não constitui uma modalidade formal de ensino e que, assim, estaria inserida na educação de jovens e adultos carece de orientação e articulação com

as ações do Ministério da Educação (MEC). Isso fica evidente ao perceber que a primeira tentativa de ação conjunta com o Ministério da Justiça (MJ) e a Secretaria Nacional de Direitos Humanos (SNDH) data de março de 2005, apesar do Plano Nacional de Educação, aprovado em 2001, estabelecer que todas as unidades e os estabelecimentos que atendem adolescentes e jovens infratores devem oferecer “programas de educação de jovens e adultos de nível fundamental e médio, assim como formação profissional”. O objetivo desta ação seria desenvolver um projeto educativo específico a partir de um mapeamento da situação prisional do país e identificação de ações educativas voltadas para os presos em diferentes estados.

Além desta notável ausência do MEC, as ações voltadas a essa população implantadas em cada estado variam bastante. O estudo “Assistência educacional nos estabelecimentos penais” realizado em 2004 por Paulo Sena, da consultoria legislativa da Câmara dos Deputados, traz um resumo da situação da educação nos estabelecimentos penais por estado em 1997. Apenas Tocantins e Espírito Santo afirmaram não oferecer ensino fundamental nas prisões. Há ensino médio nas prisões do Rio Grande do Sul, Paraná, Minas Gerais, Distrito Federal, Bahia, Ceará, Sergipe, Pernambuco, Rio Grande do Norte, Rondônia, Roraima e Acre; em São Paulo e Goiás este nível é realizado por meio dos exames de certificação. A participação do setor privado varia também em todos os estados, mas na maior parte deles há convênios com as entidades do Sistema S e a Fundação Roberto Marinho. Até mesmo a responsabilidade administrativa é assumida por diferentes órgãos administrativos. Em Goiás, Amazonas e Paraná está a cargo das secretarias estaduais de educação e, nos demais estados, é atribuição das secretarias responsáveis pela administração do sistema penitenciário. O levantamento não detalha a abrangência das atividades educacionais em cada sistema prisional ou no interior de cada penitenciária.

3.2. Escola virtual

Na Câmara Federal, tramita uma única proposta voltada à educação da população encarcerada, apresentada pelo deputado federal Carlos Nader (PL-RJ). O projeto de lei 5189/05 determina a implantação de escolas virtuais nos presídios federais e estaduais. De acordo com o texto, os presos e agentes penitenciários interessados receberão cursos de alfabetização, ensino fundamental, médio e técnico-profissionalizante. As aulas poderão ser ministradas por instituições públicas ou entidades filantrópicas credenciadas pelo Ministério da Educação. O parlamentar justifica que o sistema de escola virtual permitiria ao aluno assistir as aulas à distância, sem riscos para a segurança pública.

Sistema Penitenciário Brasileiro não consegue atingir o seu principal objetivo que é a ressocialização dos seus internos. A superlotação das prisões, as precárias e insalubres instalações físicas, a falta de treinamento dos funcionários responsáveis pela reeducação da população carcerária e própria condição social dos que ali habitam, são sem sombra de dúvidas, alguns dos principais fatores que contribuem para o fracasso do sistema penitenciário brasileiro no tocante a recuperação social dos seus internos.

O Estado quando condena um indivíduo que cometeu um crime contra a sociedade e por consequência aplica a esse uma pena restritiva da liberdade, teoricamente, acredita que após o cumprimento da sentença expedida esse indivíduo estará pronto para voltar, em harmonia, ao convívio social. O que então se costuma chamar de reeducação social, uma espécie de preparação temporária pela qual precisa passar todo criminoso condenado pela justiça.

No entanto, essa “reeducação” que objetiva o Estado na prática não existe. Primeiro porque o que tem sido a principal preocupação do sistema penitenciário ao receber um indivíduo condenado não é sua reeducação, mas sim com a privação de sua liberdade. Isso é fácil de ser constatado na medida em que analisamos as estruturas da maioria das penitenciárias brasileiras, formadas por excesso de grades, muros enormes e um forte efetivo policial, tudo isso com um único objetivo, evitar a fuga.

Enquanto isso a reincidência criminal cresce a cada dia, e na maioria das vezes constata-se que o indivíduo que deixa o cárcere após o cumprimento de sua pena, volta a cometer crimes piores do que anterior, como se a prisão o tivesse tornado ainda mais nocivo ao convívio social.

Partindo dessas considerações é possível constatar que a privação da liberdade única exclusivamente não favorece a ressocialização. Desta forma é preciso que seja feito algo no sentido, senão, de resolver, ao menos, de minimizar ao máximo esse equívoco. Para isso se faz necessário o desenvolvimento de programas educacionais dentro do sistema penitenciário voltados para Educação básica de Jovens e Adultos que visem alfabetizar e, sobretudo, trabalhar para a construção da cidadania do apenado. Conforme o sociólogo Fernando Salla (in: Educação, 1999, p. 67) “[...] por mais que a prisão seja incapaz de ressocializar, um grande número de detentos deixa o sistema penitenciário e abandona a marginalidade porque teve a oportunidade de estudar.”

Dessa forma outro aspecto relevante a ser aqui considerado é o perfil da população penitenciária no Brasil, que segundo os dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça, a maior parte da massa carcerária deste país é composta

por jovens com menos de trinta anos e de baixa escolaridade (97% são analfabetos ou semianalfabetos). O restante, quase que na totalidade, são pessoas que não tiveram condições de concluir os estudos por razões variadas inclusive por terem sido iniciadas no crime ainda cedo.

Diante desse quadro podemos afirmar que a criminalidade está intimamente ligada à baixa escolaridade e ambas a questão econômica e social. De modo que precisam ser desenvolvidos dentro das prisões projetos educacionais que trabalhe para a conscientização dos educandos, fazendo-os perceber a realidade e conseqüentemente seu lugar na história. Pois um indivíduo que nasceu na miséria e por conseqüência não teve acesso a uma educação satisfatória ou a de nenhum tipo, não pode agir com discernimento em seus atos.

Uma educação dentro do sistema penitenciário deve trabalhar com conceitos fundamentais, como família, amor, dignidade, liberdade, vida, morte, cidadania, governo, eleição, miséria, comunidade, dentre outros. Nesse aspecto, Gadotti (in: Educação, 1999, p. 62) salienta a necessidade de trabalhar no reeducando “[...] o ato antissocial e as conseqüências desse ato, os transtornos legais, as perdas pessoais e o estigma social.” Em outras palavras, desenvolver nos educandos a capacidade de reflexão, fazendo-os compreender a realidade para que de posse dessa compreensão possam então desejar sua transformação. Assim como saliente o artigo... “[...] uma educação voltada para a autonomia intelectual dos alunos, oferecendo condições de análises e compreensão da realidade prisional, humana e social em que vivem”.

O sistema penitenciário necessita de uma educação que se preocupe prioritariamente em desenvolver a capacidade crítica e criadora do educando, capaz de alertá-lo para as possibilidades de escolhas e a importância dessas escolhas para a sua vida e conseqüentemente a do seu grupo social. Isso só é possível através de uma ação conscientizadora capaz de instrumentalizar o educando para que ele firme um compromisso de mudança com sua história no mundo. Sobre isso, Gadotti (in: Educação, 1999, p. 62) diz que “Educar é libertar [...] dentro da prisão, a palavra e o diálogo continuam sendo a principal chave. A única força que move um preso é a liberdade; ela é a grande força de pensar.”

Em sua análise Paulo Freire (1980, p. 26) afirma que:

A conscientização é [...] um teste de realidade. Quanto mais conscientização, mais “desvela” a realidade, mais se penetra na essência fenomênica do objeto, frente ao qual nos encontramos para analisá-lo. Por esta mesma razão, a conscientização não consiste em “estar frente à realidade” assumindo uma posição falsamente intelectual. A conscientização não pode existir fora da “práxis”, ou melhor, sem o ato ação-reflexão. Esta unidade dialética

constituiu, de maneira permanente, o modo de ser ou de transformar o mundo que caracteriza os homens.

A conscientização trabalha a favor da desmistificação de uma realidade e é a partir dela que uma educação dentro do sistema penitenciário vai dar o passo mais importante para uma verdadeira ressocialização de seus educandos, na medida em que conseguir superar a falsa premissa de que, “uma vez bandido, sempre bandido”.

No sistema carcerário há uma grande dificuldade no que diz respeito à educação, pois existe carência de recursos materiais e não há, de forma precisa, o incentivo do governo e da sociedade para que o cidadão preso adquira conhecimentos úteis à vida dele, conhecimentos que, por sua vez, são muito importantes porque neste momento esses cidadãos não estarão ociosos e terão uma oportunidade, que muitas vezes, nunca tiveram: a de aprender.

Fatores como esses não só comprometem a ressocialização do detento após o cumprimento da pena como têm reflexos diretos na questão da reincidência ao crime. Para reverter esse cenário dramático, os ministérios da Justiça, da Educação e a Unesco se uniram para estabelecer no País uma política nacional de ensino nos presídios. O objetivo é ampliar o acesso e melhorar a qualidade dos programas desenvolvidos pelos estados.

São muitas as razões para o baixo índice de oferta de ensino no sistema penitenciário. Historicamente, de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), do Ministério da Justiça, a educação nas prisões vem sendo realizada pelos estados de forma pouco sistematizada, muitas vezes baseada no voluntarismo ou dependente de iniciativas da direção de cada unidade prisional. Isso se deve a pouca aproximação entre as secretarias estaduais de educação e de administração penitenciária, de forma a coordenar programas voltados especificamente para a educação do preso.

A realidade carcerária também não é levada em conta no aspecto da formação adequada dos profissionais da área de educação, que muitas vezes não tem qualquer preparo para lidar com o preso. "Os profissionais da área de ensino que vão lidar com presos precisam de qualificação específica, pois o trabalho é diferente do realizado na sala de aula comum", explica o diretor do Depen, Maurício Kuehne.

Além de a oferta de ensino nos presídios ser restrita, há ainda uma grande evasão escolar dentro do sistema. Os presos reclamam da falta de infraestrutura, material escolar de qualidade, merenda, uniforme. Segundo eles, conteúdos programáticos não consideram a realidade carcerária, nem a formação da cidadania.

A educação não é reconhecida como direito fundamental e há ainda a incompatibilidade do horário da escola e do trabalho, dificultando a participação dos detentos

que trabalham. Falta compromisso por parte de alguns professores com a escola do presídio e utilização de metodologia atraente. Uma das principais queixas diz respeito ao fato de o estudo não contribuir para a remissão da pena, como ocorre com o trabalho. Já para os educadores, a principal queixa é quanto à falta do espaço físico para o ensino nos presídios mais antigos. Atualmente, o DEPEN só aprova planos para a construção de presídios se a planta destinar espaço para a instalação de salas de aula.

As propostas apresentadas darão corpo às diretrizes para uma Política Nacional de Educação nas Prisões. A meta é ajudar os estados a melhorar a qualidade do ensino no sistema prisional e aumentar o número de presos que têm acesso à educação no País. Para combater a evasão escolar, o governo federal está para concluir o texto de um projeto de lei que reduz um dia de pena por cada 18 horas de efetiva presença em atividades do ensino.

Os ministérios da Justiça e da Educação financiam, desde 2004, projetos-pilotos de alfabetização e educação em estabelecimentos penais do Rio Grande do Sul, Paraíba, Tocantins, Goiás, Rio de Janeiro e Ceará, por meio do projeto Educando para a Liberdade. O programa coloca em prática ações voltadas para a educação de presos, formação de educadores e revisão de aspectos pedagógicos. Até agosto Acre, Pará, Pernambuco, Espírito Santo, Maranhão e Mato Grosso do Sul também adotarão o programa, que deve ser estendido a todos os estados.

As diretrizes para a criação da Política Nacional de Educação Nas Prisões estão em fase final de elaboração pelas equipes técnicas dos ministérios da Justiça e da Educação. As propostas serão apresentadas aos ministros Márcio Thomaz Bastos e Fernando Haddad e, em seguida, encaminhadas ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária e ao Conselho Nacional de Educação.

As proposições foram elaboradas com base nas discussões promovidas pelos seminários regionais e nacionais para ensino nos presídios e têm como base três eixos temáticos: gestão e articulação, formação de profissionais (educadores, agentes penitenciários e gestores) e aspectos pedagógicos.

As diretrizes contemplam a garantia da inclusão dos alunos presos no censo escolar. Dessa forma, os estabelecimentos penais envolvidos passam a receber recursos financeiros do Ministério da Educação. O documento também prevê a elaboração de um currículo próprio para educação nas prisões, além da realização de um diagnóstico da vida escolar do preso no momento em que ele entra no sistema.

Outro ponto em destaque é a garantia de certificação nos cursos regulares de ensino fundamental e médio e projetos extraclasse. O documento defende ainda a adoção de

políticas de incentivo à leitura nas unidades prisionais, com a implementação de bibliotecas e programas que atendam não somente aos alunos matriculados, mas todos os presos e integrantes da comunidade do sistema prisional.

Os sistemas de educação para adultos surgiram e se desenvolveram na América Latina sob o signo de modernização da reforma da democratização tanto pedagógicas como sociais, e com isto, o aparecimento de teses antitradicionalistas fragmentadas em múltiplas tendências internas. Tanto no discurso quanto na prática da educação para adultos era possível identificar que embora heterogêneas, se uniram para contestar severamente a ordem tradicional. Tais oposições modernizantes incluíam de acordo com as peculiaridades sócio políticas e os momentos históricos dos diversos países, as tendências reformistas no plano social, perspectivas democráticas vinculadas à instituição programada e a distância, bem como, a promoção do estudante livre, propostas populistas e outras modalidades de enfoque militantes.

A trajetória histórica da Educação de adultos no Brasil é um desafio extremamente complexo, pois essa oferta compreende uma pluralidade de experiências, podendo se observar um caráter de reposição e suplência, em busca do tempo perdido, abrangendo os processos de escolarização, profissionalização e de organização popular. Os primeiros trabalhos desenvolvidos no Brasil voltado a ações de educação para adultos ocorreram em 1549 com a vinda dos jesuítas que se dedicaram a duas tarefas principais: a pregação da fé católica e o trabalho educativo que primeiramente os ofícios eram ensinados aos indígenas e mais tarde, aos escravos. Piletti (1988, p.166), nos apresenta com clareza o trabalho jesuítico dizendo que: “Os jesuítas [...] com seu trabalho educativo, ao mesmo tempo em que ensinavam as primeiras letras e a gramática latina, ensinavam a doutrina e os costumes europeus”.

A partir de 1930 a educação de adultos foi incluída no rol das reivindicações educacionais, com a transformação da estrutura econômica urbano – agrícola – comercial em um modelo industrial emergente, exigido como qualificação de mão - de - obra, principalmente no que se refere à decifrar o código escrito de mensagens nos manuais de funcionamento do maquinário, ordens e outros textos de utilidade para a indústria e até mesmo como mudança radical na vida da população.

A constituição de 1934 estabeleceu novas atribuições educacionais sendo traçada nas diretrizes da Educação Nacional pontos importantes destacando-se dentre eles ‘a educação como direito de todos e a assistência aos estudantes necessitados’. Tais considerações que, de um lado iniciaram um Sistema Nacional de Educação, do outro assinalou uma profunda centralização de poder e controle.

Em 1947, inicia-se no âmbito do Ministério da Educação a campanha de Educação de Adultos em função da necessidade de aumentar as bases eleitorais para sustentação do governo central que previa a alfabetização em três meses e a condensação do curso primário em sete meses.

Num curto espaço de tempo, foram criadas várias Escolas Supletivas com cursos noturnos para alunos trabalhadores. Nesse momento, o analfabetismo era concebido como causa e não efeito da situação econômica, social e cultural do país. Foram realizadas ações concretas no sentido de possibilitar a escolarização dos excluídos e as ideias de alfabetização de adultos com um sentido de conscientização e leitura de mundo proposta por Paulo Freire, ganharam consistência e força.

Entre o período de 1961 a 1965 multiplicam-se os programas de alfabetização e educação popular, orientados pelas ideias de Paulo Freire e a partir de então, surgem organizações de luta pelos problemas sociais e educacionais como: O Movimento de Educação de Base (MEB) patrocinado pelo Governo Federal que foi articulado pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e disponibilizado na modalidade de Educação a Distância através da 'Educação radiofônica' nas regiões do nordeste pelas dioceses de Natal e Aracaju; os Centros Populares de Cultura da União dos estudantes; a Campanha Pé no Chão Também se Aprende a Ler, da Secretaria de Educação de Natal; e outras iniciativas de caráter regional ou local. O Movimento de Educação de Base (MEB) foi estruturado para efetivar-se nos anos de 1961 a 1965 e ser instalado no seu primeiro ano 15000 escolas radiofônicas para atender a demanda de mercado, porém, somente em julho de 1963 sua estruturação foi iniciada, mas, instituída oficialmente em janeiro de 1964, estabelecida de acordo com o Artigo 4º do Decreto nº. 53 465 de 21 de janeiro de 1964 relatando que: O programa convocaria e utilizaria a cooperação e os serviços de agremiações estudantis e profissionais, associações esportivas, sociedade de bairro e municipalistas, entidades religiosas, organizações civis e militares, associações patronais, empresas privadas, órgãos de difusão, o magistério e todos os setores mobiliáveis.

Atendendo o Decreto instituído, determinou-se que a alfabetização de adultos dar-se-ia sob a aplicabilidade do método Paulo Freire e Fiori (Freire 1987, p.xxi) com propriedade, em seus escritos, descreve a abrangência do caráter social que o método traz em sua essência: [...] um método de cultura popular: conscientiza e politiza. Não absorve o político no pedagógico, mas também não põe inimizade entre educação e política. Distingue-as, sim, mas na unidade do mesmo movimento em que o homem se historiciza e busca se reencontrar-se, isto é, busca ser livre. Não tem a ingenuidade de supor que a educação, só ela, decidirá dos rumos da

história, mas tem, contudo, coragem suficiente para afirmar que a educação verdadeira conscientiza as contradições do mundo humano, sejam estruturais, superestruturais ou inter estruturais, contradições que impellem o homem a ir adiante[...]. Um método pedagógico de conscientização alcança as últimas fronteiras do humano. E como o homem sempre se excede, o método também o acompanha. É ‘a educação como prática da liberdade’. Sem dúvidas, a tomada de consciência, a busca de liberdade proposta por Paulo Freire, aproximaria os envolvidos – excluídos a descoberta do conhecimento como base sustentadora para as ‘relações homem-mundo, para a conscientização, a criação, interpretação dos problemas existentes, a reflexão, superação de conflitos através de ideias não como consumo, mas produzi-las e transformá-las em ação por meio da comunicação.

Concomitante a essas práticas Paulo Freire (1987, p.ci) focaliza que:

Sendo os homens seres em “situação”, se encontram enraizados em condições tempo-espaciais que os marcam e a que eles igualmente marcam. Sua tendência é refletir sobre sua própria situacionalidade, na medida em que, desafiados põe ela, agem sobre ela. Esta reflexão implica, por isto mesmo, algo mais que estar em situacionalidade, que é a sua posição fundamental. Os homens são porque estão em situação. E serão tanto mais quanto não só pensem criticamente sobre sua forma de estar, mas criticamente atuem sobre a situação em que estão.

Todos estes programas de alfabetização/escolarização são extintos e seus organizadores são presos ou exilados devido o Golpe Militar de 1964, em que o governo/militares de forma autoritária instalam no país reformas reacionárias a todos os níveis de ensino, impondo de forma vertical as diretrizes educacionais, sem a participação dos maiores interessados – alunos, professores e outros segmentos sociais, freando os avanços e as conquistas populares.

Neste período o governo lança o MOBRAL (Movimento Brasileiro de Alfabetização), tendo caráter assistencialista e conservador, com o objetivo centrado apenas na alfabetização de adultos, mediante um intenso controle Federal.

A partir de 1971 soma-se ao MOBRAL o Ensino Supletivo com a tarefa de escolarização correspondente ao Ensino Primário, permanecendo em vigor até a década de 80. Com a implantação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional em 1971 (LDB nº. 5692/71), acrescenta-se à Educação de Adultos a ideia de ‘aceleração escolar’, incorporando o caráter tecnicista. Mediante isso Paiva (1997, p. xcv) nos diz que:

[...] alentada pelos “sucessos” do milagre econômico que florescia, à causa dos direitos humanos, da exclusão [...] havia que se fazer, do jovem e do adulto não escolarizados,

trabalhadores qualificados, pelo uso da leitura, da escrita e do cálculo, conformando o novo conceito de alfabetização. Havia que fazê-los produtivos, capazes de valorizar suas potencialidades pela educação, tornarem-se um capital necessário e engajado no sistema capitalista. Para os que conseguiam vencer as barreiras de serem trabalhadores e estudantes em seu tempo não apropriado pelo capital, o modelo acenava com a “ascensão social” e atribuía, aos que não conseguiam, a culpa pelo próprio fracasso.

Em 1985, o MOBREAL foi substituído pela Fundação Educar com apoio técnico e financeiro de entidades civis e de Prefeituras Municipais para fomentar apoio aos que não tiveram acesso a escola, ou seja, os excluídos.

A partir de 1986, devido a crise econômica estes grupos ampliaram seus projetos/ou iniciaram novos projetos firmando convênios com a mesma fundação.

4 O SISTEMA PRISIONAL DO ESTADO DO PIAUÍ

A Secretaria da Justiça do Estado do Piauí foi criada pela Lei nº. 3.869, de 13 de maio de 1983.

O artigo 75 da citada Lei destinou-se a criação da Secretaria da Justiça, órgão integrante da Administração Direta do Estado, com a finalidade de executar a política do governo relacionada com a ordem Jurídica, preservação do regime, o estudo dos assuntos concernentes à cidadania, garantias constitucionais, tratamento de presos, assistência jurídica e livre exercício dos poderes constituídos, com jurisdição em todo território do Estado.

Competindo-lhe coordenar os assuntos relacionados com o funcionamento das instituições, com a ordem jurídica e a assistência judiciária do Estado; administrar o sistema penitenciário do Estado e promover a implantação de métodos e técnicas modernas nos serviços prisionais; velar pela proteção dos direitos humanos, em colaboração com os órgãos federais competentes e em coordenação com a Secretaria de Segurança do Estado; organizar e manter o cadastro de provimento e vacância dos cargos e serventias da Justiça; preparar os atos necessários ao provimento dos cargos da Magistratura, do Ministério Público e serventuários da Justiça; exercer outras atribuições correlatas e que se enquadrem no âmbito de suas atribuições.

Naquele período a Defensoria Pública estava ligada a Secretaria de Justiça que era dirigida por um coordenador indicado pelo Secretário de Justiça, e nomeado em comissão pelo Governador do Estado e como órgão colegiado, apenas o Conselho Penitenciário fazia parte da estrutura básica da Secretaria.

Ainda, pela Lei-Delegada nº. 158, de 16 de junho de 1982, as atribuições conferidas à Procuradoria Geral da Justiça passaram para competência da Secretaria de Justiça, onde dispõe sobre a organização da Assistência Judiciária do Estado.

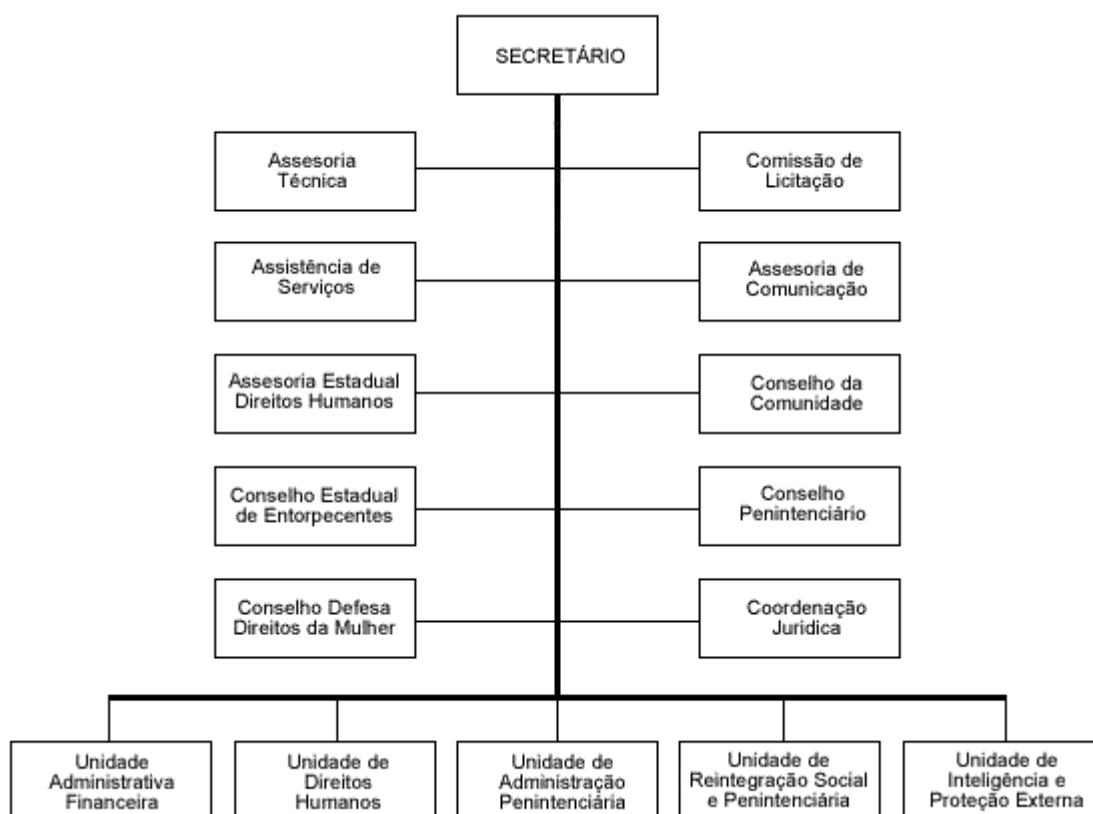
Em 08 de agosto de 1983, pelo Decreto nº 5.504, foi aprovado o Regulamento da Secretaria de Justiça.

Nova reforma administrativa entra em vigor com a Lei nº 4.382, de 27 de março de 1991 e, a Secretaria de Justiça recebe nova denominação: “Secretaria da Justiça e da Cidadania” – com finalidade de executar a política do Governo relacionada com a ordem jurídica, os assuntos concernentes à cidadania, garantias constitucionais, o sistema penitenciário do Estado, as técnicas modernas dos serviços prisionais e a proteção dos direitos humanos. Com nova estrutura, incluindo mais dois órgãos colegiados: o Conselho Estadual de Entorpecentes e o Conselho de Defesa dos Direitos da Mulher.

No ano de 2003, o Governador do Estado, Wellington Dias encaminhou para a Assembleia Legislativa, mensagem com Indicativo de Projeto de Lei Complementar, propondo a Reforma Administrativa do Estado, obtendo aprovação em quase sua totalidade, implementando assim, a Lei Complementar nº. 028, de 09 de junho de 2003, que dispõe sobre a Lei Orgânica da Administração Pública do Estado do Piauí e dá outras providências.

A Secretaria da Justiça foi transformada em Secretaria da Justiça e de Direitos Humanos, com a finalidade de promover, manter, executar e acompanhar a política de Governo relacionada com a cidadania, o sistema penitenciário, os serviços prisionais e a proteção dos direitos humanos, competindo-lhe administrar o sistema penitenciário do Estado, desenvolvendo programas de ressocialização dos presos, com a participação da sociedade; promover a modernização do sistema penitenciário com implantação de políticas disciplinares, com vistas à segurança e à ordem dos presídios; elaborar e executar serviços, programas e projetos de proteção especial às vítimas e testemunhas de crimes; executar política do Governo relacionada à cidadania e aos direitos humanos; zelar pela proteção dos direitos humanos, colaborando com órgãos públicos e entidades não governamentais que se dediquem a igual objetivo ou que tenham por escopo a defesa e o desenvolvimento da cidadania. A nova reforma melhorou a estrutura básica da Secretaria, incluiu mais dois órgãos colegiados: o Conselho Estadual de Direitos Humanos e o Conselho da Comunidade, além de adequar toda administração prisional às determinações da Lei de Execução Penal, colocando, assim, a Secretaria dentro das atuais normas legais.

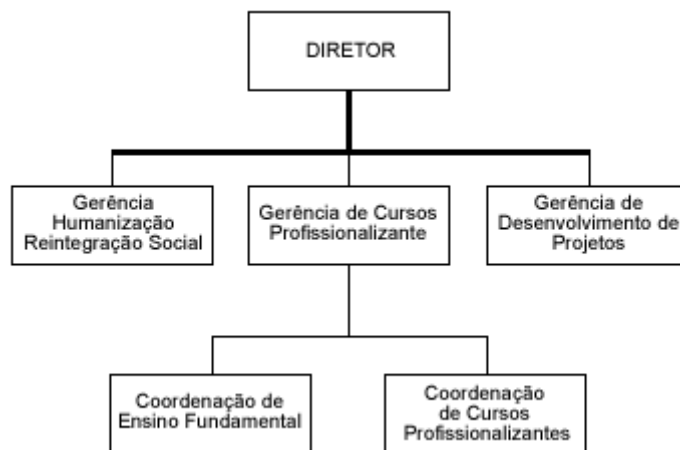
Figura 1 - Atual organograma da Secretaria da Justiça e de Direitos Humanos do Estado do Piauí



O Estado do Piauí conta com 14 (quatorze) Unidades Prisionais espalhadas por diferentes regiões do Estado, a sua população carcerária é de cerca de 2.310 (dois mil, trezentos e dez) detentos dados obtidos junto a Secretaria da Justiça e de Direitos Humanos do Estado do Piauí, Diretoria de Administração Penitenciária.

Organograma da Unidade de Reintegração Social e Penitenciária da Secretaria da Justiça e de Direitos Humanos do Estado do Piauí onde se encontra a Coordenação de ensino dos presídios do Estado do Piauí:

Figura 2 - Organograma da Unidade de Reintegração Social e Penitenciária da Secretaria da Justiça e de Direitos Humanos do Estado do Piauí.



4.1 A Unidade Prisional de Bom Jesus

O Piauí situa-se na Região Nordeste do Brasil com uma população estimada de 3.006.885 de habitantes, de acordo com o Censo Demográfico de 2007, realizado pelo IBGE. A Densidade Demográfica é de 11,31 habitantes por km², com área de 252.378 km², representando 16,17% da Região Nordeste e 2,95% de todo o território brasileiro. O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) é de 0,656 segundo o Atlas de Desenvolvimento Humano/PNUD (2000).

Bom Jesus é um município brasileiro do Estado do Piauí, sua população estimada em 2007 é de 19.575 habitantes segundo o recente censo do IBGE. A cidade de Bom Jesus tem passado por um período de rápido crescimento populacional e econômico em função da expansão na área agrícola e educacional, sendo a única cidade do Brasil com menos de 20.000 habitantes a dispor de um Campus da Universidade Federal do Piauí e de um Campus da Universidade Estadual do Piauí. Na década de 1990, produtores de soja do Rio Grande do Sul começaram a chegar e a cultivar soja no cerrado do Piauí, principalmente em Bom Jesus e Uruçuí. Hoje, aproximadamente 220 mil hectares são cultivados com soja, arroz e algodão nessa região, considerada a última fronteira agrícola do Brasil. Localizada na região do Vale do Rio Gurguéia, a cidade é muito rica em água subterrânea. Os poços jorrantes (a água sai sem precisar de bombeamento) são abundantes.

A Unidade Prisional de Bom Jesus teve o início de seu funcionamento nos primeiros dias do mês de fevereiro do ano de 2004, sendo que no dia 21 de fevereiro do mesmo ano foram removidos 42 (quarenta e dois) detentos da Penitenciária Gonçalo de Castro Lima que fica localizada no Município de Floriano para a nova Unidade Prisional de Bom Jesus.

A Penitenciária Regional de Bom Jesus dispõe apenas de vagas para o sexo masculino, com capacidade para acolher 76 (setenta e seis detentos), possui dois pavilhões, módulo de

ensino (escola), módulo de visita íntima, módulo ecumênico, módulo de guarda externa e prédio amplo onde funciona a administração da Unidade Prisional.

O ensino na Unidade Prisional de Bom Jesus foi implantado em 18 de setembro de 2004 com o Projeto “Educando para a Liberdade” contemplando inicialmente 20 (vinte) detentos, sendo que no dia 28 (vinte e oito) de setembro do mesmo ano foi procedido diagnóstico para o desmembramento da turma adotando-se o critério de separação entre alfabetização e segundo ciclo 3ª e 4ª séries de educação de jovens e adultos, atividades educativas que tinham a frente à pedagoga Ivone Antônia da Silva e Marilene de Matos Rosal licenciada em letras/português.

No ano de 2005 o Projeto “Educando para a Liberdade” aumentou o número de alunos da escola para 30 (trinta) reeducandos, sendo uma turma de primeira etapa (1ª e 2ª séries) e outra turma de segunda etapa (5ª e 6ª séries) de educação de jovens e adultos e uma turma de alfabetização (Alfabetização Solidária) a cargo da professora Maria Fátima Lopes de Oliveira. O Gerente da 14ª Gerência Regional de Educação da cidade de Bom Jesus professor de matemática José Antônio Alves Piauilino passou a ser professor voluntário e ministrava a disciplina de matemática uma vez por semana dentro do citado projeto.

A Escola da Penitenciária Regional Dom Abel Alonso Núñez de Bom Jesus, atualmente conta com 25 (vinte e cinco) detentos, os reeducandos frequentam o Programa de Educação de Jovens e Adultos – EJA que funciona em três etapas: Primeira Etapa (1ª e 2ª Séries), Segunda Etapa (3ª e 4ª Séries) e Terceira Etapa (5ª e 6ª Séries).

As disciplinas ministradas todas são da Educação de Jovens e Adultos - EJA: Matemática, Geografia, História, Inglês, Português, Relações Humanas, Ensino Religioso, Artes (artesanato), sendo que as disciplinas de História e Geografia estão voltadas para a realidade local.

A disciplina Relações Humanas trabalha a parte social, a vida após a saída da Penitenciária, regras de comportamento e de convivência social.

A disciplina de português procura através do estímulo a leitura de livros, revistas e jornais despertar e incentivar o gosto pela leitura.

Os horários das aulas da Escola da Penitenciária ocorrem no turno da manhã entre as 08h00min e às 11h30min de segunda a sexta-feira.

Constatou-se pelos dados do Relatório do Sistema de Informações Penitenciário da Unidade Prisional de Bom Jesus - INFOPEN (outubro de 2007) e pelos questionários aplicados com os detentos (reeducandos), professores, gerente que a educação é um

instrumento necessário e importante para a recuperação dos detentos, conforme veremos nos dados apresentados nos gráficos abaixo.

4.3 Marco Operacional

Ressocializar é levar o presidiário a uma adaptação social, ou seja, tornar possível o seu retorno à sociedade sem que ele volte à criminalidade. É principalmente levar cidadania a essas pessoas, é mostrar para elas um caminho novo, e nada melhor do que educação como instrumento para esse processo, dar a esses seres humanos uma chance nesse mercado extremamente competitivo e tão assustador quanto eles o são para a maioria da sociedade.

Educação é um fenômeno de produção e apropriação dos produtos culturais, expresso por um sistema aberto de ensino e aprendizagem, constituído de uma teoria de conhecimento referenciada na realidade, com metodologias (pedagogia) incentivadoras à participação e ao empoderamento das pessoas, com conteúdos e técnicas de avaliações processuais, permeados por uma base política estimuladora de transformações sociais e orientados por anseios humanos de liberdade, justiça, igualdade e felicidade.

Prisão (ou cadeia) é um espaço institucional da justiça moderna arquitectado de forma a acolher pessoas condenadas pelos tribunais a cumprir tratamentos penitenciários, pessoas a quem foi decretada judicialmente uma medida de privação de liberdade para efeitos preventivos antes de julgamento ou pessoas detidas e retidas às ordens de forças policiais ou militares.

Fisicamente, o presídio é um local gradeado em suas janelas e portas, seus muros externos são altos e dotados de guaritas de segurança. De acordo com as normas brasileiras quanto à Execução Penal (L.E.P.), as celas devem possuir, no mínimo, 6m², ventilação adequada (arejadas) e condições humanas de sobrevivência para os seus atuais e futuros ocupantes.

As ações de ressocialização de apenados buscam reduzir os níveis reincidência e auxiliam na consequente recuperação do detento através de sua educação, capacitação profissional e da assistência sistemática à sua condição psicológica e social. Uma das principais questões evidenciadas no estudo foi à forma pelas quais os diversos agentes envolvidos na execução penal compreendem a educação no Sistema Penitenciário. Todos os entrevistados, unanimemente, reconheceram a sua importância e creditam à educação o papel de contribuir com a “ressocialização” do interno penitenciário, conduzindo-o para a sua reinserção social. Muitos associam a educação ao trabalho, dizendo que somente através de uma educação profissional conseguiremos verdadeiramente reintroduzir o interno na sociedade.

“A educação é um fator primordial na ressocialização do detento. O preso quando é colocado em liberdade, precisa muito ser inserido no mercado de trabalho e a educação é um fator fundamental nesta questão. (...) Existem pessoas que dizem que gastamos dinheiro com o preso. Eu acho que a educação é o melhor investimento que fazemos no detento. Porque se nós não fizermos este investimento, quando ele sair daqui vai continuar trazendo problemas para sociedade. Educar não é uma tarefa solitária, a sociedade tem que ser parceira” (Vera Garrot).

O conceito *ressocialização*, assim como sua compreensão por parte de alguns dos entrevistados em uma avaliação superficial, sugerem proximidade com o *sensu comum*. Tentando problematizar a questão, procuramos entender o significado que preside o uso desse conceito no contexto prisional, visto que é tão comumente utilizado pelos agentes operadores da execução penal quando falam sobre o papel da educação. Trata-se de um termo bastante complexo, que não pode ser definido simplesmente como, por exemplo, reinserção social.

Segundo Capeller (1985), o conceito *ressocialização* “surgiu com o desenvolvimento das ciências sociais comportamentais, no século XIX, e é fruto da ciência positivista do direito, refletindo com clareza o binômio ideologia/repressão” (p.129). Para essa autora, o discurso jurídico se apropria do conceito de *ressocialização* com o sentido de “reintegração social dos indivíduos, enquanto sujeitos de direito” e procura ocultar a ideia do castigo, obscurecendo “a violência legítima do Estado.”

“O discurso jurídico sobre a ressocialização e, conseqüentemente, a construção do conceito, nasceu ao mesmo tempo em que a tecnificação do castigo. Quando o ‘velho’ castigo, expresso nas penas inquisitoriais, foi substituído pelo castigo ‘humanitário’ dos novos tempos, por uma nova maneira de disposição dos corpos, já não agora dilacerados, mas encarcerados; quando se cristaliza o sistema prisional e a pena é, por excelência, a pena privativa de liberdade; quando se procura mecanizar os corpos e as mentes para a disciplina do trabalho nas fábricas, aí surge, então, o discurso da ressocialização, que é em seu substrato, o retreinamento dos indivíduos para a sociedade do capital. Neste sentido, o discurso dos ‘bons’ no alto da sua caridade, é o de pretender recuperar os ‘maus’”. (Capeller, 1985, 131). Para refletir sobre o assunto, torna-se necessário que procuremos, em linhas gerais, encontrar um significado que possa dar sentido ao referido conceito.

Nos principais dicionários de Língua Portuguesa, “ressocialização” é definido como “ato ou efeito de ressocializar”. Já “ressocializar” é como “tornar a socializar”.

A Educação de Jovens e Adultos surgiu nos primeiros anos da caminhada desse instituto, Paulo Freire acompanhou e contribuiu para a definição dos seus projetos e programas. Foi assim que nasceu o Movimento de Educação de Jovens e Adultos.

Esse Movimento, muito caro a Paulo Freire por toda a sua trajetória nessa área, é herdeiro da tradição da educação popular e, particularmente, do MOVA-SP, lançado quando ele estava à frente da Secretaria Municipal de Educação do Município de São Paulo (1989-1991).

Assim que o MOVA-SP foi extinto, em 1993, parte da equipe transferiu-se para o IPF, assumindo a continuidade filosófica, metodológica e prática do trabalho iniciado por Paulo Freire.

O Movimento de Educação de Jovens e Adultos do Instituto Paulo Freire é, hoje, antes de tudo, compromisso contra a discriminação e exclusão de pessoas jovens e adultas analfabetas e a favor da garantia desse direito humano fundamental a toda a população. É um espaço de encontro, de celebração, de solidariedade, de reflexão, formação, pesquisa e publicação em torno das questões que envolvem a educação de pessoas jovens e adultas numa perspectiva cidadã e eco pedagógica.

A Educação de Jovens e Adultos surgiu com o objetivo de desenvolver estudos e pesquisas que contribuam para a formação de educadores e para a definição de políticas públicas. Oferecer formação inicial e continuada, presencial e a distância, de educadores de EJA, numa perspectiva transformadora. Participar de movimentos de luta, nacionais e internacionais, pela melhoria do atendimento à EJA. Organizar publicações na área de EJA que contribuam para manter vivo e atualizar o pensamento freiriano, bem como oferecer subsídios para as reflexões e práticas educativas nesse nível de ensino. Organizar e participar de eventos nacionais e internacionais que contribuam para o encontro de pessoas, reflexões coletivas, sistematização e fortalecimento de experiências em torno da educação de pessoas jovens e adultas.

A Educação de Jovens e Adultos deve ser sempre uma educação multicultural, uma educação que desenvolva o conhecimento e a integração na diversidade cultural, como afirma Freire (1979), uma educação para a compreensão mútua, contra a exclusão por motivos de raça, sexo, cultura ou outras formas de discriminação e, para isso, o educador deve conhecer bem o próprio meio do educando, pois somente conhecendo a realidade desses jovens e adultos é que haverá uma educação de qualidade.

Considerando a própria realidade dos educandos, o educador conseguirá promover a motivação necessária à aprendizagem, despertando neles interesses e entusiasmos, abrindo-

lhes um maior campo para o atingimento do conhecimento. O jovem e o adulto querem ver a aplicação imediata do que estão aprendendo e, ao mesmo tempo, precisam ser estimulados para resgatarem a sua autoestima, pois sua "ignorância" lhes trará ansiedade, angústia e "complexo de inferioridade". Esses jovens e adultos são tão capazes como uma criança, exigindo somente mais técnica e metodologia eficientes para esse tipo de modalidade.

4.3 Pressupostos

4.3.1 Pressuposto 1

Existe a possibilidade de a educação prisional ministrada no MERCOSUL na Escola da Unidade Prisional de Bom Jesus contribuir como um dos instrumentos para recuperar e reinserir os detentos de volta na sociedade.

4.3.2 Pressuposto 2

É possível que o ensino prisional ministrado na escola da Penitenciária de Bom Jesus com base na realidade local do detento possa desenvolver a sua capacidade crítica e criadora levando a sua recuperação e transformação na vida do reeducando.

5 METODOLOGIA DA PESQUISA

Com o objetivo de contribuir com a discussão sobre a política de execução penal brasileira, este trabalho, propondo abordar algumas questões que envolvem a educação para detentos do sistema penitenciário como programa *legal* de ressocialização, procurou compreender o papel que a educação básica desempenha no sistema penitenciário, buscando descrever e analisar as relações entre educação básica e “ressocialização” dentro de um sistema penal. Desse modo, procurou-se analisar a versão oficial sobre a política de educação desenvolvida nos presídios; a percepção que os professores têm a respeito dessa política; e como os internos penitenciários analisam a educação da qual participam. Teve-se como proposta central, desenvolver uma análise documental e uma coleta de relatos orais a respeito do modelo de política pública de educação penitenciária aplicado na Unidade Prisional de Bom Jesus, Estado do Piauí, Brasil.

5.1 Descrição do Lugar do Estudo

O Piauí situa-se na Região Nordeste do Brasil com uma população estimada de 3.006.885 de habitantes, de acordo com o Censo Demográfico de 2007, realizado pelo IBGE. A Densidade Demográfica é de 11,31 habitantes por km², com área de 252.378 km², representando 16,17% da Região Nordeste e 2,95% de todo o território brasileiro. O Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) é de 0,656 segundo o Atlas de Desenvolvimento Humano/PNUD (2000).

Bom Jesus é um município brasileiro do Estado do Piauí, sua população estimada em 2007 é de 19.575 habitantes segundo o recente censo do IBGE. A cidade de Bom Jesus tem passado por um período de rápido crescimento populacional e econômico em função da expansão na área agrícola. Na década de 1990, produtores de soja do Rio Grande do Sul começaram a chegar e a cultivar soja no cerrado do Piauí, principalmente em Bom Jesus e Uruçuí. Hoje, aproximadamente 220 mil hectares são cultivados com soja, arroz e algodão nessa região, considerada a última fronteira agrícola do Brasil. Localizada na região do Vale do Rio Gurgueia, a cidade é muito rica em água subterrânea. Os poços jorrantes (a água sai sem precisar de bombeamento) são abundantes.

Tomamos como experiência a Penitenciária Regional Dom Abel Alonso Núñez localizada na BR-135, Km 3,7, Localidade Vila Estela, cidade de Bom Jesus, Estado do Piauí, Brasil, Unidade Prisional que dispõe apenas de vagas para o sexo masculino com capacidade para 76 (setenta e seis) detentos, por ter sido o primeiro Gerente da Unidade Prisional durante os anos de 2004, 2005 e os três primeiros meses do ano de 2006, quando implantamos em 18 de setembro de 2004 o Projeto “Educando para a Liberdade” contemplando inicialmente 20 (vinte) alunos, sendo que no dia 28 (vinte e oito) de setembro do mesmo ano foi procedido diagnóstico para o desmembramento da turma adotando-se o critério de separação entre alfabetização e segundo ciclo 3ª e 4ª séries de educação de jovens e adultos, atividades educativas que tinham a frente a pedagoga Ivone Antônia da Silva e Marilene de Matos Rosal licenciada em letras/português.

No ano de 2005 o Projeto “Educando para a Liberdade” aumentou o número de alunos para 30 (trinta) reeducandos, sendo uma turma de primeira etapa (1ª e 2ª séries) e outra turma de segunda etapa (5ª e 6ª séries) de educação de jovens e adultos e uma turma de alfabetização (Alfabetização Solidária) a cargo da professora Maria Fátima Lopes de Oliveira. O Gerente da 14ª Gerência Regional de Educação da cidade de Bom Jesus professor de matemática José Antônio Alves Piauilino passou a ser professor voluntário e ministrou a disciplina de matemática uma vez por semana dentro do citado projeto.

A Escola da Penitenciária Regional de Bom Jesus atualmente conta com 25 (vinte e cinco) detentos estudando, os reeducandos frequentam o Programa de Educação de Jovens e Adultos – EJA que funciona em três etapas: Primeira Etapa (1ª e 2ª Séries), Segunda Etapa (3ª e 4ª Séries) e Terceira Etapa (5ª e 6ª Séries).

As disciplinas ministradas todas são da Educação de Jovens e Adultos - EJA: Matemática, Geografia, História, Inglês, Português, Relações Humanas, Ensino Religioso,

Artes (artesanato), sendo que as disciplinas de História e Geografia estão voltadas para a realidade local.

A disciplina Relações Humanas trabalha a parte social, a vida após a saída da Penitenciária, regras de comportamento e de convivência social.

A disciplina de português procura através do estímulo a leitura de livros, revistas e jornais despertar e incentivar o gosto pela leitura.

O horário das aulas da Escola da Penitenciária e no turno da manhã entre as 08h00min e às 11h30min de segunda a sexta-feira.

5.2 Fontes de Dados

O Estudo utilizou fontes primárias como enquete e questionários, fontes secundárias de pesquisa de campo, relatórios, arquivos, livros e fotos.

5.3 Tipo e Método de Estudo

5.3.1 Tipo

O desenho desse estudo é não experimental, transversal, de tipo descritivo. A pesquisa foi sem manipular deliberadamente as variáveis trata-se de uma pesquisa em que não fazemos variar intencionalmente as variáveis independentes. O modelo é transversal por que o procedimento consiste situar um grupo de pessoas num contexto analisando um fenômeno e proporcionando sua descrição (Hernandez-Sampieri et al., 2006, p. 208). O que fazemos é observar fenômenos tal como se produzem em seu contexto natural para depois analisá-lo. Os dados coletados foram em um só momento em um tempo único. Seu objetivo foi descrever variáveis e analisar sua incidência e sua inter-relação em dado momento. O estudo é descritivo porque busca especificar propriedades e características importantes da educação como um dos instrumentos de recuperação de detentos medi e coleta informações de maneira independente

5.3.2 Método

O método de estudo é o qualitativo e quantitativo, considerando que foram realizados registros narrativos obedecendo a um padrão técnico, procurando ser um mecanismo que oferecesse subsídios para análise temática do conteúdo.

5.4 População e Amostra

5.4.1 População

A Penitenciária Regional de Bom Jesus dispõe apenas de vagas para o sexo masculino, com capacidade para acolher 76 (setenta e seis detentos), possui dois pavilhões, módulo de ensino (escola), módulo de visita íntima, módulo ecumênico, módulo de guarda externa e prédio amplo onde funciona a administração da Unidade Prisional.

Os 25 (vinte e cinco) reeducandos do Módulo de Ensino do Projeto “Educando para a Liberdade” da Penitenciária Regional Dom Abel Alonso Núñez de Bom Jesus, Estado do Piauí, Brasil.

5.4.2 Amostra

Tomou-se como amostra os 25 (vinte e cinco) reeducandos que frequentam o módulo de ensino, o conjunto de reeducandos do Módulo de Ensino do Projeto “Educando para a Liberdade” da Penitenciária Regional Dom Abel Alonso Núñez de Bom Jesus, Estado do Piauí, Brasil, esclarecer que nesse caso tomou-se como amostra todos os alunos que frequentam o módulo de ensino.

5.5 Técnicas de Coleta de Dados

Feita mediante a manipulação de certas condições e a observação dos efeitos produzidos, sendo realizadas obedecendo a um padrão técnico, procurando ser um mecanismo que oferecesse subsídios para análise temática do conteúdo.

Utilizaram-se questionários, entrevistas com alunos e ex-alunos, professores, agentes penitenciários (guarda interna), militares (guarda externa), coordenadores, administração, gerência, fez-se uso de fontes bibliográficas, pesquisas no arquivo da Penitenciária Regional Dom Abel Alonso Núñez, procedeu-se levantamentos dos relatórios e formulários mensais do INFOPEN – Sistema de Informação Penitenciário Nacional.

5.6 Técnicas de Análises de Dados

Utilizou-se a análise estatística, representações gráficas. Narração e interpretação da situação atual dos reeducandos e as condições para aumentar a oferta de ensino.

6 DISCUSÃO E ANÁLISE DOS RESULTADOS

6.1 Dados Demográficos dos Reeducandos

6.1.1 Grau de Escolaridade

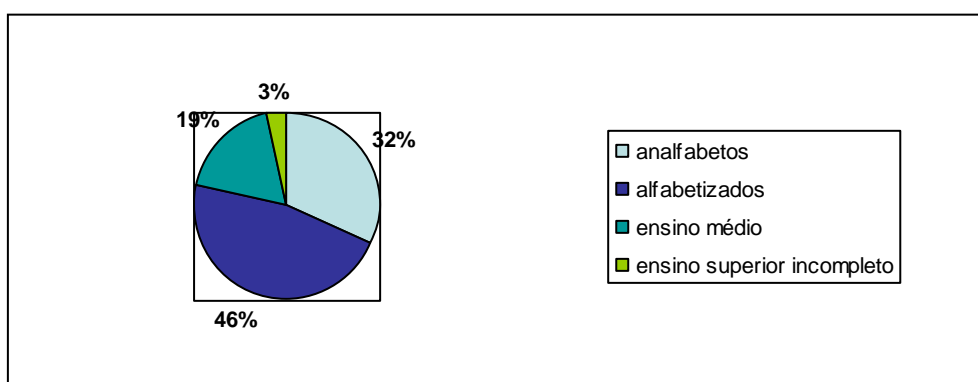


Gráfico 01 - Grau de escolaridade dos detentos da penitenciária regional de Bom Jesus

O gráfico n.º. 1 demonstra que dos 85 (oitenta e cinco) detentos recolhidos na Penitenciária Regional de Bom Jesus 46% dos detentos são alfabetizados, enquanto que 32% são analfabetos, 19% concluíram o ensino médio e somente 3% possuem o ensino superior incompleto.

Foucault (1987, p. 224) diz: “A educação do detento é, por parte do poder público, ao mesmo tempo uma precaução indispensável no interesse da sociedade e uma obrigação para com o detento, ela é a grande força de pensar.”

6.2 Processo Ensino-Aprendizagem

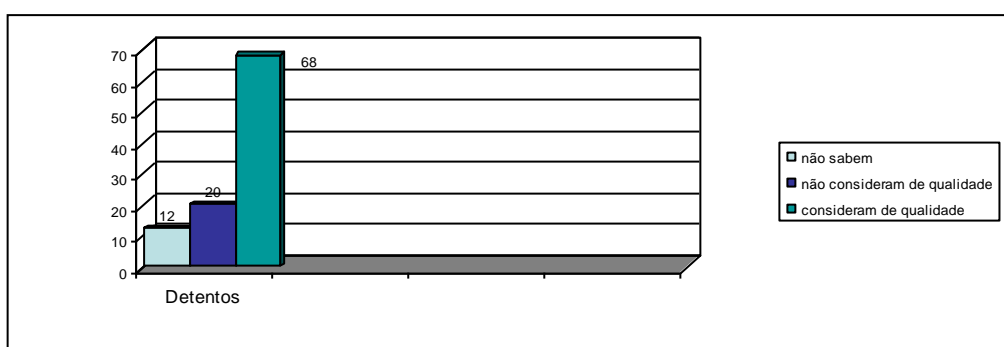


Gráfico 2 - Avaliação do processo ensino-aprendizagem pelos detentos (reeducandos) da escola da Penitenciária

A População avaliada são os 25 (vinte e cinco) detentos que frequentam a Escola da Penitenciária Regional de Bom Jesus. Tomou-se como amostra o conjunto da população de detentos que frequentam a Escola.

No gráfico n.º. 2 se observa que 68% dos detentos considera satisfatório e de qualidade o processo-ensino aprendizagem da Escola da Penitenciária de Bom Jesus, para 20% consideram que deve ser melhorado o processo ensino-aprendizagem e uma pequena parcela 12% não soube opinar.

"Educação autêntica, que não descuide da vocação ontológica do homem, a de ser sujeito" (Freire, 1979, p. 66)

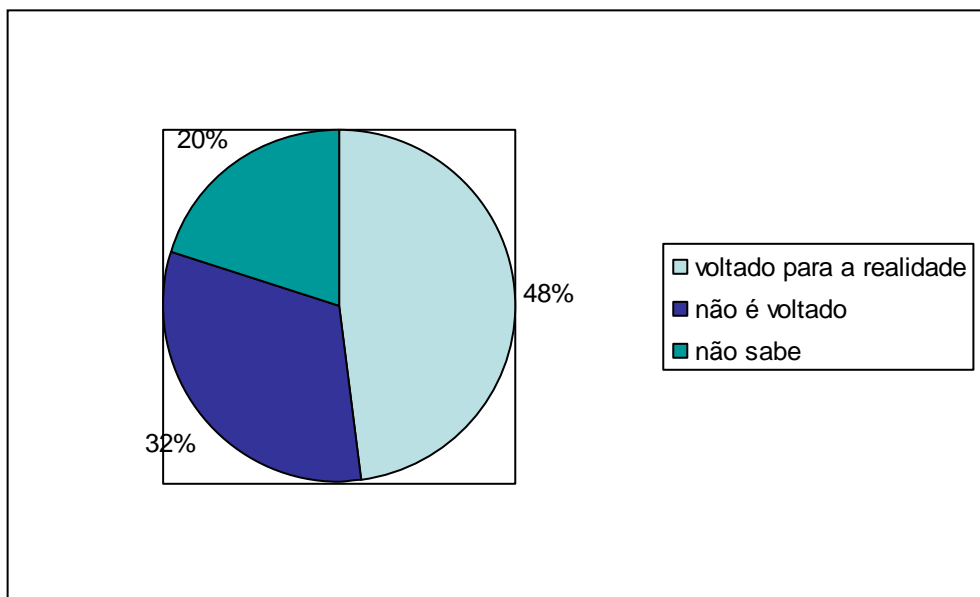


Gráfico 3 - Processo ensino-aprendizagem voltado para a realidade do detento

O gráfico de n.º 3 informa que para 48% dos detentos que frequentam a Escola da Penitenciária Regional de Bom Jesus o processo ensino-aprendizagem é voltado para a realidade do detento, para 32% o processo ensino-aprendizagem não é voltado para a realidade do detento e 20% dos detentos que frequentam a Escola não souberam opinar.

Mirabette (1993: p.lxxxv):

“A assistência educacional deve ser uma das prestações básicas mais importantes não só para o homem livre, mas também àquele que está preso, constituindo-se, neste caso, em um elemento de tratamento penitenciário como meio para a reinserção social”.

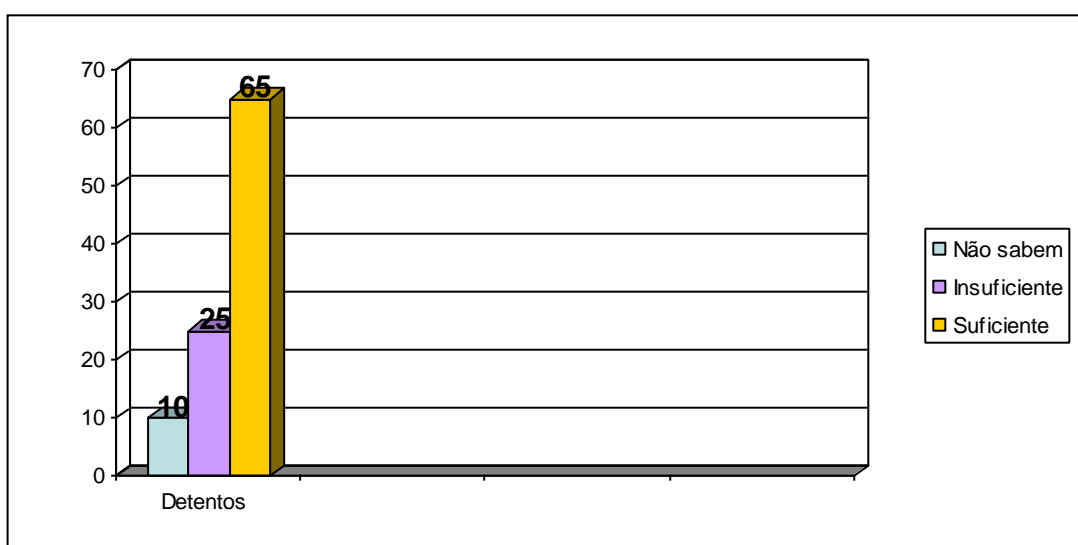


Gráfico 4 - Avaliação dos detentos sobre a carga horária da escola da Penitenciária Regional de Bom Jesus

Informa o gráfico de nº. 4 que para 65% dos detentos que freqüentam a Escola da Penitenciária a carga horária é suficiente para ministrar todos os conteúdos ao longo do ano, para 25% dos detentos a carga horária é insuficiente para ministrar todos os conteúdos ao longo do ano e 10% não souberam responder ou não sabem avaliar.

Gadotti (in: Educação, 1999, p. 62) diz que “Educar é libertar [...] dentro da prisão, a palavra e o diálogo continuam sendo a principal chave. A única força que move um preso é a liberdade; ela é a grande força de pensar.”

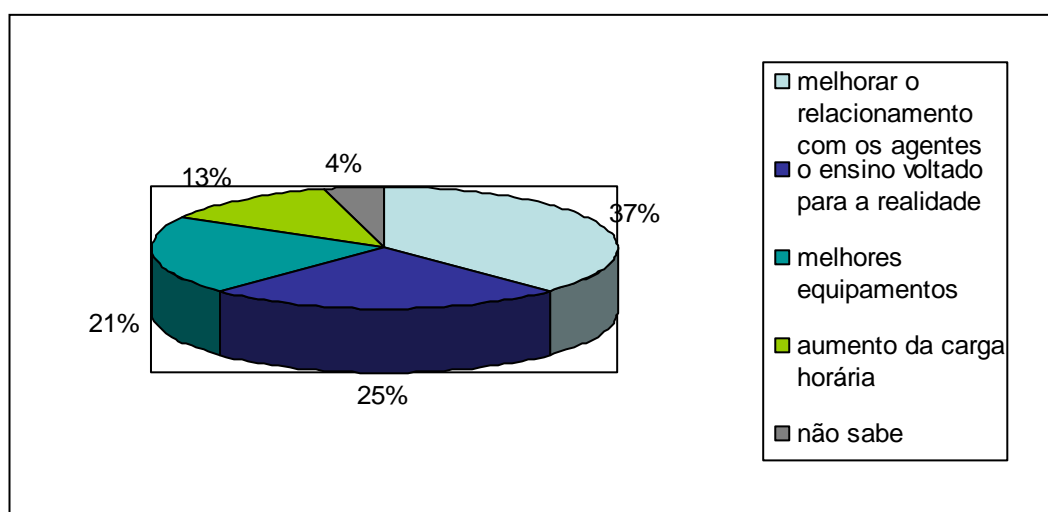


Gráfico 5 - O que pode ser feito para melhorar o processo ensino-aprendizagem segundo os detentos (reeducandos) freqüentam a escola da Penitenciária

O gráfico de nº. 5 demonstra que para 37% dos detentos que freqüentam a Escola da Penitenciária o que pode ser feito para melhorar o processo ensino-aprendizagem é a melhoria no relacionamento dos agentes penitenciários com os detentos reeducandos que freqüentam a escola, para 25% o ensino ministrado deve ser voltado para a realidade carcerária do detento, para 21% a escola deve ter melhores equipamentos e material didático, 13% entende que deve ser aumentada a carga horária para melhorar o processo ensino-aprendizagem e 4% não souberam responder.

“*Controle técnico da detenção* - a gestão das prisões, seu regime, deve ser realizado por pessoal capacitado, que zele pela boa formação dos condenados” (Foucault, 1986, p. 221).

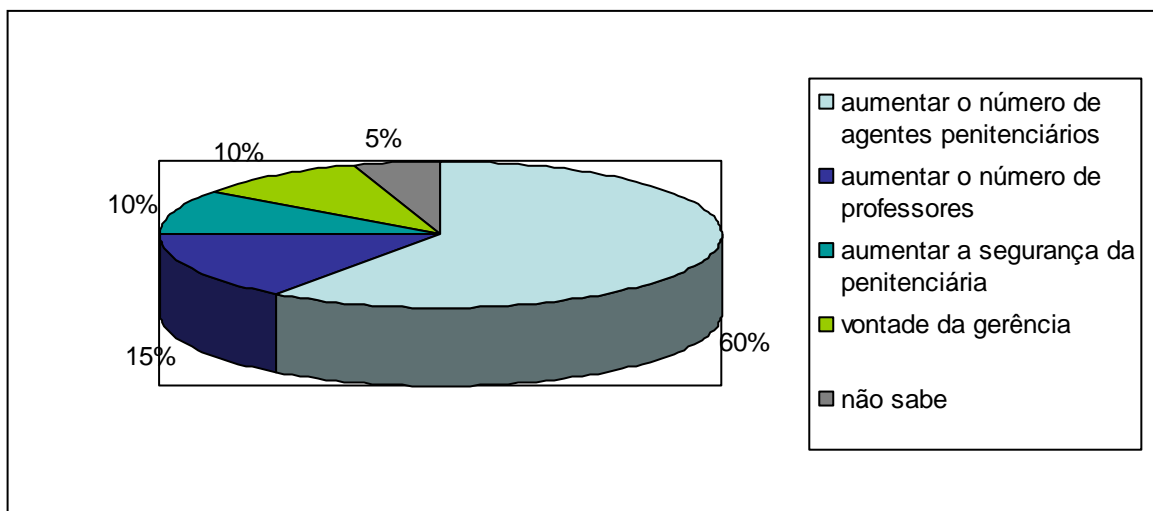


Gráfico 6 - O que pode ser feito para aumentar as vagas na escola da penitenciária segundo os detentos

O gráfico de nº. 6 demonstra que para 60% dos detentos que freqüentam a Escola da Penitenciária o que pode ser feito para aumentar as vagas para os detentos na Escola da Penitenciária seria o aumento do número de agentes penitenciários, para 15% seria aumentar o número de professores, para 10% seria o aumento da segurança da Unidade Prisional, para 10% seria pela vontade do Gerente da Unidade Prisional que determinaria o aumento e 5% não souberam responder.

Mirabete (2002) mencionando o artigo 205 da Constituição Federal que elege “educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

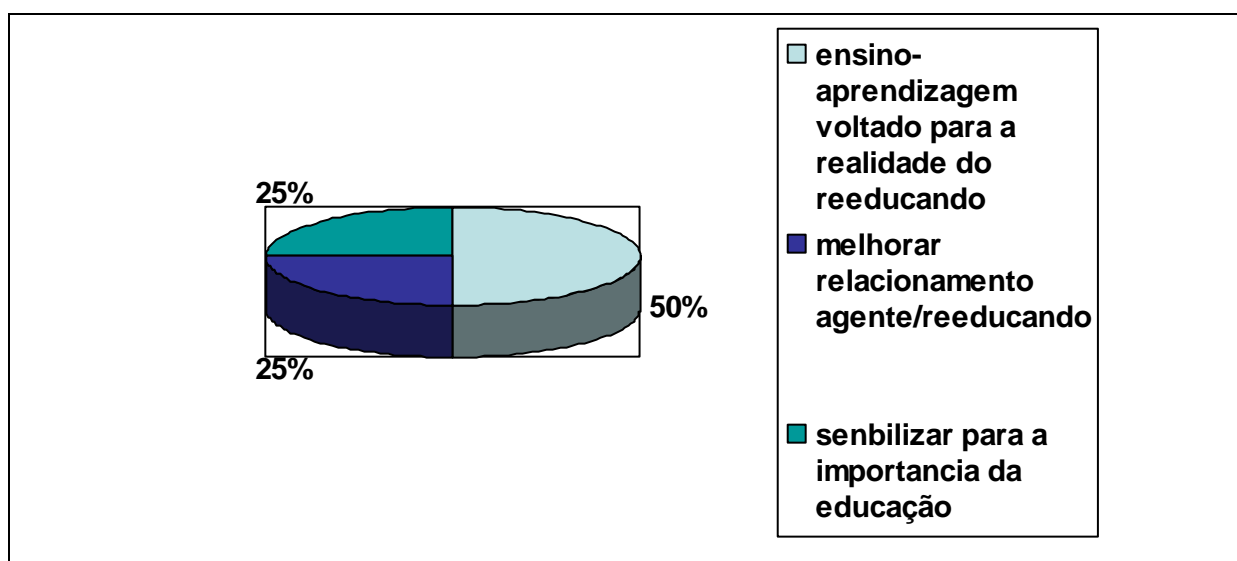


Gráfico 7 - O que pode ser melhorado para que o processo ensino-aprendizagem e a carga horária atendam seus objetivos segundo os professores

O gráfico de nº. 7 demonstra que para 50% dos professores que lecionam na Escola da Penitenciária o que pode ser feito para melhorar o processo ensino-aprendizagem e a carga horária é um processo ensino-aprendizagem voltado para a realidade do reeducando, para 25% melhorar o relacionamento agente penitenciário/reeducando e 25% sensibilizar o sistema penitenciário para a importância da educação como instrumento de recuperação de detentos.

Nesse aspecto, Gadotti (in: Educação, 1999, p. 62) salienta a necessidade de trabalhar no reeducando “[...] o ato antissocial e as conseqüências desse ato, os transtornos legais, as perdas pessoais e o estigma social.” Em outras palavras, desenvolver nos educandos a capacidade de reflexão, fazendo-os compreender a realidade para que de posse dessa compreensão possam então desejar sua transformação. Assim como saliente o artigo... “[...] uma educação voltada para a autonomia intelectual dos alunos, oferecendo condições de análises e compreensão da realidade prisional, humana e social em que vivem”.

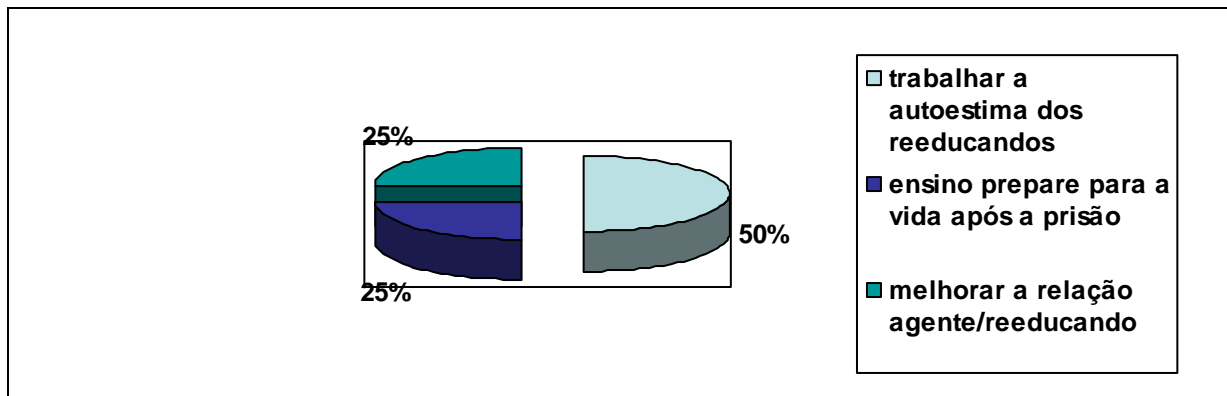


Gráfico 8 - O que pode ser modificado na área de ensino e aprendizagem para melhorar o aproveitamento dos reeducandos segundo os professores

O gráfico de nº. 8 demonstra que para 50% dos professores que lecionam na Escola da Penitenciária o que pode ser modificado na área de ensino e aprendizagem para melhorar o aproveitamento dos reeducandos seria trabalhar a autoestima dos reeducandos, para 25% um ensino que prepare para a vida após a prisão e 25% melhorar a relação agente penitenciário reeducando.

Indivíduo "reabilitado", portanto, seria o infrator plenamente ajustado ao aparelho carcerário; especificado e patologizado técnica e cientificamente em face da sociedade - "preso um dia, preso toda a vida" (Castro *et al.*, 1984, p. 110).

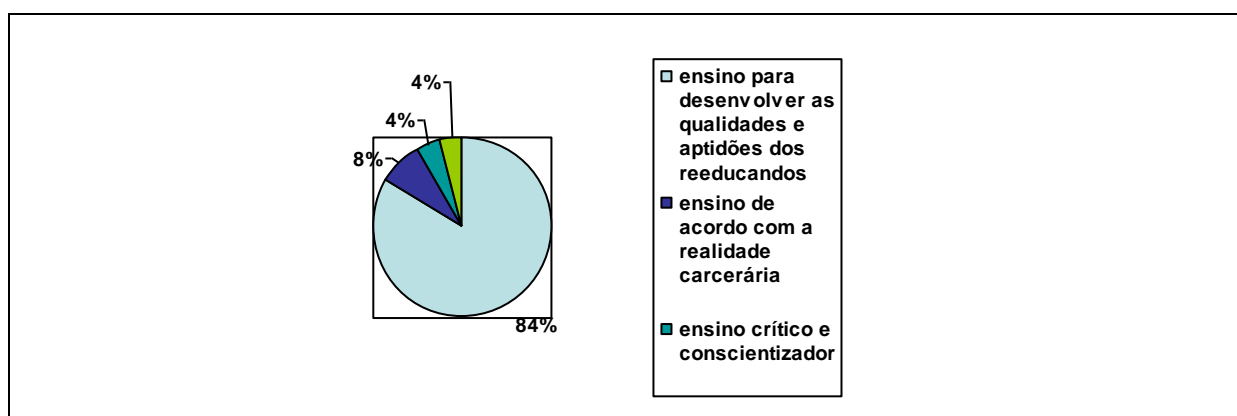


Gráfico 9 - O que pode ser modificado na área de ensino e aprendizagem para melhorar o aproveitamento dos reeducandos segundo o gerente da Penitenciária

O gráfico de n°. 9 demonstra que para o gerente da Penitenciária Regional de Bom Jesus o que pode ser modificado na área de ensino aprendizagem para melhorar o aproveitamento dos reeducandos seria 84% um ensino que possa desenvolver as qualidades e as aptidões dos reeducandos e 8% ensino voltado para a realidade do reeducando encarcerado, 4% um ensino crítico e conscientizador e 4% contratar mais agentes penitenciários para a Unidade Prisional de Bom Jesus.

Fernando Salla (in: Educação, 1999, p. 67) “[...] por mais que a prisão seja incapaz de ressocializar, um grande número de detentos deixa o sistema penitenciário e abandona a marginalidade porque teve a oportunidade de estudar.”

A vida é curta demais para ser pequena. Sim, todavia, uma das mais claras realidades de nosso tempo é a crise em que a humanidade se debate.

Ao fim de mais um milênio, a tecnologia, que levou o homem a conquistar o mundo, não deu solução aos grandes problemas que afligem o espírito humano. E jamais dará, porque eles transcendem de suas rasteiras possibilidades. O homem de hoje sabe muito do universo, mas pouco avançou no conhecimento de suas origens e de seu destino, embora possa dispor das maravilhas da ciência e de seus limites inatingíveis.

Na verdade, a natureza humana é complexa e opulenta, polimorfa e impossível de ser enquadrada num sistema de coordenadas ou em esquemas invariáveis. Ainda não apareceu um gênio para ensinar como se determina a abcissa da dor ou em que proporção o sofrimento, a paixão, a fé, a ambição, o medo, o amor e o ódio penetram no mais íntimo da alma. Ainda não

se inventou o processo físico de fazer sorrir ou a lágrima brotando da composição química dum laboratório.

A técnica deu aos países do Primeiro Mundo o conforto, o bem-estar e a abundância. Tudo isso é bom, mas não basta. Ela não evitou o aumento da violência, o choque das raças, o genocídio, a proliferação do narcotráfico, a engrenagem da corrupção, o desemprego, o gangsterismo, a miséria maior dos pobres, a mortalidade infantil e tantos outros males, como o desencadeamento duma violência e duma insegurança nunca dantes conhecidas.

Faz parte dessa problemática o peso dos juros da dívida social potencializado na imagem negativa que a população tem da polícia, da Justiça e do Legislativo, quando nessas instituições o povo deveria encontrar os parceiros necessários e úteis à prática do respeito aos direitos humanos, com proteção eficaz e cultivo da prometida bem-aventurança.

Chegamos ao século XXI sem que nenhum país possa mostrar, com clareza, que conseguiu resolver todos os problemas penitenciários, com a prisão ou sem ela.

É certo que, aqui ou ali, pode-se encontrar uma ou outra experiência bem-sucedida. Contudo, no conjunto mundial, o panorama geral é ruim, sobretudo nos países do Terceiro Mundo, daí se concluir que qualquer estabelecimento penal de bom nível representa apenas uma ilha de graça num mar de desgraças.

Sair da prisão é encontrar a possibilidade de abandonar um processo de morte por outro de vida. Por isso vale a pena ficarmos atentos às alternativas penais que estão surgindo, sobretudo para os soft crimes, diante da expectativa geral pela descoberta ou inauguração dum novo estilo de pena, em condições de respaldar um decisivo movimento de respeito e reconhecimento à dimensão humana da imensa legião de pessoas condenadas pela Justiça Penal. As modernas reações penais, sobretudo as penas comunitárias, não devem ser vistas como política de clemência legislativa, e sim como autênticas fórmulas de tratamento bem definido, com variedade de procedimentos aptos a dar adequada resposta a problemas específicos das zonas de delinquência.

Não há prisão feliz, pois ninguém escolhe a prisão para ser sua dream house, especialmente porque a privação da liberdade não evita nascer rugas na alma e não permite nenhum equilíbrio entre o corpo e o espírito, em ambiente de intensa carga negativa, onde as pessoas estão sempre a mostrar e a refletir dor ou sofrimento, na batalha diária da sobrevivência e da incessante internalização dos apodrecidos valores da vida carcerária, que inviabilizam qualquer capacidade de superação. É por isso que a reabilitação pretendida pela legislação penal, em todos os lugares do mundo, tem patenteado, na prática, o desalento, a aflição e a definitiva rebeldia contra uma sociedade que fecha as portas ao egresso, quando

chega o tempo do le lendemain de la peine, na elegante expressão dos franceses. A prisão continua, assim, a procurar um futuro novo capaz de viabilizar medidas práticas de execução penal que correspondam aos anseios da reinserção social e moral.

Eis a razão pela qual se diz, a todo instante, que a prisão:

- a) não serve para o que diz servir;
- b) oferece o máximo de promiscuidade;
- c) neutraliza a formação e o progresso de bons valores;
- d) estigmatiza o ser humano;
- e) funciona como máquina de reprodução da carreira no crime;
- f) introduz na personalidade a prisionalização da nefasta cultura carcerária;
- g) estimula o processo de despersonalização;
- h) legitima o desrespeito aos direitos humanos;
- i) destrói a família do condenado.

Ao contrário, para realizar plenamente os seus fins, a pena de prisão deve ser:

- a) proporcional à gravidade do crime e à culpabilidade do agente;
- b) impulsora do senso de responsabilidade;
- c) eficaz na defesa da sociedade;
- d) reparadora do dano causado;
- e) exemplar para todos;
- f) tranquilizadora dos homens de bem;
- g) medicinal para o próprio delinquente;
- h) alicerce para o exercício sadio da cidadania;
- i) caminho para a retomada dos sonhos na vida familiar e comunitária.

Ponto de partida para uma política penitenciária justa e eficiente é, portanto, o de que a prisão, muito além da sua natureza aflitiva, deve ser a base da restauração pessoal, para quem nela vive carente de boas oportunidades. Daí a imprescindibilidade de servidores penitenciários com senso crítico, formação e treinamento contínuo que garantam a capacidade técnica de viabilizar a pedagogia da reinserção social.

Essas considerações suscitam um grave problema: a pena justa é praticamente alcançável?

É fácil teorizar; difícil é pôr em prática. Mas não devemos nos contentar com que a justiça reine em alturas inatingíveis. Se, por um lado, é vã a pretensão de realizar um Direito Penal olímpico, por outra parte não devemos renunciar à busca de uma solução razoável e que se aproxime o mais possível do ideal. Em outras palavras, temos de agir como em

matemática: por aproximações. Para isso devemos confrontar o proveito ilícito buscado pela vontade depravada do delinquente com o sacrifício que o castigo lhe imporá.

De que valeria, por exemplo, infligir uma pena infamante para quem, voluntariamente, degradou o próprio nome nos caminhos do vício?

Enfim, a solução para os problemas que afetam o sistema penitenciário, em todos os Continentes, só será obtida se baseada na convicção de que esta não é uma questão isolada, estanque. Ao contrário, necessita ser entendida como um verdadeiro sistema de vasos comunicantes, fundamentada em quatro pontos: a justiça social; o sistema policial; o sistema judiciário; e o sistema penitenciário. Além disso, exige uma ampla discussão a envolver todos os segmentos sociais, cujos componentes não devem continuar contaminados e imobilizados pelo preconceito e pela indiferença.

Tanto o Governo como a opinião pública precisam se preparar com políticas eficientes para encarar a questão penitenciária como componente relevante do progresso científico e tecnológico, considerando que faz parte de uma sociedade justa, equitativa, educada e economicamente expressiva, saber dar conta dessa problemática com seriedade, determinação e competência. Preso e sociedade sempre terão de conviver como vizinhos decentes, ainda que estipulando fronteiras. Não precisa ser uma cena de Dostoievski, de irmãos se abraçando, mas uma convivência de compreensão e tolerância, na rota dum consensualismo em condições de aproximar o delinquente da vida normal dos cidadãos.

Veja-se, por oportuno, que o povo brasileiro assiste à proliferação de gangues rivais de presos e à ascensão de facções criminosas que comandam operações dentro dos estabelecimentos prisionais, com impressionante capacidade de organização para promover rebeliões, impor o terror, intimidar o Governo e espantar a sociedade. Agem com a conveniência de funcionários corruptos, ditam regras para os presos e vivem conectados com os crimes que ocorrem fora das prisões, especialmente sequestros, assaltos e tráfico de drogas. Já fazem parte da crônica penitenciária do Brasil duas ousadas facções criminosas: o Comando Vermelho – CV, com sede no Complexo Penitenciário de Bangu, no Rio de Janeiro, e o Primeiro Comando da Capital – PCC, com quartel-general fixado no Complexo Penitenciário do Carandiru, em São Paulo. Hoje, os maiores problemas do sistema prisional brasileiro são: o crime organizado, a corrupção, a superlotação, a ociosidade e a baixa inteligência na administração dos estabelecimentos prisionais.

A questão não reside, simplesmente, na redução da massa prisional, uma vez que o esvaziamento dos cárceres não deve pagar o alto preço do afrouxamento da repressão. Compatibilizar o ideal duma cadeia humana com a necessidade de assegurar a coibição dos

delitos não é tarefa de fácil realização. Igualmente difícil é a empreitada de oferecer ao preso tudo quanto ele precisa em matéria de assistência, de educação criativa, de cultura, de ocupação com trabalho produtivo, de respeito às convicções religiosas, de relação com a família, com a sociedade e de reconhecimento aos seus direitos não atingidos pela sentença criminal, preparando o futuro para, em liberdade, prover com honradez e autonomia sua subsistência.

Desse modo, é possível enfrentar, com firmeza, as fortes rejeições ao tradicional modelo fracassado de prisão à espera de nova fisionomia, em condições de reeducar o preso para o exercício da cidadania responsável, de maneira a respeitar os direitos dos outros e se dispor a arcar com a solidariedade e os sacrifícios exigidos pelo bem comum.

Esse processo de retomada é longo, requer empenho e imposição nítida de limites. Sob pena de cair no vazio.

No Brasil, algumas experiências de sucesso permanecem pouco divulgadas. Contudo, três modelos parecem apontar os caminhos que uma política de reintegração pode seguir. O primeiro exemplo é a Penitenciária Industrial de Guarapuava, localizada na cidade de Guarapuava, Paraná, na qual é desenvolvido um programa, através da parceria público-privado, onde o Estado se responsabiliza pela administração e segurança interna e a empresa envolvida oferece ensino profissionalizante e trabalho qualificado dentro do presídio. Desta forma, elimina-se a ociosidade do apenado, contribui-se para a sua socialização e, simultaneamente, as despesas públicas são reduzidas.

Outra experiência de sucesso existente em muitos estados do país é a parceria entre os executivos estaduais e uma organização não-governamental (ONG) denominada Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (Apac). Neste modelo, o Estado constrói a unidade penitenciária e, quando a inaugura, transfere sua gestão para Apac, permanecendo, contudo, na função de prover tanto a segurança como a alimentação dos apenados. Com experiência pioneira em São José dos Campos, este tipo de parceria consiste na seleção dos reclusos para transferi-los de delegacias para a unidade, considerando uma homogeneidade em relação ao perfil criminal e contando com a participação da família desses apenados em atividades desenvolvidas pela ONG dentro e fora da unidade prisional, como programas de geração de renda. A permanência do interno na unidade é baseada na reconstrução da sua família e no entendimento de que ele deve recompensar a sociedade pelo seu delito.

Uma terceira experiência, desde 1999, na Penitenciária Estadual de Londrina, é o funcionamento efetivo de uma igreja, na qual alguns funcionários partilham do conhecimento religioso com os internos, estabelecendo uma interação que possibilita o planejamento e a

implementação de ações da igreja. A exemplo do modelo Apac, a relação entre funcionários e apenados baseia-se no compromisso e na confiança mútua. Da mesma forma, os internos também são selecionados, a partir de critérios como iniciativa, manifestação de desejo de participar e esperança na reabilitação.

Desta forma, a proposta sugerida pelo Pronasci de edificar unidades prisionais específicas para jovens vem no sentido de minorar os efeitos negativos do inadequado tratamento dado aos apenados no Brasil. Se bem administrado, pode atenuar ainda os resultados perversos de políticas públicas anteriores e desenvolver mecanismos que viabilizem a modificação do cenário existente.

Um consenso obtido é o de que o Estado, sozinho, não é capaz de reintegrar os apenados, especialmente os que se situam na faixa de 18 a 24 anos. Ciente que a existência de presídios está ligada à segregação e aos desajustes de diversas naturezas, a sociedade deve se interessar pelo êxito social do apenado e ceder espaço para sua integração. Para que este objetivo possa ser alcançado, as recentes experiências brasileiras ressaltam a importância do envolvimento da sociedade na realização de políticas públicas de resgate do infrator, implementadas através de iniciativas e parcerias público-privadas com as muitas Ongs brasileiras que já possuem conhecimento acumulado na tarefa de desenvolvimento e implementação de políticas de redução da violência.

O Brasil já coleciona experiências bem-sucedidas de ressocialização de presos através de parcerias de governos estaduais com organizações não-governamentais, igrejas e familiares dos presos, que tem como “ingrediente básico” a promoção de redes sociais alternativas. Ou seja, é possível. Neste sentido, o que se pode esperar da administração pública é que assuma o compromisso político com esta proposta, com a definição e planejamento de ações e avaliação dos seus impactos – do contrário vamos continuar convivendo com uma “panela de pressão pronta para explodir”, que foi a definição dada por um agente penitenciário aos presídios cariocas. E isto não interessa a ninguém – ou melhor, interessa a muito poucos.

Desde que a prisão se tornou a pena por excelência, relegando os castigos corporais, os suplícios físicos, desonras, banimentos, esforços extenuantes, etc. (Rocha, 1994), recaiu sobre ela a dupla função de punir e reabilitar.

Fundada nesta dupla finalidade a pena de encarceramento se sedimentou e se proliferou desde os primórdios do século XIX, inicialmente na Europa e, posteriormente, para o restante do mundo.

Considerando a tarefa de reabilitar os indivíduos punidos, áreas diversificadas do conhecimento foram aglutinadas na instituição carcerária para consecução dessa finalidade: arquitetura, sociologia, psiquiatria, serviço social, psicologia, pedagogia e direito.

A reabilitação dos indivíduos por meio do encarceramento, fruto da aglutinação desses saberes, funda-se em três grandes princípios: o isolamento, o trabalho penitenciário e a modulação da pena (Foucault, 1986). A partir deles tornou-se possível a edificação de um saber técnico-científico sobre os indivíduos, declinando o foco de ação do crime, para aquele que o cometeu. O indivíduo é o foco central da operação penitenciária, não o seu ato.

O princípio do isolamento efetiva-se, primeiro, em relação ao indivíduo transgressor com o mundo exterior. Depois, mediante a classificação dos detentos, um em relação aos outros, dispostos a partir da função de individualização da pena. Essa função é desencadeada tendo em vista o indivíduo punido (não o infrator), objeto de transformação do aparelho carcerário.

Junto ao isolamento, o trabalho é definido como parte constituinte da ação carcerária de transformação dos indivíduos. Impõe-se, não como atividade de produção, mas pelos efeitos que faz desencadear na mecânica humana, proporcionando a ordem e a regularidade; o que sujeita os corpos a movimentos regulares, exclui a agitação e a distração, impõe uma hierarquia e uma vigilância que serão ainda mais bem aceitas, e penetrarão ainda mais profundamente no comportamento dos condenados. (Foucault, 1986, p. 203)

Por fim, o princípio da autonomia penitenciária que permite a modulação da pena, ajustando-a àquela transformação, uma vez que a duração do castigo não deve relacionar-se diretamente à infração, mas sim à transformação útil do indivíduo, no decorrer do cumprimento da sentença. A operação penitenciária é quem deve controlar os efeitos da punição.

A fim de processar a transformação útil do indivíduo, a prisão deve, simultaneamente, ser o local de execução da pena e de uma sistemática e rigorosa observação dos indivíduos punidos. É a partir desta que os rigores, atenuantes, progressões e regressões da pena serão aplicados.

Tais princípios, desde o surgimento da pena de encarceramento, formaram os fundamentos a partir dos quais foram edificadas as máximas para uma adequada administração penitenciária, ou seja, que lhe proporcionariam a consecução das finalidades de punir e reabilitar o indivíduo transgressor. "Princípios de que, ainda hoje, se esperam efeitos tão maravilhosos, são conhecidos: constituem há 150 anos as sete máximas universais da boa condição penitenciária" (Foucault, 1986, p. 221). São elas:

1ª) *Correção* - a prisão deve ter como função essencial a transformação do comportamento do indivíduo; a recuperação e reclassificação social do condenado;

2ª) *Classificação* - o indivíduo condenado deve ser isolado, primeiro em relação à sociedade, depois repartidos entre eles, a partir de critérios que envolvam idade, sexo, disposições e técnicas que se pretendam utilizar para que se processe sua transformação, bem como suas respectivas fases para operá-las; a pena deve ser não só individual, como individualizante;

3ª) *Modulação das penas* - a pena deve ser proporcional, de acordo com a individualidade dos condenados e com os resultados da terapêutica penal, com vistas a se processar sua transformação, prevendo progressos e recaídas inerentes deste processo;

4ª) *Trabalho como obrigação e como direito* - é considerado como uma das peças fundamentais para transformação e socialização dos detentos, que devem aprender e praticar um ofício, provendo com recursos a si e à sua família;

5ª) *Educação penitenciária* - deve ser preocupação diuturna do poder público dotar o indivíduo da educação, no interesse da sociedade, provendo sua instrução geral e profissional;

6ª) *Controle técnico da detenção* - a gestão das prisões, seu regime, deve ser realizado por pessoal capacitado, que zele pela boa formação dos condenados;

7ª) *Instituições anexas* - o indivíduo deve ser acompanhado por medidas de controle e assistência, até que se processe sua readaptação definitiva na sociedade.

A partir de tais pressupostos, combinando seus efeitos punitivos à operação correcional, a prisão apresenta-se como a instituição de combate ao crime. A constatação de que ela não reduz a criminalidade é tão antiga quanto a própria prisão. Exceto pelos números, as críticas ao seu fracasso permanecem idênticas nos mais de cento e cinquenta anos de sua existência. Antes de contribuir para a extinção do comportamento criminoso, a prisão produz a reincidência. Afinal, a prisão propicia a organização dos delinquentes, na medida em que desencadeia uma forma de socialização em seu submundo, estabelecendo solidariedade, cumplicidade e hierarquia entre eles.

De forma bastante singular, entretanto, a prisão, invariavelmente apresenta-se como a solução para o problema da criminalidade que ela própria contribui para sedimentar. Sempre acompanhada de planos de reformas, os quais, em seu bojo, reafirmam as máximas que constituíram a prisão desde seu surgimento.

O que justifica a existência capilar da prisão na sociedade, não obstante seu absoluto fracasso em combater a criminalidade, antes que suprimir as infrações, é distingui-las, distribuí-las e até utilizá-las:

Organizar as transgressões numa tática geral de sujeições (...) É uma maneira de gerir as ilegalidades, de riscar limites de tolerância, dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles (Foucault, 1986, p. 226).

A operação penitenciária, portanto, gerencia a delinquência, inserida numa estratégia global de dominação e disciplinarização - Corrigir as pessoas sempre foi um objetivo estreitamente ligado ao uso que se quer fazer delas (Rocha, 1994, p. 170).

Aspecto central nessa operação é a construção da delinquência que ela faz desencadear nos indivíduos punidos. O condenado - infrator na justiça penal - torna-se o objeto de saber da técnica penitenciária que, em seu lugar, coloca um outro personagem: o delinquente. O infrator se constitui por um ato (transgressor), o delinquente se refere a toda uma vida do indivíduo, objeto de conhecimento da técnica punitiva:

A diferença entre um infrator e um delinquente está em que o que caracteriza o delinquente não é o ato da infração, mas a sua vida. A justiça condena o infrator pelo ato da infração, o sistema carcerário não apenas faz com que a infração o marque pela vida toda, como realiza a socialização que o insere definitivamente no mundo do crime. (Ramalho, 1979, p. 163)

A lenta formação do delinquente transparece na investigação biográfica, fator de extrema importância na história da penalidade, "porque faz existir o criminoso antes do crime" (Foucault, 1986, p. 211). A biografia marca o autor da transgressão com uma criminalidade que, portanto, exige as medidas da ação penitenciária. Nesse aspecto, confundem-se o discurso penal e psiquiátrico. No ponto de intersecção desses discursos, surge a noção de indivíduo perigoso, "que permite estabelecer uma rede de causalidade na escala de sua biografia inteira e um veredicto de punição - correção" (Foucault, 1986, p. 211).

Afora a perda da liberdade física (ou do direito de ir e vir), a prisão subjuga o detento ao comando de uma estrutura autoritária e de uma rígida rotina autocrática que opera como uma grande máquina impessoal. O controle sobre os indivíduos é exercido de forma ininterrupta, regulando-se de modo minucioso todos os momentos de sua vida. Com a nítida orientação de preservar a ordem, a disciplina, evitar fugas e motins, a organização penitenciária elege como forma eficaz submeter o recluso, cercear quaisquer possibilidades do exercício de sua autonomia (Thompson, 1976).

Ao adaptar sua conduta e comportamento às normas e padrões da instituição, o preso gradualmente passa a obter acesso a determinados bens ou prerrogativas na prisão. Certas necessidades, procedimentos ou vontades que na vida fora da prisão eram absolutamente

corriqueiras, no interior dela adquirem a qualidade de privilégios: tomar um café quente, ir a algum lugar sem motivo aparente, faltar ao trabalho ou à aula, sair com um grupo ou outro de pessoas, dormir ou acordar em horários diferentes, etc.

Em contrapartida, essa adaptação tende à despersonalização do sujeito apenado - a mortificação de seu eu (Goffman, 1996). Quanto maior a intensidade do ajustamento ao sistema social da prisão, maiores as possibilidades de se alcançar os privilégios de que ela dispõe. Ao contrário, mostrar-se resistente acarreta ao indivíduo punido um maior rigor, severidade e endurecimento de seu regime.

No que concerne à administração penitenciária, o sistema de privilégios é vital para sua gestão, constituindo-se num dos sustentáculos de seu modelo organizacional. Em face da importância que esse sistema representa aos reclusos, inexoravelmente, ele se encerra como uma forma eficaz de controle da massa encarcerada. Comportamentos e condutas não desejáveis pela organização significam o impedimento em obtê-los. Tal controle tende a intensificar-se, pois, no interior das prisões, todas as esferas da vida do indivíduo interpenetram-se. Assim, ser recriminado ou avaliado negativamente em determinada atividade influencia e repercute nas demais, sendo toda sua conduta considerada como não adequada.

É a partir desse pressuposto que o indivíduo passa a organizar toda sua vida encarcerada. Mais que uma motivação, torna-se uma obsessão, que se materializa na inserção em atividades que permitem a remição de pena - trabalho penitenciário - ou nos programas que lhe atribuem a qualidade de uma boa conduta - caso da educação e cursos em geral, cultura, esportes e grupos terapêuticos. Manifesta-se também na sua forma de proceder e de relacionar-se com outros presos, funcionários, técnicos e dirigentes. "Se o preso demonstra um comportamento adequado aos padrões da prisão, automaticamente merece ser considerado como readaptado à vida livre" (Thompson, 1976, p. 42).

Nesse sentido, essa busca incessante de mostrar-se adequado aos padrões da prisão transforma-se em princípio e fim das ações dos encarcerados. Os objetivos que, pressupõe-se, deveriam ser inerentes às atividades, seja de educação, cultura, esportes, profissionalização ou terapêuticas, são declinados em favor dessa busca.

Indivíduo "reabilitado", portanto, seria o infrator plenamente ajustado ao aparelho carcerário; especificado e patologizado técnica e cientificamente em face da sociedade - "preso um dia, preso toda a vida" (Castro *et al.*, 1984, p. 110).

O sistema punitivo necessita de uma reorganização. Tem que se mudar os métodos arcaicos de tentativa de ressocialização, as penas alternativas têm que sair da idéia para

prática, o corpo penal tem de fazer uma reciclagem, a realidade fática que se nos apresenta é diversa da pretendida na Lei Maior Brasileira (Constituição) e pela Legislação Penitenciária.

A lei assegura os direitos do preso, mas tais dispositivos legais são esquecidos, visto que o tratamento dispensado aos detentos é precário e o respeito à dignidade humana, infelizmente, são deixados em segundo ou quiçá, último plano. Deve-se tirar o recluso da ociosidade, reeducá-lo, formando a pessoa humana, dando-lhe uma vocação, para reinseri-lo na sociedade. Este tratamento deve vir incumbido de medidas sociológicas, penais, educativas, psicológicas e métodos científicos, de forma integrada numa ação junto ao delinquente, visando modelar a sua personalidade para a sua reinserção social e para prevenir a reincidência.

Promulgada há quase 11 anos, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) é clara: garantir educação para toda a população brasileira é dever do poder público. Esse direito se estende também àqueles brasileiros temporariamente privados da liberdade. E como tantas outras, essa lei também não sai do papel.

No caso específico da chamada educação prisional, a principal justificativa é a histórica desarticulação entre os ministérios e as secretarias estaduais de Educação e Justiça. Por causa do descompasso, essa formação fundamental tanto para a recuperação como para a reintegração social do presidiário se resume a ações isoladas, desorganizadas, descontinuadas e até assistencialistas.

Resultado: os professores são mal preparados, não conhecem a realidade de seus alunos e a educação oferecida na chamada cela de aula não garante a certificação. Ao final do programa curricular, o detento tem que se submeter aos exames supletivos. Não bastasse isso para desmotivá-lo, estudar na prisão ainda não assegura remição de pena, como acontece com o trabalho. Por isso, apenas 18% dos detentos que cumprem pena nos presídios brasileiros estão estudando.

Algumas ações, felizmente, já estão sendo tomadas no sentido de reverter essa situação. Nos últimos anos, vários setores ligados à defesa dos direitos da educação de jovens e adultos vêm intensificando as pressões sobre as autoridades para que criem uma lei nacional que ofereça tal benefício. Outra reivindicação é que as autoridades educacionais assumam o controle sobre esse serviço, aumentando o número de vagas e de professores, além de adequar o currículo.

Em 2005, com aval da Unesco e com incentivos financeiros do governo japonês, os ministérios da Justiça e da Educação lançaram o projeto-piloto do programa Educando para a Liberdade em alguns estados. No ano passado, foram realizados seminários regionais e

estaduais para debater metas e métodos para a ampliação da oferta desse segmento educacional. O objetivo é que o ensino formal, coordenado pelas secretarias estaduais de educação, seja oferecido em todas as penitenciárias brasileiras.

Um projeto de lei (4.230, de 2004), que tramita no Congresso Nacional e que altera a Lei de Execuções Penais, entre outras coisas estende o benefício da remição penal aos presos que estudam. Sob relatoria da deputada federal Iriny Lopes (PT-ES), o projeto parece que agora avança. O mesmo Projeto havia recebido parecer negativo do deputado Edmar Moreira (PFL-MG), quando foi apreciado na Comissão de Constituição de Justiça na legislatura passada. No entanto, este ano o PL foi desarquivado e, antes de voltar à Comissão de Constituição e Justiça, foi encaminhado à Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, onde tramita atualmente. Segundo a deputada, serão promovidos encontros e debates com órgãos públicos e ONG's. "Não tenho a menor dúvida de que meu parecer concluirá pelo mérito da proposição, ao contrário do relator anterior", diz.

Mais da metade dos presos de todo o país estão no Estado de São Paulo. A Fundação Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel de Amparo ao Preso (Funap), ligada à Secretaria Estadual de Administração Penitenciária, é responsável pela educação nos presídios. Mantém hoje 380 salas de aulas nas 144 unidades prisionais espalhadas pelo Estado. Dos cerca de 135.454 presos, apenas 11.838 estudam. Menos de 9% do total. Um levantamento do Instituto Paulo Montenegro, feito há dois anos, revelou que 68% dos presos paulistas estudaram menos de oito anos. Isso quer dizer que eles não têm o equivalente ao ensino fundamental, o mínimo exigido pela seleção aos postos de trabalho formal.

A educação se fundamenta em um processo básico do ser humano, o preso, nosso objeto será com base nele o início da jornada que se pretende percorrer: o processo da aprendizagem. Como se aprende, o que se aprende e para que se aprende. Eis os alicerces que edificam a vida do homem.

O homem possui uma dimensão de tal grandeza capaz de transformar radicalmente a vida meramente biológica, em algo "qualitativamente" diferente, que se pode chamar de "dimensão simbólica" do mundo: a palavra. Com a utilização da palavra o homem transcendeu os arredores que norteiam o acesso dos sentidos. E vai além, com base no emprego dos símbolos, da palavra. Esta, permite pensar e agir com a consciência de que existe um passado, um presente e um futuro, ou seja, graças ao uso da palavra tem-se a consciência do ontem, do hoje e do amanhã. Portanto, o homem não está preso ao seu corpo visto que tem consciência das dimensões e do tempo. A consciência humana é, pois, produto de sua capacidade simbólica, produto de sua palavra.

Qualitativamente diferentes das demais formas de vida, o homem é portador de uma “consciência reflexiva”: pode pensar em si próprio, tomando-se como objeto de seu próprio pensamento o que se verifica graças à palavra. Ele não se adapta simplesmente a um meio: procura transformá-lo, modificá-lo, construí-lo. Faz com que o meio se adapte a ele. Assim ele constrói o mundo “que suplanta a simples dimensão física, que existe também enquanto possibilidade; que existe como um “*vir-a-ser*”, mediante o “sentido” que dá às suas ações; onde a palavra é o primeiro “elemento transformador” do mundo em que vive. Logo, planeja, pensa e age, construindo o que imaginou. Quando o homem abstrai o significado do conceito, e o aplica a diferentes situações, ou seja, aprende um significado, surge a aprendizagem. Mais e mais a significação dos objetos se completa, contribuindo para um todo unificado, ordenado, cuja estruturação significativa é dada pela linguagem. Com a manutenção do significado, do “sentido da vida”, chega-se, fundamentalmente, à coerência em um mundo simbólico. A vida tem que fazer sentido. O homem deve possuir valores, sonhos e ideais, em função dos quais há de se manter vivo.

Fomentar a linguagem, mediante a combinação de seus valores e significados, implica em uma somatória e em um armazenamento de conceitos que o homem aprende; compreendendo-se por referência, as suas próprias experiências anteriores. “Este é então o mecanismo do conhecimento humano: um jogo (dialético) entre o que é *sentido* (vivido) e o que é *simbolizado* (transformado em palavras, ou outros símbolos)”, ou seja, a experiência social no desenvolvimento da aprendizagem e da linguagem admite analogia ao processo de imitação: quando a criança imita a forma pela qual o adulto usa instrumentos e manipula os objetos, ela está dominando o verdadeiro princípio que envolve uma atividade em particular. O uso dos instrumentos especificamente humanos conduz à dialética entre o sentir e o simbolizar.

A educação, no contexto sociocultural, que deveria significar o auxílio aos indivíduos para que pensem sobre a vida que levam; que deveria permitir uma visão do todo cultural onde estão, desvirtua-se na escola. Nesta, as pessoas são preparadas para executar trabalhos parcializados e mecânicos no contexto social. A escola mantém e estimulam a separação da razão e do pensamento, dêis que sua finalidade é preparar mão-de-obra à sociedade industrial; transmitir conceitos desvinculados da vida concreta dos educandos, impondo desconsiderar o risco da visão de mundo das classes dominantes. Com efeito, a educação precisa transmitir significados presentes na vida concreta de quem se pretende educar ou reeducar; de modo diverso, não produz resultado, aprendizagem.

Mediante a consciência reflexiva, simbólica, o homem desenvolve a linguagem, utilizando-se da palavra; dá sentido à vida, segundo os significados que advêm fundamentalmente dos símbolos, das palavras, dos nomes. Assim, os conceitos (símbolos) são necessários às experiências dos indivíduos em conexão à realidade. Logo, o processo da aprendizagem precisa mobilizar tanto os significados, os símbolos, quanto os sentimentos, as experiências a que eles se referem.

O Ministério da Educação (MEC) tem desenvolvido projetos nos presídios brasileiros, como o Educando para a Liberdade e o Brasil Alfabetizado. Ainda assim, o número de assistidos é pequeno. Os professores que começam a atuar nos presídios, ficam impressionados com a receptividade dos presos. A imprensa, em geral, só se volta para as carceragens quando acontece alguma coisa ruim, como uma rebelião. Por isso, a sociedade não sabe que pode participar, trazer alguma atividade para esses locais. No Brasil, não há pena de morte e nem prisão perpétua. Os encarcerados vão voltar para o convívio social. Se, quando saírem, não estiverem preparados para ingressar no mercado de trabalho, é pior para toda a sociedade.

A grande maioria dos detentos é jovem. É preciso dar-lhes a oportunidade de retornarem como pessoas dignas. É um absurdo o preso passar pelo Estado e sair analfabeto, sem um documento. Eles pedem para fazer cursos profissionalizantes e artísticos, mas faltam voluntários.

Não se encontra nos colégios municipais ou particulares um público que seja mais interessado do que os presos. É preciso mais investimento do governo, pois é uma contradição querer recuperar presidiários sem projetos sociais. Como uma pessoa analfabeta, que não tem qualificação profissional e carrega o estigma de ex-presidiário pode se inserir na sociedade?

Ressocialização de detentos é fator de segurança social. É dever do Estado e direito consagrado na Constituição Federal e na Lei de Execução Penal. Investir na educação de detentos é fator de humanização, diminui as rebeliões e ajuda a criar um clima de expectativa favorável para o reingresso na vida social, quando em liberdade.

Apoia medidas que facilitem o acesso dos presos à educação, ao esporte e à cultura, fortalecendo projetos nessas áreas com o estabelecimento de parcerias com organizações não-governamentais e universidades.

- O processo ensino-aprendizagem para a maioria dos reeducandos, professores e gerente é de qualidade e satisfatório cumpre com o seu papel de ensinar os conteúdos de acordo com a realidade dos detentos que freqüentam a escola.

- Para a maioria dos detentos, professores, coordenadores e gerência a carga horária diária e anual é suficiente para uma aprendizagem e para que sejam ministrados todos os conteúdos programáticos.

- Os professores entendem que o número reduzido de agentes penitenciários contribui para dificultar as atividades da escola, bem como os atrasos e os deslocamentos dos detentos para a escola e o aumento de vagas na Escola.

- Os professores entendem que o processo ensino-aprendizagem deve ser melhorado adaptando as disciplinas a realidade dos detentos, a carga horária deve ser seguida de forma rigorosa para que os conteúdos programáticos possam ser ministrados a contento ao longo do ano letivo.

- Os atrasos e descumprimentos dos horários da escola se devem pela falta de vontade e maior dedicação por parte dos agentes penitenciários que deveriam ser mais sensíveis e empenhados com o processo de educação dos detentos.

- O número de alunos da escola é pequeno e poderia ser aumentado com a contratação de mais agentes penitenciários que passaram no último concurso realizado, aumento da segurança da Unidade Prisional, contratação de mais professores daria mais oportunidade para que mais detentos pudessem estudar na escola.

- A Escola se constitui em um dos instrumentos de recuperação dos detentos levantamento feito junto aos relatórios carcerários, prontuários e administração prisional comprovou-se que os reeducandos que frequentam a escola possuem melhor comportamento carcerário, melhor disciplina, mais tranquilos e dificilmente se envolvem em confusões, brigas ou agressões.

7 CONCLUSÕES E RECOMENDAÇÕES

Nesta seção apresentamos as conclusões mais importantes, os objetivos específicos foram alcançados e as hipóteses confirmadas através dos resultados obtidos.

Deve existir garantia de fundos públicos suficientes, para que as pessoas em situação de aprisionamento tenham oportunidades educativas, e essas oportunidades devem corresponder às necessidades específicas das pessoas, razão pela qual é indispensável que a oferta não seja limitada ao ensino fundamental ou vocacional, mas ampliada ao ensino médio e superior. Os Estados devem conhecer, estudar e transpor as barreiras sociais enfrentadas pelas pessoas privadas de liberdade, de modo que a oferta educativa signifique realmente uma oportunidade de liberdade em todos os sentidos.

Organizar junto às instituições penitenciárias programas amplos de educação destinados a desenvolver plenamente as potencialidades de cada recluso, os quais também

deveriam minimizar os efeitos negativos do encarceramento, melhorar as perspectivas de reinserção e reabilitação, autoestima e a moral.

O Governo Federal, por meio dos Ministérios da Educação e da Justiça, figure como o responsável pelo fomento e indução de políticas públicas de Estado no domínio da Educação nas Prisões, estabelecendo as parcerias necessárias junto aos Estados e Municípios.

A oferta de educação no sistema penitenciário seja fruto de uma articulação entre o órgão responsável pela Administração Penitenciária e a Secretaria de Educação que atue junto ao sistema local, cabendo a ambas a responsabilidade pela gestão e pela coordenação desta oferta, sob a inspiração de Diretrizes Nacionais.

A articulação implique na disponibilização do material pedagógico da modalidade de EJA para as Escolas que atuam no Sistema Penitenciário, como insumo para a elaboração de projetos pedagógicos adequados ao público em questão.

O trabalho articulado encontre as devidas oportunidades de financiamento junto às Pastas Estaduais e aos órgãos Ministeriais, especialmente com a inclusão dos alunos matriculados no Censo Escolar.

A gestão se mantenha aberta a parcerias com outras áreas de governo, universidades e organizações da sociedade civil, sob a orientação de Diretrizes Nacionais.

Os educadores do sistema pertençam, preferencialmente, aos quadros da Secretaria de Educação, selecionados por concursos públicos e com remuneração acrescida de vantagens pecuniárias condizentes com as especificidades do cargo.

A gestão propicie espaços físicos adequados às práticas educativas (p. ex.: salas de aula, bibliotecas, laboratórios etc.), além de adquirir os equipamentos e materiais necessários, evitando improvisos e mudanças constantes.

A construção de espaços adequados para a oferta de educação, bem como de esporte e cultura, seja proporcional à população atendida em cada unidade.

As autoridades responsáveis pela gestão transformem a Escola num espaço de fato integrado às rotinas da unidade prisional e da execução penal, com a inclusão de suas atividades no plano de segurança adotado.

Seja realizado um diagnóstico da vida escolar dos apenados logo no seu ingresso ao sistema, com vistas a obter dados para a elaboração de uma proposta educacional que atenda às demandas e circunstâncias de cada um.

Seja garantido o atendimento diferenciado para presos (as) do regime fechado, semi-aberto, aberto, presos provisórios e em liberdade condicional e aqueles submetidos à medida de segurança independente de avaliação meritocrática.

O atendimento contemple a diversidade, atentando-se para as questões de inclusão, acessibilidade, gênero, etnia, credo, idade e outras correlatas.

Os responsáveis pela oferta elaborem estratégias para a garantia de continuidade de estudos para os egressos, articulando-as com entidades que atuam no apoio dos mesmos – tais como patronatos, conselhos e fundações de apoio ao egresso e organizações da sociedade civil.

A remição pela educação seja garantida como um direito, de forma paritária com a remição concedida ao trabalho e cumulativa quando envolver a realização paralela das duas atividades.

O trabalho prisional seja tomado como elemento de formação e não de exploração de mão-de-obra, garantida a sua oferta em horário e condições compatíveis com as da oferta de estudo.

Além de compatível, o trabalho prisional (e todas as demais atividades orientadas à de reintegração social nas Prisões) se torne efetivamente integrado à educação.

Seja garantida uma certificação não estigmatizante para as atividades cursadas pelos educandos (sejam eles cursos regulares de ensino fundamental e médio, atividades não-formais, cursos profissionalizantes, etc.), de maneira a conciliar a legislação e o interesse dos envolvidos.

Exista uma política de incentivo ao livro e à leitura nas unidades, com implantação de bibliotecas e com programas que atendam não somente aos alunos matriculados, mas a todos os integrantes da comunidade prisional.

Seja elaborada uma cartilha incentivando os apenados à participação nos programas educacionais, bem como informações relativas a remição pelo estudo.

Os documentos e materiais produzidos pelos Ministérios da Educação e da Justiça e/ou pelas Secretarias de Estado de Educação e de Justiça ou Administração Penitenciária, que possam interessar aos educadores e educandos do Sistema, sejam disponibilizados e socializados, visando ao estreitamento da relação entre os níveis de execução e de gestão da Educação nas Prisões.

Sejam promovidos encontros regionais e nacionais sobre a Educação nas Prisões envolvendo todos os atores relevantes, em especial Diretores de Unidades Prisionais e do Setor de Ensino, tendo como um dos itens de pauta a troca de experiências.

Formação e Valorização dos Profissionais Envolvidos na Oferta do ensino prisional.

As propostas enquadradas neste eixo destinam-se a contribuir para a qualidade da formação e para as boas condições de trabalho de gestores, educadores, agentes penitenciários e operadores a execução penal.

Ao ingressar no cotidiano do sistema prisional, o professor passe por um processo de formação, promovido pela Pasta responsável pela Administração Penitenciária em parceria com a da Educação, no qual a Educação nas Prisões seja tematizada segundo os marcos da política penitenciária nacional.

A formação continuada dos profissionais que atuam no sistema penitenciário ocorra de maneira integrada, envolvendo diferentes áreas, como trabalho, saúde, educação, esportes, cultura, segurança, assistência psicossocial e demais áreas de interesse, de modo a contribuir para a melhor compreensão do tratamento penal e aprimoramento das diferentes funções de cada segmento.

No âmbito de seus projetos político-pedagógicos, as escolas de formação de profissionais penitenciários atuem de forma integrada e coordenada para formação continuada de todos os profissionais envolvidos e aprimoramento nas condições de oferta da educação no sistema penitenciário. Nos estados em que elas não existem sejam implementadas.

As Instituições de Ensino Superior e os Centros de Pesquisa sejam considerados parceiros potenciais no processo de formação dos profissionais do sistema, na execução de projetos de formação e na organização e disponibilização de acervos bibliográficos.

A formação dos servidores penitenciários contemple na sua proposta pedagógica a dimensão educativa do trabalho desses profissionais na relação com o preso.

Os atores estaduais estimulem a criação de espaços de debate, formação, reflexão e discussão como fóruns e redes que reflitam sobre o papel da educação nas prisões.

Os cursos superiores de graduação em Pedagogia e as demais Licenciaturas incluam nos seus currículos a formação para a EJA e, nela, a Educação Prisional.

Os educandos e educadores recebam apoio de profissionais técnicos (psicólogos, terapeutas, fonoaudiólogos, etc.) para o constante aprimoramento da relação de ensino-aprendizagem.

A pessoa presa, com perfil e formação adequados, possa atuar como monitor no processo educativo, recebendo formação continuada condizente com suas práticas pedagógicas, com direito à remição e remuneração.

Educação nas Prisões, com base nos fundamentos conceituais e legais da Educação de Jovens e Adultos, bem como os paradigmas da Educação Popular, calcada nos princípios da autonomia e da emancipação dos sujeitos do processo educativo.

Um regimento escolar próprio para o atendimento nos estabelecimentos de ensino do sistema prisional venha a ser criado, no intuito de preservar a unidade filosófica, político-pedagógico estrutural e funcional das práticas de Educação nas Prisões.

Cada Estado elabore os seus projetos pedagógicos próprios para a Educação nas Prisões, contemplando as diferentes dimensões da educação (escolarização, cultura, esporte, e formação profissional) e considerando a realidade do sistema prisional para a proposição das metodologias.

Seja estimulada a produção de material didático específico para a educação no sistema penitenciário, para complementar os recursos de EJA disponibilizados pela gestão local.

Seja elaborado um currículo próprio para a Educação nas Prisões, que considere o tempo e o espaço dos sujeitos da EJA inseridos nesse contexto e que enfrente os desafios que ele propõe em termos da sua reintegração social.

Essa proposta curricular seja elaborada a partir de um Grupo de Trabalho que ouça os sujeitos do processo educativo nas prisões (educadores, educandos, gestores do sistema prisional, agentes penitenciários e pesquisadores de EJA e do sistema prisional).

A educação de jovens e adultos no sistema penitenciário inclua a formação para o mundo do trabalho, entendido como um lócus para a construção da autonomia do sujeito e de desenvolvimento de suas capacidades profissionais, intelectuais, físicas, culturais e sociais.

Os familiares dos presos e a comunidade em geral sejam estimulados, sempre que possível, a acompanhar e participar de atividades educacionais que contribuam para o processo de reintegração social.

Sejam ampliadas as possibilidades de educação à distância em seus diferentes níveis, resguardando-se deste atendimento, o Ensino Fundamental.

Sejam ampliadas as possibilidades de uso de tecnologias nas salas de aula de unidades prisionais, visando ao enriquecimento da relação de ensino-aprendizagem.

Seja garantida a autonomia do professor na avaliação do aluno em todo o processo de ensino aprendizagem.

A articulação do Ministério da Justiça com os Ministérios da Educação, do Esporte, da Saúde e do Trabalho na perspectiva de que a educação prisional possa ocupar espaço prioritário na agenda governamental;

Aproximação entre DEPEN/MJ e SECAD/MEC para otimização de esforços e implementação de ações integradas no campo da educação prisional.

Política de Governo: política de segurança pública integrada a políticas sociais.

Ações em favor da aprovação da remição de pena pela educação (projetos de lei que modificam a Lei de Execução Penal estão em tramitação no Congresso Nacional).

Articulação internacional com a UNESCO que incentivou o Projeto Educando para Liberdade.

A nível de MERCOSUL colocação do tema da Educação Prisional com mais força nas pautas nacionais, integração entre as áreas – Justiça, Saúde, Educação – acesso a novas concepções de educação prisional e alternativas para lidar com a criminalidade e o papel da educação na ressocialização das pessoas apenadas, impulsionar políticas públicas integrais e integradas que favoreçam a educação em contextos de privação de liberdade, concebida como um direito ao longo de toda a vida, trocar experiências e informações, fomentar pesquisas e a cooperação técnica entre os países membros.

A educação é uma condição mínima de reintegração. Dados da Fundação de Amparo ao Trabalhador Preso (Funap) do Distrito Federal, segundo a qual o índice de reincidência de crimes dos egressos caiu de 70% para 30%, com o trabalho de ressocialização por meio do ensino.

De acordo com a tese de mestrado do cientista social, Política Pública de Educação Penitenciária: contribuição para o diagnóstico da experiência do Rio de Janeiro do professor e ex-funcionário da secretaria de administração penitenciária (Saep) do Estado do Rio de Janeiro, Elionaldo Fernandes Julião de 2003 e dados atualizados em 2007. O objetivo do estudo era demonstrar de que forma o trabalho e a educação influem na reinserção social do preso e, conseqüentemente, nas chances que terá de reincidência no crime. Trabalhar na prisão diminui as chances de reincidência em 48%. Quando o preso estuda na cadeia, as chances de voltar ao crime diminuem em 39%.

“Em linhas gerais, através dos resultados deste estudo podemos afirmar que trabalho e estudo apresentam um papel significativo na reinserção social dos apenados, diminuindo consideravelmente a sua reincidência”, aponta o cientista político.

Em estudo feito entre os presos do Rio de Janeiro com base na avaliação de 52 mil fichas de prisão realizada nos últimos cinco anos, o pesquisador chegou ao percentual de reincidência de 26% entre presos que não trabalharam, contra somente 11,2% dos que trabalharam e voltaram a cometer um crime.

Na área de educação, ainda no Rio de Janeiro, o pesquisador encontrou uma situação bastante parecida. O percentual de reincidência chega a 24,2% entre aqueles que não estudaram na prisão, ao passo que somente 6,3% dos que estudaram cometeram novos delitos.

A tese aponta que, em todo o país, apenas 17,3% de presos estudam na prisão participam de atividades educacionais de alfabetização, ensino fundamental, ensino médio e supletivo. "Não há dados mais precisos de quantos presos estão estudando em cada Estado".

Com relação à Unidade Prisional de Bom Jesus onde se realizou a pesquisa comprovou-se que o ensino é de qualidade e satisfaz aos detentos, embora se constate a necessidade de cada vez mais se adaptar o processo ensino-aprendizagem a realidade prisional do detento fazendo com que o ensino da escola aborde o seu contexto e a sua realidade.

O processo ensino-aprendizagem e a carga horária comparados com as demais escolas do EJA da Rede Estadual de Ensino de Bom Jesus e com as demais escolas das Penitenciárias do Estado do Piauí são satisfatórios e de qualidade contribuindo para recuperar os detentos para a vida após a prisão.

A carga horária deve ser cumprida rigorosamente para que todos os conteúdos programáticos possam ser ministrados ao longo dos semestres e ao final do ano letivo.

A educação é um processo não acabado que necessita constantemente ser aprimorado com novos métodos e técnicas que façam com que os detentos tomem gosto pelo estudo para que cada vez mais adquiram o conhecimento para transformar sua realidade e propiciar uma vida mais digna.

Reivindicar o aumento de agentes penitenciários para a Penitenciária Regional de Bom Jesus, requerer e sensibilizar a Secretaria da Justiça e de Direitos Humanos do Estado do Piauí para que dê posse e lote os agentes penitenciários que lograram êxito no último concurso e que já concluíram a academia e estão aptos para desempenharem as suas funções.

O número reduzido de agentes penitenciários impossibilita o aumento no número de detentos (reeducandos) que possam frequentar a Escola da penitenciária devido à falta de segurança na Unidade Prisional.

Implantar e fazer funcionar a Escola Penitenciária Estadual em parceria com o Ministério da Justiça, através do Departamento Penitenciário Nacional para a formação e qualificação do servidor penitenciário.

Implantar outros Projetos de Humanização com os agentes penitenciários para que melhore o relacionamento deles com os detentos principalmente para fazer compreender a importância da educação na mudança do ser humano e como um dos meios para recuperação dos detentos.

Intensificar as parcerias com demais órgãos como a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária - EMBRAPA que é parceiro e vizinho da Penitenciária em projetos e cursos de

hortas, pesquisa e laboratórios para que os detentos possam frequentar e aumentar os conhecimentos.

Estabelecer parcerias com outros órgãos como a 14ª Gerência Regional de Educação de Bom Jesus para instalar o Projeto TV ESCOLA, firmar parcerias com a Fundação Banco do Brasil e implantar o Programa BB Educar, Estação Digital, firmar parceria com o Escritório Regional de Bom Jesus do Instituto de Assistência Técnica e Extensão Rural do Piauí - EMATER/PI, Campus da Universidade Federal do Piauí em Bom Jesus e com o Campus da Universidade Estadual do Piauí em Bom Jesus.

Realizar palestras, seminários para trazer mais conhecimentos sobre diversos assuntos e atualizar os detentos que frequentam a escola sobre os fatos e temas atuais.

Incentivar e apoiar a prática do artesanato como fonte de renda e de ocupação do tempo, plantio adequado e com técnica de hortas e outras atividades que possam ocupar o tempo e a mão de obra dos detentos.

Incentivar a prática desportiva e de outras atividades de lazer e de interação.

Firmar parcerias com a sociedade para doações de materiais para a prática do artesanato e a venda no comércio do artesanato que é produzido.

Solicitar junto a Secretaria Estadual de Educação e Cultura o aumento dos materiais didáticos, livros para a Escola da Penitenciária.

Capacitar os professores para que as disciplinas ministradas sejam voltadas para a realidade dos detentos.

Fiscalizar de forma mais efetiva os agentes penitenciários para que cumpram os horários de funcionamento da escola afim de que a carga horária seja efetivamente cumprida e para que os conteúdos programáticos possam ser ministrados ao longo do ano sem prejuízo para o processo ensino-aprendizagem.

Tentar melhorar o relacionamento e o convívio entre os agentes penitenciários, detentos e professores.

Realizar atividades recreativas e de interação com todos que fazem parte dos quadros da escola ou que estejam envolvidos direta ou indiretamente com a escola.

A educação tem que ser de qualidade e buscar a cada dia melhorar os conteúdos, a forma de aprendizagem, um ensino voltado para a realidade da escola e dos detentos que a frequentam, estimulando ações concretas com as que foram citadas e que devem ser implementadas para melhorar o processo de formação e de aprendizagem dos detentos.

O estudo, a pesquisa e os resultados obtidos são relevantes cientificamente e contribuem para mudar e melhorar o processo ensino-aprendizagem da escola da penitenciária

que se diga não se finda por aqui tal estudo devendo ser continuado porque como dissemos anteriormente a educação é processo que necessita constantemente ser aprimorado, melhorado e que não se esgota.

Deve-se investir na criação de uma escola para os sistemas penitenciários e socioeducativo cuja concepção educacional privilegie, acima de tudo, a busca pela formação de um cidadão consciente da sua realidade social. Também é essencial que o Ministério da Justiça e os órgãos competentes assumam a educação como uma das políticas de reinserção social e, em articulação com os Ministérios da Educação, da Saúde, da Cultura etc, definam as diretrizes nacionais para o “tratamento penitenciário e socioeducativo”, visando à construção coletiva de uma política pública voltada à alfabetização e à elevação de escolaridade da população privada de liberdade e egressa no contexto das políticas de Educação de Jovens e Adultos.

Ciente de que sem a participação efetiva da sociedade as políticas públicas muitas vezes estão fadadas ao fracasso, acreditamos que somente avançaremos em uma política de execução penal e de medidas socioeducativas, que atenda os seus reais anseios, com a participação efetiva da sociedade civil organizada. Neste sentido, torna-se fundamental o estímulo à criação de Conselhos da Comunidade em todas as Varas de Execuções Penais, como já previsto na Lei de Execuções Penais e do fortalecimento dos Conselhos Estaduais e Municipais de Defesa dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes, com o objetivo de acompanhar a execução das políticas em cada estado.

Sendo a Educação Formal, um dos meios de tornarem-se seres conscientes e melhores. Através da “educação orientada para o desenvolvimento de valores, atitudes, capacidades e competências que favoreçam a aprendizagem, a adaptabilidade e a relação com os outros”. Os reclusos podem desenvolver atitudes positivas perante a sociedade em que estão inseridos, motivar-se relativamente aos “conhecimentos escolares” e encontrar o seu lugar na sociedade. É de suma importância a educação prisional, na medida em que é vista como instrumento de ressocialização, de desenvolvimento de habilidades e de educação para a empregabilidade. Os objetivos de encarceramento devem ultrapassar as questões de punição, isolamento e detenção. A educação formal tem demonstrado que auxilia na obtenção dos objetivos centrais de reabilitação e ressocialização, incidentes no resgate social, e minimização da discriminação social. Precisamos dentro da Educação Prisional, unir educação e trabalho para obtermos um crescimento qualitativo, e com as parcerias seremos referência no atendimento.

A relevância da educação prisional como instrumento de ressocialização e de desenvolvimento de habilidades e de educação para a empregabilidade é notória no sentido de

auxiliar os reclusos a reconstruir um futuro melhor durante e após o cumprimento da sentença. Os objetivos de encarceramento ultrapassam as questões de ‘punição, isolamento e detenção. A educação auxilia e permite a obtenção dos objetivos centrais de reabilitação que incidem em resgate social e educação libertadora numa dimensão de autonomia, sustentabilidade e minimização de discriminação social.

Trabalhar na busca da identidade perdida, e participar desta sociedade modernizada e midiaticizada, poderá ser um viés articulador e um grande desafio para gerar mudanças, compromissos e possibilitar aos reeducandos um retorno digno à sociedade.

A educação é um direito de todos. A concepção e implementação de políticas públicas visando ao atendimento especial de segmentos da população estrutural e historicamente fragilizados, constituem um dos modos mais significativos pelos quais o Estado e a Sociedade podem renovar o compromisso para com a realização desse direito e a democratização de toda a sociedade. O espaço e o tempo do sistema penitenciário, aliás, confirmam esses pressupostos. Embora não falem referências no plano interno e internacional, segundo as quais se devam colocar em marcha amplos programas de ensino, com a participação dos detentos, a fim de responder às suas necessidades e aspirações em matéria de educação.

BIBLIOGRAFIA

ADORNO, SÉRGIO, (1991). **A Prisão sob a ótica de seus protagonistas**: Itinerário de uma Pesquisa. In: Tempo Social; Rev. de Sociologia da USP, São Paulo: 3(1-2):7-40

ALBORNOZ, SUZANA, (2002). **O que é trabalho**. São Paulo: Brasiliense, Anistia Internacional. Brasil: “Aqui ninguém dorme sossegado” – violações dos direitos humanos contra detentos. São Paulo.

ARANHA, M. L. A.DE., (1998). **História da educação. 2.**, São Paulo: Moderna.

BECKER, HOWARD S., (1997). **Métodos de Pesquisa em Ciências Sociais**. São Paulo: Ed. Hucitec.

BRANDÃO, ZAIA (2002). **Entre questionários e entrevistas**. In: Pesquisa em Educação: conversas com pós-graduandos. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Edições Loyola.

BRANDÃO, D. M.S & CREMA, R. (1991). **Visão Holística em Psicologia e educação**. São Paulo: Summus.

Brasil, Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Atualizada até 31. 12. 1999. 5., São Paulo: TR, 2000 266p.

Brasil, Lei Nº 9.394, 20 dez. 1996. Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

BUARQUE, C. 1993. **Qualidade de vida**: a modernização da utopia. Revista Lua Nova, São Paulo, n31, p. 157-165.

CAPELLER, WANDA. (1985). **O Direito pelo avesso**: análise do conceito de ressocialização. In: Temas IMESC, Soc. Dir. Saúde. São Paulo: 2(2):127-134.

CARVALHO FILHO, LUIS FRANCISCO. (2002). **A Prisão**. São Paulo: Publifolha.

CHAUÍ, MARILENA. (1980). **O que é Ideologia**. São Paulo: Brasiliense.

Código de Processo Penal. (1999). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Constituição da República Federativa do Brasil: (1995). Promulgada em 5 de outubro de 1988. 26 Edição atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2007.

COULON, ALAIN. **A Escola de Chicago**. São Paulo: Papirus.

CURY, CARLOS R. JAMIL. (1985). **Educação e contradição**: elementos metodológicos para uma teoria crítica do fenômeno educativo. São Paulo: Cortez/ Autores Associados.

CATAPAN, A. H. **Trabalho & consumo**: para além dos parâmetros curriculares. Florianópolis: Insular.

CONZATTI, O. (1998). **Educação para os valores**. Philos, Revista Brasileira de Filosofia no 1º Grau. Florianópolis, Ano 5, Nº 9, p. 46-50, 1º semestre.

DELORS, JACQUES, (2000). et alii. **Educação um tesouro a descobrir**. 4., São Paulo: Cortez.

DEMO, P. (1985). **Sociologia uma introdução crítica**. 2., São Paulo: Atlas.

Diário do Congresso Nacional, (1999). Suplemento ao n. 61, de 04/06/1976, p. 2, In: Exposições de Motivos da Lei de Execução Penal – Código de Processo Penal, São Paulo, p. 121.

Diretrizes para elaboração de projetos e construção de Unidades Penais no Brasil. Brasília: (1995). CNPCP.

DOWDNEY, LUKE. (2003). **Crianças do Tráfico**: um estudo de caso de crianças em violência armada organizada no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 7 letras.

DURKHEIM, ÉMILE. (1978). **Educação e Sociologia**. São Paulo: Melhoramentos/ Fundação Nacional de Material Escolar, Rio de Janeiro.

FREIRE, P. (1983). **Educação e mudança**. 7., Rio de Janeiro: Paz e Terra.

_____A importância do ato de ler. (1983). 3., São Paulo: Cortez.

_____A importância do ato de ler, (1994). Em três artigos que se contemplam. 14. São Paulo; Cortez.

_____Pedagogia do oprimido. (1987). 30., Rio de Janeiro: Paz e Terra.

_____ Pedagogia da Autonomia. (1997). Saberes necessários a prática educativa. São Paulo: Paz e Terra, Freire, P. & Rivièrè, P. (1987). O processo educativo segundo Paulo Freire e Pichon Rivièrè. São Paulo: Vozes.

FOUCAULT, M. (1979). **Microfísica do poder**. Trad. de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal.

_____Vigiar e punir: (1998). Nascimento da prisão. Trad. de Raquel Ramalheite. 18., Petrópolis: Vozes.

_____. História da Loucura. (2001). São Paulo: Editora Perspectiva. Ciências da cognição. Florianópolis: Insular.

GADOTTI, M. (1984). **A educação contra a educação**: o esquecimento da educação e a educação permanente. 3., Rio de Janeiro: Paz e Terra.

_____ História das idéias pedagógicas. (1998). 6., São Paulo: Ática.

GADOTTI, M.; FREIRE, P. & GUIMARÃES, S. (1985). **Pedagogia**: diálogo e conflito. São Paulo: Cortez - Autores Associados.

GENTILI, PABLO & SILVA, TOMAZ TADEU DA. (1994). **Neoliberalismo, Qualidade Total e Educação**: visões críticas. Petrópolis: Vozes.

GENTILI, P. (1995). (org.) **Pedagogia da exclusão. Crítica ao neoliberalismo em educação**. 6., Rio de Janeiro: Vozes.

GERALDI, J. W. (1993). **Portos de passagem**. São Paulo: Martins Fontes.

GRAMSCI, ANTONIO. (1971). **Selections from prison Notebooks**. New York: International Publishers.

GROSSI, E. (1997). **Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Lei nº 9.394**, de Dezembro de 1998. Rio de Janeiro: Pargos.

GOFFMAN, ERVING. (1961). **Manicômios, Prisões e Conventos**. São Paulo: Editora Perspectiva.

GUTIERRES, P.F.& CASTILHO, D.P. (1994). **A Meditação pedagógica: Educação a Distância alternativa**. Campinas: Papyrus.

IBÁÑEZ, ENRIQUE DEL ACEBO & BRIE, ROBERTO J. (2001). **Diccionario de Sociología**. Buenos Aires: Claridad.

JESUS, ANTONIO TAVARES DE. (1989). **Educação e Hegemonia no pensamento de Antonio Gramsci**, São Paulo: Cortez.

KUENZER, ACÁCIA Z. (2002) **Pedagogia da Fábrica: as relações de produção e a educação do trabalhador**. São Paulo: Cortez.

LEMGRUBER, JULITA. **Nem todo criminoso precisa ir para cadeia: a prisão só serve para quem ameaça a sociedade**. In: Revista Super Interessante –Edição Especial: Segurança. São Paulo: Editora Abril, 04/2002, p. 60 e 61.

MANACORDA, M. (1999). **A História da educação: da antiguidade aos nossos dias**. São Paulo: Cortez.

_____A vida nas escolas: (1997). Uma introdução à pedagogia crítica nos fundamentos da educação. 2., Porto Alegre: ArtMed.

_____Educação a distância: (2001) – 02. Planejamento e gestão em educação a distância. Curso de Formação em Educação a Distância- UNIREDE. Curitiba MEC/Seed: UFP.

MARTINS, PAULO DE SENA. (2002). **Assistência Educacional nos Estabelecimentos Penais**. Brasília: Câmara dos Deputados.

MASON, ROBIN. **Models of Online Courses**. ALN Magazine. Volume 2, Issue 2 – October 1998.

MATURANA H.R. & VARELA, F. J. (1973). **Autopoiesis – a organização da vida**. Prefácio de Standford Beer. Médicos / HC- FMUSP. *Medicina e Violência*. São Paulo: Ano II, nº 8, maio/junho de 1999.

MINAYO, M. A. C. S. (1999). **Pesquisa social. Teoria, Método e criatividade**. 12., Petrópolis: Vozes.

Ministério DA Educação, Conselho Nacional de Educação. Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação de Jovens e Adultos. 2006. Brasília.

Ministério DA Justiça, Secretaria Nacional de Justiça, Departamento Penitenciário Nacional – Brasil: Informações Penitenciárias. Brasília – Abril de 2006.

_____, Secretaria Nacional de Justiça, 2006. Departamento Penitenciário Nacional. Programa de Reestruturação do Sistema Penitenciário Nacional: Termo de Referência para elaboração de projetos destinados à melhoria do Sistema Penitenciário Nacional. Brasília.

_____. Diretrizes Básicas de Política Criminal e Penitenciária. Brasília: (2005) Offe, Claus. *Sistema educacional, sistema ocupacional e política da educação – contribuição à determinação das funções sociais do sistema educacional*. In: Revista Educação & Sociedade, nº 35, abril de 1990.

- MIRABETE, J. F. (1993). Lei de execução penal. 5., São Paulo: Atlas.
- MOORE, MICHAEL G. (1996). **Distance education**: a systems view / Title: – United States.
- MORAN, J. M. (2000). **Novas Tecnologias e Mediação Pedagógica**. São Paulo: Papirus.
- MORIN, E. (2000). **Os sete saberes necessários a educação do futuro**. São Paulo: Cortez.
- NEVES, C.M.C. **TV na Escola e os desafios de hoje**: Tecnologias e educação: desafios e a TV escola. 2000. Módulo 1, Brasília; EAD/SEED.
- OLIVEIRA, EDMUNDO. **O Futuro Alternativo das Prisões**. Rio de Janeiro, Forense, 2001.
- OLIVEIRA, O.M.DE.(1996). **Prisão**: um paradoxo social. 2., Florianópolis: DAUSFC.
- PILETTI, C. & PILETTI, N.(1988). **Filosofia e história da educação**. São Paulo: Ática.
- _____ Didática geral. 23. (2001), São Paulo: Ática.
- PILETTI, N. (1997). Psicologia Educacional. 15., São Paulo: Ática.
- PIMENTEL, N.M. (2000). (org) **Gestão Escolar**: Programa de qualificação de educadores. Florianópolis, LED/UFSC.
- PINKER, S. (1999) (Motta, L.T: Tradução). **Como a mente funciona**. São Paulo: Companhia das Letras.
- POSSENTI, S. (1998). **Por que (não) ensinar gramática na escola**. 3., Campinas: Mercado de Letras.
- Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil. Brasília: (1995). Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

SEVERINO, ANTÔNIO JOAQUIM. (1983). **A Cidadania como inclusão social**: tarefa da educação. In: Revista da APG – PUC/SP. São Paulo: (2000), ano IX, nº 21 Simmel, George. Sociologia. São Paulo: Ática.

TAVARES DOS SANTOS, JOSÉ VICENTE. (1978). **Colonos do vinho**: estudo sobre a subordinação do trabalho camponês ao capital. São Paulo: Hucitex, , p. 3.

THOMPSON, AUGUSTO. (1980). **A questão da penitenciária**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

TFOUNI, L.V. (1995). **Letramento e alfabetização**. São Paulo: Cortez.

_____. **O resgate da identidade**: (1986). investigação sobre o uso da modalidade por adultos não alfabetizados. Cadernos de estudos lingüísticos.

THIOLLENT, M. (1998). **Metodologia da pesquisa-ação**. 8., São Paulo: Cortez.

TOFFLER, A. (1998). **A terceira onda**. 23., Rio de Janeiro: Record.

Thomal, A. (1998). **O processo da educação para a cidadania**. Philos, Revista Brasileira de Filosofia no 1º Grau. Florianópolis, Ano 5, Nº 9, p. 72 – 79 1º semestre.

TRIVIÑOS, A,N.S. (1987). **Introdução a pesquisa científica social**. A pesquisa qualitativa em educação. O positivismo. A fenomenologia. o Marxismo. São Paulo: Atlas.

VALDEJÃO, RENATA. **Prisões**: lotadas e falidas, as cadeias brasileiras não isolam nem recuperam os criminosos. Para salvá-las, é preciso devolver a dignidade aos presos. In: Revista Super Interessante –Edição Especial: Segurança. São Paulo: Editora Abril, 04/2002, p. 51 a 53.

VASCONCELLOS, C. S. (1999). **Construção do conhecimento em sala de aula**. 8ª ., São Paulo: Libertad.

VARELLA, DRAUZIO. (1999). **Estação Carandiru**. São Paulo: Companhia das Letras.

VELHO, OTÁVIO GUILHERME. (1979). **O Fenômeno Urbano**. Rio de Janeiro: Zahar Editores.

VIANNEY, J. (cord.) et alii. (1998). **Introdução em Educação A Distância**. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis: Laboratório de Ensino a Distância.

YOUNG, PAULINE V. (1960). **Métodos científicos de investigación social**. 2ªed. México: Universidade Nacional Autônoma.

VYGOTSKY, L.S. (1989). **Pensamento e linguagem**. São Paulo: Martins Fontes.

WACQUANT, LOIC. (2001). **As Prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

_____. *Os Condenados da Cidade*: (2001). **estudo sobre marginalidade avançada**. Rio de Janeiro: Editora Revan; FASE.

_____. *Punir os Pobres*: (2001). **a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia; Editora Freitas Bastos,

WEBER, MAX. (1974). **Sobre la teoria de lãs ciências sociales**. Barcelona: Península.

_____. *A objetividade do conhecimento na Ciência Social e na Ciência Política – 1904*. 1993. In: *Métodos das Ciências Sociais – Parte 1*. São Paulo: Cortez; Campinas: Editora Unicamp.

<http://www.comunidadessegura.org/?q=pt/node/35374/>

<http://www.comunidadessegura.org/?q=pt/node/35379>

<http://portaldaclube.globo.com/noticia.php?hash=9feba13263ac6b6a68a08f5e7123bc40&id=185> 03/04/2006 14:56 por Tom Lima.

E:\Textos mestrado\Direitos Humanos no Brasil a exclusão dos detentos.htm

<http://www.sepe.pi.gov.br/materia.php?id=18351>

<http://www.secjus.pi.gov.br/>

<http://www.advogado.adv.br/artigos/2003/romualdoflaviotropia/direitoshumanosdetentos.htm>

http://www.controlesocial.org.br/boletim/ebul19/tem_verde.html

<http://www.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJDA8C1EA2ITEMID0A92E04549BC444EBF4358C793E9539APTBRIE.htm>

http://veja.abril.com.br/250209/p_084.shtml

<http://www.brasildefato.com.br/v01/agencia/nacional/relatorio-discute-o-direito-a-educacao-nos-presidios>

<http://www.ilanud.org.br/comunicacao/noticias/relator-da-onu-divulga-informe-sobre-educacao-nas-prisoas/>

www2.dbd.puc-rio.br/pergamum/.../0114322_03_pretextual.pdf

ANEXOS

Anexo 01.

Ofício solicitando permissão e acesso a Penitenciária Regional Dom Abel Alonso Núñez.

Bom Jesus (PI), 06 de agosto de 2007.

Ao Ilmo. Sr.

Bel. RAIMUNDO CARLOS NOGUEIRA ALMEIDA

MD. Gerente da Penitenciária Regional Dom Abel Alonso Núñez

Br – 135, Km 3,7, Localidade Vila Estela

Bom Jesus – Piauí.

Assunto: Solicitação de permissão para acesso a Penitenciária Regional Dom Abel Alonso Núñez.

Senhor Gerente,

Ao cumprimentá-lo respeitosamente venho através do presente expediente expor e ao final solicitar:

Senhor Gerente por estar cursando mestrado na Universidad Autónoma de Asunción no Paraguai e por necessitar um Plano de Avaliação da Escola da Penitenciária Regional Dom Abel Alonso Núñez, Localizada na BR – 135, Km 3,7, Localidade Vila Estela, cidade de Bom Jesus, Estado do Piauí, Brasil”.

Necessito de Vossa autorização e permissão para poder ter acesso aos arquivos, formulários do INFOPEN, questionários com os detentos, professores, agentes penitenciários, militares, funcionários e coordenadores da administração em geral desta Unidade Prisional, bem como solicitar de V. Sa. que responda a questionário.

Esclareço que a presente pesquisa é de caráter científico e preservará a integridade dos detentos dentro das normas de segurança e do Regimento Interno desta Unidade Prisional.

Certo de que serei atendido, desde já agradeço a boa vontade de todos.

Atenciosamente,

Benigno Núñez Novo

- Requerente -

Recebi em ____ / ____ / ____

Assinatura

Anexo 02.

Questionário apresentado e dirigido ao Gerente da Unidade Prisional de Bom Jesus, Estado do Piauí, Brasil.

Questionário apresentado e dirigido ao Gerente da Unidade Prisional de Bom Jesus, Estado do Piauí, Brasil, a quem desde já agradecemos pelas respostas e pronto atendimento nas solicitações para a realização da presente avaliação institucional da Escola da Penitenciária:

Gerente da Unidade Prisional: Bel. RAIMUNDO CARLOS NOGUEIRA ALMEIDA

Data da aplicação do questionário: 08/10/2007

- 1) De quem partiu a iniciativa da implementação do projeto de educação do preso nesta Instituição?
- 2) A sociedade participa da reeducação do preso?
- 3) Os detentos são classificados segundo seus antecedentes para que possam freqüentar a Escola da Penitenciária?
Sim() Não()
- 4) Quantidade de detentos que freqüentam o módulo de ensino:
- 5) Grau de escolaridade:
Ensino Fundamental incompleto:
Ensino Fundamental completo:
Ensino Médio incompleto:
Ensino Médio completo:
Curso superior em andamento:
Curso superior completo:
- 6) O ensino ministrado na Escola da Penitenciária Regional de Bom Jesus é de boa qualidade com relação as demais escolas da rede estadual de ensino e demais penitenciárias?
Sim() Não()
- 7) O processo ensino-aprendizagem é voltado para a realidade do detento?
Sim() Não()
- 8) O que pode ser feito de concreto para melhorar o processo ensino-aprendizagem?
- 9) A carga horária é suficiente para que sejam ministrados todos os conteúdos durante o ano?
Sim() Não()
- 10) A escola tem contribuído como um dos instrumentos de recuperação dos detentos?
Sim() Não()

11) Os detentos que freqüentam a escola da Penitenciária tem melhor comportamento carcerário do que os que não freqüentam?

Sim() Não()

12) O que pode ser melhorando ou modificado para que o processo ensino-aprendizagem e a carga horária atendam seus objetivos?

13) O que pode ser feito para aumentar o número de vagas para os detentos na Escola da Penitenciária?

Anexo 03.

Questionário apresentado e dirigido aos detentos (reeducandos) que freqüentam a Escola da Penitenciária Regional de Bom Jesus, Estado do Piauí, Brasil.

Questionário apresentado e dirigido aos detentos (reeducandos) que freqüentam a Escola da Penitenciária Regional de Bom Jesus, Estado do Piauí, Brasil, a quem agradecemos pela disposição de responder os questionamentos e o tratamento cordial:

Data da aplicação do questionário: 08/10/2007

1) Nome:

2) Idade:

3) Grau de escolaridade:

4) Delito cometido:

5) Há quanto tempo está preso?

6) Qual a pena a ser cumprida?

7) Quais são as suas esperanças depois de concedida a liberdade?

8) O ensino ministrado na Escola da Penitenciária Regional de Bom Jesus é de boa qualidade com relação as demais escolas?

Sim() Não()

9) O processo ensino-aprendizagem é voltado para a realidade do detento?

Sim() Não()

10) O que pode ser feito de concreto para melhorar o processo ensino-aprendizagem?

11) A carga horária é suficiente para que sejam ministrados todos os conteúdos durante o ano?

Sim() Não()

12) O que pode ser melhorando ou modificado para que o processo ensino-aprendizagem e a carga horária atendam seus objetivos?

13) O que pode ser feito para aumentar o número de vagas para os detentos na Escola da Penitenciária?

Anexo 04.

Questionário apresentado e dirigido aos professores que ministram aulas na Escola da Penitenciária Regional de Bom Jesus, Estado do Piauí, Brasil, a quem desde já agradecemos por atender a solicitação e o empenho em discutir e responder os questionamentos:

Data da aplicação do questionário: 08/10/2007

Professores:

1) O ensino ministrado na Escola da Penitenciária Regional de Bom Jesus é de boa qualidade com relação as demais escolas da rede estadual de ensino da cidade de Bom Jesus e escolas das demais penitenciárias?

Sim() Não()

2) O processo ensino-aprendizagem da escola é voltado para a realidade do detento?

Sim() Não()

3) O que pode ser feito de concreto para melhorar o processo ensino-aprendizagem?

R –

4) A carga horária é suficiente para que sejam ministrados todos os conteúdos durante o ano?

Sim() Não()

5) A escola tem contribuído como um dos instrumentos de recuperação dos detentos?

Sim() Não()

6) O sistema oferece ao professor condições de trabalho voltado para a realidade do detento?

Sim() Não()

7) O que poderia ser modificado no Sistema Penitenciário na área de ensino e aprendizagem, para melhor aproveitamento do detento?

R – .

8) O material disponível é suficiente para o desenvolvimento das atividades de ensino?

Sim() Não()

9) Em caso negativo o que é necessário?

R –

10) O número de horas-aula é suficiente para a aprendizagem do detento?

Sim() Não()

11) O que pode ser melhorando ou modificado para que o processo ensino-aprendizagem e a carga horária atendam seus objetivos?

R –

12) O que pode ser feito para aumentar o número de vagas para os detentos na Escola da Penitenciária?

R –

Anexo 05.
Fotografias



Figura 3 - ENTRADA DA PENITENCIÁRIA REGIONAL DE BOM JESUS, PIAUÍ, BRASIL.



Figura 4 - VISÃO DA ENTRADA DA ESCOLA DA PENITENCIÁRIA



Figura 5 - JARDIM DA ESCOLA UM DOS TRABALHOS DOS REEDUCANDOS DA ESCOLA



Figura 6 - REEDUCANDOS EM SALA DE AULA



Figura 7 - PROFESSORA MINISTRANDO AULA DE GEOGRAFIA



Figura 8 - PROFESSORA MINISTRANDO AULA DE PORTUGUÊS



Figura 9 - REEDUCANDOS CORRIGINDO TAREFAS EM SALA DE AULA



Figura 10 - ARTESANATO PRODUZIDO POR DETENTO QUE FREQUENTA A ESCOLA DA PENITENCIÁRIA



Figura 11 - JARDINS DO PRÉDIO DA ADMINISTRAÇÃO DA PENITENCIÁRIA CONSTRUÍDOS PELOS REEDUCANDOS



Figura 12 - PLANTAÇÕES REALIZADAS PELOS REEDUCANDOS



Figura 13 - VISÃO DE CIMA DOS PAVILHÕES DA PENITENCIÁRIAREGIONAL DE BOM JESUS