

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 858

(Ano X)

(16/06/2018)

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](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

## SUMÁRIO

### COLONISTA DA SEMANA



13/06/2018 Eduardo Luiz Santos Cabette

» [Vedação da prisão em flagrante em crimes de trânsito quando há socorro à vítima e as circunstâncias da embriaguez e do racha](#)

### ARTIGOS

15/06/2018 Camila Bonafini Pereira

» [Direito Penal de Emergência e a base constitucional do sistema jurídico penal e processual penal](#)

15/06/2018 Benigno Núñez Novo

» [Análise histórica da União Europeia](#)

15/06/2018 Reisson Ronsoni dos Reis

» [Alternativas à judicialização do acesso a medicamentos de possível adoção pela Administração Pública](#)

15/06/2018 Denis Menezes de Araujo.

» [Os direitos e garantias fundamentais da presa gestante](#)

15/06/2018 Mauricio Evandro Campos Costa

» [Atuação sindical nos conflitos coletivos de trabalho à luz da teoria dos aparelhos ideológicos do Estado](#)

15/06/2018 Lídia Lustosa de Oliveira

» [Crimes de estupro: os desafios para produção e concretização de provas](#)

15/06/2018 Marcela Vieira Silva

» [Alienação parental: a resolução de conflitos mediante o instituto da mediação](#)

15/06/2018 Carlos Gonzaga Rodrigues

» [Remição da pena pelo estudo e trabalho na unidade prisional feminina de Palmas](#)

15/06/2018 Leonardo de Tajaribe R.H. da Silva Junior

» [Da possibilidade de fixação do regime aberto para réu reincidente](#)

15/06/2018 Bruno Gêda Peixoto Melo Almeida

- » [Os principais reflexos da alienação parental nas ações de guarda e tutela de menores](#)  
14/06/2018 Rafael Santana Lopes
- » [A importância do trabalho no ideal ressocializador do preso e a ausência de vagas em Alagoas](#)  
14/06/2018 Roberto Rodrigues de Moraes
- » [MG aceita pagamento de ICMS com precatórios com desconto do programa regularize](#)  
14/06/2018 Lucas Sales da Costa
- » [Sindicalismo e direitos sociais no regime militar \(1964-1985\)](#)  
14/06/2018 Brenda da Silva Alves
- » [Desafios do ordenamento jurídico brasileiro diante da complexidade ambiental: acerca da necessidade de uma análise transdisciplinar no Direito Ambiental](#)  
14/06/2018 Priscila Fernandes da Silva Paço
- » [Ação de consignação em pagamento: características, requisitos e principais modalidades](#)  
14/06/2018 Wellington Divino Sousa Lima
- » [A complementação de alíquota do ICMS \(in\)devida pelos optantes do simples nacional no Tocantins](#)  
14/06/2018 Benigno Núñez Novo
- » [Direito Romano](#)  
14/06/2018 Fernando Lucas Dias
- » [Dano Moral nas Relações Trabalhistas](#)  
14/06/2018 Leandro Wehdorn Ganem
- » [Considerações acerca da Constituição Econômica](#)  
14/06/2018 Camila Pimentel de Oliveira Ferreira
- » [Animais e cultura humana: aspectos filosóficos](#)  
13/06/2018 Joziel Barbosa Fernandes
- » [A responsabilidade penal, civil e administrativa das instituições financeiras e a \(des\)conformidade ao compliance](#)  
13/06/2018 Janayna Nogueira
- » [Método APAC: um novo conceito de sistema prisional](#)  
13/06/2018 Elvina Gomes de Souza
- » [Dano moral decorrente do abandono afetivo](#)  
13/06/2018 Danilo Campos Teixeira

» [Considerações acerca da natureza jurídica do pedágio: taxa ou tarifa.](#)

13/06/2018 Manoel Pereira de Sá Filho

» [A regularização fundiária e a função social da propriedade rural](#)

13/06/2018 Brenda Albuquerque Fernandes

» [Castração química como direito individual, voluntário e alternativo para pedófilos reincidentes no Brasil: um estudo comparativo do método utilizado pela União Europeia](#)

13/06/2018 Allan Torres Belfort Santos

» [A alegação de incompetência territorial no processo do trabalho e a reforma trabalhista](#)

13/06/2018 Vanise Coelho Gomes

» [Acesso à justiça, os meios alternativos de resolução de conflitos e as diretrizes curriculares dos cursos de direito](#)

13/06/2018 Thais Luana de Oliveira Muniz

» [Trabalho artístico infantil](#)

13/06/2018 Vagner Luciano de Andrade

» [Impactos nas paisagens naturais e culturais do quadrilátero ferrífero: uma problematização pedagógica no âmbito do Direito Ambiental](#)

12/06/2018 Gabriel Chiovetto Carvalho

» [Crimes Cibernéticos](#)

12/06/2018 Mauricio Evandro Campos Costa

» [A nova redação do artigo 702, da CLT, e o princípio da separação dos poderes](#)

12/06/2018 Luis Augusto Ferraz Campos

» [Adoção por casal homoafetivo](#)

12/06/2018 Luana Souza Dos Santos

» [Direito à identidade genética x direito ao anonimato do doador na reprodução assistida heteróloga.](#)

12/06/2018 Andrezza Albuquerque Pontes de Aquino Cassimiro

» [Comentários à teoria simplificada da posse](#)

12/06/2018 Leonardo Fernandes Pinheiro

» [Direito Agrário - Evolução e elementos jurídicos do contrato agrário](#)

12/06/2018 Leticia Ribeiro Lima

» [Inovações do Código Processual Penal acerca da audiência de custódia](#)

12/06/2018 Camila Pimentel de Oliveira Ferreira

» [O Direito Previdenciário e o Direito do Trabalho: relações, aproximações e distanciamentos.](#)

12/06/2018 Gabriela Tomaz Rosolem

» [A invisibilidade da mulher no mercado de trabalho](#)

12/06/2018 Patrícia de Oliveira Silva

» [O direito ao ambiente de trabalho seguro para o teletrabalho](#)

11/06/2018 Andrezza Albuquerque Pontes de Aquino Cassimiro

» [Efeitos dos recursos no novo Código de Processo Civil](#)

11/06/2018 Emanuel Holanda Almeida

» [A compatibilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica com o Processo do Trabalho e a necessidade de sua aplicação](#)

11/06/2018 Cassiano André Kaminski

» [Doação de Bens Inservíveis pela Administração Pública em Ano Eleitoral](#)

11/06/2018 Ricardo Andrett Silva Rodrigues

» [Terras quilombolas: um direito negado na constitucionalidade da lei](#)

11/06/2018 Fabíola de Sousa Barbosa de Carvalho

» [A Lei de Responsabilidade Fiscal e seus resultados práticos aplicados na tentativa de combater a corrupção](#)

11/06/2018 Leonardo Fernandes Pinheiro

» [Tutelas de urgência no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e sua eficácia no Estado Brasileiro](#)

11/06/2018 Willian Duarte

» [Os desafios da reinserção do egresso do Sistema Prisional Brasileiro ao mercado de trabalho e a sociedade](#)

11/06/2018 Leandro Wehdorn Ganem

» [O regime jurídico do nascituro estabelecido no Código Civil brasileiro e no corpus iuris civilis](#)

11/06/2018 Camila Pimentel de Oliveira Ferreira

» [O processo legislativo de incorporação de denúncia da Convenção 158 da OIT](#)

11/06/2018 Denise Nalini de Oliveira Dias

» [Ética Cristã e o Aborto](#)

## **VEDAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM CRIMES DE TRÂNSITO QUANDO HÁ SOCORRO À VÍTIMA E AS CIRCUNSTÂNCIAS DA EMBRIAGUEZ E DO RACHA**

### **EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:**

Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós - graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

O Código de Trânsito Brasileiro em vigor (Lei 9503/97 – artigo 301), mantendo tradicional norma que já era prevista no antigo Código Nacional de Trânsito (Lei 5.108/66 – artigo 123), veda a prisão em flagrante do motorista envolvido em acidente de que resulte vítima, desde que preste “pronto e integral” socorro.

O regramento legal é claro e objetivo. Simplesmente não se impõe a prisão em flagrante a quem preste socorro em acidente de trânsito viário. Trata-se de uma medida de Política Criminal que visa incentivar as pessoas, ainda que tenham agido com negligência, imprudência ou imperícia evidentes, a prestar socorro e ao menos tentar minimizar as consequências de seus atos, sem temer a possibilidade de sofrer uma restrição de liberdade porque permaneceram no local, prestando a devida assistência a feridos. Não prever tal norma, seria incentivar a fuga do local, mesmo de indivíduos que tivessem convicção de não haver agido em infração à lei, pelo simples temor de uma prisão, ainda que injusta. Note-se que, por outro lado, quem omite o socorro devido sofre um aumento de pena de um terço até a metade, nos estritos termos do artigo 302, § 1º, III e artigo 303, § 1º, CTB. O sistema, sob a ótica da Política Criminal, é perfeito: incentivo à prestação de socorro (uma manifestação do chamado “Direito Premial”) e inibição, com aumento de pena, para a omissão do socorro.

Conforme destacam Capez e Gonçalves:

“Acontece que, visando estimular o socorro às vítimas, o legislador veda a efetivação da prisão em flagrante (lavratura do respectivo auto de prisão), bem como dispensa fiança àquele condutor de veículo envolvido em acidente que venha a prestar imediato e completo socorro à vítima. Em contrapartida, aquele que não o fizer responderá pelo crime de homicídio ou lesões corporais culposas, com o acréscimo de um terço até a metade da pena”. [1]

É bom lembrar nesse ponto, que o artigo 301, CTB, veda não somente a prisão em flagrante como também a exigência de fiança, quando há a devida prestação de socorro. Nesse sentido, é preciso ter em mente que, com o advento das alterações promovidas nas medidas cautelares processuais penais pela Lei 12.403/11, também não caberá pretender substituir a liberdade provisória sem restrições pela imposição da condição de pagamento de fiança prevista no artigo 319, VIII, CPP. A norma especial do artigo 301, CTB há que prevalecer sobre a geral do artigo 319, VIII, CPP.

Sabe-se que o Código de Trânsito Brasileiro não somente prevê os crimes de Embriaguez ao Volante (artigo 306, CTB) e de Racha (artigo 308, CTB), como tais circunstâncias podem exasperar a penalidades dos crimes de homicídio culposo no trânsito (artigo 302, CTB) e de Lesão Corporal Culposa no Trânsito (artigo 303, CTB). Isso sem falar na possibilidade de concurso de delitos em certas circunstâncias. [2]

Por obviedade, a vedação da prisão em flagrante não se aplica aos crimes dos artigos 306 e 308, CTB, eis que são culposos e neles (isoladamente falando) não existe vítima direta (trata-se de crimes vagos). [3] Em suma, não haverá a quem socorrer.

Quanto ao homicídio e à lesão, somente há aplicação da vedação do artigo 301, CTB, acaso o crime seja culposos. O dispositivo enfocado trata de “acidentes de trânsito” com vítimas e, portanto, não alcança as atuações dolosas, seja por dolo direto ou eventual. Também é fato, como bem observa Lopes, que o artigo 301 integra o Código de Trânsito Brasileiro e



nesse diploma legal não existe previsão de homicídio ou lesão corporal dolosos, aos quais se aplicam as regras normais do Código Penal e do Código de Processo Penal. [4]

Ocorre que tanto no homicídio culposo como na lesão corporal culposa no trânsito, pode haver ligação com a circunstância da embriedade ou da prática do racha. No homicídio culposo há previsão, no artigo 302, § 3º, CTB, de uma qualificadora que eleva a pena para “reclusão, de 5 a 8 anos” se o agente estiver embriagado na condução de veículo automotor por ocasião do sinistro. Já na lesão culposa, há também qualificadora ligada à embriedade, desta feita prevista no artigo 303, § 2º, CTB. A pena então se eleva para “reclusão, de 2 a 5 anos” se o agente conduz o veículo embriagado e do acidente resulta na vítima lesão grave ou gravíssima.

No crime de racha (artigo 308, CTB), há também uma qualificadora, elevando a pena para “reclusão, de 3 a 6 anos”, quando ocorrer, nessas circunstâncias (racha) lesão grave ou gravíssima. [5] Também há outra qualificadora quando no racha ocorrer morte, quando a pena sobre para “reclusão, de 5 a 10 anos”.

Ocorrendo homicídio culposo no trânsito com o agente embriagado, não há se falar em concurso com o crime de embriaguez (artigo 306, CTB), eis que tal circunstância já qualifica o delito, nos termos do artigo 302, § 3º, CTB. O mesmo se diga quando houver morte em circunstância de racha, pois aí é a morte que qualifica o crime do artigo 308, CTB, de acordo com o § 2º, deste último dispositivo. Também inviável o concurso de crimes nos casos de racha com lesões graves ou gravíssimas, eis que as lesões são qualificadoras do racha (inteligência do artigo 308, §1º, CTB).

Observe-se que em todos os casos tratam-se de mortes ou lesões que derivam de culpa. Inclusive o artigo 308, CTB é bem claro ao afastar explicitamente até mesmo o dolo eventual desses resultados. Assim sendo, em havendo, em qualquer desses casos até o momento tratados, o “pronto e integral” socorro à vítima por parte do autor do crime, inviável será a sua prisão em flagrante, de acordo com o artigo 301, CTB.

No caso das lesões culposas no trânsito com o agente embriagado (artigo 303, § 2º, CTB), é, porém, preciso observar que nem sempre a embriaguez irá qualificar o delito. Isso somente ocorrerá se, além de o agente estar embriagado na ocasião do sinistro, resultarem lesões graves ou gravíssimas na vítima. Nesse caso, a embriaguez é absorvida, pois que já qualifica o crime e não pode haver concurso com o artigo 306, CTB, o que configuraria “bis in idem”. Portanto, também não será viável a prisão em flagrante se houver “pronto e integral” socorro à vítima por parte do agente, de acordo com o artigo 301, CTB, independentemente de estar ele embriagado no momento do acidente.

Porém, nas lesões culposas, se o agente estiver embriagado, mas a vítima sofrer lesões leves no acidente, não haverá a qualificadora do artigo 303, § 2º, CTB, a qual, como visto, exige (até pela conjunção aditiva “e”) a presença da embriaguez e dos resultados graves ou gravíssimos. Nesse caso, pode haver a discussão sobre o concurso do artigo 303 com o artigo 306, CTB. Em se posicionando pela absorção do artigo 306, CTB, não surge dúvida maior quanto à aplicabilidade da vedação da prisão em flagrante. Mas, se a opção é pelo concurso entre os crimes do artigo 303 e 306, CTB, pode surgir a dúvida se seria viável a prisão pelo crime do artigo 306, CTB, eis que ele não comporta vítima determinada. A existência de uma vítima de lesão é ocasional e configuraria delito autônomo. Então, a prisão não seria lavrada com relação ao crime de lesão culposa no trânsito, mas sim com relação ao crime residual de embriaguez ao volante, mesmo porque o artigo 301, CTB se refere a “acidentes de trânsito de que resulte vítima” e na embriaguez, isoladamente, não se trata nem de acidente e muito menos de vítima de lesão.

Acontece que, na verdade, com ou sem concurso delitual, a solução não deve se alterar, ou seja, ao condutor, em acidente de trânsito com vítima, que prestar “pronto e integral” socorro, não se imporá prisão em flagrante. Mudar isso, seria uma medida político criminalmente equivocada, correndo-se o risco de jogar por terra todo o incentivo ao socorro em alguns casos.

Observe-se que tal dúvida também poderia surgir em casos nos quais houvesse racha, com o agente ébrio e resultado de lesão corporal ou ainda

racha com o agente ébrio e morte. Na primeira situação, poderia haver entendimento de concurso entre o racha qualificado (artigo 308, § 1º., CTB) e o crime de embriaguez ao volante (artigo 306, CTB) ou mesmo, se as lesões fossem leves, entre os artigos 303, 306 e 308, CTB. No segundo caso, poderia haver concurso entre o racha qualificado pela morte (artigo 308, §2º., CTB) e o crime de embriaguez ao volante (artigo 306, CTB). Também em nenhuma dessas situações existe motivo para abrir mão do dispositivo altamente recomendável de política criminal que constitui o artigo 301, CTB, vedando a prisão em flagrante do agente que pronta e integralmente socorre à vítima. *Em suma, as circunstâncias do acidente não devem ter o condão de afastar o intento de política criminal que visa ao incentivo ao socorro.* Pensar que o aceno da prisão em flagrante como possibilidade nesses casos iria inibir as atuações imprudentes é uma enorme ilusão. A única consequência seria realmente o maior incentivo à fuga e o desincentivo ao socorro, o qual, muitas vezes, pode ser decisivo para atenuar as lesões da vítima ou, até mesmo, para o salvamento de sua vida.

Rizzardo aponta para o fato de que se o agente quer prestar o socorro e não o consegue por motivos alheios, isso também não lhe pode tolher o benefício da vedação da prisão em flagrante. Em suas palavras:

“Primeiramente, preponderam a disposição e os atos tendentes a prestar socorro. Se o veículo do causador não comporta o atendimento no local, ou as condições físicas e psíquicas do mesmo impedem o socorro, não é de se afastar a aplicabilidade da norma, porquanto, do contrário, se privilegiaria aqueles que tiveram maior sorte no evento, ou manobravam veículos mais resistentes. Decorreria uma quebra do princípio da igualdade e da própria justiça. Valerá, pois, para decidir quanto à incidência da regra, o ato de vontade evidenciador de prestar socorro”. [6]

Neste ponto entende-se caber uma ressalva. Quando Rizzardo se refere à impossibilidade de prestação de socorro por motivos alheios à vontade do agente e resultantes do próprio acidente em si, ainda que ligados à culpa do infrator, mesmo na situação de racha (v.g. danos no

veículo do autor, lesões sofridas pelo próprio autor etc.), é até possível concordar *se não se leva a efeito maior reflexão*. Mas, como se está a tratar neste texto também da situação de embriaguez, entende-se que se o impedimento ao socorro resulta da condição entorpecida do autor, isso não pode ser alegado em seu favor para que se reconheça o beneplácito do artigo 301, CTB, ainda que sem o devido socorro. Acontece que eventuais lesões ou danos decorrem do próprio fato, enquanto que a embriaguez do agente se dá num momento anterior em que este agia totalmente livre de qualquer circunstância, o que é conhecido dogmaticamente como “*actio libera in causa*”. Mesmo ciente das críticas à “*actio libera in causa*”, afirmando-se tratar-se de uma espécie de responsabilidade objetiva a responsabilização do indivíduo com base em sua conduta e elemento subjetivo anterior ao fato criminoso, [7] é de se aplicar a teoria a situações como a estudada. Acontece que aqui não se trata de responsabilização objetiva, mas do fato de que a embriaguez constitui, em si, um crime no trânsito ou fator de exasperação penal, bem como de impedir que o autor possa se beneficiar da própria torpeza, o que é princípio geral do Direito (“*turpitudinem suam allegans non auditur*”). Permitir que a alegação de ebriedade justifique a falta de socorro, seria o mesmo que atenuar a pena do parricida – matricida por ser um órfão! Quanto às demais circunstâncias que rodeiam o ato, há que também discordar do autor após a devida reflexão. Afinal, elas são obviamente de responsabilidade do infrator, integram um quadro que decorreu de sua conduta imprudente e também não podem atuar a seu favor pelos mesmos motivos antes expostos em relação à embriaguez (“*turpitudinem suam allegans non auditur*”). A única situação em que se pode concordar com Rizzardo, seria o caso em que o agente seja impedido por terceiros de prestar socorro (v.g. casos de iminente linchamento etc.), pois que então serão motivos totalmente alheios à sua conduta que bloquearam sua vontade de socorrer.

Agora, presente o devido socorro exigido na forma do artigo 301, CTB, não serão quaisquer circunstâncias do sinistro que afastarão a vedação do flagrante, eis que deve prevalecer sempre o intento de Política Criminal que inspira a norma em questão.

Aliás, os pressupostos para o afastamento da prisão em flagrante não incluem a inexistência de embriaguez do autor ou reduzem a aplicação do

dispositivo a determinadas circunstâncias. Segundo a doutrina tais pressupostos se resumem ao seguinte: "a) que o condutor do veículo seja o causador do acidente; b) que haja vítima no acidente; c) que preste pronto e integral socorro". [8] Sobre o tema Damásio é ainda mais enfático, arrolando os mesmos requisitos legais para a aplicação do artigo 301, CTB e afirmando expressamente que em caso de motorista embriagado que presta assistência à vítima, "aplica-se o art. 301: não se impõe prisão em flagrante". [9]

Finalmente, para colocar uma pá de cal sobre a discussão, é preciso lembrar que por ocasião do trâmite da Lei 11.705/08 (primeira "Lei Seca") se pretendeu, em projeto, estabelecer o afastamento do artigo 301, CTB, quando houvesse embriaguez do autor ou este estivesse na disputa de racha, bem como se estivesse dirigindo pelo acostamento, na contramão ou em velocidade superior à máxima permitida em 50 Km/h. Era o projetado Parágrafo Único, I a III do artigo 301, CTB. Tal Parágrafo Único e seus incisos nunca vigoraram, pois que foram objeto de veto presidencial, exatamente porque tais limitações iriam prejudicar os fins de Política Criminal que sustentam o disposto no artigo 301, CTB. E tal intento jamais se repetiu em outros projetos, dada sua evidente inconveniência. Eis o texto conclusivo das "razões do veto":

"Embora objetivando aumentar o rigor do tratamento dispensado àqueles que atuam de forma irresponsável no trânsito, a proposta pode ensejar efeito colateral contrário ao interesse público. Uma vez produzido o resultado danoso pelo crime de trânsito, o melhor a se fazer é tentar minorar suas conseqüências e preservar o bem jurídico maior, a vida. Nesse sentido, tendo em vista o pronto atendimento à vítima, a legislação estabelece que não será preso em flagrante aquele que socorrer a vítima. Entende-se que não há razão para se excepcionar tal regra, porquanto que direcionada para a preservação da vida.

Observe-se que já se trata de exceção à regra do flagrante: somente se o socorro for imediato e se o agente fizer tudo que seja possível diante das circunstâncias é que haverá o afastamento do flagrante. Cabe, por fim, ressaltar que tal exceção não se confunde com impunidade: o autor do crime deverá responder por seus atos perante a Justiça e poderá, inclusive, ter a sua prisão decretada futuramente." [10]

Não parece possível maior e mais evidente demonstração da "mens legis" e da opção político criminal que deve inspirar a interpretação e aplicação do artigo 301, CTB.

#### REFERÊNCIAS

CAPEZ, Fernando, GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Aspectos Criminais do Código de Trânsito Brasileiro*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

JEUS, Damásio Evangelista de. *Crimes de Trânsito*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Crimes de Trânsito*. São Paulo: RT, 1998.

MARCÃO, Renato. *Crimes de Trânsito*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Volume II. Campinas: Millenium, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 14ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. *Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro*. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2003.

#### NOTAS:

[1] CAPEZ, Fernando, GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Aspectos Criminais do Código de Trânsito Brasileiro*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 25.

[2] Doutrina e jurisprudência se dividem em casos nos quais seja possível cogitar do concurso entre os crimes de embriaguez ao volante e/ou racha e os crimes de homicídio e lesões culposas no trânsito. Há o entendimento de que os crimes de dano absorvem os crimes de perigo, não sendo possível o concurso, bem como o pensamento de que é viável o concurso de crimes. Vem prevalecendo a tese, atualmente, de que o concurso é viável, desde que a embriaguez ou o racha não sejam previstos como circunstâncias exasperadoras da pena do homicídio ou lesão culposos (neste caso haveria "bis in idem"). Para ilustração, observe-se jurisprudência em ambos os sentidos colacionada por Renato Marcão: MARCÃO, Renato. *Crimes de Trânsito*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 31 – 32 e p. 132 – 133.

[3] Crimes vagos "são aqueles que não possuem sujeito passivo determinado, sendo este a coletividade, sem personalidade jurídica". NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 14ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 141.

[4] LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Crimes de Trânsito*. São Paulo: RT, 1998, p. 176.

[5] O texto legal se refere apenas à "lesão grave", mas é de trivial conhecimento o fato de que a expressão "lesão gravíssima" não é um "nomen juris", mas sim criação doutrinária e da prática forense, sendo fato que ao referir-se à "lesão grave", invariavelmente, está o legislador a se referir a ambos os resultados mais gravosos.

[6] RIZZARDO, Arnaldo. *Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro*. 4ª. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 630.

[7] Neste sentido lecionam, por exemplo, José Frederico Marques e Aníbal Bruno. O primeiro se sustenta na doutrina do segundo. Cf. MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Volume II. Campinas: Millenium, 2002, p. 212.

[8] LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro, Op. Cit., p. 176.

[9] JEUS, Damásio Evangelista de. *Crimes de Tânsito*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 70.

[10] MENSAGEM de Veto. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/Msg/VEP-404-08.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/Msg/VEP-404-08.htm) , acesso em 20.05.2108.



## **DIREITO PENAL DE EMERGÊNCIA E A BASE CONSTITUCIONAL DO SISTEMA JURÍDICO PENAL E PROCESSUAL PENAL**

**CAMILA BONAFINI PEREIRA:** Promotora de Justiça do Estado de São Paulo. Mestranda pela PUC/SP.

**Resumo:** O presente trabalho trata das bases constitucionais do sistema jurídico penal e processual penal e o consequente regime de garantias, que deve guiar os aplicadores da lei penal, bem como o legislador. Ainda, é feita uma análise da adequação de tal modelo à sociedade contemporânea, considerada como uma sociedade de risco, e à produção de leis penais de emergência.

**Sumário:** Introdução; 1. Verificação constitucional das bases do sistema jurídico penal e processual penal; 2. Subsistemas: Direito Penal comum e liberal; 3. Bem jurídico; 4. Os fins do Direito Penal; 5. Prevenção Geral; 6. Sociedade de risco; 7. Leis de emergência; 8. Conclusão; Bibliografia.

**Palavras-Chave:** Direito Penal e Processual Penal – Constituição – Prevenção – Sociedade de risco – Leis de emergência

---

### **Introdução**

A escolha política de um Estado Democrático de Direito faz com que o sistema penal e processual penal tenha sua base na Constituição, conferindo um conjunto de garantias ao cidadão contra excessos por parte do Estado. Contudo, a sociedade contemporânea, que vive um constante medo da violência urbana passou a demandar, cada vez mais, a atuação do Estado no âmbito penal, de modo a violar muitas dessas garantias, inclusive com a elaboração de leis penais de emergência.

### **1. Verificação constitucional das bases do sistema jurídico penal e processual penal**

As normas de Direito Processual Penal e de Direito Penal estão relacionadas à opção política do Estado, de modo que a escolha por um

Estado Democrático de Direito enseja uma série de consequências, especialmente em matéria processual.

A Constituição Federal de 1988, no art. 1º, estabelece que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, bem como a cidadania.

De acordo com as lições de Lenio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes, “são princípios do Estado Democrático de Direito: A – Constitucionalidade: vinculação do Estado Democrático de Direito a uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica; B – Organização Democrática da Sociedade; C – Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos, seja como estado “de distância”, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um Estado “antropologicamente amigo”, pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade; D – Justiça Social como mecanismos corretivos das desigualdades; E – Igualdade, não apenas como possibilidade forma, mas, também, como articulação de uma sociedade justa; F – Especialização de Poderes ou de Funções, marcada por um novo relacionamento e vinculada à produção dos “resultados” buscados pelos “fins” constitucionais; G – Legalidade que aparece como medida do direito, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbítrio e a prepotência; H – Segurança e certeza jurídicas[1]”.

Como se vê, no Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade possui especial destaque, tratando-se de princípio fundante. No entanto, cumpre observar que não basta simplesmente a existência de uma lei a tratar do tema, a lei deve ser voltada à realização da justiça e da igualdade.

Acerca deste tema, José Afonso da Silva ensina que “deve, pois, ser destacada a relevância da lei no Estado Democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também à sua função de

regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado”.[\[2\]](#)

Desse modo, é possível concluir que do Estado Democrático de Direito se depreende a necessidade de um procedimento justo e adequado de acesso e concretização direitos.

Hermínio Alberto Marques Porto ensina que da escolha política do Estado “decorre a opção ideológica de determinado Estado para dar prevalência ou não aos direitos fundamentais dos indivíduos. Como reflexo da democratização de determinada Nação o processo passa a ser tido como um instrumento posto ao cidadão com o *status* de garantia constitucional. Em uma sociedade democrática o processo é visto como um dos modos de atuação política[\[3\]](#)”.

Assim sendo, o Direito Penal e o Direito Processual Penal são subsistemas de controle social formal e, como tal, são condicionados ao modelo social que, no caso brasileiro, é o Estado Democrático de Direito.

Pode-se afirmar, portanto, que as normas de processo penal, no Estado Democrático de Direito, possuem um sentido meramente instrumental, servindo apenas para indicar o procedimento que será seguido, o qual deve estar em perfeita consonância com os direitos e garantias constitucionais, sempre buscando proteger o acusado de eventuais arbitrariedades estatais.

Marcelo Augusto Custódio Erbella ensina que “disso extrai-se que, num Estado Democrático de Direito, o Direito Penal e o Direito Processual Penal não podem ser desenfreados, arbitrários, ilimitados, como não o são, principalmente porque o direito fundamental atacado é a liberdade[\[4\]](#)”.

Desse modo, conclui-se que o Estado possui o poder-dever de punir aqueles que infringem a lei penal, no entanto, tal poder-dever está submetido ao devido processo legal. Neste cenário, em decorrência da necessidade de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos, afastando arbitrariedades por parte do Estado, foi desenvolvido o modelo garantista de direito.

Hermínio Alberto Marques Porto e Roberto Ferreira da Silva ensinam que “são incontestáveis os axiomas postos pela ideologia do garantismo a fim de tutelar os indivíduos contra possíveis arbítrios do poder estatal persecutório penal, mas são insuficientes para tornar o processo penal eficiente, sob os aspectos da defesa social e dos bens jurídicos mais importantes da humanidade (tutelados constitucionalmente), como a vida, a integridade física e moral, a honra, a liberdade, o patrimônio e a segurança<sup>[5]</sup>”.

Ocorre que o mundo moderno passou por diversas modificações, principalmente em virtude da globalização, as quais geraram efeitos também nas práticas criminosas, que passaram a ser caracterizadas pela transnacionalidade, com uma pluralidade de agentes praticando crimes, escondidos atrás de estruturas organizacionais e aparatos organizados de poder.

Diante destas alterações, os Estados Democráticos de Direito, além de terem que tutelar os direitos e garantias individuais, passaram a ter o desafio de combater uma criminalidade cada vez mais organizada, que demanda novos meios de enfrentamento.

A fim de darem efetividade ao combate à criminalidade organizada, os Estados de Direito passaram a prever regras especiais de investigação e processamento deste tipo de crime, muitas vezes com mitigação a direitos e garantias individuais, como é o caso das interceptações telefônicas, quebra de sigilo bancários e fiscal, bem como de infiltração de agentes.

Sendo assim, o grande desafio posto aos juristas modernos consiste exatamente em conciliar a proteção aos direitos fundamentais pautados na dignidade da pessoa humana com a defesa da sociedade, tornando o processo penal eficiente.

## **2. Subsistemas: Direito Penal comum e liberal**

O Direito Penal possui dois pilares de sustentação, consistentes no caso e na lei, de modo que um deve ser analisado sempre à luz do outro, a fim de se evitar distorções.

Não há dúvidas que o saber jurídico do penalista incidirá sempre sobre pessoas, que estão submetidas ao Direito Penal, podendo-se afirmar que autor e vítima são a realidade com a qual lida o Direito Penal.

Por isso, é de suma importância que os operadores do Direito Penal não tenham somente conhecimento doutrinário, mas que também conheçam a realidade sobre a qual estão atuando, ou seja, que possuam conhecimento acerca daqueles que delinquem, bem como sobre as vítimas. Somente desta maneira, o Direito Penal será orientado pelas consequências que produz.

Winfried Hassemer ensina que “a orientação pelas consequências pressupõe que sejam realmente conhecidas as consequências da legislação, da jurisprudência e da execução e que elas sejam pelo menos avaliadas (como desejadas ou indesejadas). A orientação pelas consequências no sistema jurídico-penal pode significar que o legislador penal, a justiça penal e a execução penal não se veem (apenas) diante da tarefa de perseguir o injusto criminal e compensar pela expiação do autor, mas que elas perseguem pelo menor o objetivo de corrigir o autor e conter por completo a criminalidade”. [6]

A orientação do Direito Penal pelas consequências que produz afeta, principalmente, o legislador penal, uma vez que à ele é posto o problema de quais tipos de comportamento devem ser criminalizados e quais os efeitos da tipificação da conduta.

A infração à uma regra moral ou ética não se mostra suficiente a ensejar a tipificação da conduta, sendo indispensável demonstrar que a conduta causa lesão aos interesses de outros homens, ou seja, bens jurídicos.

Conforme ensina Winfried Hassemer, “a repreensão à violação de uma norma (moral ou ética) não pode ser suficiente ao legislador como fundamento da conduta humana merecedora de pena. Ele precisa antes provar a lesão de um bem jurídico: apresentar uma vítima desta conduta e indicar quanto a esta lesão de bens, interesses[7]”.

### 3. Bem jurídico

A ideia de bem jurídico é construída a partir da teoria da lesividade social, a qual remete às necessidades e interesses do sistema social, de modo que nem toda lesão ao interesse do homem deve constituir crime, sendo indispensável que a conduta tenha um caráter socialmente prejudicial.

Dessa forma, sendo o Direito Penal um meio de proteção de bens jurídicos, não há dúvidas que sua expansão ocorre por causa do surgimento de novos bens jurídicos.

Jesús-María Silva Sánchez ensina que “as causas da provável existência de novos bens jurídicos penais são, seguramente, distintas. Por um lado, cabe considerar a conformação ou generalização de novas realidades que antes não existiam – ou não com a mesma incidência –, e em cujo contexto há de viver o indivíduo que se vê influenciado por uma alteração daquelas; assim, a mero título de exemplo, as instituições econômicas de crédito ou de inversão. Por outro lado, deve aludir-se à deterioração de realidades tradicionalmente abundantes que em nossos dias começam a manifestar-se como bens escassos, aos quais se atribui agora um valor que anteriormente não lhes correspondia, ao menos de modo expresso; por exemplo, o meio ambiente. Em terceiro lugar, há que contemplar o incremento essencial de valor que experimentam, como consequência de evolução social e cultural, certas realidades que sempre estiveram aí, sem que se reparasse nas mesmas; por exemplo, o patrimônio histórico artístico”. [8]

Neste ponto, cumpre observar que é indispensável uma adequada determinação do conceito de bem jurídico, de modo que não pode ser considerado como bem jurídico qualquer realidade valorada, sob pena de se aceitar a criminalização de determinadas condutas somente para atender os interesses da classe detentora de poder.

De acordo com Jesús-María Silva Sánchez, “a ideia central é, portanto, que só podem ser bens jurídicos aqueles objetos de que o ser humano precisa para sua livre autorrealização (que evidentemente ocorre na vida social); determinados objetos se convertem em bens jurídicos,

portanto, conforme estejam dotados de um conteúdo de valor para o desenvolvimento pessoal do homem em sociedade[9].

Sendo assim, somente pode ser considerado como bem jurídico aquele que estiver afeto ao indivíduo e que possua repercussão danosa, o que exclui, conseqüentemente, a criminalização de condutas unicamente imorais. Isso não exclui, contudo, a proteção penal de bens supra-individuais, os quais podem repercutir na autorrealização do homem, ainda que atinja o indivíduo de forma indireta.

No entanto, tendo em vista a gravidade da sanção penal que, em grande parte dos casos, enseja restrição de direitos fundamentais, como a liberdade, imprescindível se mostra que o dano à sociedade seja qualificado, que atinja valores protegidos pela Constituição.

Jesús-María Silva Sánchez ensina que “assentada a consagração constitucional, é necessário seguir no trabalho de concreção das características dos objetos que podem ser penalmente protegidos, para o qual será preciso levar em conta os princípios político-criminais que devem inspirar de modo geral o exercício do *jus puniendi* do Estado. Em particular, como logo se verá detalhadamente, será necessário atender a considerações sobre o merecimento da pena (derivado do significado atribuído ao bem e da gravidade das diversas formas de ataque a ele) e sobre a necessidade de pena, derivada da ineficácia de outros meios menos lesivos que os penais[10].”

A delimitação dos bens jurídicos que devem ser tutelados pelo Direito Penal é questão que assume grande relevância, principalmente na atualidade, quando se convive com processos de criminalização e descriminalização de condutas.

#### **4. Os fins do Direito Penal**

Inicialmente, cumpre se questionar quais as razões valorativas para a existência do Direito Penal, tendo em vista as graves conseqüências advindas de seus mecanismos de coação.

Não existe um único fim a legitimar o Direito Penal, na visão de Jesús-María Silva Sánchez, “o Direito Penal estaria legitimado em razão de sua capacidade de reduzir ao mínimo possível o grau de violência – em sentido amplo – que se produz numa sociedade[11]”.

O monopólio do Direito Penal pelo Estado representa uma série de vantagens aos cidadãos, principalmente após o surgimento do Direito Penal liberal, o qual delimita o exercício do *jus puniendi* estatal, com mecanismos de garantias para os cidadãos, como por exemplo o princípio da legalidade e a redução do âmbito do Direito Penal às lesões de bens jurídicos. No entanto, não há dúvidas que a pena restringe direitos fundamentais dos cidadãos, consistindo em uma violência à pessoa.

Neste cenário, para que uma conduta seja abarcada pelo Direito Penal, é necessário verificar se o mal que se procura evitar é maior do que aquele advindo da pena, se a pena será capaz de afastar este mal, e se não existe uma outra medida, igualmente eficaz, que cause um dano social menor.

No entanto, conforme as lições de Jesús-María Silva Sánchez, “não se pode ignorar que nesse contínuo repensar da própria legitimidade pelo Direito Penal, ou seja, o problema de seguir ou não sendo efetivamente o mecanismo menos lesivo para alcançar as funções de proteção que lhe cabem (critério utilitarista), e, ademais, se cumpre os fins de garantia formal e material que lhe são atribuídos, ocorre um ponto de tensão[12]”.

Não há dúvidas que, no que diz respeito à aplicação da sanção penal, o Estado Democrático de Direito se vê diante de duas questões. De um lado, há que se analisar a situação daqueles que veem seus direitos individuais ameaçados e violados pela ação de terceiros e que, conseqüentemente, demandam a proteção estatal. De outro lado, há que se observar a situação daqueles que veem seus direitos e garantias individuais violados em razão de uma ação do próprio Estado. Neste caso, tratando-se de um Estado Democrático de Direito, o indivíduo deve ser protegido de abusos estatais, evitando-se, ao máximo, a utilização do Direito Penal para solucionar a questão.



Trata-se de uma questão extremamente sensível, que não possui fácil solução. Como ensina Jesús-María Silva Sánchez, “ao se pretender atender ilimitadamente à exigência de uma proteção diante de abusos particulares, se revelaria ao final uma extensão ilimitada da pena estatal e da persecução penal. A consequência seria um Estado policial totalitário. Ao se pretender atender ilimitadamente à exigência de proteção diante de intervenções estatais, seria necessária uma completa abolição da pena estatal e da persecução penal. A consequência seria a anarquia no sentido de uma sociedade sem proteção estatal de bens jurídicos<sup>[13]</sup>”.

Referida questão ganha, ainda, maior relevância quando se tem em mente o modo social pós-industrial e sua crescente demanda pelo Direito Penal.

## **5. Prevenção Geral**

A doutrina da prevenção geral possui uma visão utilitarista do Direito Penal e leva em consideração seu caráter de intimidação. Com base nesta visão, a norma jurídico-penal, além de realizar um juízo de valor, possui também um conteúdo imperativo, indicando aos cidadãos para não praticarem determinada conduta, mediante a intimidação do mal da pena.

Ainda que a intimidação, normalmente, não ocorra de modo direto, para Jesús-María Silva Sánchez, “a possibilidade de ser descoberto, a existência (e o grau) de outros controles sociais ou o próprio grau de interiorização “moral” dos conteúdos da norma são variáveis que incidem de modo muito relevante na prevenção e explicam, provavelmente, as desigualdades existentes quanto ao êxito preventivo em relação a uns e outros delitos<sup>[14]</sup>”.

Assim, o poder de intimidação do Direito Penal, além de atuar de forma específica, ou seja, por meio de uma norma que tipifique determinada conduta, atua também de modo genérico, o que significa que o sistema global de normas influi nas decisões que um indivíduo adota a longo prazo, formando seu estilo de vida.

Segundo Jesús-María Silva Sánchez, “estas linhas essenciais na configuração da própria vida podem condicionar-se através da educação (socialização e interiorização de normas). Não obstante, o que interessa aqui é que o Direito Penal pode contribuir para isso mostrando, através da intimidação – que, nestes casos, será também necessariamente indireta –, que a opção pelo delito não vale a pena (*crime doesn't pay*): numa palavra, desacreditando, em termos gerais, e desde perspectivas de nulidade, a decisão por uma carreira criminosa, com o fim de conseguir que o sujeito tome a decisão genérica de adequar sua conduta externa às normas penais[15]”.

Neste cenário, o Direito Penal teria como objetivo manter dentro de limites toleráveis o cometimento de crimes e, para atingir tal fim, conta com o efeito de intimidação da norma jurídico-penal, somado ao efeito de moralização e de orientação social, por meio da criação de determinados costumes.

Assim sendo, o Direito Penal possui também um efeito de integração e estabilização da sociedade, uma vez que o sistema global de normas jurídico-penais estabelece diretrizes de vida e, conseqüentemente, faz com que o criminoso seja visto como infrator das normas, que deve ser isolado da sociedade.

O papel do Direito Penal, para a doutrina da prevenção geral integradora, é fundamental, uma vez que, por meio da aplicação de uma pena, satisfaz o instinto de vingança, que existe no subconsciente social. Contudo, é preciso observar que a pena que tem este caráter estabilizador é a pena justa, a qual nem sempre encontra seus parâmetros em princípios penais.

Como bem salienta Jesús-María Silva Sánchez, para que o Direito Penal tenha o efeito estabilizador, “requer uma interação através da qual o Direito consiga plasmar em suas sanções as aspirações daqueles cuja fidelidade procura conseguir. Isso significa que a determinação da sanção justa para um fato não será orientada por uma reflexão de princípios, mas por uma atenção às demandas da população, que expressam suas necessidades psicossociais[16]”.

Não há dúvidas que a doutrina da prevenção geral integradora é muito mais adequada para tratar de princípios limitadores do Direito Penal, como é o caso do princípio da proporcionalidade e da humanidade, uma vez que estabelece que a pena tem que ser justa, para ter o efeito estabilizador da sociedade. No entanto, conforme ensina Jesús-María Silva Sánchez, "tal inserção das garantias individuais na bagagem da prevenção geral integradora se produz um duplo fenômeno, que em minha avaliação é extremamente negativo. Por um lado, as garantias individuais são tergiversadas, deixando de ser valores com um conteúdo próprio de dever ser – certamente variável com o transcurso do tempo –, para configurar-se como meras constatações empíricas a respeito das necessidades sociais num momento concreto[17]".

Desse modo, em verdade, a ideia de pena justa é somente uma forma de encobrir os instintos irracionais da sociedade por vingança, o que se mostra ainda mais perigoso quando se tem uma sociedade de risco.

## **6. Sociedade de risco**

A sociedade atual convive com um avanço tecnológico nunca antes visto, o qual trouxe diversas consequências, como o incremento do bem-estar individual e alterações nos fenômenos econômicos.

Ocorre que os avanços tecnológicos também trouxeram grandes consequências ao campo do direito, vez que o manejo dos avanços técnicos, muitas vezes, pode representar riscos para os cidadãos, como é o caso do uso da informática e da energia nuclear.

Contudo, como ensina Jesús-María Silva Sánchez, "a sociedade pós-industrial é, além da sociedade de risco tecnológico, uma sociedade com outras características individualizadoras que contribuem à sua caracterização como uma sociedade de "objetiva" insegurança"[18].

Neste cenário, é preciso observar que a própria convivência entre as pessoas, individualmente consideradas, é uma fonte de problemas para a sociedade pós-industrial. Após a industrialização, cresceu a necessidade de vender as mercadorias produzidas em escala global, dando início ao

fenômeno da globalização e à criação de bolsões de excluídos do mercado de consumo.

De acordo com a lição de Marcio Pugliesi, “cada ciclo de acumulação de capital começa com o investimento e acaba com a venda do produto, ainda que virtual, a mercadoria. Essa, a mercadoria, por força da segmentação, deve ser vendida globalmente para grupos específicos e isso acentua a exclusão, vez que os pobres de todo o mundo estarão unidos, não para desconstruir as estruturas, mas por essa exclusão crua e dura: os ricos de todo o mundo fruirão os prêmios da civilidade e para os excluídos – desse universal banquete – restarão a revolta e a violência[19]”.

Ainda, com base nas lições de Jesús-María Silva Sánchez, “a sociedade pós-industrial europeia é uma sociedade que expressa a crise do modelo do Estado do bem-estar, uma sociedade competitiva com bolsões de desemprego ou marginalidade – especialmente juvenil – irreduzíveis, de migrações voluntárias ou forçadas, de choque de culturas. Uma sociedade, em suma, com importantes problemas de vertebração interna. Entre outros efeitos, que não precisamos analisar neste momento, o certo é que todos esses elementos geram episódios frequentes de violência (em sua acepção mais ordinária de criminalidade de rua individual e em outras manifestações) mais ou menos explícita”[20].

Com efeito, não há dúvidas que a sociedade atual convive com uma grande desigualdade social, especialmente nos países com menor índice de desenvolvimento humano, de modo que existem grandes bolsões de excluídos, os quais não conseguem acessar o mercado de consumo, sequer em relação aos itens que constituem o mínimo existencial. Esta exclusão da sociedade fez crescer o número de crimes e episódios de violência, especialmente de uma criminalidade ordinária de rua, trazendo uma grande sensação de insegurança.

Neste cenário, a segurança pública se tornou uma demanda crescente da sociedade, que acredita que o Estado e, especialmente, o Direito Penal têm que dar uma solução para o problema.

Sobre a sensação de insegurança da sociedade contemporânea, Jesús-María Silva Sánchez ensina que “a solução para a insegurança,

ademais, não se busca em seu, digamos, *lugar natural* clássico – o direito de polícia -, senão no Direito Penal. Assim, pode-se afirmar que, ante os movimentos sociais clássicos de restrição do Direito Penal, aparecem cada vez com maior clareza demandas de uma ampliação da proteção penal que ponha fim, ao menos nominalmente, à angústia derivada da insegurança. Ao questionar-se essa demanda, nem sequer importa que seja preciso modificar as garantias clássicas do Estado de Direito: ao contrário, elas se veem às vezes tachadas de excessivamente *rígidas* e se apregoa sua *flexibilização*<sup>[21]</sup>.

A grande questão que se põe é que este anseio social por segurança cada vez mais distancia o Direito Penal das garantias e limitações estabelecidas pelo Direito Penal liberal.

Ao tratar da moderna tendência de ampliação dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, Winfried Hassemer afirma que “o Direito Penal desenvolve-se aí de um instrumento de controle do crime em um sistema de orientação global e em uma *organização de atuação* social. Isto vale como resposta às exigências da moderna *sociedade de risco*, a qual não mais compreende os bens jurídicos sob o ponto de vista de um perigo individual, mas sob o ponto de vista de um *grande transtorno* colocado em perigo<sup>[22]</sup>”.

A verdade é que o Estado contemporâneo, não conseguindo mais solucionar os problemas postos, muitos ligados à sua insuficiente atuação em áreas como a assistência social e educação, a fim de dar uma resposta para a sociedade, passou a usar medidas meramente simbólicas, consistentes na elaboração de leis penais de emergência.

## 7. Leis de emergência

A sociedade de risco, portanto, leva à existência de um “Estado vigilante” ou “Estado de Prevenção”, de modo que a expansão do Direito

Penal não pode ser atribuída, de forma exclusiva, à vontade do Estado de aumentar o seu poder punitivo.

Não há dúvidas que, muitas vezes, a elaboração de leis penais consiste na forma mais fácil encontrada pelo Estado para dar uma resposta à população, diante de um determinado problema social, mesmo quando a produção legislativa não se mostra de forma alguma eficaz.

Para Jesús-María Silva Sánchez, “mesmo havendo em vários casos reações distintas da penal ou reações penais de menor intensidade, o que parece inegável é que a autocompreensão da sociedade em que vivemos dirige demandas significativas de intervenção punitiva ao Direito do Estado<sup>[23]</sup>”.

A grande questão é que tudo isso coloca o Direito Penal em uma difícil situação, uma vez que deve dar respostas as situações postas, sem atrapalhar o regular funcionamento da sociedade, mas, por outro lado, não pode ser a solução de questões sociais sem maior relevância.

Para Juarez Tavares, “podemos entender que a criação de novas incriminações se desenvolve na medida em que a ampliação do poder sancionador não possa, por si mesmo, através dos processos de sua justificação, garantir a estabilidade da norma. Quer dizer, trabalhando-se exclusivamente com o princípio da estabilidade da norma, como fundamento simbólico de poder, o descompasso entre essa pretendida estabilidade e os problemas que a realidade apresenta força necessariamente a adoção de soluções normativas para esses problemas. Os conflitos que a realidade social oferece, como por exemplo, dentre tantos, o dos sem-terra com a política oficial do governo ou os distúrbios ocasionados pelas greves de serviços de segurança pública, deixam de ser resolvidos através de mecanismos de atuação real e passam a servir de motivo para acentuar-se a sanha legislativa<sup>[24]</sup>”.

Neste contexto, surgem leis de emergência, tendentes a lidar com situações postas pela realidade social. Para Daniel Laufer, “sob a alcunha de Direito Penal de emergência se abarca toda e qualquer medida legislativa (criminalização primária) ou aplicação do Direito Penal em ordem prática (criminalização secundária) que não respeite as garantias fundamentais

estabelecidas na carta constitucional ou ainda na legislação infraconstitucional[25].

Na visão de Jesús-María Silva Sánchez, o direito penal de terceira velocidade, ou seja, aquele que “o Direito Penal da pena de prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais[26]” só pode se manifestar como instrumento de abordagem de fatos de emergência.

Assim sendo, é possível afirmar que o Direito Penal de emergência é aquele que tem como fundamento um fato novo, para o qual a opinião pública reclama uma solução. É certo que a lei penal não irá resolver o problema em questão, contudo, a opinião pública terá a sensação de que o problema foi atacado, mesmo que a nova normatização não encontre guarida no Direito Penal liberal.

No ordenamento jurídico brasileiro, fatos são os casos de legislação penal de emergência. Um bom exemplo ocorreu no Estado do Rio de Janeiro.

A grave crise de segurança pública vivida pelo Rio de Janeiro é notória e já se arrasta há anos, contudo, passou a ser ainda mais acentuada nos anos de 2.017 e 2.018, tendo em vista a forte crise econômica enfrentada pelo poder público.

Neste contexto, após uma forte pressão da opinião pública, o Presidente da República Michel Temer editou decreto, em 28 de julho de 2.017, por meio do qual ficou autorizado o emprego das Forças Armadas para a Garantia da Lei e da Ordem, em apoio às ações do Plano Nacional de Segurança Pública, no Estado do Rio de Janeiro, no período de 28 de julho a 31 de dezembro de 2017. \_

Esta não foi a primeira vez que as Forças Armadas foram usadas para conter a onda de violência que se instalou no Estado do Rio de Janeiro, esta medida já tinha sido adotada na Copa do Mundo, nas Olimpíadas, nas eleições e na ocupação do complexo de favelas da Maré, demonstrando uma banalização da medida que deveria ser excepcional.

Quando da edição do decreto já não havia qualquer dúvida de que o uso das Forças Armadas na segurança pública não resolveria o problema, sendo somente uma forma de mostrar para a opinião pública que a questão estava sendo enfrentada pelos governantes.

A falibilidade da medida foi confirmado durante o período do carnaval de 2018, período em que o Rio de Janeiro tornou a vivenciar uma forte onda de violência, levando à edição do decreto 9.188, de 16 de fevereiro de 2018, por meio do qual foi decretada a intervenção federal no Estado do Rio de Janeiro até 31 de dezembro de 2018, no que tange à área de segurança pública, com o objetivo de por termo a grave comprometimento da ordem pública no estado.

Desse modo, o uso das Forças Armadas na segurança pública foi banalizado, a fim de dar uma resposta aos anseios da sociedade e da opinião pública, muito embora a medida jamais tenha se mostra efetiva para restabelecer a paz social.

## **8. Conclusão**

A expansão do Direito Penal ensejou o crescimento de uma corrente doutrinária que defende o retorno ao Direito Penal liberal, com a proteção de bens jurídicos pessoais e de patrimônio, com observância ao garantismo. Muito embora, o que se vê no Brasil e no restante do mundo seja uma expansão do Direito Penal, para tutelar direitos difusos, bem como mitigações à proteção de garantias e direitos fundamentais em determinados casos, como o combate ao terrorismo.

É preciso ter em mente que a organização social contemporânea não mais se assemelha àquela do período iluminista, de modo que evidentemente o Direito Penal terá que sofrer alterações, para que continue tendo efetividade.

Contudo, tratando-se de um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal deve ser balizado por princípios como o da exclusiva proteção de bens jurídicos, proporcionalidade e culpabilidade, não podendo ser a pena desnecessária sob o ponto de vista da intimidação e da ressocialização.



No entanto, o que se vê atualmente é uma enorme produção de leis penais de emergência, as quais violam princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito, somente com o intuito de acalmar a opinião pública com medidas meramente simbólicas, que não terão efetividade para solucionar o problema.

Diante deste cenário, é preciso ter em mente os fins do Direito Penal, bem como as graves consequências advindas da pena, para que o sistema de normas penais não se torne um mal maior do que aquele causado pelo infrator. Este é o grande desafio do Direito Penal contemporâneo.

### **Referências:**

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 5ª ed., 1991.

COSTA, José de Faria. *Direito Penal e Globalização: reflexões não locais e pouco globais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

ERBELLA, Marcelo Augusto Custódio. *A legitimação do direito processual penal no estado democrático de direito*. In: Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: Visão Luso-Brasileira. Coordenação José de Faria Costa e Marco Antônio Marques da Silva. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006.

HASSEMER, WINFRIED. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2005.

JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. Organização e Tradução: André Luis Callegari e Nereu José Giacomoli. 6 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

LAUFER, Daniel. *Direito penal e processual penal de emergência: conceituação, compreensão e enfrentamento*. Revista justiça e sistema criminal: modernas tendências do sistema criminal, Curitiba, v. 5, n. 8, p. 137-159., jan./jun. 2013. Disponível em: . Acesso em: 3 dez. 2017.

PORTO, Hermínio Marques; SILVA, Roberto Ferreira da. Fundamentação constitucional das normas de direito processual penal: bases fundamentais para um processo penal democrático e eficiente. In: Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. Coordenação Jorge Miranda e Marco Antônio Marques da Silva. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PUGLIESI, Marcio. *Teoria do Direito: Aspectos Macrossistêmicos*. São Paulo: Sapere Aude, 2015.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Organização e Tradução: André Luis Callegari e Nereu José Giacomoli. 2 ed., Porto Aegre: Livraria do Advogado, 2013.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução da 2ª edição espanhola: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

\_\_\_\_\_. *Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo*. Tradução: Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40 ed., São Paulo: Malheiro, 2017.

STRECK, Lenio L. Comentários ao art. 5º, XII. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. \_\_\_\_ (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

TAVARES, Juarez. *A crescente legislação penal e os discursos de emergência*. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p. 43-57., 1997. Disponível em: . Acesso em: 3 dez. 2017.

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2090691>, acessado em 25 de novembro de 2017.

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20152018/2018/decreto/D9288.htm?TSPD\\_101\\_R0=33042ddac7c0cc9d47d9b4fe14dae9a0yXz000000000000000000000000005b03607e00f34f0c39](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2018/decreto/D9288.htm?TSPD_101_R0=33042ddac7c0cc9d47d9b4fe14dae9a0yXz000000000000000000005b03607e00f34f0c39), acessado em 21 de maio de 2018.

NOTAS:

[1] STRECK, Lenio L. Comentários ao art. 5º, XII. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W. \_\_\_\_ (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. P. 114.

[2] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40 ed., São Paulo: Malheiro, 2017. P. 123.

[3] PORTO, Hermínio Marques; SILVA, Roberto Ferreira da. Fundamentação constitucional das normas de direito processual penal: bases fundamentais para um processo penal democrático e eficiente. In: Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. Coordenação Jorge Miranda e Marco Antônio Marques da Silva. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 633.

[4] ERBELLA, Marcelo Augusto Custódio. *A legitimação do direito processual penal no estado democrático de direito*. In: Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: Visão Luso-Brasileira. Coordenação José de Faria Costa e Marco Antônio Marques da Silva. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006. p. 945/946.

[5] PORTO, Hermínio Marques; SILVA, Roberto Ferreira da. Fundamentação constitucional das normas de direito processual penal: bases fundamentais para um processo penal democrático e eficiente. In: Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. Coordenação Jorge Miranda e Marco Antônio Marques da Silva. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 639.

[6] HASSEMER, WINFRIED. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2005. p. 53.

[7] Ibidem, p. 56.

[8] SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução da 2ª edição espanhola: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 33/34.

[9] Id. *Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo*. Tradução: Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. P. 413.

[10] Ibidem, p. 418.

[11] Ibidem, p. 290.

[12] Ibidem, p. 295

[13] Ibidem, p. 296

[14] Ibidem, p. 345

[15] Ibidem, p. 347-348.

[16] Ibidem, p. 359-360.

[17] Ibidem, p. 364.

[18] SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução da 2ª edição espanhola: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 37.

[19] PUGLIESI, Marcio. *Teoria do Direito: Aspectos Macrossistêmicos*. São Paulo: Sapere Aude, 2015, p. 242.

[20] SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução da 2ª edição espanhola: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 39.

[21] Ibidem, p. 51.

[22] HASSEMER, WINFRIED. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2005, p. 361.

[23] SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução da 2ª edição espanhola: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 136.

[24] TAVARES, Juarez. A crescente legislação penal e os discursos de emergência. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p. 43-57., 1997. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=21203](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=21203). Acesso em: 3 dez. 2017, p. 13.

[25] LAUFER, Daniel. Direito penal e processual penal de emergência: conceituação, compreensão e enfrentamento. Revista justiça e sistema criminal: modernas tendências do sistema criminal, Curitiba, v. 5, n. 8, p. 137-159., jan./jun. 2013. Disponível em: [http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=104831](http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=104831). Acesso em: 3 dez. 2017, p. 08

[26] SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução da 2ª edição espanhola: Luiz Otavio de Oliveira Rocha. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p.193.

## ANÁLISE HISTÓRICA DA UNIÃO EUROPEIA

**BENIGNO NÚÑEZ NOVO:**

Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

**Resumo:** Este artigo tem por objetivo de forma sucinta fazer uma análise histórica da União Europeia. A União Europeia trabalha para assegurar uma Europa de estabilidade e paz, cuja voz se faz ouvir no mundo. A UE é um importante parceiro de cooperação em todas as regiões do globo, assumindo-se como o maior parceiro comercial do mundo, sendo particularmente ativa na promoção da dimensão humana das relações internacionais, nomeadamente a solidariedade social, os direitos humanos e a democracia.

**Palavras-chave:** Análise histórica. União Europeia. Importância internacional.

**Abstract:** The purpose of this article is briefly to make a historical analysis of the European Union. The European Union is working to ensure a Europe of stability and peace, whose voice is heard in the world. The EU is an important co-operation partner in all regions of the world and is the world's largest trading partner and is particularly active in promoting the human dimension of international relations, including social solidarity, human rights and democracy.

**Keywords:** Historical analysis. European Union. International importance.

**Resumen:** Este artículo tiene como objetivo de forma sucinta hacer un análisis histórico de la Unión Europea. La Unión Europea trabaja para asegurar una Europa de estabilidad y paz, cuya voz se oye en el mundo. La UE es un importante socio de cooperación en todas las regiones del mundo, asumiendo como el mayor socio comercial del mundo, siendo particularmente activa en la promoción de la dimensión humana de las relaciones internacionales, en particular la solidaridad social, los derechos humanos y la democracia.

**Palabras clave:** Análisis histórico. Unión Europea. Importancia internacional.

**Sumário:** Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1 Valores. 2.2 Dados econômicos. Conclusão. Referências.

---

## **Introdução**

A União Europeia (UE) é uma união econômica e política de 28 Estados-membros independentes situados principalmente na Europa. A UE tem as suas origens na Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) e na Comunidade Econômica Europeia (CEE), formadas por seis países em 1957. A CEE foi criada em 1957 e foi formada nessa época apenas pela: Alemanha, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Países Baixos. Esta organização também era chamada de "Europa dos 6".

O contexto de criação da CEE foi na Guerra Fria, momento em que o mundo vivia a bipolarização entre os norte-americanos e soviéticos. Como forma de buscar uma aliança para fortalecer as comunidades europeias com uma recuperação economicamente e enfrentar o avanço da influência norte-americana, os europeus objetivaram criar vínculos para integração econômica.

Outro fato importante para entender a criação do bloco econômico é que nesta época a Europa buscava se reconstruir dos danos da Segunda Guerra Mundial e, bem como, de prosperar a paz. Dessa forma, outra intenção foi construir uma força militar e de segurança.

A proposta da CEE foi incentivar a cooperação econômica tornando os seus membros dependentes, mantendo uma relação de mercado comum entre os países. Na década de 80 outros países integraram a CEE como a: Inglaterra, Grécia, Espanha, Dinamarca, Irlanda e Portugal. Com a adesão destes países, a comunidade europeia se chamaria de "Europa dos 12".

Nos anos que se seguiram, o território da UE foi aumentando de dimensão através da adesão de novos Estados-membros, ao mesmo tempo que aumentava a sua esfera de influência através da inclusão de novas competências políticas. O Tratado de Maastricht instituiu a União Europeia com o nome atual em 1993. A última revisão significativa aos princípios

constitucionais da UE, o Tratado de Lisboa, entrou em vigor em 2009. Bruxelas é a capital de fato da União Europeia.

Em 1999 foi projetada na UE a criação de um banco central e da moeda única, o Euro. Esta nova moeda foi capaz de gerar profundas mudanças no cenário geopolítico e pode dar condições de fortalecer a economia e influência da UE para competir com o dólar norte-americano.

E ainda, também se iniciou políticas comuns de defesa, cidadania e de proteção ao meio ambiente, tendo uma preocupação com as mudanças climáticas e ajuda humanitária e proteção civil.

Com a UE permitiu-se a livre circulação de mercadorias, serviços e pessoas por meio da eliminação dos controles das fronteiras entre os países da UE, abolindo barreiras físicas, jurídicas e burocráticas. A União Europeia torna a Europa praticamente como se fosse um país único.

Os principais tratados dos países europeus e adesão dos países:

1957 - Tratado de Roma. Institui a Comunidade Econômica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia da Energia Atômica (Euratom) e aprofundou a integração econômica europeia;

1965 – Tratado de Bruxelas. Simplifica o funcionamento das três instituições europeias como a CEE, a Euratom e a CECA - Comunidade Econômica Europeia do Carvão e do Aço que são substituídos pela;

1988 – Ato Único Europeu. Propõe medidas para criação de um mercado único. Aderem Portugal e Espanha.

1992 – Tratado de Maastricht – Criação da União Europeia;

1997 – Tratado de Amsterdã – Reforma das instituições para adesão de mais países à EU. A Áustria, Finlândia e Suécia aderem à EU;

2001 – Tratado de Nice. Nova reforma na instituição para adesão de 10 países: República Checa, Estónia, Chipre, Letónia, Lituânia, Hungria, Malta, Polónia, Eslováquia e Eslovénia;



2004 – Tratado de Roma - Este novo tratado em Roma buscava criar uma Constituição para a Europa, porém, por motivos de desacordos os países não chegaram a um consenso e não assinaram o tratado;

2007 – Tratado de Lisboa – Busca tornar a UE mais democrática e eficaz para resolver problemas sociais e ambientais, como as mudanças climáticas e ajuda humanitária. Romênia e Bulgária aderem à EU;

2008 – Uma crise financeira atingiu toda a economia mundial, derivada dos empréstimos hipotecários dos Estados Unidos. Nesse período, alguns bancos da Europa enfrentaram problemas e a crise foi um dos elementos que auxiliou os países do bloco a terem uma cooperação econômica mais estreita. Houveram outros momentos que desestabilizaram a economia da EU;

2011 – Por exemplo, ocorreu outra crise que deixou vários países endividados como Grécia, Portugal, Itália, Espanha e Irlanda;

2013 – A Croácia adere à EU;

2016 – Num plebiscito popular o Reino Unido vota a favor de sua saída da UE. Em junho desse ano ocorreu um plebiscito onde 51% das pessoas votaram a favor da saída. Essa ação foi chamada de "Brexit", termo que surgiu pela união das palavras "Britain" ("Bretanha") e "exit" ("saída").

## **2 Desenvolvimento**

Os objetivos da União Europeia são:

Promover a paz, os seus valores e o bem-estar dos seus cidadãos;

Garantir a liberdade, a segurança e a justiça, sem fronteiras internas;

Favorecer o desenvolvimento sustentável, assente num crescimento económico equilibrado e na estabilidade dos preços, uma economia de mercado altamente competitiva, com pleno emprego e progresso social, e a proteção do ambiente;

Lutar contra a exclusão social e a discriminação;

Promover o progresso científico e tecnológico;

Reforçar a coesão econômica, social e territorial e a solidariedade entre os países da EU;

Respeitar a grande diversidade cultural e linguística da EU;

Estabelecer uma união econômica e monetária cuja moeda é o euro.

## **2.1 Valores**

Os valores da UE são comuns aos países que a compõem, numa sociedade em que prevalecem a inclusão, a tolerância, a justiça, a solidariedade e a não discriminação. Estes valores são parte integrante do modo de vida europeu:

Dignidade do ser humano

A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida, constituindo a base de todos os direitos fundamentais.

Liberdade

A liberdade de circulação confere aos cidadãos europeus o direito de viajarem e residirem onde quiserem no território da União. As liberdades individuais, como o respeito pela vida privada, a liberdade de pensamento, de religião, de reunião, de expressão e de informação, são consagradas na Carta dos Direitos Fundamentais da UE.

Democracia

O funcionamento da União assenta na democracia representativa. Ser cidadão europeu também confere direitos políticos: todos os cidadãos europeus adultos têm o direito de se apresentar como candidatos e de votar nas eleições para o Parlamento Europeu. Os cidadãos europeus têm o direito de se apresentar como candidatos e de votar no seu país de residência ou no seu país de origem.

## Igualdade

A igualdade implica que todos os cidadãos têm os mesmos direitos perante a lei. O princípio da igualdade entre homens e mulheres está subjacente a todas as políticas europeias e é a base da integração europeia, aplicando-se em todas as áreas. O princípio da remuneração igual para trabalho igual foi consagrado no Tratado em 1957. Apesar de continuarem a existir desigualdades, a UE realizou progressos significativos.

## Estado de Direito

A UE assenta no Estado de Direito. Tudo o que a UE faz assenta em Tratados acordados voluntária e democraticamente pelos países que a constituem. O direito e a justiça são garantidos por um poder judicial independente. Os países da UE conferiram competência jurisdicional ao Tribunal de Justiça da União Europeia, cujos acórdãos devem ser respeitados por todos.

## Direitos humanos

Os direitos humanos são protegidos pela Carta dos Direitos Fundamentais da UE, que proíbe a discriminação em razão, designadamente, do sexo, origem étnica ou racial, religião ou convicções, deficiência, idade ou orientação sexual, e consagra o direito à proteção dos dados pessoais e o direito a acesso à justiça.

Estes objetivos e valores constituem a base da UE e estão estabelecidos no Tratado de Lisboa e na Carta dos Direitos Fundamentais da UE.

Em 2012, a UE recebeu o Prêmio Nobel da Paz pelos seus esforços em prol da paz, da reconciliação, da democracia e dos direitos humanos na Europa.

A UE é, há mais de meio século, um fator de paz, de estabilidade e de prosperidade, tendo contribuído para melhorar o nível de vida dos europeus e dado origem a uma moeda única, o euro. Mais de 340 milhões de cidadãos europeus de 19 países utilizam o euro como moeda e usufruem das suas vantagens.

Graças à supressão dos controlos nas fronteiras entre os países da UE, as pessoas podem circular livremente em quase todo o continente, sendo muito mais fácil viver, trabalhar e viajar noutros países da UE. Todos os cidadãos europeus têm o direito e a liberdade de escolher em que país da UE querem trabalhar, estudar ou passar a sua reforma. Em termos de emprego, segurança social e impostos, os países da UE devem tratar os outros cidadãos europeus exatamente da mesma forma que tratam os seus próprios cidadãos.

O principal motor da economia europeia é o mercado único, que permite que a maioria das pessoas, bens, serviços e capitais circulem livremente. O objetivo da UE é desenvolver este enorme recurso também noutras áreas, como os mercados da energia, do conhecimento e dos capitais, para que os europeus possam tirar o máximo partido do seu potencial.

A UE mantém-se empenhada em reforçar a transparência e o funcionamento democrático das suas instituições. As decisões são tomadas com a maior transparência possível e de uma forma tão próxima do cidadão quanto possível.

Os poderes do Parlamento Europeu, eleito por sufrágio universal direto, têm sido progressivamente alargados. Por sua vez, os parlamentos nacionais, que trabalham em paralelo com as instituições europeias, têm assumido um papel cada vez mais importante.

A UE norteia-se pelo princípio da democracia representativa, com os cidadãos diretamente representados ao nível da União no Parlamento Europeu os Estados-Membros no Conselho Europeu e no Conselho da UE.

Os cidadãos europeus são incentivados a contribuir para a vida democrática da União dando a sua opinião sobre as políticas europeias durante a sua elaboração e sugerindo melhorias das leis e políticas em vigor. A iniciativa de cidadania europeia permite que os cidadãos tenham uma palavra a dizer sobre as políticas da UE que afetam as suas vidas. Os cidadãos podem igualmente apresentar queixas sobre a aplicação do direito europeu.

Comércio

A União Europeia é o principal bloco comercial do mundo. A UE é o maior exportador mundial de bens e serviços e o maior mercado de importação para mais de 100 países. Ela engloba 23 línguas oficiais e cerca de 150 línguas regionais.

O comércio livre entre os países da UE foi um dos princípios fundadores da UE, concretizado no mercado único. Fora das suas fronteiras, a UE está igualmente empenhada na liberalização do comércio mundial.

#### Ajuda humanitária

A UE está empenhada em ajudar as vítimas de catástrofes naturais e causadas pelo Homem em todo o mundo, prestando apoio a mais de 120 milhões de pessoas por ano. No seu conjunto, a UE e os países que a compõem são o principal doador mundial de ajuda humanitária.

#### Diplomacia e segurança

A UE desempenha um papel importante no plano diplomático, procurando promover a estabilidade, a segurança e a prosperidade, a democracia, as liberdades fundamentais e o Estado de direito a nível internacional.

O Dia da União Europeia é comemorado 9 de maio.

A bandeira oficial da União Europeia é composta por doze estrelas douradas dispostas sobre um fundo azul formando um círculo. Ao contrário do que muitos pensam, o número de estrelas da bandeira não está relacionado com a quantidade de Estados-membros que formam o bloco europeu.

## **2.2 Dados económicos**

A chamada "Zona Euro" corresponde aos 17 países membros da UE que adotaram a moeda, sendo a Estônia o último país a adotar a moeda, em 2011.

A população europeia estimada é de 500 milhões de pessoas, o que corresponde a 7% da população mundial.

A União Europeia participa de fóruns de reunião importantes como o G7 - Grupo dos Sete, G8 - Grupo dos Oito e o G20 - Grupo dos Vinte.

Principais setores econômicos: indústria, finanças, turismo, tecnologia da informação e agricultura.

Moeda: euro (€).

PIB (nominal): US\$ 19,97 trilhões (2016).

PIB per capita: US\$ 39.200 (2016).

Taxa de crescimento do PIB: 1,9% (estimativa 2016).

Taxa de crescimento do PIB em 2017: 0,6% (segundo trimestre) - em relação ao trimestre anterior.

Composição do PIB por setor da economia: serviços (70,5%), indústria (24,4%) e agricultura (1,5%) - (estimativa 2016)

Taxa de crescimento industrial: 1,4% (estimativa 2016).

Força de trabalho (2016): 233,7 milhões de trabalhadores

Força de trabalho por ocupação: serviços (73,1%), indústria (21,9%), agricultura (5%). - estimativa 2015

Taxa de desemprego: 8,6 % (maio de 2016) - 21,08 milhões de desempregados.

Investimentos: 19,5% do PIB (2016 estimativa).

Taxa de Inflação: 1,3% (em junho de 2017).

Dívida Externa: US\$ 17,08 trilhões (2015).

Principais produtos agropecuários produzidos: trigo, cevada, beterraba, cereais, vinho, uvas, peixe, aves e carne bovina e suína.

Principais produtos industrializados produzidos: produtos químicos, equipamentos eletrônicos e elétricos, automóveis, máquinas e equipamentos, produtos químicos, remédios, produtos de metal.

Principais produtos exportados: máquinas, veículos, aviões, plásticos, produtos farmacêuticos, ferro, aço, produtos químicos, tecidos, celulose, carne.

Principais produtos importados: máquinas, aviões, veículos, plásticos, produtos químicos, petróleo bruto, tecidos e alimentos (in natura e processados).

Exportações (2015 - estimativa): US\$ 2,259 trilhões.

Importações (2015 - estimativa): US\$ 2,244 trilhões.

Saldo da balança comercial (estimativa 2015): superávit de US\$ 15 bilhões.

A União Europeia busca hegemonia mundial, isso fica caracterizado a partir da posição de destaque do PIB diante do cenário internacional, provando que o bloco atingiu sucesso na integração. Um fator muito importante propiciado pela eficácia da União Europeia, devido à prosperidade inibe o surgimento de conflitos. A inserção de países da ex-União Soviética reforça o fato de que o bloco tem muito a crescer, e o mais importante é que o bloco poderá acabar com a distinção entre Europa Ocidental e Oriental.

## **Conclusão**

A União tem vários objetivos estratégicos em matéria de política externa, dos quais o principal consiste em construir uma Europa estável com uma voz forte no mundo. Na qualidade de maior parceiro comercial do mundo, a UE afirma-se igualmente determinada a preservar a sua competitividade internacional, ao mesmo tempo que promove o comércio global através da crescente liberalização das normas de comércio mundiais, processo este que considera vir a beneficiar especialmente os países em desenvolvimento.

A política externa não reveste apenas os aspectos relativos ao comércio, segurança e diplomacia. Implica, sim, uma vasta miríade de outras questões,

muitas das quais têm repercussões no cotidiano dos cidadãos europeus, e que concorrem para condicionar a estratégia da União Europeia face ao mundo em geral. Entre estas, contam-se a necessidade de combater

a disseminação da sida e da fome e de gerir os fluxos migratórios, bem como as campanhas contra a droga e o terrorismo. Todas são questões que exigem uma cooperação transnacional mais estreita, na medida em que os problemas que afetam o mundo de hoje apenas podem ser eficazmente solucionados com o trabalho de todos.

A União Europeia trabalha para assegurar uma Europa de estabilidade e paz, cuja voz se faz ouvir no mundo. A UE é um importante parceiro de cooperação em todas as regiões do globo, assumindo-se como o maior parceiro comercial do mundo, sendo particularmente ativa na promoção da dimensão humana das relações internacionais, nomeadamente a solidariedade social, os direitos humanos e a democracia.

## Referências

FERREIRA, Tahiana Fernandes de Macêdo. **União europeia: o diálogo e a cooperação contribuindo para a construção da democracia supranacional.** Curitiba: Juruá, 2013.

FINKELSTEIN, Cláudio. **O processo de formação de bloco.** São Paulo: IOB-Thomson, 2003.

FURLAN, Fernando de Magalhães. **Supranacionalidade nas associações de Estados: repensando a soberania.** Curitiba: Juruá, 2008.

JUNG, Salete. **Uma Introdução ao Direito da Integração e Direito Comunitário.** Disponível em: . Acesso em: 12/05/2018.

JUNQUEIRA, Bráulio. **A Institucionalização Política da União Europeia.** Coimbra: Almedina, 2008.

PORTO, Manuel Carlos Lopes. **Teoria e políticas de integração na União Europeia e no Mercosul.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.



QUADROS, Fausto. **Direito das Comunidades Europeias, Contributo para o estudo da natureza jurídica do Direito Comunitário Europeu.** Lisboa: Almedina, 1994.

UNIÃO EUROPÉIA. Site oficial da União Européia. Disponível em: . Acesso em: 12/05/2018.

[https://europa.eu/european-union/index\\_pt](https://europa.eu/european-union/index_pt)

## ALTERNATIVAS À JUDICIALIZAÇÃO DO ACESSO A MEDICAMENTOS DE POSSÍVEL ADOÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

**REISSON RONSONI DOS REIS:** Possui graduação em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (2015), tendo recebido menção honrosa de 1º da turma durante a solenidade de formatura. É formando na Escola Preparatória de Cadetes do Exército (2010). Possui três menções honrosas por mérito escolar recebidos no Ensino Médio. Co-autor do artigo "Direito à Saúde no Brasil e sua Judicialização: abordagem normativa e sociológica", presente no livro "Processo e Constituição: Interfaces Possíveis", da Editora Essere nel Mondo. Co-autor do artigo "Responsabilidade dos Sócios em Face de Débitos Tributários da Pessoa Jurídica" publicado na Revista Destaque Jurídico no segundo semestre de 2014. Co-autor do Livro Digital "Das Regras da Guerra: Da Ética Cavaleiresca ao Estatuto de Roma", da Editora Saraiva. Autor do artigo Dos Costumes às Leis: um estudo sobre a influência da ética cavaleiresca no direito militar brasileiro contemporâneo, publicado na Revista de Direito Militar da AMAJME. Especialista em Direito Militar Universidade Cândido Mendes. Mestrando em Direito das Relações Internacionais pela Universidad de la Empresa. Já foi assessor jurídico junto à Procuradoria-Geral do Município de Gravataí/RS. Atualmente é Subsecretário Municipal da Saúde em Gravataí/RS.

**Resumo:** O presente trabalho aborda as alternativas à judicialização do acesso a medicamentos, as quais podem ser adotadas pelo Poder Executivo, com especial enfoque para o municipal, sem necessidade de modificação legislativa ou do posicionamento consolidado do Poder Judiciário. Diante

disso, verificam-se medidas administrativas e processuais com impacto de economia para o ente público e de eficiência para o cidadão. Essa pesquisa é motivada pela grande demanda judicial que o Município de Gravataí, caso estudado, sofre no tocante ao acesso a medicamentos, bem como pelo sofrimento da população. Sendo assim, como base na análise de dados e de documentos, utilizando-se o método dedutivo em comparação com posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários, verifica-se formas, que não passam por mudanças legislativas ou de posicionamento judicial, para mitigar o problema da judicialização do acesso a medicamentos.

**Palavras-Chave:** judicialização; medicamentos; alternativas; economia; eficiência.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Dos Aspectos Principiológicos e Normativos Envolvidos na Análise das Possibilidades Executivas de Enfrentamento da Judicialização da Saúde; 3. Conclusão. Referências.

---

## 1. INTRODUÇÃO

O Município de Gravataí recebeu, via Procuradoria-Geral do Município, 390 citações em 2015, 351 citações em 2016 e 261 citações em 2017, todas relativas à área da saúde (fornecimento de medicamentos de uso contínuo ou não, cirurgias emergenciais, internações).

Abordando especificamente os que tratam de medicamentos, que representam a maioria deles, tem-se que surgem pela indisponibilidade de medicamentos nas Farmácias Municipal e Estadual para serem fornecidos aos munícipes.

A referida falta ocorre por haver prescrição de medicamentos fora da lista do RENAME por parte dos médicos do SUS aos pacientes.

Contudo, no processo administrativo nº 56672/2016 da Prefeitura de Gravataí, aberto para atender o requerimento ministerial no procedimento RD 00784.00984/2016, verificou-se a presença de 09 medicamentos constante nas listas do RENAME e, conseqüentemente, nos

estoques da Farmácia Municipal, que tratavam o mesmo problema que o remédio indicado pelo médico do SUS – o qual a Prefeitura, por não estar o remédio na lista do RENAME, não possui em seus estoques.

Disso surge a ideia central desta pesquisa, encontrar soluções executivas, ou seja, independentes de alterações legais, que podem ser executadas pela Administração de forma imediata com vistas a reduzir a judicialização do acesso a medicamentos.

Para isso, analisar-se-ão, do ponto de vista legal, proposições passíveis de gerar redução da judicialização do acesso a medicamentos, reduzindo o ônus do Município e o abarrotamento do Poder Judiciário.

## **2. DOS ASPECTOS PRINCÍPIOLÓGICOS E NORMATIVOS ENVOLVIDOS NA ANÁLISE DAS POSSIBILIDADES EXECUTIVAS DE ENFRENTAMENTO À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**

A vida é um Direito Fundamental de primeira dimensão, conforme leciona o Doutor Marcelo Novelino (2016, p. 272 e 314)

Dito isso, cabe ressaltar que um Direito Fundamental é um Direito Humano, ou seja, comum a todos os homens, que foi internalizado pelo direito de um Estado soberano (SARLET, 2005, p. 70):

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material

para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo.

No caso brasileiro, esse direito foi positivado no artigo 5º, “caput” da Constituição Federal, sendo, portanto, um Direito Fundamental de natureza individual:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...].

Andando conjuntamente, tem-se o direito à saúde, que é um Direito Social, ou seja, um Direito Fundamental de segunda dimensão, como leciona Novellino (2016, p. 272).

Esse direito está expresso no artigo 6º da Constituição Federal, sendo derivado do direito à vida, pois uma vida deve ser digna e não pode sê-lo sem que haja saúde:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Porém, para uma Carta Política ser completa, não basta afirmar que aqueles por ela tutelados possuem direitos, é necessário definir quem será o responsável pela promoção de tais direitos.

No caso em tela, a Carta Magna definiu que a saúde é um direito de todos e um dever de cada ente estatal, o que inclui o Município, com fulcro no artigo 196 da Constituição Federal:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e

de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Artigo que é complementado por dispositivo que diz serem de relevância pública os serviços de saúde, cabendo à Administração Pública regular, fiscalizar e controlar esses, nos termos do artigo 197 da Constituição Federal:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Regulamentando esses pressupostos, o inciso II, do artigo 7º, da Lei Federal nº 8.080/90, prega a "integralidade de assistência, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema".

Além de estabelecer, na alínea "d", do inciso I, do artigo 6º da Lei Federal nº 8.080/90, expressa estar incluída no SUS a "assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica".

Tema que hoje está atrelado à questão de que a assistência farmacêutica no Sistema Único de Saúde tem critérios norteadores previstos no art. 19-M e seguintes, da Lei 8.080/90, com as alterações da Lei 12.401/2001:

Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea d do inciso I do art. 60 consiste em:

I – dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou agravo à saúde

a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no art. 19-P;

[...].

Art. 19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada:

I – com base nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite.

Sendo vedado em todas as esferas de gestão do SUS, conforme o art. 19-T, I, da Lei 8.080/90, “o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela ANVISA”.

Diante disso, é imperioso que se destaque que a Administração Pública deve sujeitar-se aos princípios da legalidade e da eficiência, dentre outros, conforme o artigo 37, “caput”, da Constituição Federal.

Nesse sentido, tem-se que o princípio da legalidade, de acordo com Reinaldo Couto (2015, p. 145):

[...] significa que o gestor público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e sujeitar-se às sanções administrativas, cíveis e penais previstas no ordenamento jurídico.

Portanto, cabe ao administrador da coisa pública cumprir com o determinado na lei “lato sensu”.

Enquanto isso, o princípio da eficiência, de acordo com o que explana José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 31) é:

[...] a procura de produtividade e economicidade e, o que é mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional. Há vários aspectos a serem considerados dentro do princípio, como a produtividade e economicidade, qualidade, celeridade e presteza e desburocratização e flexibilização, como acentua estudioso sobre o assunto.

Logo, o gestor possui o dever do gestor é garantir o melhor serviço atrelado ao menor ônus ao Erário.

Com base no exposto anteriormente, e considerando que na Portaria do Ministério da Saúde de nº 399/2006 (Pacto pela Saúde), no item “Responsabilidades Gerais da Gestão do SUS”, tem-se a responsabilidade dos municípios:

Promover a estruturação da assistência farmacêutica e garantir, em conjunto com as demais esferas de governo, o acesso da população aos medicamentos cuja dispensação esteja sob sua responsabilidade, promovendo seu uso racional, observadas as normas vigentes e pactuações estabelecidas.

Questão atrelada ao que a alínea “d”, do sub-item 3.1, da Portaria do Ministério da Saúde nº 399/2005 (Pacto pela Saúde) é indicadora:

A Assistência Farmacêutica será financiada pelos três gestores do SUS devendo agregar a aquisição de medicamentos e insumos e a organização das ações de assistência farmacêutica necessária, de acordo com a organização de serviços de saúde. [...] a responsabilidade pelo financiamento e aquisição dos medicamentos de dispensação excepcional é do Ministério da Saúde e dos Estados, conforme



pactuação e a dispensação, responsabilidade do Estado.

Tem-se que cabe à Administração cumprir o que dita a Constituição, as leis propriamente ditas e às normas de hierarquia kelsiana menor, como as portarias do Ministério da Saúde.

Consequentemente, nos deparamos com duas questões. A primeira delas demonstra que é praticamente impossível resistir a uma demanda justa em desfavor do ente público no tocante a medicamentos (salvo nos casos albergados pelo Tema<sup>o</sup> 106 do Superior Tribunal de Justiça – que restringiu o acesso a medicamentos fora da lista do SUS a usuários do SUS de forma graciosa), e, assim, o gesto de contestar se torna não apenas temporalmente oneroso, mas também materialmente.

E nisso reside o direito da Fazenda Pública, assim como qualquer outra parte, de não contestar a demanda em que certamente será derrotada, conforme o artigo 345, II, do CPC, uma vez que versará sobre direito indisponível – raciocínio que está acorde com o do Egrégio Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul, conforme o precedente que segue:

**APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE COBRANÇA. MUNICÍPIO DE CORONEL BICACO. REVELIA. COMPROVAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE DÉBITO.** 1. Resta pacífico o entendimento jurisprudencial de que não são aplicáveis os efeitos da revelia contra a Fazenda Pública (art. 320, inc. II do CPC). 2. Não obstante o julgamento antecipado da lide e a apresentação intempestiva da contestação, não se verifica, no caso, a aplicação dos efeitos materiais da revelia. Sentença que se pautou na prova documental apresentada pela parte autora. 3. Fundamentos alinhados na contestação que não eximem o ente público da obrigação. Comprovada a contratação e o cumprimento da obrigação pelo autor (sinalagma), procede o pedido de cobrança. 3. Sentença de procedência na origem mantida.

Precedentes jurisprudenciais. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70061501748, Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Antônio Vinícius Amaro da Silveira, Julgado em 24/08/2016).

Destacados tais pontos, podem-se analisar as possibilidades que a Administração possui de três ópticas: as pré-processuais, as processuais e as pós-demanda do cidadão.

O primeiro tipo inclui medidas puramente administrativas voltadas aos procedimentos médicos quando da prescrição de medicamentos, bem como à Farmácia Municipal.

Tendo em vista toda a fundamentação legal supramencionada e apropriando-se da Recomendação Administrativa nº 25/2013, do Ministério Público do Estado do Paraná, ao Município de Palmas/PR, que recomendou legal e fundamentadamente, a adoção de procedimentos administrativos imediatos, no âmbito do SUS, para:

1) capacitar e orientar os profissionais médicos do Sistema Único de Saúde em Palmas, da rede própria, contratada e conveniada, a:

[...];

b) Esgotarem as alternativas de fármaco previstas na Relação Nacional de Medicamentos (RENAME), nas relações complementares estaduais e municipal de medicamentos, bem como nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde e demais atos que lhe forem complementares, antes da Saúde e demais atos que lhe forem complementares, antes de prescreverem tratamento medicamentoso diverso aos pacientes;

c) Se ainda assim for prevalente tecnicamente a prescrição de droga curativa não contemplada nas referidas Relações ou apresentada nos Protocolos, o profissional responsável deverá elaborar formal justificativa técnica consistente, fundamentando,

assim, essa excepcional orientação clínica (tendo em vista os imperativos advindos da Lei n. 12.401/2011 e do Decreto n. 7508/2011), na qual indique:

- c.1) Qual a doença, com o respectivo n. de CID;
  - c.2) Quais os motivos da exclusão dos medicamentos previstos nos regulamentos citados, em relação ao paciente (refratariedade, intolerância, interações medicamentosas, reações adversas, etc);
  - c.3) Menção à eventual utilização anterior, pelo usuário, dos fármacos protocolizados, sem resposta adequada;
  - c.4) Quais os benefícios do medicamento prescrito no caso concreto;
  - c.5) Apresentação de estudos científicos eticamente isentos e comprobatórios dessa eficácia (revistas indexadas e com conselho editorial);
  - c.6) Informação sobre existência de prova de segurança, eficácia, efetividade e custo/ efetividade do insumo em causa, conforme critérios propostos pela Medicina Baseada em Evidências (BEM);
  - c.7) Informação sobre existir (ou estar em curso) deliberação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC-MS) a respeito da possível incorporação do fármaco no SUS (art. 19-Q, da Lei n. 8.080/80), e, por fim,
  - c.8) Manifestação sobre possíveis vínculos, formais ou informais, do prescritor com o laboratório fabricante do remédio em comento,
- d) Da mesma forma dever-se-á proceder quando o fármaco prescrito, embora constante dos Protocolos, for receitado em face de situação diversa da ali descrita (excluindo-se o uso de medicamentos experimentais, sujeitos à disciplina à parte).

E das Recomendações Administrativas nº 12/2006, do MPPR, ao Estado do Paraná, e nº 11/2006, do MPPR, ao Município de Curitiba, que

recomendou legal e fundamentadamente, a adoção de imediatas providências administrativas, no âmbito do Sistema Único de Saúde, no sentido de:

Orientar os profissionais médicos a esgotarem as alternativas de fármacos previstas nos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do Ministério da Saúde e demais atos que lhe forem complementares, antes de prescreverem tratamento medicamentoso diverso aos pacientes. Se ainda assim for prevalente tecnicamente a prescrição da droga curativa não apresentada nos Protocolos, o profissional responsável deverá elaborar fundamentação técnica consistente, indicando quais os motivos da exclusão dos medicamentos previstos nos regulamentos citados, em relação ao paciente; quais os benefícios do medicamento prescrito no caso concreto; apresentação de estudos científicos eticamente isentos e comprobatórios dessa eficácia (revistas indexadas e com conselho editorial); menção à eventual utilização anterior, pelo usuário, dos fármacos protocolizados, sem resposta adequada e, por fim, manifestação sobre possíveis vínculos, formais ou informais, do prescritor com o laboratório fabricante do remédio em comento, justificando, assim, essa excepcional orientação clínica. Da mesma forma se procederá quando o fármaco prescrito, embora constante dos Protocolos, for receitado em face de situação diversa da ali descrita.

Além da Resolução 83/2015 da Secretaria da Saúde do Estado de São Paulo, cujo teor conclusivo ora se transcreve:

[...]. §1º - A prescrição fora da relação de medicamentos preconizados pelo SUS deve ser devidamente justificada pelo médico prescritor e corroborada pela instância institucionalmente definida para tanto, do serviço de saúde ao qual o médico estiver vinculado.

§2º - Recomenda-se às instituições públicas de saúde estadual que, quando da análise de prescrições em desacordo com as normas do SUS, solicitem do médico declaração da inexistência de conflito de interesses em relação à indústria farmacêutica e/ou pesquisa clínica.

§3º - O atendimento do paciente e, portanto, o custo da dispensação de medicamentos não padronizados ou não contemplados nos protocolos da assistência farmacêutica do SUS, prescritos por médico da rede estadual de saúde, poderá ser custeado pela instituição ao qual o mesmo esteja vinculado, devendo o paciente ser devidamente informado sobre a forma de disponibilização do fármaco, na medida em que o atendimento público de saúde é integral, não podendo o paciente estar desassistido.

§4º - A Secretaria adotará as medidas cabíveis, [...] e, inclusive, para ressarcimento ao erário, do custo de medicamento judicializado contra a Fazenda do Estado, originário da prescrição da rede estadual de saúde em desacordo com as normas e orientações que disciplinam as ações e atividades do SUS. [...].

Pode-se concluir que o gestor municipal pode adotar providências de modo a orientar os médicos vinculados ao SUS municipal, uma vez que são parte desta Administração Pública, a prescreverem preferencialmente medicamentos constantes nas Farmácias Públicas Municipal e Estadual.

Porém, tendo em vista que o médico é o detentor do conhecimento técnico e capaz, devido a sua formação, de verificar qual medicamento é mais eficaz para o caso específico, é perfeitamente razoável que seja indicado remédio diverso do que aqueles constantes nas Farmácias Públicas Municipal e Estadual.

Todavia, que isso seja feito de forma justificada e tecnicamente fundamentada, não só com fundamentação do porquê do remédio

prescrito ser o necessário para o caso do paciente, mas também o motivo pelo qual os remédios que tratem das mesmas enfermidades e que estejam disponíveis nas Farmácias Públicas Municipal e Estadual não servirem para aquele paciente, fazendo-o de forma individual para cada medicamento ofertado pela referida farmácia pública.

O referido procedimento não vinculará os médicos aos estoques das Farmácias Públicas, pois continuarão com a liberdade de receitarem o medicamento que, por razões estritamente técnicas, concluírem ser o mais adequado.

Contudo, quando não houver razões técnicas que justifiquem a escolha de um medicamento caro em detrimento de um medicamento barato, que se possuir em estoque, logo, é de fácil alcance ao paciente, o médico deverá receitar o remédio que se possuir na Farmácia Municipal ou na Estadual, reduzindo os custos tanto desta Municipalidade (com bloqueios, combustível, papel, tinta, energia elétrica, tempo dos servidores da PGM, custas e honorários sucumbenciais, pagamentos de RPV's, o que também gera trabalho a Secretaria Municipal da Fazenda), do Estado (pelos mesmos motivos, salvo particularidades, que o Município, além dos custos que teria o Poder Judiciário, o MP e a DPE), valendo o mesmo à União.

Igualmente, tal conduta reduziria os gastos oriundos de ação regressiva contra os devedores solidários de medicamentos, trazendo os mesmos benefícios que evitar o ajuizamento de novas ações traria.

Destacando-se que a referida conduta administrativa estaria conforme o Estatuto da Ética Médica (EEM), a saber:

O artigo 29 do EEM diz que é vedado ao médico "praticar atos profissionais danosos ao paciente, que possam ser caracterizados como imperícia, imprudência ou negligência", e como podemos observar: requerer fundamentação técnica e justificação para se utilizar um medicamento em detrimento de outro apenas demonstraria que o médico do SUS não é imperito, imprudente ou negligente.

O artigo 42 do EEM diz que é vedado ao médico "praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação do País",

logo, seria vedado ao médico indicar medicamentos em detrimento de outros cuja disponibilidade seria menos onerosa ao ente público sem razões técnicas, o que seria um ato desnecessário.

O artigo 110 do EEM diz que é vedado ao médico “fornecer atestado sem ter praticado o ato profissional que o justifique, ou que não corresponda a verdade”, o que pode ser interpretado como sendo vedado ao médico fornecer atestado médico sem a devida justificativa não só quanto ao exame, como também quanto à necessidade de ser utilizado um medicamento específico.

Outra alternativa possível, porém, com o custo de novo profissional, seria designar profissional médico para que esse ficasse, durante o horário de atendimento da Farmácia Municipal, postado no referido estabelecimento, com a função de revisar receituários médicos e exames trazidos pelos pacientes, de modo a, com a devida justificativa e fundamentação técnica, substituir medicamento diverso do que aqueles que existem em estoque nas Farmácias Públicas, o qual teria sido prescrito por médico também ligado ao SUS, por medicamento que houver em estoque.

E, com base no artigo 81 do EEM, dispondo ser vedado ao médico:

Alterar a prescrição ou tratamento de paciente, determinado por outro médico, mesmo quando investido em função de chefia ou de auditoria, salvo em situação de indiscutível conveniência para o paciente, devendo comunicar imediatamente o fato ao médico responsável.

Nota-se que é possível tal proceder, pois é indiscutível a conveniência para o paciente nos casos em que houver medicamento em estoque na Farmácia Pública cuja função seja a mesma do medicamento indicado por médico do SUS, salvo exceções em casos específicos, porque isso garantirá um rápido início ao tratamento do munícipe, a continuidade do tratamento, a desnecessidade de demanda judicial e desgaste emocional, temporal e recursal do próprio paciente para ver seu pleito atendido.

Também aumentará a chances do paciente não vir a óbito durante o tratamento, o que por vezes ocorre na via judicial.

Logo, poderia o gestor público designar profissional médico para o exercício da função referida nesse item, tendo em vista que isso pode gerar não só uma melhora ao paciente, como também reduzir o desperdício de recursos municipais que podem, inclusive, serem empregados em outras áreas da saúde pública e afins.

Superadas as alternativas pré-judicialização, estudar-se-ão as alternativas durante a judicialização.

“Ab initio”, ressalta-se que é notório ser pacífico o entendimento do Egrégio Tribunal do Rio Grande do Sul e dos Tribunais superiores a responsabilidade solidária entre os entes públicos no tocante ao fornecimento de condições de saúde dignas aos cidadãos, não podendo o ente público invocar “a reserva do possível” (tese minoritariamente defendida nos julgados) para se eximir de tal responsabilidade, bem como de pacto administrativo onde ao Município caberia o fornecimento de tratamentos e procedimentos de baixa complexidade; ao Estado, os de média; e à União, os de alta, pois também é pacífico que tal pacto não pode ser arguido em desfavor do bem maior que é a vida.

Isso tem sido visualizado em cada derrota que o Município de Gravataí sofreu quando contestou sua legitimidade para figurar em polo passivo em demandas dessa área, resistência que apenas onera a municipalidade, que gasta tinta, papel, luz, dinheiro, tempo e pessoal para uma defesa vã, inglória, perdendo recursos materiais e temporais que poderia empregar em área que revertesse essa situação de forma favorável à municipalidade.

Verifica-se, pelo artigo 90, §4º, do CPC, que a ausência de pretensão resistida, em que a parte ré não só assuma a responsabilidade por obrigação de fazer, como também torne efetiva a execução de tal responsabilidade reduz os honorários sucumbenciais em 50%, ou seja, não resistir ao fornecimento de medicamentos aos munícipes reduz custos ao Município.



Art. 90. Proferida sentença com fundamento em desistência, em renúncia ou em reconhecimento do pedido, as despesas e os honorários serão pagos pela parte que desistiu, renunciou ou reconheceu.

§ 4º Se o réu reconhecer a procedência do pedido e, simultaneamente, cumprir integralmente a prestação reconhecida, os honorários serão reduzidos pela metade.

Além disso, melhora a condição de vida do cidadão gravataiense, melhorando a imagem da Administração Pública, renovando suas esperanças de que a máquina pública pode funcionar a seu favor.

Não obstante, sabe-se que, via de regra, a tese defensiva municipal gira em torno de ser responsabilidade administrativa de qualquer um dos demais entes federados em cuja jurisdição esteja inserido, tendo em vista a complexidade e o supramencionado pacto administrativo entre os entes.

Logo, tem-se que, regressivamente, o Município de Gravataí poderia reaver os valores gastos fornecendo o tratamento e/ou providências médicas e salutaras em ações regressivas, bem como o que houver de pagar como honorários, tendo em vista que tendo o outro ente dado causa ao processo, deveria reembolsar a municipalidade por todos os gastos provenientes de sua falha.

E isso gera os seguintes benefícios à municipalidade: crença de que a Administração Pública municipal funciona a seu favor; melhora na saúde do trabalhador local, com todas as consequências benéficas que isso acarreta; reembolso do tratamento de média e de alta complexidade, cujos valores seriam adiantados pelo Município, com juros e correção monetária, através de ações regressivas.

Sendo esses valores devolvidos em forma de RPV, tendo em vista que, a cada depósito voluntário que o ente público executasse em favor do município, estaria sendo criado direito de cobrança em desfavor dos demais entes, tendo esse, valor compatível, via de regra, com o de um RPV,

inclusive os honorários de sucumbência, garantido o retorno rápido de recursos que hoje não retornam ao Município.

Além disso, ter-se-ia a garantia de que as contas municipais não seriam bloqueadas e penhoradas em virtude de processos judiciais que abordem essa área, o que permite maior controle do gestor público do uso de seus recursos, facilitando o planejamento, inclusive no tocante ao previsto no artigo 196 da Constituição Federal.

Reitera-se que, com isso, o Município de Gravataí também economizaria todo o material que gasta com contestações e apelações contra teses já consolidadas no Poder Judiciário.

Concomitantemente, tem-se que o ente público, segundo o artigo 345, II, do CPC não é obrigado a contestar, uma vez que o não se aplicam os efeitos da revelia ao direito indisponível.

E, além disso, considerando também que o procurador responsável será capaz de identificar casos em que o pleito autoral será provavelmente exitoso, poder-se-ia deixar de resistir no período de contestação e, resguardado o direito de ingressar regressivamente contra os demais entes públicos solidários, com fulcro no artigo 283 do Código Civil, providenciar o medicamento pleiteado ou os recursos suficientes para sua aquisição.

Na mesma banda, tem-se inclusive que precedentes jurisprudenciais seguem no sentido de serem cabíveis as ações de regresso municipais em desfavor do Estado (grife-se):

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. TRATAMENTO DE SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. AÇÃO DEREGRESSO. 1. Se a obrigação de custear o procedimento cirúrgico postulado por terceiro, mediante ação judicial, foi imposta ao Estado e ao Município de Lagoa Vermelha, e satisfazendo o ente municipal a dívida por inteiro, **deve ser reconhecido o direito de regresso à cota parte cujo adimplemento era de responsabilidade do Estado.** Aplicação do disposto no art. 283 do Código Civil. 2. O

Estado está isento do pagamento das custas processuais e dos emolumentos, contudo, arcará com as despesas processuais, exceto as de oficial de justiça. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70069117505, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 10/08/2016).

APELAÇÕES CÍVEIS. REEXAME NECESSÁRIO AÇÃO DE COBRANÇA. REEMBOLSO OBJETIVADO PELO MUNICÍPIO EM FACE DO ESTADO DE DESPESAS COM FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO DECORRENTE DE PROVIMENTO LIMINAR LANÇADO EM FEITO EM QUE AMBOS CONSTAVAM NO POLO PASSIVO. SOLIDARIEDADE NAQUELA DEMANDA QUE NÃO ELIDE, NO TRATO DA RELAÇÃO ENTRE OS ENTES PÚBLICOS, O DIREITO DE REGRESSO. Posto que solidária, perante o cidadão necessitado, a responsabilidade dos entes públicos federados no atendimento à saúde, nada obsta o pleito de ressarcimento deduzido pelo Município em face da dispensação de medicamentos que, na ordem de hierarquização interna desses entes, não lhe competiria. Disciplina sobre o assunto que prevê limitação da responsabilidade do Município ao atendimento dos fármacos constantes da Relação Nacional de Medicamentos de Essenciais - RENAME - e da Lista de Medicamentos de Atenção Básica. **Hipótese em que a dispensação teve a ver com medicamentos que não constavam de uma ou outra dessas listagens, de custo apreciável, daí a procedência integral do pedido de regresso deduzido em face do outro réu da demanda em que imposta a obrigação de dispensação, o Estado. Inferior a 60 salários mínimos a condenação, não é o caso de reexame necessário.** APELO DO MUNICÍPIO PROVIDO,

PREJUDICADO O QUE MANIFESTADO PELO ESTADO, COM O NÃO CONHECIMENTO DO REEXAME NECESSÁRIO. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70062162995, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 10/06/2015).

E, nota-se, tais precedentes abrangem todo o custo que a parte prejudicada teve de suportar em virtude do descumprimento de obrigação de fazer resultante da conduta omissiva da parte que causou o prejuízo.

Ainda, verifica-se que, ao não resistir à pretensão de autores em questão de saúde, desde que, obviamente, não eivada de vícios que tornem o pleito prejudicado pela má-fé, o Município de Gravataí estaria lhe poupando recursos, mas também poupando recursos dos demais entes, pois reduziria o valor dos honorários de sucumbência que tais entes teriam de pagar ao Município de Gravataí quando da ação regressiva.

Consoante a todo o exposto, tal medida pode ser interpretada como estando de acordo com o princípio da eficiência, previsto no artigo 37 da Constituição Federal, o qual é definido por José dos Santos Carvalho Filho (2015, p.31).

Além disso, reconhecer-se como sendo solidariamente responsável por dada obrigação não retira do Município de Gravataí o seu direito de ingressar regressivamente contra os demais entes, apenas agiliza o processo e o retorno dos recursos ao Município de Gravataí, pois a diluição do valor em créditos pequenos possibilita seu pagamento por RPV, diferente do que ocorreria se tivessem de ser pagos por precatório apenas após ações que já levaram anos de bloqueios e outros gastos para chegar ao seu termo.

Portanto, ter-se-ia como, tendo sido reconhecido o direito autoral ou perdido o processo, ingressar-se judicialmente contra os demais devedores solidários (Estado e/ou União) cobrando a devolução da proporção que lhes tocaria, com juros e correção monetária, do valor desembolsado pela municipalidade em cada caso.

Não obstante, no caso do medicamento ser de atribuição do Estado do Rio Grande do Sul, com base no artigos 3º, I, "a e II"; e 8º, §1º, ambos da Portaria nº 1.554/2013 do Ministério da Saúde, combinados com o Anexo III da RENAME, deverão ser cobrados os valores integrais gastos com honorários sucumbenciais, com juros e correção monetária, tendo em vista que quem deu causa à demanda de objeto salutar, foi o Estado do Rio Grande do Sul.

Outra questão relativa a medicamentos que causa transtornos é a longa duração das ações de medicamentos na Justiça Estadual gaúcha, com ênfase em Gravataí, comarca abarrotada de processos de toda ordem, inclusive os de medicamentos, não adiantando se dizer que uma dada demanda é urgente ou tem preferência em um sistema em que há tantas nessa situação, que se acaba criando apenas uma segunda lenta fila de processos.

Em razão disso, uma alternativa, prevista no CPC é o desmembramento de ações de medicamentos em duas, uma principal, em que o mérito da lide será decidido; outra, a execução provisória, onde a saúde do munícipe será assegurada, demonstrando um comprometimento do Município com o bem-estar do munícipe, e, na agilidade do processo, garante que o Poder Judiciário terá menos processos para julgar (logo mais atenção poderá dar às ações de execução fiscal, tendo em vista que as mesmas varas judiciais que cuidam das execuções fiscais também cuidam das ações de medicamentos) e, em menos tempo, o Município poderá regressivamente ingressar cobrando Estado e/ou União pela parte que lhes toca nessa questão.

Ante o exposto, tem-se que, quando necessária a contestação e liminarmente condenado o Município, não havendo possibilidade de fornecer os medicamentos pleiteados, o próprio município deve pedir por uma execução provisória em apartado, em nome da celeridade processual, para que rapidamente possa acessar os benefícios que uma ação célere traria a si, nos termos da fundamentação acima, bem como aos seus cidadãos.

Recomendação que está de acordo com a função da existência do ente público, a qual Erasmo de Roterdã descreve como sendo a função de um príncipe (que em sua época se confundia com a existência do próprio Estado):

A lição seguinte é a de amar o país que governa e de ter para com ele a mesma atitude que tem o bom agricultor para com a terra que herdou, ou que tem um homem bom para com sua família, e preocupar-se especialmente em entregar a quem quer que lhe suceda um aperfeiçoamento daquilo que ele próprio recebeu. Se houver filhos, que o príncipe, como pai, seja guiado por seu dever para com eles; se não houver, que seu dever para com seu país seja seu guia, e que seu patriotismo, como uma tocha, o inspire continuamente a manter viva sua afeição para com seus súditos. Que ele pense em seu reino como semelhante a um grande corpo do qual ele é uma parte vital, e que as pessoas que confiaram seus destinos e sua segurança à boa fé de um indivíduo mereçam uma consideração benevolente. Que ele freqüentemente tenha em mente o exemplo daqueles que consideraram o bem-estar de seus cidadãos como mais precioso do que suas próprias vidas e, finalmente, que ele considere que é impossível para um príncipe prejudicar o estado sem prejudicar-se a si próprio (1998, p. 370).

Em outras palavras, amar ao povo significa prover o seu bem-estar, cumprir o dever de gestor público se traduz em assegurar o bem-estar do povo, o que nada mais é do que o objetivo de cada uma das recomendações deste parecer.

Por derradeiro, tem-se que a situação fática em que se encontra o Município de Gravataí, não diferente daquela em que se encontram outros municípios, é de que não se possuem todos os medicamentos que nos são demandados, tendo em vista que se encontram fora do RENAME e listas afins.

Então, quando se é demandado por um desses medicamentos, geralmente, se é condenado pelo fato da parte precisar do medicamento, e ser o ente solidariamente responsável por fornecer esse medicamento.

Porém, uma forma de evitar isso está no que o artigo 283 do Código Civil prevê, a garantia dada àquele devedor que pague toda a dívida que também caberia aos solidariamente responsáveis, e tanto a União, quanto o Estado do Rio Grande do Sul, são solidariamente responsáveis nesse caso, o direito de regressivamente ingressar contra os codevedores para reaver os valores, até para evitar que os demais entes públicos obtenham com isso enriquecimento sem causa.

Diante disso, uma medida que, pode-se dizer, seria econômica e socialmente prudente, é a de que o Município de Gravataí realizasse registro de preços, por medicamento, para que toda e qualquer farmácia vendesse ao Município de Gravataí o medicamento faltante na Farmácia Popular, solicitado pelo munícipe, que, então, seria entregue a esse, e, posteriormente, cobrado dos devedores solidários a sua parte no valor, garantindo menores custos à municipalidade e maior eficiência de seus serviços perante o bem maior de cada um de seus cidadãos.

Não obstante, outra alternativa recomendável seria a realização de registro de preços (procedimento previsto pelo artigo 15 da Lei nº 8.666/1993) para que, quando demandado o Município, esse possa adquirir o medicamento na quantidade necessitada pelo demandante, reconhecendo seu direito a receber o tratamento, reduzindo os custos a que será condenado, encerrando o processo e os custos que sua demora causa.

Porém, essa técnica demandará maior controle por parte da PGM e da Secretaria Municipal da Saúde de quais os medicamentos estão sendo majoritariamente cobrados judicialmente e prescritos pelo SUS, respectivamente, para que se possa atender ao §7º, inciso II, do referido artigo.

Regulamentando o referido artigo da Lei de Licitações, surge o Decreto Federal nº 7.892/2013, que do artigo 7º ao 10 descreve

imperativamente como deverá ocorrer o procedimento licitatório para compor o registro de preços.

O artigo 7º deste decreto determina que seja utilizada a modalidade de “concorrência” para o registro de preços seja constituído, sendo, em regra, utilizável a técnica de menor preço para a aquisição do bem, o que parece ser a mais adequada ao caso em estudo, tendo em vista que o Município utilizaria o que o médico houvesse receitado de forma tecnicamente fundamentada e justificada.

Concomitantemente, interessante é notar que o artigo 8º do referido decreto permite à Administração Pública, que está vinculada ao princípio da legalidade, nos termos do artigo 37, “caput”, da CF, o fracionamento dos bens a serem adquiridos, visando a maior competitividade.

Tal comando é de extrema utilidade ao que se recomenda aqui, pois se poderia requerer o preço para a compra de cada medicamento individualmente para cada farmácia que participasse da licitação, gerando um registro de preços muito menos oneroso ao Município do que os três orçamentos que os autores costumam apresentar em demandas judiciais, pois esses seguem os preços comuns do mercado, mas em uma licitação, as farmácias teriam de fazer o seu melhor preço para que ganhem, e isso seria monetariamente melhor para o Município.

Como garantia disso, o artigo 15, §6º, da Lei de Licitações esclarece que “qualquer cidadão é parte legítima para impugnar preço constante do quadro geral em razão de incompatibilidade desse com o preço vigente no mercado”, logo, não poderia haver prejuízo à municipalidade, pois, se de alguma forma as farmácias acordassem aumentos e diminuições de valores de modo a ganhar do Município de Gravataí, quando de sua necessidade de compra, mais do que ganhariam do valor de mercado, o valor poderia ser considerado ilegítimo.

Além disso, nos termos do artigo 16 do Decreto Federal nº 7.892/2013, a Administração Pública não está obrigada a comprar nada de nenhuma das farmácias licitantes, apenas registrará que, se comprar, o menor preço naquele ano (porque a duração é anual – art. 12 do Decreto



Federal nº 7.892/2013) seria o menor valor apresentado e registrado, sem deixar de observar que, com fulcro no artigo 9º, XI, do referido decreto, a Administração Pública realizará periodicamente pesquisas de mercado para se certificar de que os registros em ata são vantajosos à Administração.

Parecer que comunga com o entendimento de Carvalho Filho (2015):

*Outra diretriz é o registro de preços (art. 15, II, Estatuto), necessário para a obtenção de certa uniformidade e regularidade na aquisição dos bens. Por tal motivo, urge que haja atualização periódica no sistema de registro, bem como ampla pesquisa de mercado (art. 15, § 1º, Estatuto). Segundo tal método, o vencedor da licitação (concorrência) firma ata de registro de preços, pela qual se compromete a fornecer, em determinado prazo, não superior a um ano, o objeto licitado conforme as necessidades da Administração. Esta não assume obrigação imediata para com o fornecedor; se ela o desejar, convoca o fornecedor para aquisição paulatina, celebrando tantos contratos quantos sejam necessários para atender a suas necessidades. Tal método, entre outras vantagens, dispensa a previsão exata do que vai ser consumido e facilita o controle de estoque e o de qualidade dos produtos. Qualquer dos entes federativos pode adotar o sistema, cabendo-lhes, todavia, estabelecer sua própria regulamentação, embora não necessariamente por decreto, como consta equivocadamente do art. 15, § 3º, do Estatuto.*

Ou seja, a municipalidade pode criar um registro de preços periodicamente atualizado para diminuir seus custos, criando sobra de pessoal e de finanças para serem aplicados em outras áreas, além de evitar bloqueios judiciais indesejados e otimizar o uso das ações regressivas, podendo ainda ter um uso tanto pré-judicial, evitando a judicialização, quanto pós-judicial.

Ademais, considerando que, atualmente, a negativa de fornecimento de medicamentos, proferida pela Farmácia Pública Municipal, modelo também utilizado pela Estadual, quando discrimina não poder fornecer o medicamento por estar fora da lista do RENAME e afins, não faz nada além de negar – o que já reduziu por si só o número de demandas judiciais que ocorriam ser a negativa, após debate entre Poder Judiciário, Defensoria Pública e representantes do Poder Executivo.

Contudo, poder-se-ia demonstrar maior boa vontade do Município para com o munícipe, ao se tentar um meio de, ao se negar pelo motivo acima exposto, acrescentar, o farmacêutico, sugestões de medicamentos em estoque na Farmácia Pública, cujo uso é para o mesmo fim do medicamento solicitado, recomendando que a parte questione o seu médico quanto à possibilidade de modificar a receita, de modo a facilitar o tratamento do paciente de modo eficiente, sem, no entanto, onerar em demasia a municipalidade.

Poder-se-ia, inclusive, criar um meio diferenciado de atender os pacientes nessa espécie de reconsulta, uma vez que é um procedimento célere aquele em que, examinando-se exames já realizados, consultando-se receita já descrita e observando-se sugestões da Farmácia Pública, diz-se sim ou não, de forma tecnicamente justificada, se pode ou não utilizar outro medicamento (constante do estoque da Farmácia Pública) que não aquele que inicialmente foi recomendado.

Dessa forma, ter-se-ia não simplesmente negar o acesso a medicamentos, mas sim recomendar possibilidades de uso de outras substâncias medicamentosas, o que poderá, inclusive ser utilizado quando de contestação, como forma de prevenir a municipalidade de condenação em custas e honorários quando da verificação, via perícia, de que a medicação poderia ter sido substituída por uma daquelas que a municipalidade sugeriu.

### **3. CONCLUSÃO**

Ante o exposto, tem-se que é possível o uso de mecanismos executivos, independentemente de alterações legais, para viabilizar o acesso da população usuária do SUS a medicamentos.

Essas medidas podem envolver apenas mudanças de prática, tais como o aumento no controle na prescrição médica, como também medidas que mitigam a onerosidade pré-judicialização, como a nomeação de médico revisor para analisar receituários médicos de modo a fornecer medicamentos que se possua em estoque e que produzam os mesmos efeitos no paciente que a medicação inicialmente indicada.

Vencido esse ponto, existem modos de mitigar danos ao Erário, tais como a não resistência à pretensões juridicamente indefensáveis – técnica que reduz o pagamento de honorários – e o estabelecimento de um registro de preços – técnica que reduz o custo com o fornecimento de medicamentos e evita o transtorno causado por bloqueios judiciais, que podem atingir conta vinculada a algum projeto específico.

Além disso, existe a possibilidade de ingressar-se com ação regressiva contra os demais devedores solidários sempre que a causa da demanda for medicamento que não fazia parte da competência do ente prejudicado fornecer, bem como de modificar o formulário de negativa para que traga novas possibilidades de defesa pré-processuais, que garantam o acesso ao medicamento sem a necessidade de envolver o Judiciário, embora um tanto mais morosa do que as demais técnicas.

Concluindo-se com a observação de que, embora o presente artigo tenha abordado um estudo de caso baseado nas possibilidades empregáveis em Gravataí, a mesma regra vale para os demais Entes Públicos, pois não raras vezes são condenados por questões de competência municipal.

#### **4. REFERÊNCIAS**

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 12 jun 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/decreto/d7892.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7892.htm). Acesso em 12 jun 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm). Acesso em 12 jun 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm). Acesso em 12 jun 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em 12 jun 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em 12 jun 2018.

\_\_\_\_\_. **Portaria nº 399, de 22 de fevereiro de 2006 do Ministério da Saúde.** Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt0399\\_22\\_02\\_2006.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2006/prt0399_22_02_2006.html). Acesso em 12 jun 2018.

\_\_\_\_\_. **Portaria nº 1.554, de 30 de julho de 2013.** Disponível em: [http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1554\\_30\\_07\\_2013.html](http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt1554_30_07_2013.html). Acesso em 12 jun 2018.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça.** Tema 106. Disponível em: [http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Obrigatoriedade-de-fornecimento-de-medicamentos-n%C3%A3o-contemplados-em-lista-do-SUS-%C3%A9-tema-de-repetitivo](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Obrigatoriedade-de-fornecimento-de-medicamentos-n%C3%A3o-contemplados-em-lista-do-SUS-%C3%A9-tema-de-repetitivo). Acesso em 12 jun 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CONSELHO Federal de Medicina. **Código de Ética Médica**. Resolução CFM nº 1931/2009. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra.asp>. Acesso 12 jun 2018.

COUTO, Reinaldo. **Curso de Direito Administrativo**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PARANÁ. **Ministério Público do Estado**. Recomendação Administrativa nº 11/2006. Disponível em: <http://www.mppr.mp.br/pagina-4796.html>. Acesso em 12 jun 2018.

PARANÁ. **Ministério Público do Estado**. Recomendação Administrativa nº 12/2006. Disponível em: <http://www.mppr.mp.br/pagina-4796.html>. Acesso em 12 jun 2018.

PARANÁ. **Ministério Público do Estado**. Recomendação Administrativa nº 25/2013. Disponível em: <http://www.mppr.mp.br/pagina-4796.html>. Acesso em 12 jun 2018.

RIO Grande do Sul. **Tribunal de Justiça do Estado**. Apelação Cível n ° 70061501748. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>. Acesso 12 jun 2018.

RIO Grande do Sul. **Tribunal de Justiça do Estado**. Apelação Cível n ° 70062162995. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>. Acesso 12 jun 2018.

RIO Grande do Sul. **Tribunal de Justiça do Estado**. Apelação Cível n ° 70069117505. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>. Acesso 12 jun 2018.

SÃO Paulo. **Secretaria da Saúde do Estado**. Resolução nº 83/2015. Disponível em: <http://www.saude.sp.gov.br/resources/ses/perfil/gestor/assistencia->

farmaceutica/diretrizes-para-dispensacao-de-medicamentos-no-estado-de-sao-paulo/resolucao\_ss\_83\_2015\_prescricao\_de\_medicamentos\_sus\_sp.pdf. Acesso em 12 jun 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

## OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA PRESA GESTANTE

**DENIS MENEZES DE ARAUJO:** Graduado em Direito pela UNIT, pós graduado em Direito do trabalho e previdenciário pela Faculdade Guanambi, pós graduando em direito constitucional pelo Instituto Elpídio Donizetti.

**RESUMO:** O presente artigo científico abordou os direitos e garantias fundamentais das presas gestantes, com o objetivo de caucionar à sociedade uma atenção maior as violações que as presas gestantes sofrem durante anos. Ao final, teve como imo os direitos e garantias fundamentais das presas gestantes, o direito a ter um cumprimento de pena digna, e seus direitos e garantias respeitados, sendo enfatizada a preocupação que o Poder judiciário e legislativo vem demonstrando para a efetivação desses direitos, salientando que as presas gestantes merecem um olhar diferenciado e peculiar das autoridades.

**Palavras-chave:** Direitos. Garantias Fundamentais. Presa. Gestante.

**ABSTRACT:** This scientific article addressed the fundamental rights and guarantees of pregnant prey, with the aim of giving society greater attention to the violations that prey pregnant women have suffered for years. In the end, it had as its fundamental rights and guarantees the pregnant prisoners, the right to have a dignified sentence, and their rights and guarantees respected, being emphasized the concern that the judicial and legislative power has been demonstrating for the realization of these rights, stressing that pregnant prey deserve a different and peculiar look from the authorities.

**Keywords:** plea bargaining. Rights. Fundamental Guarantees. Pregnant. Prey.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAL. 2.1 A perspectiva do Estado Democrático de Direito. 2.2 Breve histórico dos direitos e garantias fundamentais no Brasil. 2.3 Direitos e garantias fundamentais protegidos pela Constituição da República Federativa do Brasil. 3 DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA

PRESA GESTANTE. 3.1 A dignidade da presa gestante. 3.2 Princípios fundamentais violados pela prisão indigna da gestante. 3.3 A presa gestante e o HC 143.641/SP julgado pelo Supremo Tribunal Federal. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

---

## **1 INTRODUÇÃO**

O mundo passa por grandes transformações, direitos e garantias que não tinham tanta importância, passaram a ser o centro das Constituições e ordenamentos jurídicos do mundo. E no Brasil, não é diferente. A Carta Magna brasileira trás em seu bojo proteção aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Nesse contexto, surge uma nova visão de proteção aos seres humanos a viverem com dignidade.

Os direitos e garantias fundamentais surgem após as atrocidades causadas pelas guerras e governos totalitários, tornando a pedra fundamental para uma sociedade digna. Com o avanço dos direitos, e o aparecimento do Estado Democrático de Direito o ser humano se consolida como o centro principal de todas as constituições.

Assim, é latente a importância de abordar os direitos e garantias fundamentais das presas gestantes. Elas que muitas vezes são esquecidas pelo Estado, abandonadas pelas autoridades. O presente artigo trás a baila a necessidade de um olhar mais delicado as situações das presas gestantes. Sendo inadmissíveis em pleno século XXI existiram violações de direitos e garantias fundamentais.

A presente obra começa abordando as perspectivas que um Estado Democrático de Direito dá aos seus indivíduos. As proteções, garantias que são asseguradas. Destaca um breve histórico da evolução dos direitos e garantias fundamentais. O artigo conclui o seu primeiro desenvolvimento aludindo alguns dos diversos direitos e garantias fundamentais protegidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O trabalho continua dissertando quanto aos direitos e garantias fundamentais, mas agora focando nas questões das presas grávidas. Mostrando as violações que elas sofrem quando ficam encarceradas



indignamente. Trás a tona as necessidades que as presas gestantes precisam, pois se encontram em uma situação peculiar, merecendo um tratamento diferenciado. Pretextando os princípios fundamentais violados pela prisão indigna da gestante, demonstrando que é inadmissível em um Estado Democrático de Direito existir tais violações.

Isto posta, a obra mostra que é inconcebível nos tempos atuais ter governos que contribuem ou são inertes as violações dos direitos e garantias fundamentais. As presas gestantes merecem ser respeitadas.

Ao final, o trabalho trás a recente decisão do Supremo Tribunal Federal no habeas corpus 143.641/SP julgado no dia 20 de fevereiro de 2018. A decisão do judiciário corrobora com a efetivação dos direitos e garantias das presas grávidas. O STF vem tentando atenuar as graves violações dos direitos humanos das presas grávidas.

Ao fim e ao cabo, o trabalho vem contribuir para uma melhor política de encarceramento das presas gestantes. As garantias dos direitos fundamentais das presas gestantes não podem ficar apenas no papel, tem que ser efetivados. Em suma, é imprescindível a concretização dos direitos e garantias fundamentais das presas gestantes.

## **2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS CONSTITUCIONAL**

### **2.1 A perspectiva do Estado Democrático de Direito**

A história nos mostra o quanto é difícil conceituar e dissertar sobre a origem do Estado de Direito. Mas, o Estado de Direito é aclamado no século XIX, se destacando na Constituição de Cádiz, de 19 de março de 1812, a 1ª Constituição Portuguesa, de 23 de setembro de 1822 dentre outras.

O Estado Democrático de Direito é conhecido pelos autores de tradição alemã como Estado Constitucional. Diversos autores renomados, afirmam que o Estado Democrático de Direito é a união dos princípios fundamentais, o Estado de Direito e o Estado Democrático. Após diversas atrocidades cometidas pelas guerras, começa a florir um sentimento de

proteção, de racionalização, humanização. Criar-se um novo conceito de Estado e de Direito.

Como bem asseverou o renomado professor Bernardo Gonçalves em sua obra quando ao Estado Democrático de Direito:

Na realidade, o Estado Democrático de Direito é muito mais que um princípio, configurando-se em verdadeiro paradigma – isto é, pano de fundo de silencia – que compõe e dota de sentido as práticas jurídicas contemporâneas. Vem representando, principalmente, uma vertente distinta dos paradigmas anteriores do Estado Liberal e do Estado Social. Aqui a concepção de direito não se limita a um mero formalismo como no primeiro paradigma, nem descamba para uma materialização totalizante como no segundo. A perspectiva assumida pelo direito caminha para a procedimentalização e, por isso mesmo, a ideia de democracia não é ideal, mas configura-se pela existência de procedimentos ao longo de todo o processo decisório estatal, permitindo e sendo poroso à participação dos atingidos, ou seja, da sociedade.<sup>1</sup>

O Estado Democrático de Direito trás uma nova ordem constitucional fundada em garantias e direitos individuais, positivados e posicionados como fundamentais. É a partir da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, os direitos humanos ganham espaços, a dignidade da pessoa humana começa a ser mais enfatizada no mundo.

As perspectivas nesse novo modelo de Estado são muitas, pois ocorre a transição de um Estado Liberal, para um Estado Social. O ilustríssimo professor Eugênio Pacelli destaca em sua obra:

Do chamado Estado Liberal, pautado na instituição de liberdades *negativas* aos membros da comunidade, asseguradas em face do poder estatal

como limites de intervenção na vida privada, passando pelo Estado Social, interventivo na medida da posituação de direitos de conteúdo social (como no Brasil, a subordinação da propriedade ao interesse social, salário mínimo, e, enfim, todo o rol de direitos dos arts. 6º e 7º, CF), onde o foco é dirigido mais ao social que ao individual. [1]

A difícil conceituar o que é democracia, como assevera o renomado autor Alexandre de Moraes na sua ilustríssima obra:

Buscar um conceito do que seja democracia é simplesmente uma tarefa hercúlea. Se focarmos em sua etimologia, nos referiríamos ao “governo do povo”, mas, mais que isso, serio correto afirmar que democracia é uma lógica na qual o povo participa do Governo e do Estado. [2]

O Estado Democrático de Direito é um Estado garantidor dos direitos fundamentais. Logo, sendo um Estado que trazem muitas perspectivas, como bem destaca o ilustríssimo Robert Alexy:

É aquela que leva em consideração a posituação constitucional dos direitos humanos, definidos segundo uma axiologia cultural típica do universo ocidental, e instituídos, por essa razão, como fundamentais ao Estado brasileiro. O viés então escolhido é o jurídico dogmático, dado em conformidade com uma teoria dos direitos fundamentais segundo a ordem constitucional vigente, no âmbito, pois, de uma ciência do Direito em sentido estrito. [3]

Sempre magnífico, o professor Bernardo Gonçalves afirma que:

No plano histórico, a expressão Estado de Direito deriva da ideia originária a Prússia, o **Rechtsstaat**, como idealização da impessoalidade

do poder político. Aqui é o Estado, e não o monarca, o detentor da soberania, submetendo todos, sem exceção, ao seu império. É por excelência uma expressão do Estado Liberal, limitando-se à defesa da ordem e da segurança pública. Assume os direitos fundamentais (primeiramente como direitos negativos) como esfera da liberdade individual. [4]

O Estado Democrático de Direito além de dá ao povo o poder de escolher seus representantes, ele respeita os direitos fundamentais. Como se vê, é um Estado onde os direitos individuais e coletivos estão previstos na Constituição e são respeitados e garantidos.

## **2.2 Breve históricos dos direitos e garantias fundamentais**

O Direito Constitucional é resultado de longas medidas de políticas de afirmações dos direitos fundamentais. Políticas que trazem em seu núcleo a proteção da dignidade da pessoa humana. Foram longos anos até chegar ao Constitucionalismo atual, os direitos e as garantias fundamentais passaram por longas transformações.

Assevera Vicente de Paulo e Marcelo Alexandrino em sua obra que:

Alguns autores apontam como marco inicial dos direitos fundamentais a Magna Carta inglesa (1215). Os direitos ali estabelecidos, entretanto, não visavam a garantir uma esfera irredutível de liberdades aos indivíduos em geral, mas sim, essencialmente, a assegurar poder político aos barões mediante a limitação dos poderes do rei. O Constitucionalista J.J Gomes Canotilho ensina que a positivação dos direitos fundamentais deu-se a partir da Revolução Francesa, com a Declaração dos Direitos do Homem (*Déclaration des Droits de l'Homme ET Du Citoyen*, em 1789), e das declarações de direitos formuladas pelos Estados Americanos, ao firmarem sua independência em relação à Inglaterra (*Virginia Bill of Rights*, em

1776). Originam-se, assim, as Constituições liberais dos Estados ocidentais dos séculos XVIII e XIX. [5]

Há muito tempo o mundo vem buscando alternativas para encontrar a paz social. É uma luta que já perpassa anos e anos em busca da efetivação dos direitos e garantias. O professor Eugênio Bulygin, assevera que:

No transcurso do século XIX a fundamentação jusnaturalista perdeu sua força em razão do positivismo jurídico ter se convertido na concepção jusfilosófica dominante. Nesse momento, os direitos humanos são recebidos pelos países civilizados (para a época, precisamente, Europa e Estados Unidos) sob a forma de direitos e garantias constitucionais. Contudo, as duas Grandes Guerras Mundiais vieram espalhando o horror e o caos; institucionalizaram a morte, a fome, o preconceito e a dor, marcando para sempre o século XX com a separação dos direitos fundamentais e a desconfiança de todos sobre as leis que não conseguiram evitar os massacres. O mundo sentiu uma necessidade urgente de proporcionar aos direitos humanos uma fundamentação mais sólida do que a prevista pelo direito positivo, que não os protegeu dos regimes totalitários. [6]

Os direitos fundamentais começam a dá seus primeiros passos em virtude da necessidade de impor limites e controles aos atos do Estado. Surge a necessidade de proteção ao indivíduo frente à máquina estatal, exigindo do Estado uma abstenção, frente à liberdade do indivíduo.

Em meio ao caos, atrocidades causadas pelas guerras, governos totalitários, começam a refletir acerca da reconstrução da dignidade perdida, como ensina maestriamente a professora Flávia Piovesan:

Sob o prisma histórico, a primazia jurídica do valor da dignidade da pessoa humana é resposta à profunda crise sofrida pelo positivismo jurídico, associada à derrota do facismo na Itália e do nazismo

na Alemanha. Esses movimentos ascenderam aos poder dentro do quadro da legalidade. [7]

A professora Flávia Bahia afirma que:

Com a ascendência da valorização da ética e da moral, a dignidade da pessoa humana reaparece como unidade axiológica do ordenamento jurídico, irradiando a sua força para a concretização dos direito humanos. Nessa relação simbiótica, poderíamos dizer que os direitos humanos constituem revelações da dignidade da pessoa humana, pelo menos de início. [8]

Portanto, como vimos, os direitos e garantias fundamentais foram surgindo e ganhando força. Em suma, os direitos e garantias fundamentais ganham força nas Constituições em favor do ser humano, direitos sociais, culturais e econômicos. Os direitos fundamentais passaram a exigir além do não fazer do Estado, uma atuação positiva, prestações estatais em favor do bem estar dos seres humanos.

### **Direitos e garantias fundamentais protegias pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**

Importante trazer a baila que, o ordenamento brasileiro trás um enorme rol de direitos e garantias que são protegidos pela Constituição brasileira. A Constituição Federal de 1988 é uma norma que tem como um de seus pilares os direitos fundamentais. Como bem explica os professores Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

Ao lado da ampliação dos direitos fundamentais – sobretudo das garantias e remédios constitucionais (enfática vedação à censura prévia, surgimento do *habeas data*, do mandado de injunção, do mandado de segurança coletivo, ampliação do objeto da ação popular etc.), bem como dos direitos sociais e direitos de terceira geração ou dimensão (como o direito a um meio ambiente equilibrado) – é mister

mencionar o fortalecimento das instituições democráticas, dentre elas o Ministério Público. [9]

A nossa Carta Magna é considerada uma norma protetiva, onde o ser humano está no centro das atenções. A Constituição brasileira já começa com os fundamentos do Brasil, que são os valores fundamentais e estruturantes do Estado brasileiro. O ilustríssimo autor Marcelo Novelino afirma que devem ser entendidos como postulados normativos interpretativos, são princípios instrumentais. [10]

A Constituição brasileira já começa com os fundamentos do Estado brasileiro:

Art. 1ª A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa ; V – o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. [11]

Percebe-se que, é uma Constituição que trás em seu bojo a preocupação com o bem estar do individuo. É uma norma que protege os direitos e garantias fundamentais. Os professores Vicente de Paulo e Marcelo Alexandrino explanam que:

A Constituição Federal de 1988, ao arrolar os direitos fundamentais no seu Título II (arts. 5º a 17º), classificou-os em cinco grupos distintos: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos e direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos. Os direitos individuais correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como, por exemplo, o direito à vida, à dignidade, à liberdade. Estão previstos no art. 5º da

Constituição, que alberga, especialmente, os direitos fundamentais de primeira geração, as chamadas liberdades negativas. Nesse mesmo art. 5º, temos direitos fundamentais coletivos, como são exemplos os previstos nos incisos XVI (direito de reunião); XVII, XVIII, XIX e XXI (direito à associação); LXX (mandado de segurança coletivo). Os direitos sociais constituem as liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por objetivo a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade material ou substancial. Estão arrolados no art. 6ª e seguintes da Carta Política, e são disciplinados em diversos outros dispositivos constitucionais (por exemplo, direito à saúde – art. 196; direito À previdência – art. 201; direito à educação – art. 206). Os direitos de nacionalidade cuidam do vínculo jurídico-político que liga um indivíduo a um determinado Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando-o ao cumprimento de determinados deveres. Estão enumerados no art. 12 da Constituição. Os direitos políticos cuidam do conjunto de regras que disciplinam as formas de atuação da soberania popular, com o fim de permitir ao indivíduo o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, conferindo-lhe os atributos da cidadania. Estão enumerados no art. 14 da Constituição. [12]

Nesse sentido, é cristalino o quanto a Constituição brasileira busca proteger a vida humana. Os direitos fundamentais são uma prioridade no nosso ordenamento jurídico. Como bem fraseou o magnífico Uadi Lammêgo Bulos que, “sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive”. [13]

Assevera a ilustríssima professora Nathalia Masson:



Em suma, os direitos fundamentais cumprem na nossa atual Constituição a função de direitos dos cidadãos, não só porque constituem – em um primeiro plano, denominado jurídico objetivo – normas de competência negativa para os poderes públicos, impedindo essencialmente e as ingerências destes na esfera jurídico-individual. [14]

São muitos os direitos e garantias elencados na nossa Constituição. Direitos e garantias que têm aplicação imediata, o que retrata a preocupação dos modernos sistemas constitucionais. São muitos os direitos e deveres individuais e coletivos previstos na Constituição Federal de 1988. Como sempre magníficos, os professores Vicente de Paulo e Marcelo Alexandrino explanam:

O art. 5<sup>a</sup> da Constituição de 1988 enuncia a maior parte dos direitos fundamentais de primeira geração albergados em nosso ordenamento constitucional (embora nele não haja apenas direitos individuais, mas também alguns direitos de exercício coletivo). O *caput* desse artigo enumera cinco direitos fundamentais básicos, dos quais os demais direitos enunciados nos seus incisos constituem desdobramentos: (1) direito à vida; (2) direito à liberdade; (3) direito à igualdade; (4) direito à segurança; e (5) direito à propriedade. [15]

Como vimos, a Constituição brasileira é uma constituição moderna, onde os fundamentos devem ser compreendidos como os valores estruturantes do Estado brasileiro. Sendo que a dignidade da pessoa humana é o centro de todo ordenamento, considerado o valor supremo do nosso ordenamento jurídico. A dignidade da pessoa humana é o núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, constituindo o valor constitucional supremo.

Os desafios são infinitos, para a implantação dos direitos e garantias. Nesse enredo, entra os direitos e garantias das presas gestantes. Como vimos, todos tem direito a ter um tratamento digno, humano. O presente

artigo trás a reflexão quanto aos direitos e garantias fundamentais que a presa gestante tem.

### **3. DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DA PRESA GESTANTE**

#### **3.1 A dignidade da presa gestante.**

São muitos os direitos e garantias fundamentais protegidos em nossa Constituição. Como vimos, a dignidade do ser humano é protegida pelo nosso ordenamento jurídico. A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado brasileiro veja o que diz a nossa Carta Magna:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana [...]. [\[16\]](#)

O princípio da dignidade da pessoa humana é um valor moral e espiritual inerente à pessoa, ou seja, todo ser humano é dotado desse preceito, e tal constitui o princípio máximo do estado democrático de direito. [\[17\]](#)

A dignidade é inerente ao indivíduo, independente do que aconteça. Logo, a presa gestante também tem direito a ser tratado com dignidade, ainda mais quando está gestante. O indivíduo deve servir de "limite e fundamento do domínio político da República", pois o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado.

A procuradora de justiça aposentada do MP-SP e integrante do Movimento do Ministério Público Democrático escreveu em seu artigo de forma excelente que:

Os direitos fundamentais da pessoa humana são soberanos e precisam ser exercitados cotidianamente. O excesso de formalismo da estrutura jurídica jamais poderá impedir a concretização da plena isonomia e da equidade. O direito está a serviço da sociedade e

da dignidade de homens, mulheres e crianças. A hierarquia das leis jamais poderá ser olvidada ou negligenciada. [18]

É preciso garantir os direitos as presas gestantes. O Estado tem que propiciar condições mínimas de saúde e dignidade para a presa gestante. É inadmissível, em um estado democrático de direito violar os direitos e garantias fundamentais das grávidas presas.

O número de presas vem aumentando a cada dia, as detentas grávidas ou com filhos pequenos, precisam de uma atenção especial. O Estado não pode “lavar as mãos” e não propiciar as presas gestantes uma gestação digna. O CNJ fez um levantamento e trouxe dados alarmantes:

Levantamento indica que 622 mulheres presas no Brasil estão grávidas ou são lactantes. O Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes, criado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), constatou estas informações inéditas em presídios de todos os estados. O cadastro vai permitir que o Judiciário conheça e acompanhe, continuamente, a partir de agora, a situação das mulheres submetidas ao sistema prisional brasileiro. Do total, 373 estão grávidas e 249 amamentam seu filho. No banco de dados não consta o número de mulheres em prisão domiciliar. As informações extraídas do Cadastro, até o último dia de 2017, revelam que o maior número de mulheres gestantes ou lactantes estão custodiadas no estado de São Paulo, onde, de 235 mulheres, 139 são gestantes e 96 lactantes. Em segundo lugar vem Minas Gerais, com 22 gestantes e 34 lactantes. Rio de Janeiro está em 3º no ranking, com 28 gestantes e 10 lactantes. O estado de Pernambuco vem em seguida, com 22 gestantes e 13 lactantes, seguido do Mato Grosso do Sul, com 15 gestantes e 16 lactantes. Veja no quadro abaixo a posição de todos os estados. O Amapá é a única unidade da federação que, desde outubro de

2017, não tem mulheres presas em nenhuma dessas situações. [19]

É público e notório que as cadeias brasileiras são lugares indignos, insalubres, sendo inclusive já decretado pelo Supremo Tribunal federal um estado de coisas inconstitucionais. O Estado tem que garantir um cárcere digno às presas gestantes. Não é porque a pessoa praticou algum crime que tem que perder a sua dignidade. O Estado de direito tem que garantir as presas gestante a ter uma gestação digna, e se não conseguir proporcionar uma prisão com dignidade, que as presas gestantes fiquem em prisão domiciliar.

Não podemos esquecer que são duas vidas expostas a um ambiente insalubre, trazendo prejuízos incalculáveis para ambas. Prejuízos na área moral, material, psicológica.

Não obstante, o Poder Judiciário vem adotando medidas para a presa gestante responder pelo seu crime, mas sem perder a sua dignidade humana, e sem prejudicar o nascituro, que é um ser protegido pelo nosso ordenamento jurídico. Uma dessas medidas são a prisão domiciliar ou unidade adequada. O CNJ tem feito um cadastro das presas gestantes:

A juíza auxiliar da presidência do CNJ Andremares dos Santos considera o cadastro uma ferramenta importante para que o Judiciário possa cobrar dos estados as providências necessárias para a custódia dessas mulheres, garantindo a proteção das crianças que vão nascer ou que já nasceram nas unidades prisionais. "As crianças não têm nada a ver com o crime que suas mães cometeram. Temos de lembrar que a vida delas está em jogo, pois nem todas as mulheres possuem condições processuais para estarem em prisão domiciliar. As unidades devem garantir assistência médica mínima ao filho e à mãe, acesso ao pré-natal, por exemplo", diz Andremares. A apenada gestante ou com filho de até 12 anos de idade incompletos tem direito a requerer a substituição da prisão preventiva pela domiciliar. É o que estabelece a Lei n. 13.257, editada em 8 de março

de 2016, que alterou artigos do Código de Processo Penal. No entanto, há situações específicas que inviabilizam a prisão domiciliar, entre elas a própria violação da prisão domiciliar. [20]

Como vimos, precisam-se unir forças dos poderes, para acharem uma solução quanto às questões das presas gestantes. Pois, de um lado o Estado não pode deixar de punir quem infringe as leis, do outro lado o Estado não pode deixar de dá um tratamento digno as presas grávidas, pois elas são sujeitas de direitos.

### **3.2 Princípios fundamentais violados pela prisão indigna da gestante.**

A Constituição brasileira e todo ordenamento jurídico trás normas protetivas ao indivíduo. E com a presa gestante em situações degradantes, vários princípios fundamentais são violados. O principal violado é o da dignidade da pessoa humana. A dignidade é um direito irrenunciável que está entrelaçado ao direito à vida, o Estado não pode vedar o individuo a um tratamento digno, quíçar uma presa gestante que merece cuidados redobrados.

Como é sabido, o Supremo já declarou o nosso sistema carcerário na decisão na ADPF 347, de relatoria do ministro Marco Aurélio como um estado de coisas inconstitucional. [21]

O direito à vida é uma garantia e um direito fundamental ao ser humano. A inviolabilidade do direito à vida é assegurada pela nossa Carta Magna. É inviolável e irrenunciável o direito a vida do indivíduo. E vida, não é só apenas viver, permanecer vivo, mas, viver com dignidade.

Excelentíssimos professores Dirley da Cunha e Marcelo Novelino explicam que:

O direito à vida costuma ser compreendido em uma *dupla acepção*. Em sua acepção negativa, consiste no direito assegurado a todo e qualquer ser humano de *permanecer vivo*. Trata-se, aqui, de um direito de defesa que confere ao indivíduo um *status negativo* (em sentido amplo), ou seja, um direito à não

intervenção em sua existência física por parte do Estado e de outros particulares. A acepção positiva costuma ser associada ao direito a uma existência digna, no sentido de ser assegurado ao indivíduo o acesso a bens e utilidades indispensáveis para uma vida em condições minimamente dignas. [22]

Não obstante, a vida é protegida em sentido amplo, obrigando o Estado adotar medidas de proteção contra práticas que atentem contra o direito à vida e de promoção dos meios indispensáveis a uma vida com dignidade e qualidade. Não basta o Estado proteger as vidas das presas, tem que garantir que elas vivam com dignidade nas prisões.

A Constituição brasileira trás em seu bojo no art. 5º, XLIX – “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”. [23]. É preciso respeitar os presos, e mais ainda quando se tratam de presas gestantes. É inadmissível um Estado Democrático de Direito tratar a presa gestante indignamente. O Estado tem que propiciar as presas gestantes uma gestação digna, garantindo sua integridade física e moral.

### **3.3 A presa gestante e o HC 143.641/SP julgado pelo Supremo Tribunal Federal.**

É inegável, a proteção que o Estado dá aos direitos e garantias fundamentais. E o STF mais uma vez mostrando ser um garantidor dos direitos, traz uma excelente contribuição para o nosso ordenamento jurídico com o HC 143.641/SP.

O julgamento do HC 143.641 pelo Supremo Tribunal Federal atraiu os holofotes da sociedade. A ação foi impetrada por advogados que fazem parte do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHu) diretamente no STF, em benefício de todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puéperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças.

A petição inicial do HC 143.641/SP foi relatada que a Lei 13.257/2016, que trouxe mudanças no Código de Processo para possibilitar

a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para gestantes e mães de crianças. O habeas corpus pediu a revogação da prisão preventiva decretada contra todas as gestantes puérperas e mães de crianças, ou sua substituição pela prisão domiciliar.

O HC 143641 trouxe a seguinte decisão:

[...] concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP, de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas no processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício [..]. [24]

É axiomático, o patamar de importância que o ordenamento jurídico tem dado e tem que dá aos direitos das presas grávidas. O Supremo Tribunal Federal em suas decisões sempre mostra sensível aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Não foi diferente, com a decisão do HC 143.641/SP, mostrando-se sensível as situações das presas gestantes e detentas que tem filhos pequenos até 12 anos. Não obstante, no ano de 2016 o nosso ordenamento jurídico inovou com a Lei 13.257/2016, que:

Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis de Trabalho

(CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. [25]

A referida Lei passou a obrigar os delegados de polícia a averiguarem, assim que tiverem conhecimento do crime, se a pessoa presa possui filhos e quem é o responsável por seus cuidados, fazendo tal registro no auto de prisão em flagrante. A lei diz que no referido auto de prisão em flagrante, informações sobre as respectivas idades dos filhos, se estes possuem alguma deficiência, e nome e contato de eventual pessoa responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. Além disso, a Lei 13.257/2016 trouxe uma importante mudança quanto à prisão preventiva de gestante, que é a substituição da prisão preventiva pela domiciliar no caso de gestante a qualquer tempo. Antes só poderia quando atingido o sétimo mês de gravidez.

São incontestáveis as contribuições que o ordenamento jurídico brasileiro vem dando a sociedade. Como vimos, o Poder legislativo, judiciário vem somando esforços para que os direitos e garantias das presas gestantes sejam efetivamente protegidos. É patente que o HC 143.641/SP e a Lei 13.257/2016 trazem a preocupação com a dignidade das presas e com a vida da criança.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Desenlace do trabalho é cristalino o quanto os direitos e garantias evoluíram no decorrer do tempo. O mundo percebeu o quando era preciso criar mecanismos de proteção aos direitos e garantias do indivíduo.

Nesse contexto, emerge as proteções aos direitos humanos das presas gestantes. Como vimos, com o aparecimento do Estado Democrático de Direito os direitos e garantias ganham outro status. O ser humano torna-se a pedra angular dos ordenamentos jurídicos em todo mundo. Os olhos da sociedade e da comunidade jurídica começam a voltar-se para as situações das presas gestantes. Sendo, inadmissível aceitar violações de direitos e garantias das presas gestantes.



O Brasil tornou-se um garantidor dos direitos e garantias fundamentais, a CF/88 é uma Constituição sensível aos direitos humanos. O ordenamento jurídico tem um olhar afetivo a dignidade do ser humano. São diversos exemplos que temos em nosso arcabouço jurídico de proteção as presas gestantes.

A nossa corte Suprema, recentemente na sua decisão em fevereiro de 2018, no HC 143.641/SP, demonstrou o quando o Poder judiciário está atento às questões das presas grávidas. O STF foi além, protegeu não só as gestantes, mas também as mães que tem filhos até 12 anos de idade. O Poder legislativo, através da Lei 13.257/2016 trouxe uma importante contribuição, que é no caso das presas gestantes em prisão preventiva, a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar no caso de gestante a qualquer tempo.

Em síntese, a presente obra tem o intento de mostrar atual situação de violações de direitos e garantias que as presas gestantes passam nas cadeias do Brasil. Em pleno século XXI é inadmissível que um Estado aceite as violações de direitos fundamentais. É necessário ter um olhar sensível e peculiar quanto às grávidas presas. Todos tem o direito a uma vida digna e ser tratado com respeito e dignidade.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

BAHIA, Flavia. *Coleção Descomplicando – Direito Constitucional*. 3ª. ed. Coordenação: Sabrina Dourado. Recife, PE: Armador. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2007.

BULYGIN, Eugênio; ALCHOURRIN, Carlos E. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1991.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível

em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 de junho de 2018

BRASIL. Lei nº. 13.257, de 08/03/2016. *Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012.* In: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 07 de junho de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. *STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>. Acesso em: 06 de junho de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 143.641/SP – São Paulo. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. *Pesquisa de Jurisprudência.* Acórdãos, em 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 06 de junho de 2018.

CNJ. *Brasil tem 622 grávidas ou lactantes em presídios.* Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86062-brasil-tem-622-gravidas-ou-lactantes-em-presidios>. Acesso em: 05 de junho de 2018.

COJUR – *A dignidade da mulher, o HC 143.641 e a aplicação da Lei 13.257/2016.* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-19/mp-debate-dignidade-mulher-hc-143641-aplicacao-lei-132572016#author>. Acesso em: 05 de junho de 2018.

CUNHA JÚNIOR. Dirley, NOVELINO. Marcelo. *Constituição Federal para Concursos.* 7ª ed. rev. Ampl e atual. Bahia: Juspodivm. 2016.

DUTRA, Luciano. *Direito Constitucional.* 3ª. ed. rev. atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional. 9ª. Ed. Rev. E ampl. e atual.* Salvador: Juspodivm. 2017.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado. 16ª. ed. rev. atual e ampl.* São Paulo: Saraiva. 2012.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado. 20ª. ed. rev. atual e ampl.* São Paulo: Saraiva. 2016.

MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional. 4ª. ed. rev. ampl e atual.* Salvador: Juspodivm. 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional. 12ª. ed. rev. E atual.* São Paulo: Saraiva. 2007.

MORAES, Alexandre de. *CDireito Constitucional. 33ª. Ed. Rev. E atual. Até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016.* São Paulo: Atlas. 2017.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional.* 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais.* 3ª ed. Rev e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado. 14ª. ed. rev. atual. E ampl.* Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2015.

PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado. 16ª. ed. rev. atual. E ampl.* Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7ª ed.* São Paulo: Saraiva. 2006.

WIKIPÉDIA – Princípio da dignidade da pessoa humana. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Princ%C3%ADpio\\_da\\_dignidade\\_da\\_pessoa\\_humana](https://pt.wikipedia.org/wiki/Princ%C3%ADpio_da_dignidade_da_pessoa_humana). Acesso em: 05 de junho de 2018.

NOTAS:

<sup>1</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª. Ed. Rev. E ampl. e atual. Salvador: Juspodivm. 2017. p. 296.

<sup>2</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. 3ª ed. Rev e atual. São Paulo: Atlas, 2012. p. 10.

<sup>3</sup> MORAES, Alexandre de. *CDireito Constitucional*. 33ª. Ed. Rev. E atual. Até a EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016. São Paulo: Atlas. 2017. p. 299.

[3] ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

[4] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª. Ed. Rev. E ampl. e atual. Salvador: Juspodivm. 2017.

[5] PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 16ª. ed. rev. atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2017.

[6] BULYGIN, Eugênio; ALCHOURRIN, Carlos E. *Análisis lógico y derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionais, 1991, p. 620.

[7] PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 28.

[8] BAHIA, Flavia. *Coleção Descomplicando – Direito Constitucional*. 3ª. ed. Coordenação: Sabrina Dourado. Recife, PE: Armador. 2017. p. 100.

[9] PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 14ª. ed. rev. atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2012. p. 106-107.

[10] NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 2016. P 354.

[11] BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em 05 de junho de 2018 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

[12] PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 14ª. ed. rev. atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2012. p. 112-113.

[13] BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2007. p. 401.

[14] MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 4ª. ed. rev. ampl e atual. Salvador: Juspodivm. 2016.

[15] PAULO, Vicente, ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 14ª. ed. rev. atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2012. p. 114.

[16] BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em 05 de junho de 2018 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).

[17] WIKIPÉDIA – Princípio da dignidade da pessoa humana. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Princ%C3%ADpio\\_da\\_dignidade\\_da\\_pessoa\\_humana](https://pt.wikipedia.org/wiki/Princ%C3%ADpio_da_dignidade_da_pessoa_humana). Acesso em: 05 de junho de 2018.

[18] COJUR – *A dignidade da mulher, o HC 143.641 e a aplicação da Lei 13.257/2016*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-19/mp-debate-dignidade-mulher-hc-143641-aplicacao-lei-132572016#author>. Acesso em: 05 de junho de 2018.

[19] CNJ. *Brasil tem 622 grávidas ou lactantes em presídios*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86062-brasil-tem-622-gravidas-ou-lactantes-em-presidios>. Acesso em: 05 de junho de 2018.

[20] Idem.

[21] BRASIL. Superior Tribunal Federal. *STF inicia julgamento de ação que pede providências para crise prisional*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=298600>. Acesso em: 06 de junho de 2018.

[22] CUNHA JÚNIOR. Dirley, NOVELINO. Marcelo. *Constituição Federal para Concursos*. 7ª ed. rev. Ampl e atual. Bahia: Juspodivm. 2016. p. 35.

[23] BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 de junho de 2018.

[24] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 143.641/SP – São Paulo. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. *Pesquisa de Jurisprudência*. Acórdãos, em 2018. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf> >. Acesso em: 06 de junho de 2018.

[25] BRASIL. Lei nº. 13.257, de 08/03/2016. *Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012*. In: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 07 de junho de 2018.

## **ATUAÇÃO SINDICAL NOS CONFLITOS COLETIVOS DE TRABALHO À LUZ DA TEORIA DOS APARELHOS IDEOLÓGICOS DO ESTADO**

**MAURICIO EVANDRO CAMPOS COSTA:** Mestrando do programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Procurador da Universidade de São Paulo.

**RESUMO:** O objetivo do presente artigo é analisar a figura do sindicato, avaliando o seu papel nos conflitos coletivos de trabalho, propondo, ao final, uma reflexão acerca da caracterização ou não dessa entidade como um aparelho ideológico do Estado. Para tanto, o artigo apresenta conceitos próprios da teoria marxista, passando a discorrer, posteriormente, sobre os aparelhos ideológicos do Estado, tal como propõe a obra de Louis Althusser. Por fim, pautando-se nos conceitos apresentados, o estudo examina a figura do sindicato, buscando identificar qual é o papel que a classe dos trabalhadores espera que a entidade exerça nos conflitos coletivos de trabalho e qual é o papel que, de fato, é exercido por essa entidade.

**Palavras-chaves:** Sindicato. Conflitos coletivos de trabalho. Aparelhos ideológicos do Estado. Louis Althusser.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. I. OS APARELHOS IDEOLÓGICOS DO ESTADO. II. O SINDICATO E O SEU PAPEL NOS CONFLITOS COLETIVOS DE TRABALHO. III. A ENTIDADE SINDICAL COMO APARELHO IDEOLÓGICO DO ESTADO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

---

### **INTRODUÇÃO**

Os sindicatos são organizações sociais criadas para defender os interesses trabalhistas daqueles que a entidade representa, nas relações coletivas de trabalho.

Diante do surgimento de um conflito coletivo trabalhista, entende-se que o papel do sindicato é o de utilizar a sua força coletiva para o fim de buscar pactuar normas e condições de labor que sejam mais favoráveis aos trabalhadores, componentes da respectiva categoria. Essa compreensão, a rigor, independe do momento histórico e das circunstâncias que levam a figura sindical, dentro de um determinado contexto social, ser considerada mais ou menos importante, mais ou menos atuante.

Não obstante esses fatores, analisado o conflito coletivo trabalhista sob a ótica da ciência da ideologia, tal como propugna a teoria marxista e os autores que, posteriormente, a utilizaram como substrato argumentativo, constata-se que o sindicato tem uma função bem mais importante que a mera função negocial, acima citada. À luz do que expõe essa vertente filosófica, é possível afirmar que o sindicato tem a função de exercer efetiva oposição à pretensão do empregador, manifestando de forma explícita o direito de resistência dos trabalhadores, diante das pretensões da denominada classe dominante.

Segundo o que expõe Louis Althusser, na sociedade capitalista, a classe dominante tende a se utilizar dos aparelhos ideológicos do Estado, para o fim de reproduzir, de forma perpétua, as relações de produção vigentes em um determinado contexto social. Entre esses aparelhos ideológicos, ainda segundo o filósofo francês, encontra-se o aparelho ideológico sindical.

O presente artigo tem o escopo justamente de analisar se a entidade sindical, nos conflitos coletivos de trabalho, cumpre o papel de exercer o seu poder-dever de resistir à pretensão do empregador, atua como um aparelho ideológico do Estado, tal como propõe a obra de Louis Althusser, ou realiza, de forma concomitante, ambas as funções.

A fim de alcançar conclusão satisfatória quanto ao tema, o artigo apresenta conceitos próprios da teoria marxista, discorre sobre a teoria dos aparelhos ideológicos do Estado, segundo os ensinamentos de Althusser e traz exposições acerca do modo como se desenvolve os conflitos coletivos de trabalho, notadamente na sociedade contemporânea.



## I. OS APARELHOS IDEOLÓGICOS DO ESTADO

A teoria marxista apresenta a ideia de que as relações econômicas da sociedade, também denominadas *infraestrutura*, constituem a base do Estado e condicionam a sua forma e o modo como se dará a consciência social, interferindo, portanto, na formação da *superestrutura*.

Segundo essa concepção, entende-se que os homens desenvolvem relações de produção a partir da evolução das forças produtivas existentes em determinada época. A somatória dessas relações origina a estrutura econômica da sociedade, constituindo esta a efetiva base em que se sustenta a *superestrutura*, em seus níveis jurídico/político e ideológico.

Essa compreensão, dentre outras obras, pode ser extraída do Prefácio *Para crítica da Economia Política*, onde Marx define a concepção de estrutura:

“Na produção social da própria vida, os homens contraem relações determinadas, necessárias e independentes de sua vontade, relações de produção estas que correspondem a uma etapa determinada de desenvolvimento das suas forças produtivas materiais. A totalidade destas relações de produção forma a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se levanta uma superestrutura jurídica e política e à qual correspondem formas sociais determinadas de consciência. O modo de produção da vida material condiciona o processo em geral da vida social, política e espiritual” (MARX, 1974, p. 135).

Vê-se, assim, que a obra de Marx aponta que as condições existentes no campo da *infraestrutura* caracterizam o principal fator de determinação para a formação dos fatores existentes no campo da *superestrutura*. Ou, em outras palavras, verifica-se que para a teoria

marxista tradicional o modo de produção é capaz de determinar, em última instância, o modo de a sociedade humana se estabelecer.

Ao tratar desse tema, Louis Althusser busca a evolução das premissas trazidas pela teoria tradicional, de caráter nitidamente economicista, pelas quais se propugnava fosse efetivada a ruptura necessária à alteração do modelo social então vigente unicamente mediante a conquista dos meios de produção pela classe proletariada. Segundo o autor francês, faz-se necessário reanalisar a ideia de que as alterações na economia possuem, por si só, exacerbada relevância no aspecto de possibilitar a promoção de modificações na superestrutura, sendo que, para alcançar esse raciocínio, o filósofo trabalha em duas frentes.

Na primeira, Althusser aborda o conceito de *sobredeterminação*, consistente na análise multifatorial pela qual o autor entende que se dá a ruptura necessária à revolução de determinada sociedade, em dado momento histórico. Ao explicar a tese, o autor recorre ao exemplo dado por Lênin e discorre a respeito das diversas contradições internas não econômicas existentes na Rússia, as quais, justamente por atuarem simultaneamente e estarem em constante interação entre si e com a estrutura econômica, fizeram desse país o cenário ideal para uma revolução possível e vitoriosa (ALTHUSSER, 2015, p. 74-92). [1]

A segunda frente tratada pelo autor francês procura, de certo modo, inverter o postulado de que o econômico determina a *superestrutura* e, portanto, influencia nas crenças ideológicas de uma sociedade. Assim, para o filósofo, apenas provocar mudanças no campo econômico não causaria alterações na *superestrutura* como crêem os marxistas tradicionais.

Para o filósofo, já era possível extrair da própria obra de Marx que há uma autonomia relativa das superestruturas. Destarte, o modo de produção de uma sociedade não poderia ser considerado como o único determinante existente. Nesse sentido, na sua obra atualmente denominada "Por Marx" (antiga "A Favor de Marx"), Althusser cita as palavras de Engels, que, ao tratar do tema, asseverou:

“A situação econômica é a base, mas os diversos elementos da superestrutura - as formas políticas da luta das classes e os seus resultados - as constituições estabelecidas uma vez ganha a batalha pela classe vitoriosa, etc., as formas jurídicas, e mesmo os reflexos de todas essas lutas reais no cérebro dos participantes, teorias políticas, jurídicas, filosóficas, conceitos religiosos e o seu desenvolvimento posterior em sistemas dogmáticos, exercem igualmente a sua ação nas lutas históricas, e, em muitos casos, determinam-lhes de modo preponderante a forma...” (ENGELS, 1890 *in*ALTHUSSER, 2015, p. 88).

Em síntese, em sua obra, Althusser afirma que há uma relação de constante influência e interligação entre a *infraestrutura* e a *superestrutura*. Assevera que essa influência é recíproca, afetando, *infraestrutura* e *superestrutura*, uma a outra, constantemente e de forma acentuada, porém, jamais de maneira totalmente determinista (ALTHUSSER, 2015, p. 74-92).

Ao elucidar a relevância que as determinações advindas da superestrutura possuem para a composição da sociedade em um momento histórico, Althusser evidencia a importância da ideologia como influente meio de formação de um modo de produção. Mais do que isso, o autor consegue demonstrar o quão imprescindível é o modo de proceder ideológico, para o fim de que um certo sistema econômico possa ser constantemente reproduzido, adquirindo, portanto, um caráter perpétuo.

Da análise da obra do filósofo francês, é possível verificar como ele busca superar a ideia, existente na obra “A ideologia alemã”, de Marx (MARX, 2002, pp. 34-55) e posteriormente reproduzida por Lukács, de ideologia como falsa consciência ou alheamento (SAMPEDRO, 2010, p. 41).

Com efeito, conforme expõe Francisco Sampedro, para o filósofo francês, a ideologia, na realidade, se introjeta na consciência independentemente da vontade humana, sendo indispensável em qualquer

sociedade, constituindo, em seu cerne, uma instância necessária para formar os homens e transformá-los, levando-os ao reconhecimento como sujeitos integrantes de um determinado complexo social (SAMPEDRO, 2010, p. 41-52). A ideologia dominante, portanto, seria capaz de influenciar inclusive a própria classe social dominante.

Ainda nesse cenário, também segundo a concepção de Althusser, a ideologia poderia ser vista como o sistema que produz um modo subjetivo de proceder, sendo formado por valores e ideias considerados como sendo naturais em um sociedade (apesar de não o serem). Seria a representação imaginária das relações humanas com suas condições reais, necessárias para que haja, como dito, a reprodução do sistema econômico (SAMPEDRO, 2010, p. 41-52).

No seu texto denominado “Ideologia e aparelhos ideológicos de Estado”, Althusser aduz que toda formação social que pretenda se sustentar deve reproduzir as suas condições de produção ao mesmo tempo que a produz, sem o que deixaria de existir em um curto período. Deve, portanto, a formação social reproduzir: *(i)* as forças produtivas e *(ii)* as relações de produção existentes.

Segundo o referido texto, a reprodução da força de trabalho pode ser alcançada mediante o pagamento de salário, mecanismo material utilizado pelos detentores dos meios de produção, que o disponibiliza ao trabalhador em razão do serviço prestado. A partir da concessão do salário, o trabalhador adquire vestuário, abrigo, alimentos, enfim, todos os instrumentos necessários para que se encontre de pé, frente à fábrica, no dia seguinte. Mais do que isso, mediante o pagamento de salário, possibilita-se ao empregado o pagamento de escola e de todos os itens já citados aos seus filhos, sendo essas futuras gerações aquelas que garantirão a existência da mão-de-obra (força produtiva) necessária à manutenção do sistema de exploração capitalista (ALTHUSSER, 1996, p. 41-52).

Já a reprodução das relações de produção, por sua vez, deve, ainda segundo Althusser, observar a qualificação diversificada da força de trabalho que assegura o regime capitalista. Deve, outrossim, se dar na realidade à margem do complexo produtivo, ou seja, se efetivar nos

elementos que antecedem e circundam de alguma forma o complexo industrial e fabril.

A reprodução das relações de produção deve ocorrer, portanto, segundo o referido texto do filósofo francês, por meio da atuação do poder estatal nos aparelhos ideológicos do Estado – AIE`s, conceito criado pelo filósofo italiano Antonio Gramsci, posteriormente aprofundado por Althusser.

Por meio da detenção dos AIE`s, assegura-se que a ideologia cumpra a sua função material, qual seja a de fazer com que os dominados se submetem de forma consentida à ideologia dominante.

Ao tratar do conceito dos AIE`s, o filósofo francês primeiramente retoma a ideia existente na teoria clássica de Marx, que compreende o conceito dos “aparelhos do estado”. Por essa concepção, o conjunto de “aparelhos do estado” é formado por instituições que atuam de forma repressiva junto à sociedade, com o escopo de manter a ordem social, a exemplo do exército, da polícia, dos tribunais e das prisões. Para Althusser, contudo, dada a incompletude desse conceito, faz-se imprescindível uma outra denominação e uma outra classificação para esses aparelhos. Nesse sentido, seguem as palavras do próprio autor:

Convém lembrar que, na teoria marxista, o Aparelho de Estado (AE) contém o governo, os ministérios, o exército, a polícia, os tribunais, os presídios, etc., que constituem o que doravante denominaremos de Aparelho Repressivo de Estado. O “repressivo” sugere que o Aparelho de Estado em questão “funciona pela violência” - pelo menos no limite (pois a repressão, por exemplo, a repressão administrativa, pode assumir formas não físicas).

Daremos o nome de Aparelhos Ideológicos de Estado a um certo número de realidades que se apresentam ao observador imediato sob a forma de

instituições distintas e especializadas (ALTHUSSER, 1996, p. 114).

Como se vê, para Althusser, o conceito dos “aparelhos de estado” tal como existia na teoria marxista clássica não conseguia explicar o modo como se dava a dominação de uma determinada classe social pela outra, pelo que foi necessário renomeá-lo para “aparelho repressor de estado”, acrescentando ainda ao gênero a espécie dos “aparelhos ideológicos do Estado”. Dessa forma, ao relacionar as diferenças entre essas duas espécies de aparelho, o autor francês esclareceu com notória clareza o mecanismo de reprodução das relações de produção na sociedade capitalista.

Conforme expõe o texto de que ora se trata, os aparelhos repressivos do estado funcionam por meio da prevalência da repressão, notadamente a física, embora possam funcionar também pela ideologia, já que, segundo as palavras do próprio autor, não há aparelho que possa ser caracterizado como puramente repressivo. Já os AIE`s funcionam de forma prevalecte pela ideologia, ainda que atuem, de forma secundária, pela repressão.

Ao tratar dessas diferenças, o texto aborda o exemplo da escola, aparelho ideológico mais trabalhado por Althusser, e onde ocorre, segundo o autor, o ensino de técnicas, conhecimentos e normas de bom comportamento, mas sempre com o propósito velado de que já sejam aprendidos, por cada agente (aluno), conteúdos em conformidade com a posição que ocuparão na divisão do trabalho (posição essa já pré-determinada pela classe dominante).

Afirma o filósofo francês que no aparelho ideológico escolar é visível a presença de mecanismos ideológicos, consistentes em *“uma certa quantidade de “saberes” embrulhados pela ideologia dominante (francês, aritmética, história natural, ciências, literatura), ou simplesmente a ideologia dominante em estado puro (ética, orientação cívica, filosofia)”* (ALTHUSSER, 1996, p. 121). Contudo, segundo o autor, também é possível constatar a presença, ainda que tênue, de elementos repressivos, como as penalidades de suspensão ou expulsão.

Althusser ainda faz uma abordagem acerca das duas outras relevantes diferenças existentes entre as duas espécies de aparelhos, quais sejam:

2. Enquanto o Aparelho (Repressivo) de Estado constitui um todo organizado, cujas diferentes partes centralizam-se abaixo de uma unidade de comando - a da política da luta de classes aplicada pelos representantes políticos das classes dominantes que detêm o poder estatal -, os Aparelhos Ideológicos do Estado são múltiplos, distintos, "relativamente autônomos" e capazes de proporcionar um campo objetivo para as contradições, que expressam, sob formas limitadas ou extremadas, os efeitos dos choques entre a luta de classes capitalista e a luta de classes proletária, bem como suas formas subordinadas.

3. Enquanto a unidade do Aparelho (Repressivo) de Estado é garantida por sua organização, unificada e centralizada sob a liderança dos representantes das classes ocupantes do poder, que executam a política da luta de classes das classes que estão no poder, a unidade dos diferentes Aparelhos Ideológicos de Estado é garantida, em geral sob formas contraditórias, pela ideologia dominante, a ideologia da classe dominante.

Ao discorrer sobre o tema, o autor relaciona - de forma exemplificativa (segundo as suas próprias palavras) - uma série de outros aparelhos ideológicos, dentre os quais se destacam: o aparelho ideológico familiar, o aparelho ideológico da igreja, o aparelho ideológico jurídico, o aparelho ideológico político (incluindo os diversos partidos), o aparelho ideológico da informação (imprensa, televisão), o aparelho cultural (literatura, artes, esporte, etc.) e, por fim, o principal objeto desse estudo, o aparelho ideológico sindical.

Segundo Althusser, independentemente do poder de influência que cada um desses aparelhos ideológicos possui em determinada sociedade capitalista e em determinado período, certo é que eles contribuem para um mesmo resultado, qual seja: a reprodução das relações de produção, isto é, das relações capitalistas de exploração.

Passa-se, então, a tecer alguns esclarecimentos sobre a atuação dos sindicatos e o seu papel nos conflitos coletivos de trabalho, para que, posteriormente, possa ser analisada a sua atuação como um aparelho ideológico do estado, caso existente.

## **II. O SINDICATO E O SEU PAPEL NOS CONFLITOS COLETIVOS DE TRABALHO**

Como é sabido, as formas de resolução dos conflitos trabalhistas, assim como as dos demais conflitos sociais, dividem-se em três espécies, denominadas autodefesa, autocomposição e heterocomposição.

Nas formas inseridas dentro da espécie denominada autodefesa, as próprias partes procedem à guarida de seus interesses, tendo por característica o fato de que uma impõe a sua vontade à outra. Na espécie denominada autocomposição, o conflito também é levado a cabo pelas próprias partes, sem a intervenção de um terceiro, diferenciando-se da autodefesa pelo fato de que a resolução se dá de forma acordada, e não imposta. Na heterocomposição, por fim, a solução é imposta por terceiro, independentemente da aceitação das partes.

No âmbito dos conflitos coletivos trabalhistas, contudo, há um tratamento peculiar acerca dessas formas de resolução.

Os conflitos coletivos trabalhistas são aqueles que têm por objeto a busca por melhores condições laborais de uma coletividade e que envolvem os trabalhadores e o empregador, ou os entes coletivos que os representem (NASCIMENTO, 2011, p.1355-1356). Em outras palavras, são aqueles em que as partes discutem interesses abstratos de toda uma categoria (GIGLIO, 1994, p.193).



Esses confrontos envolvem o interesse de determinado grupo, podendo ser assim considerado uma categoria econômica ou profissional inteira, ou mesmo apenas parte delas. Na relação advinda dessa espécie de embate, quer seja ela judicial ou não, os sujeitos ostensivos são entidades representativas, mas os titulares dos interesses são todos os componentes da categoria ou parte deles, compondo, não raras vezes, um número indeterminado de pessoas (RUSSOMANO, 1994, p.227-228).

Quando se fala, na seara dos conflitos coletivos do trabalho, em entidade representativa dos trabalhadores, estar-se-á, inevitavelmente, falando nas entidades sindicais.

Os sindicatos podem ser conceituados como *"uma organização social constituída para, segundo um princípio de autonomia privada coletiva, defender os interesses trabalhistas e econômicos nas relações coletivas entre os grupos sociais."*(NASCIMENTO, 2011, p. 1302).

Em que pese o reconhecimento da relevância do tema, não se entrará aqui nos aspectos históricos referentes à criação dos sindicatos, haja vista não ser esse o propósito do presente trabalho. Assim, embora não se desconheçam, não se procurará detalhar as fases históricas e jurídicas que condicionaram os sindicatos, em maior ou menor grau, à ingerência do Estado, seja em nosso país, seja em âmbito internacional (período de proibição ou severa regulamentação, período de tolerância e período de plena liberdade).

Da mesma forma, não se adentrará aqui nas questões relacionadas ao desenvolvimento das espécies de sindicatos de trabalhadores e tampouco das espécies de liberdade sindical e ao modo como essas se desenvolveram, limitando-se o artigo a fazer referência à matéria quando relevante ao tema em questão.

No que concerne aos sindicatos no âmbito do presente estudo, cumpre-se na verdade apurar qual é o seu papel real enquanto entidade representante dos trabalhadores nos conflitos coletivos.

Pois bem, sabe-se que o estudo dos conflitos coletivos de trabalho, acima conceituados, é regido por princípios que, de certo, emanam efeitos para todos os institutos do Direito Coletivo de Trabalho, ramo jurídico no qual essa espécie de desavença é analisada. Dessa forma, pode-se se entender que os princípios da adequação setorial negociada e princípio da equivalência dos entes contratantes influem de forma significativa também nos conflitos coletivos de trabalho.

Pelo princípio da adequação setorial negociada, permite-se que as partes convençionem acerca de direitos de indisponibilidade relativa, vedando-se apenas a transação que se refere a direitos de indisponibilidade absoluta, assim considerados aqueles imantados por caráter de interesse público, por constituírem um patamar civilizatório mínimo. Como exemplo desse direito de indisponibilidade absoluta, infenso à convenção coletiva, cita-se aquele que deriva das normas constitucionais, das normas dos tratados internacionais e das que asseguram um nível adequado de cidadania ao trabalhador (DELGADO, 2012, p. 1342-1343).

Já pelo princípio da equivalência dos contratantes coletivos, as partes dessa espécie de conflito são consideradas seres coletivos, portadores de força supostamente equivalente. Logo, possuem, em tese, igual poder de barganha, razão pela qual o princípio tuitivo, que rege o Direito Individual do Trabalho, já não necessita ser aplicado nessas relações conflituosas (DELGADO, 2012, p. 1336-1337).

Considerando esses postulados, poder-se-ia afirmar, a princípio, que o papel do sindicato, enquanto sujeito do conflito coletivo de trabalho, é justa e tão somente um: utilizar a sua força coletiva para o fim de defender os interesses da categoria, chegando, invariavelmente, ao final do conflito, a um consenso com a entidade empregadora. Esse consenso, por sua vez, consiste na pactuação de normas e condições de labor que regerão as relações de trabalho dos empregados componentes da respectiva categoria, sendo, o limite dessa atuação, aquele estipulado pelo ordenamento jurídico, ou seja, as alterações que de alguma forma versem acerca de direitos dos trabalhadores de indisponibilidade absoluta.

Trata-se essa função do sindicato, como bem se vê, do próprio propósito final do Direito Coletivo de Trabalho, enquanto ramo jurídico que visa, assim como todos os outros, à pacificação social.

Ocorre que essa visão pacifista do papel do sindicato, embora não seja incorreta, acaba por não evidenciar o aspecto mais genuíno que reveste a atuação dessa entidade. Com efeito, ao se conceituar o papel do sindicato dessa forma simplória estar-se-á olvidando que, na realidade, a entidade sindical tem, como sua função social, o poder-dever de resistir à pretensão do empregador. Trata-se, em última análise, da obrigação que o sindicato possui de enfrentar a condição imposta pelo ente representante do sistema econômico capitalista e, por consequência, da classe social dominante.

O sindicato, portanto, tem a incumbência primária de exercer, frente à pretensão do empregador, um efetivo direito de resistência: resistência contra o mais forte, resistência contra a miséria, resistência contra a mais-valia, resistência contra a opressão, resistência contra o direito posto ou imposto, resistência contra o intervencionismo privado ou estatal, resistência contra a indignidade, resistência contra a morte e, hodiernamente, resistência contra a redução de direitos baseada na teoria da flexibilização (HAZAN, 2004, p.232).

Toda essa exposição traz a compreensão que o sindicato, nos conflitos coletivos de trabalho, tem, de fato, uma função bem mais relevante do que representar os empregados, na busca por formas jurídicas válidas e consensuais, para a solução das desavenças.

A fundamentação exposta traz o convencimento que o verdadeiro papel do sindicato, na nossa ordem social, é o de coletivizar a resistência dos trabalhadores contra os anseios dos detentores dos meios de produção, promovendo o embate em face dos seus propósitos de exploração da força de trabalho de forma desmesurada, tornando-se, assim, quiça, a última barreira de contenção à efetivação do desiderato burguês.

A fim de elucidar a relevância da atividade sindical acima relatada, torna-se oportuno transcrever as palavras de Tarso Genro, ao tratar sobre

os óbices (“muralhas”) que impedem os trabalhadores de exercer os seus direitos de forma individualizada, frente aos empregadores, nos conflitos trabalhistas. Vejam:

A primeira grande muralha de resistência patronal não está nas mãos do empresário singular que se bate com um grupo de trabalhadores num conflito coletivo. Não é a polícia e nem o elenco de faltas graves que cada legislação ordinariamente arrola. Não é, em particular, o temor ao desemprego e nem o poder de comando que o empregador distribui estrategicamente na pirâmide administrativa que a produção social exige. A primeira grande muralha de resistência está instalada na mente do homem trabalhador: é o domínio ideológico, porque as ideias dominantes são as ideias das classes dominantes. O operário comum “socializado” no processo produtivo como uma peça a mais, pensa, normalmente como burguês. Seu primeiro ato de liberdade é compreender, na greve, que ele só significa algo, que ele só tem força, se romper com o individualismo burguês que a ideologia das classes dominantes lhe impõe, se ele *sentir* como um ser coletivo, cujo destino, em geral, é o destino da classe.

De tempos em tempos esta compreensão de destino coletivo irradia-se, penetra no cérebro dos trabalhadores, rompe o domínio ideológico secular e eclode como rebelião. E de repente o indivíduo tomado, moral e politicamente pelas ideias das classes dominantes, pensa como classe e vê seu destino ligado ao destino da classe e revela, sobre todas as deformidades que a ideologia burguesa lhe impõe, a sua essência histórica proletária.

Mas, nos conflitos particulares que se desencadeiam no âmbito da empresa, existem formas

de resistência patronal que têm sempre o objetivo de enfrentar coletivamente os trabalhadores. Tais formas de resistência empresarial partem sempre da constatação explícita ou implícita de que, na mente dos operários estão, em potência, os fantasmas da dominação: é preciso acordá-los, mostrar a sua força e estimular o individualismo burguês e a submissão à autoridade do capital. (GENRO, 1980, p 56).

Como se vê, a resistência individualizada do trabalhador, já imbuído da ideologia dominante capitalista, sucumbiria facilmente ao poderio burguês. Somente a coletivização da resistência, consubstanciada na figura do sindicato, é capaz de produzir faticamente um embate às pretensões exploratórias dos detentores do capital.

Enfim, pelo exposto, analisando-se a questão sob um aspecto pragmático, verifica-se que a celebração de acordos e convenções coletivas de trabalho em conformidade com o ordenamento jurídico ao final dos conflitos coletivos trabalhistas, a representação jurídica dos trabalhadores nesses conflitos, a participação em órgãos colegiados que visam discutir os interesses trabalhistas, tudo isso, de fato, ainda que relevante, não é a principal função do sindicato. Aliás, todas essas atividades poderiam ser efetuadas até mesmo por outras associações ou grupos de trabalhadores legalmente constituídos.

A efetiva e contínua prática da resistência coletiva em face das pretensões exploratórias dos detentores do capital, representantes da ideologia dominante, essa sim é a atividade inerente e mais relevante que desenvolve o sindicato no âmbito dos conflitos coletivos trabalhistas, sejam eles judicializados ou não.

Dessa forma, analisado o efetivo papel do sindicato no âmbito do conflito coletivo de trabalho, passa-se a avaliar o modo como se dá o desenvolvimento do sindicato como aparelho ideológico do Estado, em total contradição com a função aqui exposta.

### **III. A ENTIDADE SINDICAL COMO APARELHO IDEOLÓGICO DO ESTADO**

Como visto, os aparelhos ideológicos do estado são os instrumentos pelos quais o capitalismo reproduz as suas relações de produção, fazendo com que os dominados se submetem de forma consentida à ideologia dominante, perpetuando, dessa maneira, as condições necessárias para que os meios de produção mantenham-se com a classe burguesa.

Já o sindicato, conforme analisado, tem, no conflito coletivo de trabalho, justamente o propósito de se contrapor às pretensões exploratórias dos detentores do capital.

Nesse cenário, como se pode imaginar que o sindicato seja conceituado com um aparelho ideológico do Estado, tal como propõe Althusser? Em outras palavras, como se pode entender que o sindicato, ao invés de exercer o seu papel de exercer o direito de resistência dos trabalhadores que representa, acaba por atuar como mais um instrumento pelo qual os detentores do capital exercem e divulgam a sua ideologia?

Passa-se, então, à análise dos fundamentos pelos quais se entende que a ideia é plausível, ou seja, pelos quais se constata que sim, a entidade sindical pode ser considerada como um aparelho ideológico do Estado, nos moldes propostos por Althusser.

Para tanto, parte-se da premissa marxista que o ordenamento jurídico e, na realidade, o próprio Direito como um todo, é uma ferramenta utilizada pela burguesia para a imposição de regras que visam à manutenção das condições sociais necessárias à reprodução da força de trabalho e das relações de produção que alimentam o capitalismo. Vale dizer, o direito, na realidade, compõe a superestrutura social, dialogando com os demais elementos desse nível, influenciando a infraestrutura, sendo, outrossim, influenciado pelos elementos desta (da infraestrutura). Esse movimento se dá numa nuance constante, dada pela dialeticidade e pela sobredeterminação, acima analisadas, que, em última análise, contribuem para a perpetuação da ideologia então dominante.

Toda essa compreensão pode ser retirada da obra de Pachukanis, que ao citar Stucka afirma que *“o Direito não mais figura como uma relação social específica, mas como o conjunto de relações em geral, como um sistema de relações que correspondem aos interesses das classes dominantes e salvaguarda tais interesses pela violência organizada.”*(PACHUKANIS, 1988, p.46).

Sob essa perspectiva, a entidade sindical, logo quando aceita se submeter ao ordenamento jurídico, mesmo que seja tão somente para adquirir o seu reconhecimento formal como entidade representante dos trabalhadores, já perde o seu caráter revolucionário, analisado no tópico anterior, e, por consequência, perde o seu caráter de contraposição ao sistema capitalista vigente.

Verifica-se, aliás, que essa operação tem um caráter eminentemente lógico e a até mesmo inevitável, pois o ordenamento jurídico jamais atribuiria legalidade (reconheceria) a um agrupamento social cujo principal escopo é justamente a eliminação do sistema jurídico-político então vigente e dominante. Trata-se, em última análise, de uma verdadeira estratégia de auto-defesa.

Nesse exato sentido, Lênin, citado por Tarso Genro, afirmou que *os sindicatos, como instituições jamais são revolucionários. Não há sistema legal que confira personalidade jurídica a uma instituição que tenha por finalidade precisamente derrubar o regime-jurídico-político que lhe confere legalidade.* Afirmou, ainda, que é ingenuidade acreditar em sindicatos revolucionários, pois *eles são essencialmente reformistas, já que participam de um sistema legal nos marcos da legalidade e a legalidade – por si só – jamais levou à transformação revolucionária e sim, ocasionalmente, a reformas* (GENRO, 1980, p.42).

O que ocorre é que o sindicato, ao acatar as normas de reconhecimento impostas pelo ordenamento jurídico, aceitando a sua função de representante dos interesses dos trabalhadores e de entidade cujo consentimento deve ser obtido pelo empregador, caso queira ele estipular novas condições de trabalho, acaba sendo invariavelmente englobado pelo sistema imposto pelo capitalismo. Esse complexo

ideológico dominante, além de neutralizar a função revolucionária e de resistência sindical, acima analisada, acaba utilizando o sindicato como o seu canal de comunicação, de divulgação de suas pretensões e de verdadeira entidade avalizadora dos anseios da classe burguesa.

O desenvolvimento do processo é claro e, de certa forma, até óbvio. Tomando-se também por base os elementos expostos no tópico anterior, verifica-se que a classe proletária, com o propósito de se fortalecer e fazer frente ao poderio dos detentores dos meios de produção, adquire um grau de irresignação (inconformismo) apto a constituir – de maneira ainda extraformal – um ente pujante, a quem os trabalhadores depositam a sua esperança e o seu direito, bem como a sua força de resistência.

A criação desse ente, entretanto, não é sequer combatida pelo sistema capitalista. Muito pelo contrário, a entidade é recepcionada pelo sistema. É formalizada, ganha relevância, poder e, por fim, atribuições. Tem, então, a entidade sindical, o poder-dever de negociar, de representar os empregados, de constituir, de forma conjunta com o empregador, as regras que regulamentarão os contratos individuais dos trabalhadores, conforme também analisado no tópico anterior. Tudo nos termos das normas constantes no ordenamento jurídico burguês, que, justamente por ser instituído pela burguesia, somente possui regras que convêm a essa classe social.

A conclusão de todo esse processo é que a função de negociação do sindicato, imposta pelo ordenamento jurídico, acaba invariavelmente prevalecendo em detrimento da sua função de resistência aos anseios da burguesia. Ainda que reticente no início, é inevitável. A entidade sindical chega ao cabo do conflito coletivo celebrando o acordo com o empregador. Este, por certo, amparado por um alto poder de barganha (poder econômico e jurídico) jamais avalizará os termos da avença caso esses lhe sejam realmente prejudiciais. O trabalhador, por fim, tem a sensação de que foi representado, de que foi protegido, possuindo a falsa percepção de que a sua “entidade defensora” jamais permitiria a celebração de um acordo, colocando fim a um conflito coletivo, caso o pacto celebrado não fosse favorável à classe proletariada.



Enfim, o que se vê de todo esse cenário é que a ideologia dominante capitalista acaba prevalecendo. Há a proposta do patrão (tentativa de estipulação de novas condições de trabalho ou manutenção das existentes), a resistência da classe operária (formulada mediante a deflagração do conflito coletivo) e, por fim, o deslinde do embate, seja de forma judicial ou não, mas sempre amparado em regras pertencentes a um ordenamento jurídico burguês.

Ao tratar do tema, Edelman analisou com brilhantismo o desenvolvimento de todo esse processo, notadamente no que se refere à formalização do sindicato e ao interesse da burguesia nesse fato, inclusive para fins de atribuir-lhe funções no sistema capitalista e responsabilizá-lo pelos atos dos trabalhadores. Seguem, nesse sentido, alguns trechos da obra do autor, selecionados e transcritos com o propósito de elucidar o modo como ocorrem as etapas de dominação ideológica da entidade sindical pelo sistema capitalista:

A “participação” nunca esteve ausente da estratégia da burguesia, e há venenos em seus “presentes”.

A luta de classes não é simples, como bem se presume; ela é menos simples na medida em que tudo concorre para embaralhar as coisas; e, quando digo “tudo”, refiro-me, é claro, à ideologia “dominante”; e, quando digo ideologia “dominante”, com certeza não me refiro a uma “falsa consciência, a uma visão “invertida” que deveríamos colocar em pé, mas mais precisamente a um complexo de aparelhos (sindicatos, partidos, escola...), isso a que Althusser chamava, não faz muito tempo, de “aparelhos ideológicos de Estado”.

[...]

Por exemplo, se por um lado podemos nos orgulhar do “poder” jurídico que a classe operária

conquistou, por outro podemos perguntar de que natureza é esse poder, visto que é jurídico. [...]

Concordamos prontamente que só pode se tratar de poder burguês, outorgado por um direito burguês; porque concordamos facilmente que o direito burguês não pode dar nada além do “poder burguês”.

[...] a burguesia contaminou a organização operária; intimou-a a transformar-se em burocracia, funcionando segundo o modelo de poder burguês, intimou-a “a representar” a classe operária segundo o esquema burguês da representação; impôs-lhe uma língua, um direito, uma ideologia do comando da hierarquia que fariam das massas um sujeito submisso, sensato e “responsável” (EDELMAN, 2015, p. 111).

A seguir, o autor discorre acerca da razão pela qual a formação e a atuação da entidade sindical nos conflitos coletivos trabalhistas, mormente nos da modalidade de autodefesa (greve) e de autocomposição (negociação coletiva), é condizente com os anseios do empregador:

Uma coisa é certa: devemos apreender o inapreensível, isto é, os grevistas, do contrário todas as regras do direito fracassarão. De fato, o direito só apreende pessoas, sejam “físicas” – você ou eu-, sejam “morais” – uma sociedade comercial, uma associação, enfim, uma estrutura representada por órgãos habilitados. [...]

Como fazer? Como apreender essa massa, como torná-la apresentável, portanto, representável e homogênea? Como transformar a “horda selvagem” em tropa disciplinada, conduzida por chefes responsáveis?

Os juristas trabalharão em três direções, e todas terão um denominador comum: a representação sindical.

[...]

Os juristas vão “inventar” uma solução: agem como se as greves só pudessem ser realizadas por “líderes”, e agem como se os líderes fossem os dirigentes sindicais (EDELMAN, 2015, p. 112-113).

[...]

O poder sindical tornou-se, portanto, um poder de discussão, e os sindicatos um estado-maior, um corpo de oficiais encarregados de enquadrar a tropa, “uma direção qualificada, que manterá a ordem no movimento, com a qual se negociará, a qual se poderá responsabilizar”

E, como nas grandes manobras em que o soldado ignora todos os desígnios dos generais, o operário é intimado a seguir cegamente as estratégias elaboradas pelos chefes responsáveis. Há os que sabem e os que não sabem. O “saber econômico” substitui a luta de classes, portanto a política; melhor ainda: ele serve de instrumento de represália contra a “espontaneidade” das massas” (EDELMAN, 2015, p. 139-140).

Por fim, Edelman faz interessante análise acerca da situação da classe operária em si, quando finalizado esse processo de dominação ideológica:

Reduzida a um sindicalismo forte, pagando o preço desse sindicalismo: respeito à propriedade,

respeito à liberdade individual de trabalho, respeito à regulação, e a classe operária?

Sem voz ou, quando toma a palavra, acusada de anacronismo – ao lado de Lênin e Marx, o que não é tão mal-, acusada de espontaneísmo – ao lado de Mao -, “presa”, capturada nas categorias jurídicas, esmagada pela ideologia, pela tecnicidade, pelo economicismo, ela é obrigada a negociar, a exprimir-se na linguagem do “comedimento”, da ordem e do direito. Em suma, exige-se dela a mais bela das qualidades burguesas: a passividade. (EDELMAN, 2015, p. 139).

Todo o cenário exposto traz o convencimento que os sindicatos não alcançam êxito naquilo que é o seu propósito mais genuíno, o seu papel principal. Ao invés de funcionarem como instrumentos aptos à manifestação da resistência coletiva em prol do alcance da pretendida “ditadura do proletariado”, as entidades sindicais se viram abarcadas pelo sistema capitalista, tendo se transformado em ferramenta propícia à reprodução das relações de produção e das forças de trabalho, necessárias, como dito, à manutenção do sistema social de interesse da burguesia.

Essa constatação já havia sido feita por Gramsci, que, em sua obra, afirmou que *o sindicalismo revelou-se nada mais do que uma forma da sociedade capitalista, não uma potencial superação da sociedade capitalista*. O sindicato, segundo o autor, *organiza os operários não como produtores, mas como assalariados, isso é, como criaturas do regime capitalista de propriedade privada, como verdadeiros vendedores da mercadoria do trabalho* (GRAMSCI, 1981, p.62).

Em outro trecho da sua obra, Gramsci retoma a ideia acerca da principal função do sindicato, a de resistência ao capitalismo, alcançando, ao final, exemplos práticos que demonstram a inaptidão da entidade para o alcance desse desiderato. Mais do que isso, nesse pequeno trecho de um artigo publicado ainda em 1919, o autor é capaz de revelar, inclusive, a razão pela qual ocorre esse fracasso:

Os sindicatos organizaram os operários de acordo com os princípios da luta de classes e foram, eles mesmos, as primeiras formas orgânicas desta luta. Os organizadores sempre disseram que somente a luta de classes pode levar o proletariado à sua emancipação, e que a organização sindical tem exatamente a finalidade de suprimir o proveito individual e a exploração do homem pelo homem, pois sua finalidade é eliminar o capitalista (o proprietário particular) do processo industrial de produção [...].

Mas os sindicatos não puderam alcançar imediatamente essa finalidade e para isso dirigiram todos os seus esforços à finalidade imediata de melhorar as condições de vida do proletariado, pedindo salários mais altos, menos horas de trabalho, legislação social. Os movimentos sucederam-se aos movimentos, as greves às greves, a condição de vida dos trabalhadores tornou-se relativamente melhor. Mas todos os resultados, todas as vitórias da ação sindical têm suas bases em origens antigas: o princípio da propriedade particular permanece intacto e forte, a ordem da produção capitalista e a exploração do homem pelo homem permanecem intactos e, aliás, complicam-se em novas formas. [...].

Assim, a ação sindical revela-se absolutamente incapaz de superar, no seu domínio e com os seus meios, a sociedade capitalista, revela-se incapaz de conduzir o proletariado à atuação da finalidade elevada e universal a que inicialmente tinha se proposto (GRAMSCI, 1981, p.62).

Diante de todo esse cenário, surgem algumas convicções. Verifica-se que, de fato, não se pode olvidar que a atuação sindical assegurou, nesse último século, a elevação do padrão social dos trabalhadores, que, por certo, passaram a possuir mais direitos. Todavia, é

inarredável, outrossim, o reconhecimento de que essa evolução se deu no interior e conforme os parâmetros impostos pela ideologia dominante burguesa, que, ao invés de se contrapor a entidade sindical então composta pela classe proletariada, conseguiu se apropriar da sua estrutura, formalizando-a, enquadrando-a conforme as suas regras e lhe atribuindo a responsabilidade pelos atos dos membros dessa classe.

Todo esse contexto demonstra o modo como as ferramentas pertencentes à burguesia conseguem invariavelmente atuar no seio da classe dominada, neutralizando as pretensões que originam os conflitos coletivos trabalhistas, acarretando a perpetuação das relações de produção conforme os moldes necessários à manutenção do sistema capitalista. Demonstra, em última análise, como os sindicatos desempenham, de fato, um papel de aparelho ideológico do Estado, tal como propunha Althusser.

## **CONCLUSÃO**

Os aparelhos ideológicos do estado são os meios pelos quais a ideologia cumpre a sua função material de fazer com que os dominados se submetam de forma consentida à ideologia dominante, imposta, no sistema capitalista, pela burguesia.

A entidade sindical tem o poder-dever de resistir à pretensão do empregador. Assim, em síntese, o sindicato tem a obrigação de enfrentar a condição imposta pelo ente representante do sistema econômico capitalista e, por consequência, tem justamente o papel de apresentar uma contraposição aos interesses da classe burguesa.

Ocorre que ao aceitar a sua função de representante formal dos interesses dos trabalhadores e de entidade negociadora, pautando a sua atuação conforme os ditames legais existentes em um ordenamento jurídico burguês, o sindicato acaba sendo invariavelmente englobado pelo sistema imposto pelo capitalismo.

Com efeito, a entidade sindical, ao ser recepcionada pelo sistema burguês, recebe atribuições formais nesse complexo. Passa, então, a entidade sindical, a ter o poder-dever de negociar, de representar os empregados, de constituir as regras que regulamentarão os contratos

individuais dos trabalhadores, mas sempre segundo as leis criadas pelos detentores da ideologia então dominante.

Dessa forma, constata-se que o sindicato, na realidade, não logra êxito no desempenho da sua função genuinamente revolucionária. Bem ao contrário, o que se vê é que o sindicato acaba atuando de maneira condizente com o interesse da ideologia dominante capitalista, chegando, ao cabo do conflito coletivo, a um acordo com o empregador ou ao cumprimento de uma sentença normativa que, por certo, jamais serão realmente desfavoráveis a entidade patronal. Afinal, como visto, a solução da desavença, seja aquela alcançada de forma judicial, seja de forma extrajudicial, será sempre pautada em um ordenamento jurídico burguês.

Em razão disso, é possível concluir que o sindicato atua como verdadeiro aparelho ideológico do Estado, haja vista que desenvolve as suas atividades conforme o sistema ideológico imposto pela classe dominante, auxiliando na reprodução das relações de produção capitalistas, de maneira a perpetuar a manutenção da dominação da classe burguesa sobre a classe proletariada.

## REFERÊNCIAS

ALTHUSSER, Louis. *Por Marx*. Ed. Unicamp: São Paulo, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 11<sup>a</sup> ed., São Paulo: LTR, 2012.

EDELMAN, Bernard. *A legalização da classe operária*. São Paulo: Boitempo, 2016.

GENRO, Tarso Fernando. *Contribuição à crítica do Direito Coletivo do Trabalho*. Porto Alegre: Editora Síntese, 1980.

GIGLIO, Wagner. *Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: LTR, 1994.

GRAMSCI, Antônio; BORDIGA, Amadeo. *Conselhos de Fábrica*. São Paulo: Brasiliense, 1981.

HAZAN, Ellen Mara Ferraz. *Os Sindicatos e a Negociação Coletiva – Aperfeiçoando o Direito do Trabalho*. In: PIMENTA, José Roberto Freire (et. al.). *Direito do Trabalho. Revolução, Crise e Perspectivas*. São Paulo: LTR, 2004.

MARX, Karl. *Os Pensadores*. vol. XXXV. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A Ideologia Alemã*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho : relações individuais e coletivas do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios gerais de direito sindical*. 2.ed. amp. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

SANPEDRO, Francisco. A teoria da ideologia de Althusser. In: NAVES, Márcio Bilharinho (org.). *Presença de Althusser*. Ed. Unicamp: São Paulo, 2010.

#### NOTAS:

[1] Dentre os fatores mencionados pelo autor, estão: as contradições do regime de exploração feudal, da exploração capitalista e imperialista de larga escala, nas cidades e nas regiões mineiras e petrolíferas; o exílio e desenvolvimento intelectual da elite revolucionária russa; a herança cultural da experiência política operária européia; os soviets, como nova forma de organização política de massas; as duas guerras mundiais, incluindo o intervalo entre elas, e também o conseqüente abalo temporário às nações imperialistas; o apoio involuntário da burguesia franco-inglesa à revolução, em sua oposição ao Czar Russo.



## **CRIMES DE ESTUPRO: OS DESAFIOS PARA PRODUÇÃO E CONCRETIZAÇÃO DE PROVAS**

**LÍDIA LUSTOSA DE OLIVEIRA:**

Bacharelada do curso de Direito pela Faculdade Serra do Carmo.

**ÊNIO WALCÁCER DE OLIVEIRA FILHO<sup>[1]</sup>**

**(Orientador)**

**Resumo:** O presente artigo terá como objetivo estudar e conceituar o crime de estupro, bem como o crime de estupro de vulneráveis, correlacionando-os com os desafios encontrados para a produção de provas e as dificuldades probatórias quando da apuração dos fatos. Serão abordados os meios de provas usados para investigar estes crimes, ao mesmo tempo em que será demonstrado os impedimentos existentes para elucidar e solucionar esses fatos tão corriqueiros na sociedade, pois diariamente pessoas se tornam vítimas desse abuso, principalmente crianças e jovens vulneráveis. O estudo apresenta ainda, mesmo que sucintamente, as formas como estes crimes geralmente ocorrem, ou seja, são presenciados apenas pela vítima e pelo agressor, havendo ausência de testemunhas. Desta forma, portanto, processos vão se delongando na justiça, sem a obtenção de resultados realmente contundentes, e mesmo que atinja tais resultados, os magistrados encontram dificuldade na hora de proferir sentenças penais, pois há um desafio na elaboração de teses para condenar o indivíduo.

**Palavras-Chave:** Crime de estupro; produção probatória; vulneráveis.

**Abstract:** The purpose of this article is to study and conceptualize the crime of rape as well as the crime of rape of the vulnerable, correlating them with the challenges encountered for the production of evidence and the probationary difficulties in the investigation of the facts. The means of evidence used to investigate these crimes will be addressed, while at the same time demonstrating the existing impediments to elucidating and solving these very common occurrences in society, as daily people become victims of such abuse, especially vulnerable children and young people. The study also presents, even briefly, the ways in which these crimes usually

occur, that is, they are witnessed only by the victim and the aggressor, and there are no witnesses. In this way, therefore, prosecutions are progressing in justice, without obtaining really conclusive results, and even if it achieves such results, magistrates find it difficult to pronounce sentences, since there is a challenge in the elaboration of theses to condemn the individual.

**Keywords:** Rape Crimes; probative production; vulnerable.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITUAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO. 3. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. 4. MEIOS DE PROVAS ADMITIDOS E USADOS NA INVESTIGAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO. 5. O CRIME DE ESTUPRO E SUA PROBLEMÁTICA QUANTO AO SEU SISTEMA PROBATÓRIO. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 7. REFERÊNCIAS.

---

## 1. INTRODUÇÃO

O crime de estupro é um problema frequente na sociedade, pois diariamente pessoas se tornam vítimas desse abuso, todavia muitas vezes acabam por ficar impune devido haver uma grande dificuldade na apuração dos fatos e, posteriormente, em conseguir provar a materialização deste crime. Esta dificuldade na apuração do delito em questão se dá por ser um crime que ocorre às escondidas, sem a presença de quaisquer testemunhas, sendo presenciado apenas pela vítima e pelo agressor e ainda, mesmo que haja a realização de exames de corpo de delito, estes ficam prejudicados por seus vestígios desaparecerem rapidamente, havendo assim um grande desafio probatório. É um dos crimes mais bárbaros existentes, visto que consiste em uma violação direta à liberdade sexual.

Sendo assim, o presente artigo tem como tema o crime de estupro, com previsão legal nos artigos 213 e 217-A, ambos do Código Penal Brasileiro, com redação dada pela Lei nº 12.015 de 7 de agosto de 2009, e os desafios na produção e concretização de provas para se caracterizar tal crime. Será abordado toda a conceituação destes crimes e os meios de provas admitidos em sua investigação, proporcionando uma reflexão na dificuldade que se há em usar estas provas para elucidação quando da existência de fatos concretos.

Há, portanto, uma grande importância em estudá-lo, pois é um crime que causa muita dor física e emocional na vida de quem sofre-o, causando uma devastação psicológica significativa a ponto de, muitas vezes, tornar o indivíduo propício a desenvolver até doenças psicológicas e caráter deflagrado.

Deste modo, os motivos para explorar este assunto, que será feito através de revisões bibliográficas e demais artigos, é a consideração que se deve ter com essas ocorrências, já que se encontra no rol dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/1990), e que o Estado é responsável por zelar pela dignidade e saúde da sociedade, punir através da polícia judicial que investiga o fato delituoso, e do Ministério Público, que exerce o direito à Ação Penal, desta forma passando a haver a necessidade de colher provas, sendo que essa colheita probatória ocorre primeiro sob a direção da autoridade policial – no Inquérito Policial – e, após, sob o princípio do contraditório e da ampla defesa, na Ação Penal.

## **2. CONCEITUAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO**

O crime de estupro caracteriza-se como uma violação física, baseando-se em uma agressão sexual, em que pode envolver tanto a relação sexual como também atos libidinosos contra uma pessoa, sem que esta venha a consentir. Consoante assevera Capez (2012, p. 43) que estuprar, na nova definição legal significa “Constranger significa forçar, compelir, coagir alguém a: (a) ter conjunção carnal; ou (b) a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.”

Com redação dada pela Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009, ao art. 213, do Código Penal Brasileiro, o crime de estupro constitui-se no fato de o agente “constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Pena – reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos”. (BRASIL, 2009) Sendo assim, este delito é constituído quando há um constrangimento, mediante ameaça ou violência, podendo ser direcionado a qualquer pessoa, para ter atos libidinosos ou conjunção carnal. Este crime é considerado hediondo, mesmo que de forma tentada, segundo a Lei Nº 8.072/1990, art. 1º, V.

Originalmente, o crime de estupro, previsto no artigo 213, do CP, tutelava sobre a liberdade sexual da mulher, ou seja, a característica principal deste delito sempre foi o constrangimento da mulher a manter conjunção carnal sem o seu consentimento. Entretanto, depois de sua alteração pela Lei 12.015/2009, este dispositivo legal passou a abarcar a defesa da liberdade sexual de toda e qualquer pessoa, independentemente de ser do sexo feminino ou masculino, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ela se pratique ato libidinoso. Desta forma, as características que integravam, também, o crime previsto no artigo 214, do CP (revogado pela Lei 12.015/2009), que previa a conduta delitiva de atentado ao pudor, passaram ambas, a constituir o crime de estupro. (CAPEZ, 2015, p. 40-41)

Sendo assim, o estupro abarca qualquer tipo de ato libidinoso e conjunção carnal, que seja direcionado a pessoa, sendo mulher ou homem, que seja ocorrido de forma forçada. O verbo *constranger* significa compelir, forçar e coagir alguém a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. A conjunção carnal trata-se da penetração do membro viril na vagina, enquanto ato libidinoso abrange diversas formas de realização do ato sexual, ou seja, atos sexuais que sejam direcionados a satisfazer desejos e lascívia, ambos sob o emprego de força física, violência e grave ameaça que seja capaz de impedir a livre liberdade sexual da vítima. Segundo Capez (2015, p. 43):

compreende outras formas de realização do ato sexual, que não a conjunção carnal. São os coitos anormais (por exemplo, a cópula oral e anal), os quais constituíam o crime autônomo de atentado violento ao pudor (CP, antigo art. 214). Pode-se afirmar que ato libidinoso é aquele destinado a satisfazer a lascívia, o apetite sexual. Cuida-se de conceito bastante abrangente, na medida em que compreende qualquer atitude com conteúdo sexual que tenha por finalidade a satisfação da libido. Não se incluem nesse conceito as palavras, os escritos com conteúdo erótico, pois a lei se refere a ato, ou seja, realização física concreta.

O estupro é ainda, um delito material. Na hipótese de conjunção carnal pode ser consumado com a introdução completa ou incompleta do pênis na vagina, podendo ser também reconhecido sua tentativa caso o agente tenha tentado praticar o ato, não conseguindo por circunstâncias alheias a sua vontade, como por exemplo, se a vítima conseguir fugir ou se desvencilhar antes que o agente possa consumir o ato. Já na hipótese de ato libidinoso pode ser consumado com atos diversos da cópula vagínica, quando a vítima pratica em si, no agente ou em terceiros empregando violência ou ameaça, não conseguindo realizar por situações alheias a sua vontade, consistindo assim como crime tentado.

No que concerne à violência ou grave ameaça temos que:

A violência moral é aquela que age no psíquico da vítima e cuja força intimidatória é capaz de anular sua capacidade de querer. A lei faz menção a ameaça grave, isto é, o dano prometido deve ser maior que a própria conjunção carnal ou a prática do ato libidinoso, não tendo a vítima outra alternativa senão ceder à realização do ato sexual. O mal prometido pode ser direto (contra a própria vítima) ou indireto (contra terceiros ligados à vítima); justo (denunciar crimes praticados pela vítima) ou injusto (anunciar que vai matá-la); e deve ser analisado sob o ponto de vista da vítima, ou seja, tendo em conta suas condições físicas e psíquicas; uma senhora de idade, um enfermo ou uma criança são muito mais suscetíveis que uma jovem que possui plena capacidade física e mental. Cada caso exigirá uma análise individual. (CAPEZ, 2015, p. 50)

Não trata-se, portanto, de uma violência qualquer, exige-se um pressuposto dissenso da vítima concomitante à uma violência apta a anular esse dissenso por coação, um dano que seja prometido por meio de violência mais grave do que a prática do ato libidinoso ou a conjunção para a vítima.

Este crime trata-se, portanto, de um delito comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa e sendo realizado por vários atos, tendo como elemento subjetivo o dolo, já que esta tipificação não prevê modalidade culposa.

Importante ressaltar ainda que, nem todo ato libidinoso pode afigurar-se como tipificado no crime em comento, deve-se observar sempre a proporcionalidade para que não se impute em excesso uma conduta de menor relevância penal, como, por exemplo, um beijo “roubado” de forma lasciva, ou mesmo o “passar as mãos” em uma pessoa vestida em um local público, sem maiores gravames, neste sentido Bitencourt (2015, p. 859) defende que:

A diferença entre o desvalor e a gravidade entre o sexo anal e oral e os demais atos libidinosos é incomensurável. Se naqueles a gravidade da sanção cominada (mínimo de seis anos de reclusão) é razoável, o mesmo não ocorre com os demais, que, confrontados com a gravidade da sanção referida, beiram as raias da insignificância. Nesses casos, quando ocorre em lugar público ou acessível ao público, deve desclassificar-se para a contravenção do art. 61 (LCP) ou deve declarar-se sua inconstitucionalidade, por violar os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da lesividade do bem jurídico

Como frisamos, o desvalor das condutas mínimas, ainda que possam se afigurar como atos libidinosos, não se afiguram proporcionais quando subsumidas ao disposto no art. 213 CP, devendo-se, nestes casos, serem desclassificadas para o art. 61 da Lei de Contravenções Penais.

### **3. ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

Igualmente, há ainda, advindo da Lei 12.015/2009, o crime de estupro de vulnerável, conforme disposto no Capítulo II do Código Penal, no artigo 217-A, que prevê o estupro cometido contra pessoa vulnerável, como menor de 14 (quatorze) anos, pessoas doentes, ou ainda que de

alguma forma tenha a impossibilidade de consentir com o ato. De acordo com Capez (2015, p. 75), "o estupro cometido contra pessoa sem capacidade ou condições de consentir, com violência ficta, deixou de integrar o art. 213 do CP, para configurar crime autônomo, previsto no art. 217-A, sob a nomenclatura "estupro de vulnerável"". Trata-se, portanto, de:

Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. § 2º (*Vetado.*) § 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. § 4º Se da conduta resulta morte: Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (BRASIL, 2009)

Ressalta-se que, vulnerável é qualquer pessoa em situação de fragilidade ou perigo. Sendo assim, a lei não se refere à capacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima, mas o fato de se encontrar em situação de fraqueza moral, social, cultural, fisiológica, biológica etc. Uma jovem menor, sexualmente experimentada e envolvida com prostituição, mesmo que prematuramente envolvida e precocemente amadurecida, não se afirma que seja incapaz de ter consciência do ato, porém é considerada vulnerável dada a sua condição de menor sujeita à exploração sexual (CAPEZ, 2015, p. 76).

Desta forma, portanto, vulneráveis são os menores de 18 (dezoito) anos, mesmo que tenha maturidade prematura, havendo assim uma necessidade de proteção estatal.

Capez (2015, p. 76) afirma que:

Incluem-se no rol de vulnerabilidade casos de doença mental, embriaguez, hipnose, enfermidade,

idade avançada, pouca ou nenhuma mobilidade de membros, perda momentânea de consciência, deficiência intelectual, má formação cultural, miserabilidade social, sujeição a situação de guarda, tutela ou curatela, temor reverencial, enfim, qualquer caso de evidente fragilidade.

Esta modalidade delitiva é classificada como crime comum, onde o sujeito passivo é o indivíduo menor de 14 anos ou ainda aquele que apresentar enfermidade ou algum tipo de deficiência, não havendo o discernimento para a prática do ato; e como sujeito ativo, por se tratar de crime comum, pode ser praticado por qualquer pessoa, sendo o elemento subjetivo o dolo, haja vista ser constituído pela vontade de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com pessoa nas condições previstas no *caput* ou § 1º do artigo.

#### **4. MEIOS DE PROVAS ADMITIDOS E USADOS NA INVESTIGAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO**

O tema da prova é uma das mais importantes fases do processo na medida em que se verificam a veracidade das pretensões das partes, sendo que é fundamental para a obtenção de uma verdade mais aproximada possível da realidade e conseqüentemente para a prolação de uma decisão mais justa. Desta forma, as provas mais usadas na investigação dos crimes de estupro são as provas testemunhais e o exame de corpo de delito, tendo em vista que este crime tecnicamente deixa vestígios e a outra forma de buscar um melhor esclarecimento acerca dos fatos é por meio dos depoimentos orais das testemunhas e da vítima.

A lei prevê, no artigo 158, do Código de Processo Penal, que nos casos em que “a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado” (art. 158, CPP). Ou seja, nas hipóteses onde o crime deixar rastros, este deve ser investigado através de prova pericial, mais precisamente por meio do exame de corpo de delito, pois segundo este artigo, não deverá ser suprida pela confissão do acusado. Esta é uma regra excepcionada pelo princípio da verdade real, tratando-se de adoção excepcional do sistema da prova legal, pois o julgador não pode buscar a verdade por nenhum outro



meio de prova. Isso quer dizer que quando a perícia for possibilitada de ser realizada, e esta não ocorrer, ocasiona nulidade de qualquer outro meio de prova produzida (CPP, art. 564, III, *b*), conseqüentemente, a absolvição do acusado, de acordo com o artigo 386, VIII, do CPP.

Deste modo, a prova pericial é uma prova técnica, realizada por um profissional perito oficial ou nomeado, sendo estes servidores públicos e concursados, os quais possuem saber científico e técnico para realizar o laudo do exame, como assim prevê o Código de Processo Penal em seu artigo 159.

Prevê o artigo 159, o seguinte:

Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

§ 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

§ 2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

§ 3º Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico.

§ 4º O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão.

§ 5º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia:

I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar;

II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência.

§ 6º Havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação.

§ 7º Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial, e a parte indicar mais de um assistente técnico. (BRASIL, 1942)

Dentre as provas periciais a mais importante é o exame de corpo de delito, que é, segundo Lopes (2015, p. 431), “o exame técnico da coisa ou pessoa que constitui a própria materialidade do crime (portanto, somente necessário nos crimes que deixam vestígios, ou seja, os crimes materiais)”. Deste modo, o corpo de delito é constituído pelos vestígios deixados pelo crime, sendo que este se refere tanto à materialidade do fato principal, quanto as eventuais qualificadoras.

Lopes (2015, p. 432) destaca ainda que, “a confissão do acusado não é suficiente para comprovação da materialidade do delito, sendo indispensável o exame de corpo de delito direto ou indireto, sob pena de nulidade do processo (art. 564, III, “b”, do CPP)”.

Outro meio de prova usado é a prova testemunhal, pois é a partir desta que as partes argumentam e contam os fatos ocorridos. Nesse

contexto, a admitida prova testemunhal “é um meio de prova através do qual quem teve percepção sensorial sobre um fato criminoso imputado ao acusado depõe em juízo, principalmente sobre o que viu, ouviu, ou percebeu através do paladar, tato ou olfato” (NICOLITT, 2016).

Pondera Pacelli (2016, p. 414) que:

Todo depoimento é uma manifestação de conhecimento, maior ou menor, acerca de um determinado fato. No curso do processo penal, a reprodução desse conhecimento irá confrontar-se com diversas situações da realidade que, consciente ou inconscientemente, poderão afetar a sua fidelidade, isto é, a correspondência entre o que se julga ter presenciado e o que se afirma ter presenciado.

Ressalta-se ainda que, segundo Pacelli (2016, p. 415):

[...] Muitas vezes prolongamento das investigações criminais e do próprio curso da ação penal impedirá uma atuação mais eficaz da memória do depoimento, com o que a sua convicção da realidade dos fatos apurados já não será tão segura.

Por fim, no plano do consciente e do inconsciente individual, a gravidade dos fatos, as circunstâncias do crime, bem como diversos outros fatores ligados à pessoa do acusado ou da vítima e à própria formação moral, cultural e intelectual do depoente poderão também influir no espírito e, assim, no discernimento da testemunha.

Desta forma, devido a grande quantidade de tempo em que a instrução processual percorre, muitas vezes se passando anos nesta mesma fase instrutória judicial, ocorrendo inclusive várias audiências de instrução para que possa-se colher as provas testemunhais das partes envolvidas, após o fato ter ocorrido para poder ser concluído a sua fase instrutória

processual e conseqüentemente o seu julgamento, isto acaba por prejudicar os depoimentos da vítima, e testemunhas caso haja estas.

## **5. O CRIME DE ESTUPRO E SUA PROBLEMÁTICA QUANTO AO SEU SISTEMA PROBATÓRIO**

O crime de estupro e o estupro de vulnerável correspondem em um grave tipo de crime que por muitas vezes não deixam vestígios, durante sua tentativa, ou mesmo havendo sua consumação, os vestígios desaparecem rapidamente em decorrência do tempo, dessa forma torna-se extremamente difícil à colheita de provas com a vítima que sofreu o abuso sexual.

Sendo assim, a prova desses crimes é produzida essencialmente com o exame de corpo de delito, e na hipótese de tentativa, em que não chega a haver a conjunção carnal, dificilmente restam elementos a serem periciados junto à ofendida, e, mesmo havendo consumação, os resquícios podem ter desaparecido com o tempo, ou podem nem sequer ter ocorrido como na hipótese de mansa submissão após o emprego de grave ameaça, ou ainda quando não há ejaculação do agente, só para citar alguns exemplos. (CAPEZ, 2015). É indiscutível portanto, que nem sempre é possível comprovar a materialidade do crime realmente através deste exame, visto que os rastros somem rapidamente e, principalmente, em casos em que a vítima sofre apenas atos libidinosos.

Já decidiu o STF que:

o fato de os laudos de conjunção carnal e de espermatozoide resultarem negativos não invalida a prova do estupro, dado que é irrelevante se a cópula vagínica foi completa ou não, e se houve ejaculação. Existência de outras provas. Precedentes do STF. (STF, HC 74.246-SP, 2ª Turma, Rel.Min. Carlos Velloso, DJU, 13-12-1996, p. 50165.)

Outra questão, para além do ato libidinoso ou da conjunção carnal a ser analisada quando do cometimento do crime de estupro é a presença de

vestígios de utilização de violência no ato, neste sentido o Superior Tribunal de Justiça se manifestou nos seguintes termos:

Habeas corpus. Processual Penal. Estupro. Sentença condenatória: alegação de insuficiência de provas para a condenação. Palavra da vítima: valor probante. Conquanto tenha o laudo pericial registrado apenas a ocorrência de conjunção carnal, não fazendo alusão à ocorrência de violência, não está o juiz obrigado a acatá-lo e absolver o réu, desde que outros elementos de convicção, especialmente a palavra da vítima — de crucial importância nesse tipo de delito — corroborada por harmônica prova testemunhal conduzem o magistrado a um seguro juízo de condenação. Ademais, a via do h. c. não se mostra idônea para se pretender a absolvição do réu por insuficiência de provas. (STJ, HC 10.852-PR, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 21-10-1999, DJ, 22-11-1999, p. 173)

O que verifica-se neste julgado é a relevância da palavra da vítima para a comprovação do ato de violência, que não necessariamente deve ser física, muitas vezes ocorrendo como coação moral que se torna irresistível à vítima, quando o seu depoimento é corroborado por outros meios de prova, a palavra da vítima tem essencial relevância como meio apto à condenação.

Atualmente, ainda como meio de produção de prova essencial, temos a genética forense, a possibilidade de se colher material genético que ligue à autoria do fato, não somente no caso do esperma, mas também fios de cabelo, resíduos de pele do autor nas unhas da vítima que tentou defender-se da injusta agressão, saliva, manchas de sangue, etc. A comparação do material que consiga ser recolhido de imediato quando do atendimento da vítima é essencial como elemento de prova apto a configuração da autoria delitiva. Contudo, em face do princípio da não auto incriminação, o suspeito não tem a obrigação de fornecer elementos de seu próprio corpo para a comparação genética, sendo que, neste caso de

recusa, esta mesmo pode servir de elemento de convicção que seja apto a ensejar uma condenação do réu, invertendo-se, neste caso, o ônus probatório e gerando, como convicção uma presunção de autoria do acusado, que poderá afastar essa presunção fornecendo material genético (fio de cabelo, saliva, sangue) para comprovar a sua inocência. (CAPEZ, 2012, p 68)

De outra banda, para se comprovar a materialidade do crime de estupro através da prova testemunhal também não é fácil, pois geralmente o fato não é presenciado por testemunhas, sendo efetuado na clandestinidade, em locais desabitados, ermos e de acesso precário, ou até mesmo no próprio seio do ambiente familiar, com a presença apenas do autor do crime e sua respectiva vítima, sendo a vítima interpelada sempre de surpresa, com chances de defesa quase nulas, restando desta forma apenas a palavra desta. Entretanto, apesar da contundência de seu depoimento, ela pode se tornar contaminada devido ao transcurso de tempo, pois muitas vezes esses casos são descobertos momentos depois e pode gerar esquecimento, em razão do trauma psicológico ocorrido à vítima, restando exclusão de fatos ocorridos quando da consumação do fato, restando assim seu depoimento prejudicado. Portanto, nesses delitos sexuais, especialmente, o depoimento da vítima e das possíveis demais testemunhas pode se tornar prejudicado.

Nestes termos, verifica-se que a palavra da vítima, nestes crimes, tem especial relevo, exatamente pela dificuldade probatória que circundam essa espécie de crime, e pelas características de que são cometidos, via de regra, em locais ermos, afastado da vista de testemunhas, impossibilitando a formação do conjunto probatório robusto, nestes termos:

Nos delitos contra os costumes, a palavra da ofendida avulta em importância [...] Nessas condições, é muito evidente que suas declarações, apontando o autor do crime que lhe vitimou, assumem caráter extraordinário, frente às demais provas. Não seria razoável e nem é comum que a pessoa com essas qualidades viesse a juízo cometer perjúrio, acusando um inocente de lhe haver constrangido à conjunção

carnal ou a ato libidinoso outro qualquer. Por isso, sua palavra, enquanto não desacreditada por outros meios de prova, digamos, vale como bom elemento de convicção. (ROCHA, 1999, p. 355)

Entendemos, para o bojo do sistema probatório, que não se pode imputar ao modo de vida levado pela vítima qualquer relação com o crime sendo que, em todos os casos a palavra da vítima, independentemente de seu histórico ou vida sexual, adquirirá extrema relevância, ainda que não seja permitido o uso exclusivo desta, descolada dos outros elementos probatórios, para a configuração do crime.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Os crimes de estupro ocorrem sobremaneira no meio da sociedade e desta forma é necessária a comprovação destes, através dos meios de provas admitidos no ordenamento jurídico pátrio, para que magistrados e julgadores possam proferir decisões e sentenças justas ao caso concreto.

Destarte, o caminho para elucidação dos fatos concretos acontece pelos meios de provas existentes, os quais são, de forma geral, o meio pelo qual se materializa a instrução do processo. Sendo assim, há inúmeros desafios e dificuldades encontradas durante este caminho, as quais se devem pelos únicos e possíveis meios de provas existentes, meios estes que acabam sendo insuficientes para conseguir provar a materialização do fato. O primeiro seria pela questão de que como não se é revelado no momento do ato à consumação do crime, o exame de corpo de delito resta prejudicado, visto que não há possibilidade de se descobrir lesões ou sinais de vestígios de abuso sexual, tampouco materiais genéticos do agressor.

Desta forma, para se caracterizar este crime, não é obrigatório haver a conjunção carnal, tornando-se difícil e quase impossível o exame pericial possibilitar a comprovação de tal ato. Há então a prova testemunhal, que não obstante, também é escassa e não oferece a comprovação necessária.

De outro modo, por ser um crime consumado sem testemunhas, resta apenas o depoimento da vítima, desta forma trata-se uma batalha

entre a materialidade e a contundência de tais provas, pois sempre devem ser levados em consideração os princípios previstos no ordenamento jurídico como o do *in dubio pro reu*, da presunção da inocência e da ampla defesa pelo julgador na hora de concluir um entendimento para proferir sentença condenatória.

Ainda há o fato de que este crime quando materializado, na maioria das vezes só é descoberto momentos ou até meses e anos depois, fazendo com que os únicos meios de provas cabíveis que indiciaram a prática de tal ato, como o exame de corpo de delito, não encontre vestígios nem lesões, restando inconclusivo para exames que poderiam identificar a autoria, sobrando apenas a palavra e depoimento da vítima que, muitas vezes, se torna prejudicada pelo fato de se sentir constrangida ao narrar o fato.

Conclui-se, portanto, que os crimes de estupro, apesar de serem bastante corriqueiro no meio social, possuem inúmeros desafios para se produzir e concretizar as provas durante o cursar do processo, visto as particularidades de cada meio de prova, conforme já explicitado neste artigo, ficando o julgador muitas vezes de mãos atadas quando da formação de seu convencimento para decidir e julgar um processo.

## REFERÊNCIAS

BRAGA, Nicole Reny de Moraes. **Dos crimes contra a dignidade sexual**. Disponível em: < <https://nihreny.jusbrasil.com.br/artigos/334316781/dos-crimes-contra-a-dignidade-sexual>.> Acesso em: 21 mai. 2018.

**BRASIL. Decreto-lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009: Código Penal Brasileiro. Disponível em:** <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm)>. **Acesso em: 21 de mai. 2018.**

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941:** Código de Processo Penal. Disponível em: . Acesso em: 13 jun. 18.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941:** Código de Processo Penal. Disponível em: . Acesso em: 13 jun. 18.



BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal comentado**. São Paulo, Saraiva, 2002

**CAPEZ, Fernando**. Curso de Direito Penal. **parte especial. v. 3. 13 ed.**

**São Paulo: Saraiva, 2015.**

CASTRO, Leonardo. **Legislação comentada - artigo 217-a do CP - estupro de vulnerável**. Disponível em: <leonardocastro2.jusbrasil.com.br/artigos/121943504/legislacao-comentada-artigo-217-a-do-cp-estupro-de-vulneravel>. Acesso em: 13 jun. 18.

DEEK, Nathália. **Valoração da prova testemunhal e do depoimento da criança nos crimes de abuso sexual**. Disponível em: <https://nathaliadeeke.jusbrasil.com.br/artigos/309503209/valoracao-da-prova-testemunhal-e-do-depoimento-da-crianca-nos-crimes-de-abuso-sexual>. Acesso em: 13 jun. 18.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

**MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues**. O estupro e suas particularidades na legislação atual. **Disponível em: <https://vicentemaggio.jusbrasil.com.br/artigos/121942479/o-estupro-e-suas-particularidades-na-legislacao-atual >. Acesso em: 21 mai. 2018.**

MANGNANI, Thaisa Dias; JOAQUIM, Evandro Dias. **O problema da prova nos crimes contra a dignidade sexual**. Disponível em: <http://www.revistajurisfib.com.br/artigos/1395809029.pdf>. Acesso em: 21 de mai. 2018.

MIGUEL, Guilherme Felipe. **As dificuldades de utilização da prova pericial nas hipóteses de estupro de vulnerável no ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/as-dificuldades-de-utilizacao-da-prova-pericial-nas-hipoteses-de-estupro-de-vulneravel-no-ordenamento-juridico-brasileiro>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

NICOLLIT, André Luiz. **Manual de processo penal.** 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2016.

NABUCO FILHO, José. **Exame de corpo de delito e outras perícias.** Disponível em: <<http://josenabucofilho.com.br/home/pratica-penal/fase-processual/exame-de-corpo-de-delito-e-outras-pericias/>>. Acesso em: 13 jun. 18.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Curso de direito processual penal.** Rio de Janeiro, Forense, 1999.

NOTAS:

[1] Ênio Walcácer de Oliveira Filho. Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Especialista em Ciências Criminais e Direito Administrativo pela UFT. Professor da Sociedade de Ensino Serra do Carmo, na cadeira de Processo Penal e professor convidado de Direito Penal I e II na UFT. Membro do Conselho Editorial da Revista Vertentes do Direito – UFT. Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito e Delegado da Polícia Civil do Tocantins.

## **ALIENAÇÃO PARENTAL: A RESOLUÇÃO DE CONFLITOS MEDIANTE O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO**

**MARCELA VIEIRA SILVA:** Bacharelanda em Direito pela Faculdade Serra do Carmo.

**ANDRÉIA AYRES GABARDO DA ROSA**<sup>[1]</sup>

**(Orientadora)**

**RESUMO:** Trata-se da análise da importância do Instituto da Mediação no Direito de Família e como este surguiu, conseqüentemente como este Instituto influenciará nas resoluções de conflitos quando se tratam de situações que envolvam a Alienação Parental. Um breve relato do Direito de Família em geral e do conceito, sua identificação, suas conseqüências e a diferenciação entre a Alienação Parental e a Síndrome da Alienação Parental onde veremos como as relações familiares podem afetar na criação de uma criança sendo estas as mais atingidas com a situação. Como o judiciário aplica a Lei 12.318 (Lei de Alienação Parental) e quais as maneiras de proteção utilizadas nestes casos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mediação; Alienação Parental e Direito.

**ABSTRACT:** This is the analysis of the importance of the Institute of Mediation in Family Law and how it arose, consequently how this Institute will influence conflict resolution when dealing with situations that involve Parental Alienation. A brief account of Family Law in general and the concept, its identification, its consequences and the differentiation between Parental Alienation and Parental Alienation Syndrome, where we will see how family relations can affect the creation of a child, being the most affected with the situation. As the judiciary applies Law 12.318 (Parental Alienation Act) and what forms of protection used in these cases.

**KEYWORDS:** Mediation; Parental Alienation and Law.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Alienação Parental: a resolução de conflitos mediante o instituto da mediação. 2.1 Definição do Direito de Família e sua

evolução.2.1.1 Histórico do Direito de Família no Brasil. 3. O Processo de Alienação Parental. 3.1 Efeitos da alienação Parental. 3.2 A Lei 12.318/10. 4. Instituto da Mediação. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

---

## 1. INTRODUÇÃO

O presente Artigo tem como tema Alienação Parental e a resolução de conflitos mediante o Instituto da mediação. Sabe-se que uma separação entre casais é complicada e na maioria das vezes atinge o núcleo familiar. Esta situação vem atingindo várias modalidades familiares, causando sérios danos psicológicos a todos os envolvidos, principalmente os filhos.

Diante desse cenário atual, pretende-se analisar, de fato, como essas relações vêm sendo constituídas. Neste sentido o art. n.º 226, caput, da Constituição Federal de 1988, dispõe que a família, como base da sociedade, tem especial proteção do Estado, e, ainda no artigo n.º 227 consagra os Direitos da criança e do adolescente como direitos fundamentais e de proteção integral, afirmando-os como sujeitos de direitos, trazendo um norte de igualdade extremamente determinante para as relações entre pais e filhos.

Dessa forma, tanto a disposição constitucional quanto o preconizado no Estatuto da Criança e do Adolescente, e ainda tendo como respaldo a Lei 12.318/10 que refere-se a Alienação Parental, cujo principal objetivo é de assegurar o menor sofrimento e evitar com que sejam irreversíveis as lacunas deixadas em uma separação, são todas disposições jurídicas que nos asseguram que se trata de um assunto sério que precisa ser tratado com atenção, pois, envolve questões familiares complexas.

Sob esta ótica, se faz necessário ter um instrumento, ou seja, uma forma de transformar condutas, qual seja neste caso a mediação, que irá trabalhar como um minimizador de conflitos entre os pais, com maior enfoque ao bem estar da criança e do adolescente que são os mais prejudicados nesta situação.

Por isso, o presente tema merece atenção, posto que o instituto da mediação vem se tornando cada dia mais eficaz, ao ser inserido no Direito

de Família, tornando-se um importante instrumento minimizador de conflitos advindos desta prática que vem se tornando um tanto quanto comum entre as famílias brasileiras conhecida por: Ato de Alienação Parental.

A Alienação se dá quando o chamado alienador coloca o filho contra o genitor que não mantém a guarda, como uma espécie de “vingança”, por algo que não tenha dado certo em seu relacionamento.

Diante desta situação, ao longo deste artigo, serão apresentados estudos bibliográficos que indicam que o menor estará submetido a sérios comprometimentos psicológicos que podem afetar seriamente seu futuro, por isso a mediação familiar no âmbito do Direito de Família, se torna muito eficaz quando inserida como forma preventiva, minimizadora e transformadora de conflitos advindos da prática da Alienação Parental.

Quais as contribuições do instituto da mediação na resolução de conflitos entre casais em processos de separação judicial para que evitem os danos causados pela Alienação Parental?

Conflitos advindos pós-separação, quando há casos conflituosos, resultam em Alienação Parental que dificilmente são resolvidos, o Instituto da mediação no caso tem a função de:

- Auxiliar a detectar as áreas geradoras de contenda;
- Avaliar os motivos ocultos na disputa;
- Impor restrições nas áreas em conflito, para que ele não tome proporções inadequadas;

Demonstrar total imparcialidade de mediador; como pessoa a serviço de ambos; e encerrar com a redação de acordo, se conseguido pelos disputante. É preciso compreender que não é simples o convencimento a se ter uma mediação perante um conflito familiar, pois as pessoas de certa forma já se bloqueiam para que haja tal advento.

Nestes casos é preciso que haja um poder de convencimento maior, para que os envolvidos na questão se disponham a fazer a mediação,

mostrando ser a forma mais rápida e eficaz, evitando danos sérios causados por uma possível alienação parental, aos menores envolvidos.

Na prática, o alienador passa a fazer coisas bizarras, como por exemplo, implantar falsas memórias na criança e no adolescente, o que claramente traz consequências psicológicas seríssimas, por isso surge a mediação familiar. A pesquisa a ser desenvolvida apresentará o quão importante pode se tornar uma mediação como forma preventiva de maiores danos psicológicos a uma família que está envolvida em um caso de Alienação Parental.

Com o intuito de verificar as contribuições do instituto da mediação na resolução de conflitos entre casais em processos de separação judicial visando a evitação da Alienação Parental, serão analisados todos os requisitos necessários a serem observados perante este Instituto para que ele de fato funcione nesse caso específico, para que principalmente a criança e o adolescente envolvido não saia desta questão com sequelas irreparáveis. Como objetivos específicos deste projeto, serão destacadas as características da Lei nº 12.318/2010, por meio da distinção existente entre alienação parental, síndrome da alienação parental e a guarda compartilhada como uma medida preservativa; e dissolução das entidades familiares e, principalmente como fica o direito do filho à convivência daquele que não detém a sua guarda.

Os critérios formais para todo o procedimento de pesquisa serão fornecidos pelos métodos científicos. Assim, “o método científico é o conjunto das atividades sistemáticas e racionais, permitindo alcançar conhecimentos válidos e verdadeiros, traçando o caminho a ser seguido, mostrando os erros e auxiliando nas decisões do cientista” (LAKATOS; MARCONI, 2010, p. 32).

O método utilizado será o de pesquisa bibliográfica, uma vez que se pretende estudar a inserção do método da Mediação como recurso crucial para a resolução de conflitos familiares que resultam na Alienação Parental, sendo imprescindível elencar conceitos, características, elementos de estruturação deste procedimento que vem tomando forma no Brasil. Dessa

forma, a pesquisa será realizada por meio de coleta de dados em livros, artigos jurídicos, além de documentos e textos em meios virtuais.

## **2. ALIENAÇÃO PARENTAL: a resolução de conflitos mediante o instituto da mediação.**

### **2.1 Definição do Direito de Família e sua evolução**

O direito de família existiu e destacou-se com intuito de cuidar das relações que envolvem o indivíduo dentro do núcleo social em que ele nasce, cresce e se desenvolve.

Nessa senda, verifica-se que Luiz Gonzaga de Mello (2014) diz que se podem verificar várias instituições dentro da própria instituição familiar, como o noivado, namoro, casamento, a vida conjugal e seus respectivos papéis – pai, mãe, tios, sogros, etc.. No entanto, reconhece que, embora verifique-se que em cada sociedade e região existam formas diferentes de família, elas tem um reconhecimento universal, sendo correto afirmar que termo “família” é vago, mas pode significar grupos compostos de pais e filhos, uma linhagem patrilinear, bem como um grupo cognático ou grupo de parentes e seus descendentes que vivem juntos.

Como se vê, o organismo familiar, assim entendido nas suas mais diversas formas pela doutrina de renome, é protegido pelo Direito porque é um instituto anterior a ele e até mesmo ao Estado, bem como é a base desse último, não sendo errado afirmar que esses decorrem daquele. O Estado, considerado como nação, é uma grande família.

A sociedade já foi regida por múltiplas formas do Estado. O mundo já esteve sob domínio de diversas instituições, diversos dogmas, e não há só período no qual a população tenha permanecido homoganeamente compreendida, até mesmo porque não é da natureza humana. Com o natural decurso do tempo e a evolução da sociedade, acontece que, pouco a pouco, valores mais antigos vão sendo abandonados por aqueles que parecem mais sóbrios à realidade sociocultural dominante do momento, devemos perceber que, conforme se evolui a sociedade, ocorre constantes mudanças, o ser humano muda seu estilo de vida, desligando-se de

princípios herdados das antigas civilizações e começando a se adaptar a realidade sócio-cultural.

Destarte, é dizer que família é a conjugação de indivíduos, ligados entre si por laços, sejam eles sanguíneos ou afetivos, ou ainda mesmo, “uma unidade social composta de pessoas unidas por laços que podem ser afetivos ou sanguíneos” (NOBRE, 2014, p.2). Dessa análise, porém, demonstra-se imperioso ressaltar que esse conceito está em constante evolução e muito varia em um mesmo período.

Com a evolução do conceito de família, é necessário que o Direito evolua da mesma forma e na mesma proporção, sendo imprescindível que haja um amparo jurídico-legislativo para acompanhar o processo de evolução “família” como instituto de Direito, uma vez que ele é o seu núcleo.

A sociedade se desenvolve de acordo com o momento histórico até que os fatos e situações tornem-se tão evidentes que nada reste ao legislador senão regulá-los, e a família, dentro do conceito jurídico.

### 2.1.1 Histórico do Direito de Família no Brasil

Imprescindível denotar, no presente estudo que no Direito Brasileiro, até os dias atuais, o modelo canônico de família ainda permeia intensamente o ordenamento jurídico. Um exemplo típico dessa realidade encontra-se inserido no Código Civil de 2002, quando trata dos Impedimentos do Casamento, em seu art. 1521.

É bem verdade que se encontram, ainda, influências do Direito Grego e do Direito Romano no Direito de Família, mas, como assevera Gonçalves (2011), a colonização portuguesa no Brasil foi responsável em trazer, consigo, a forte presença do Direito Canônico nesse ramo do Direito, em grande parte através das Ordenações Filipinas, as quais o autor denomina de principal fonte da influência lusa e Cristianismo, sendo um exemplo disso o Código Civil de 1916, que, seguindo a linha do direito canônico, mencionava as condições de invalidade do matrimônio.



Segundo o entendimento subjetivista de Maria Berenice Dias (2010, p33), a sociedade só aceitava o conceito de família instituído sob uma base matrimonial, por isso o ordenamento jurídico brasileiro só dissertava sobre casamento, as relações de filiação e o parentesco. As relações extramatrimoniais só começaram a ingressar no ordenamento por jurisprudência, contudo as relações homoafetivas não foram disciplinadas pelo Código Civil. O instituto familiar ao contrário do que se diz não está em decadência, de acordo com o entendimento da autora a seguir:

A família, apesar do que muitos dizem, não está em decadência. Ao contrário, é o resultado das transformações sociais. Houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor. Ao Estado, inclusive nas suas funções legislativas e jurisdicionais, foi imposto o dever jurídico constitucional de implementar medidas necessárias e indispensáveis para a constituição e desenvolvimento das famílias (DIAS, 2010).

O supramencionado Código Civil era hierarquizado e patriarcal, incorporando, em seu texto, princípios morais, dando-lhes conteúdo jurídico. Primou ainda pela indissolubilidade do matrimônio e não admissão do divórcio, o regime de comunhão universal e a legítima, bem como pela supremacia do homem como cabeça do casal. Já a mulher, no casamento, foi incumbida a mera condição "de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta", conforme dispunha o art. 240 do multicitado documento, sendo considerada, de acordo com o texto do art. 6º do mesmo Código, relativamente incapaz.

Faz-se mister expor que, na maior parte da história do Brasil, a legislação brasileira ignorou a importância do afeto nas relações familiares. Conforme destaca Maria Berenice Dias (2004), a negativa de reconhecer os filhos fora do casamento possuía uma finalidade sancionatória, ou seja, impedir a procriação fora do lar e matrimônio. Nesse mesmo sentido, era uma advertência aos cônjuges afirmar que o casamento era indissolúvel. Ainda pode-se citar, nesse meio, que negar a existência de vínculos afetivos de relações não matrimoniais tinha cunho de inibir o surgimento dessas. O

desquite, a exemplo, tentava manter todos no seio das famílias originais, ainda que rompido o casamento (que não eram formalmente dissolvido).

Foi apenas com a Constituição Federal de 1998 que houve uma verdadeira revolução jurídica nos moldes de família. Diga-se "jurídica", porque em realidade, no campo fático, os conceitos familiares já haviam há muito se modificado.

Percebe-se, ainda, que a família, como concebida atualmente, destoa do conceito tradicional histórico, apresentando-se nas mais diversas formas, as quais devem ser levadas em conta pelo Direito, pois ora, esse é decorrente daquela.

### **3. O PROCESSO DE ALIENAÇÃO PARENTAL**

As pessoas naturalmente se relacionam com intuito de constituírem uma família, criando assim uma união estável, um casamento ou mesmo um namoro até que, por razões diversas, o relacionamento chega ao fim, deixando o amor de existir entre o respectivo casal.

Ainda que se sonhe com a duração dos laços afetivos, entendendo que existe a real necessidade deste respeito mútuo, por existir um vínculo vitalício qual seja um filho em questão que precisa de amor e atenção de ambos. Mais o que ocorre na maioria das vezes e que aquele que for surpreendido com o término, por vezes, sente-se traído e com um enorme desejo de vingança.

Nestes moldes, se a separação foi, por um dos cônjuges, sentido ou entendido como uma afronta ou uma falta de respeito, de modo que não se tenha elaborado de forma adequada o luto conjugal, os ânimos ficam alterados e são inevitáveis os litígios.

Aquele que detém a guarda vê-se desesperado frente ao fim do relacionamento e inicia um movimento com o escopo de destruir o outro genitor, valendo-se dos filhos para tanto. Usa os menores afim de fazer e ver aquele indivíduo padecer, posto que a criança também sofra, e nem saiba que está sendo usada para tanto, sendo assim ingênua para tal fim.

Aliás, talvez se não existisse a ingenuidade e a imaturidade das crianças, não haveria espaço para esse tipo de comportamento (BRITO, 1999).

Assim, em suma, pode-se compreender a Alienação Parental como a campanha de desmoralização feita por um genitor em relação ao outro, geralmente a mulher (uma vez que esta normalmente detém a guarda do filho) ou por alguém que possua a guarda da criança. É utilizada uma verdadeira técnica de tortura psicológica no menor, para que esse passe a odiar e desprezar o pai (ou não detentor da guarda) e, dessa maneira, afastar-se do mesmo.

Como consequência deste processo, surge a SAP (Síndrome da Alienação Parental), que se caracteriza como um distúrbio infantil que se inicia, principalmente, em contextos de disputa pela posse e pela guarda dos filhos, resultante da programação da criança, por parte de um dos genitores, para que odeie o outro, somada à colaboração da própria criança, o que é assinalada como fundamental para que a síndrome seja configurada.

Maria Berenice Dias (2010) assevera que a finalidade das práticas alienadoras é uma só: afastar o filho de quem ama. Ocorre a contradição de sentimentos e, por vezes, a destruição do vínculo afetivo. A criança passa a aceitar como verdadeiro tudo o que lhe é dito, de modo a identificar-se com o genitor alienador, tornando-se órfã do genitor alienado, que passa a ser considerado um intruso.

Em que se pese serem muito similares e estarem interligados, a alienação parental e a SAP não se confundem, tendo em vista que a primeira constitui-se na implantação de falsas ideias e memórias na pessoa do filho, por um dos pais, com o escopo de afastá-lo do outro genitor, bem como do convívio social para este, como forma de puni-lo, de se vingar ou mesmo com o intuito falso de proteger, supostamente, o filho menor como se o mal causado ao genitor (término da relação conjugal) fosse se repetir ao filho.

## **.1 Efeitos da alienação PARENTAL**

Durante este processo, o alienador faz de tudo para silenciar as expressões do menor em relação ao outro genitor, podendo chegar a cometer algo mais grave, como acusar falsamente o outro de ter cometido maus tratos ou até mesmo abuso sexual incestuoso contra o filho de ambos, pois o afastamento e o desesperado ato de eliminar o outro genitor da vida da criança podem não ser o bastante para satisfazer os desejos doentios do guardião.

*Imperioso ressaltar a implantação de falsas memórias na criança, que advêm de condutas doentias do genitor alienador e inicia-se como uma verdadeira “lavagem cerebral”, com o escopo de denigrir a imagem do genitor alienado, usando a narrativa do infante e acrescentando de forma capciosa fatos não exatamente como estes se sucederam, de modo que a criança vai, aos poucos, se convencendo da versão que lhe foi implantada.*

*O genitor alienador quase sempre é superprotetor e acha que pode controlar a tudo e a todos, de maneira que não entende que seus filhos, como seres humanos, têm personalidade e desejos. O alienador é acometido por um ímpeto irracional de ter o amor dos filhos com exclusividade e, movido por um sentimento de raiva, passa a manipular a criança para que esta se afaste do genitor alienado.*

### **3.2 A Lei 12.318/10**

*No Brasil, o tema da alienação parental vem sendo pesquisado por diversos profissionais, como psicólogos, psiquiatras, psicanalistas, assistentes sociais e pessoas ligadas ao Direito, os ditos operadores, por associações de pais separados, como a APASE (Associação de Pais e Mães Separados), sendo objeto de estudos, produções bibliográficas e debates em variados meios profissionais e acadêmicos.*

*Diante disso, tal assunto resultou nas propostas do Projeto de Lei 4.053/2008, que tramitou no Congresso Nacional desde o ano de 2008, sendo convertido na Lei 12.318/10.*

*De acordo com Maria Helena Ferreira (2010), a proposta da Lei deu-se pela idealização de um pai, o juiz do trabalho Elizio Luiz Perez, em razão de sua experiência pessoal, que observou a necessidade de intervenção do*

*Estado nos casos de alienação parental, por faltar aos profissionais do Direito meios que permitissem a identificação de casos dessa natureza.*

*Conforme ensina o supramencionado juiz do trabalho, a lei, inicialmente, pretendeu definir juridicamente a alienação parental não somente para afastar a ideia de que tal, em abstrato, não existe, mas para induzir à análise aprofundada em hipóteses desta natureza e possibilitar maior segurança aos profissionais do Direito quando da caracterização de tal fenômeno.*

*Assim, depreende-se que a alienação parental dar-se-á pela “atuação inquestionável de um sujeito, denominado alienador, na prática de atos que envolvam uma forma depreciativa de se lidar com um dos genitores” (VIERA 2011).*

*Nesse diapasão, o legislador teve o cuidado de não restringir a alienação parental apenas aos genitores, mas a qualquer pessoa que tenha a criança sob sua guarda, autoridade ou vigilância. Nesse sentido, entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:*

*APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DE GUARDA. GUARDA INICIALMENTE CONCEDIDA À AVÓ MATERNA. ALIENAÇÃO PARENTAL. PERDA DA GUARDA DE OUTRA NETA EM RAZÃO DE MAUS-TRATOS. GENITOR QUE DETÉM PLENAS CONDIÇÕES DE DESEMPENHÁ-LA. Inexistindo nos autos qualquer evidência de que o genitor não esteja habilitado a exercer satisfatoriamente a guarda de seu filho, e tendo a prova técnica evidenciado que o infante estaria sendo vítima de alienação parental por parte da avó-guardiã, que, inclusive, perdeu a guarda de outra neta em razão de maus-tratos, imperiosa a alteração da guarda do menino. PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70043037902, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em 29/09/2011). (Grifamos).*

Desta forma, quando houver indícios da prática da alienação parental caberá a instauração de procedimento, com tramitação prioritária, de maneira que a perícia psicológica ou biopsicossocial deverá ser apresentada em noventa dias.

No que diz de Maria Berenice Dias (2018),

De forma para lá de desarrazoada foram vetados dois procedimentos dos mais salutares: a utilização da mediação e a penalização de quem apresenta relato falso que possa restringir a convivência do filho com o genitor. Assim a lei que vem com absoluto vanguardismo deixa de incorporar prática que tem demonstrado ser a mais adequada para solver conflitos familiares. Tal, no entanto, não compromete o seu mérito, eis que estava mais do que na hora de a lei arrancar a venda deste verdadeiro crime de utilizar filhos como arma de vingança!

Por derradeiro, imperioso ressaltar que o maior objetivo da lei é proteger o interesse do menor que se vê privado, de alguma maneira, do convívio com o genitor alienado.

*Visto o que de fato é a Alienação Parental e seus efeitos, que mecanismo poderia ser utilizado como forma de evitá-la ou de minimizar as consequências de seus efeitos?*

O próximo capítulo irá explanar a respeito do instituto da mediação, e iremos ver que o mesmo não busca somente resolver a lide, busca também que as partes envolvidas no conflito possam conviver socialmente, resolvendo o conflito de forma pacífica. Sendo assim veremos que este Instituto se mostra uma ótima opção de se tentar evitar ou minimizar os efeitos da Alienação Parental.

#### **4. INSTITUTO DA MEDIAÇÃO**

A mediação é um procedimento aplicado para resolução de controvérsias, se enquadra como um dos métodos alternativos do

judiciário. Trata-se de um terceiro imparcial (mediador) que assiste e conduz duas ou mais partes negociantes a identificarem os pontos de conflito e, posteriormente, desenvolverem de forma mútua propostas que ponham fim ao conflito. A mediação faz-se mais relevante ainda no tocante ao direito das famílias, de forma que o conflito não seja sanado pelo judiciário, de forma que se imponham uma determinada sanção para alguma das partes, e sim por meio de um acordo entre as partes e ratificada pelo mediador. Trata-se de um instituto que busca a solução pacífica de um conflito, de forma que seja mais célebre e eficaz, de forma a propiciar sempre uma melhor convivência social entre os litigantes.

A mediação é a forma mais adequada atualmente para prover o litígio entre as famílias, visto que essas chegam a um acordo, e que, portanto todos saem ganhando, diferentemente do ocorrido em um processo judicial, onde certamente a possibilidade de acordo é quase ínfima, tendo, pois, um distanciamento da possibilidade de alcance da convivência social, pois uma das partes deve ceder (perder) e a outra vai ganhar (vencer). Partindo desse pressuposto, (Dias 2009, p.83) leciona que “a sentença raramente produz o efeitos apaziguador desejado pela justiça.”

Maria Berenice Dias ressalta ainda que principalmente naqueles processos que se envolvem vínculos afetivos, em que as partes estão repletas de temores, queixas e mágoas, os sentimentos de amor e ódio se confundem. Portanto, em uma relação de grande relevância como que é o Direito das Famílias, os litigantes necessitam não tão somente de uma imposição do juízo para uma das partes, mas sim de um acordo, de forma que se preserve a convivência social entre elas. Ainda lembra que:

“A resposta judicial jamais responde aos anseios de quem busca muito mais resgatar prejuízos emocionais pelo sofrimento de sonhos acabados do que reparações patrimoniais ou compensações de ordem econômica”. (DIAS 2009, p.83).

Independente do término do processo judicial, subsiste o sentimento de impotência dos litigantes. Isto porque uma mera decisão judicial não resolve os problemas mais importantes, quais sejam a questão social, a

relação de convivência, os quais devem ser tratados antes de qualquer outra questão, de forma a promover a própria relação social entre os litigantes.

Lecionando a respeito do instituto da mediação, DIAS (2009, p.84) inteligentemente ressaltar que:

*Por ser técnica alternativa para levar as partes a encontrar solução consensual, é na seara da família que a mediação desempenha seu papel mais importante: torna possível a identificação das necessidades específicas de cada integrante da família, distinguindo funções, papéis e atribuições de cada um.*

Dentre as características da mediação, destacam-se a privacidade, a economia financeira e de tempo e a reaproximação entre as partes. A privacidade, conforme o ensinamento de Moraes (1999) é o desenvolvimento do referido instituto em ambiente secreto, e que somente será divulgado se esta for a vontade das partes.

A reaproximação entre as partes é o objetivo primordial na mediação familiar, conforme aluz Moraes (1999, p.149-150): "O instituto da mediação, ao contrário da jurisdição tradicional, busca aproximar as partes". Trabalhando de forma que se resolva as pendências através do debate e do consenso, com o objetivo final de restauração das relações entre os envolvidos.

A responsabilidade em findar a lide de maneira pacífica não é só do mediador e das partes em questão, mas também de todos operadores do direito. De tal modo que estes busquem sempre primeiramente uma tentativa conciliatória ao invés de levar a demanda diretamente ao judiciário.

O Instituto da mediação aplicado ao direito de família faz-se relevante, posto na medida em que este se correlaciona não somente com bens e garantia patrimonial, e sim com o convívio familiar e com o lado emocional, dessa forma, a mediação buscará, além de acordar a lide, e



melhorar a convivência social, com o fito de (re) aproximar as partes. Nesse sentido Serpa (1999, p.18) leciona que:

A realidade dos conflitos familiares contém um indistinto emanharado de conflitos legais e emocionais, e quando não são resolvidos pelos protagonistas, transformam-se em disputas intermináveis nas mãos de terceiros, deixando sérias marcas na sociedade.

Importante salientar os dizeres de Maria Berenice Dias (2009), quando diz que na mediação não é o mediador que decide o problema em questão, e sim as partes, pois a finalidade da mediação é permitir que os interessados resgatem a responsabilidade por suas próprias escolhas.

Completando a indagação de Serpa, Morais (1999) defende a ideia de que a provocação dos tribunais deve ter um caráter subsidiário. Dessa forma, ao resolver um conflito familiar, deve ser levado primeiramente à tentativa de conciliação, para que resolva o conflito de maneira pacífica e melhor maneira para as partes, e que, somente se não houver pacificação na decisão do direito, deve ser levado ao controle jurisdicional.

Dessa forma, de nada serviria uma decisão judicial para prover um lado de conflito, pois o Direito de Família é mais do que isso, e deve ser tratado com extreme zelo e inteligência, de forma a se utilizar de um mecanismo para sanar o conflito em harmonia, ou seja, transformar o conflito em mera perturbação, para que posteriormente, com a convivência social possa ser sanado, e que atualmente, o único meio de sanar essa lide sem interferir no direito familiar do outro é a mediação.

Com isso percebe-se a necessidade de correlacionar os assuntos visto que a mediação é um Instituto que fora criado e utilizado bastante no direito de família, nesta seara Vilela (2007, p.23), a Mediação Familiar *é um procedimento estruturado de gestão de conflitos pelo qual a intervenção confidencial e imparcial de um profissional qualificado, o mediador, visa restabelecer a comunicação e o diálogo entre as partes. Seu papel é o de levá-las a elaborar, por elas próprias, acordos duráveis que levem em*

*conta as necessidades de cada um e em particular das crianças em um espírito de co-responsabilidade parental.*

Dentro dos princípios da mediação, mesmo diante da gravidade da síndrome da alienação parental, o mediador auxiliará na reflexão, na busca de alternativas, no diálogo, e essa oportunidade de reflexão permitirá que as partes se conscientizem da responsabilidade por seus atos e decisões que pode evitar a instalação da SAP, reconhecendo seus filhos como sujeitos de direito.

É importante mencionar que a síndrome da alienação parental pode ficar evidenciada de diversas formas, inclusive de maneira não consciente, pois haverá casos em que um dos genitores comete atos alienantes de modo involuntário, sem mensurar os prejuízos que determinada conduta de sua parte pode causar aos filhos menores. Em qualquer caso, o mediador atento aos sinais da síndrome da alienação parental, e dentro do seu papel imparcial e facilitador, atuará para ouvir, compreender o conflito e levar as partes a entender as razões um do outro, com o intuito precípua de proporcionar a reflexão sobre a situação dos filhos levando as partes a uma comunicação consciente.

O que se pretende dizer é que a mediação será ferramenta eficaz no combate à Síndrome de Alienação Parental, pois, a construção do diálogo auxiliará os genitores envolvidos na compreensão do papel e da responsabilidade de cada um em relação aos menores envolvidos no contexto guarda x convívio, de forma a minimizar danos e permitir a mudança de paradigmas.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ao longo deste artigo pode-se observar a importância de se aprofundar na história do Direito de Família para que pudesse existir uma uniformidade das regras no âmbito de um Estado, e como as famílias passam por mutações com o passar do tempo tendo que haver uma adaptação no Direito para que não haja disparidade nas resoluções finais e é justamente com isto que observamos que seria necessário algum instrumento que facilitasse na resolução dos conflitos sem ter que por as partes envolvidas em um processo, ter que demandar até a conclusão do

mesmo, sem que sofressem maiores complicações e, no caso do Direito de Família, piorasse a relação dos familiares demandantes. Assim, encontra-se aqui a criação de um Instituto de mediação, no intuito de facilitar a comunicação entre as partes, mantendo-se na inércia o terceiro envolvido (mediador), porém fazendo com que os litigantes vejam como seria de forma mais rápida e menos desgastante caso os mesmos entrem em um acordo.

Foi feito apanhado do que se trata a Alienação Parental e consequentemente a SAP (Síndrome da Alienação Parental), que tomou atenção no âmbito jurídico nos últimos tempos por estar afetando e muito os vínculos familiares e a formação das crianças envolvidas no caso. O presente trabalho buscou mostrar que o Instituto da Mediação pode ser usado como uma "ponte" para a tentativa de solucionar casos em que se comprovem Alienação Parental, afim de mostrar ao alienador em questão o quão prejudicial pode ser sua conduta à vida da criança envolvida, podendo causar danos irreversíveis ao seu futuro.

Ainda que a mediação não se proponha a exterminar a ocorrência da Síndrome de Alienação Parental, ela poderá ajudar a evitá-la, e, certamente a minimizar seus efeitos através da reflexão, diálogo e na criação de uma consciência de responsabilidade por decisões e comportamentos dos genitores para com seus filhos.

## **6. REFERÊNCIAS**

BRITO. Barbara Heliadora de Avellar Eralta. Alienação parental: um abuso que não pode ser tolerado. Revista Síntese Direito de Família – São Paulo: IOB, v.1, n.1, 1999. Publicação periódica/Bimestral, v.12, n. 64, fev./mar. 2011.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Livro IV: do direito de família. In: PELUSO, Cezar. CÓDIGO CIVIL COMENTADO: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002: contém Código Civil de 1916. 4. ed. rev. e atual. Barueri, SP: Manole, 2010, p. 1616.

Código Civil de 1916, art. 240. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11471496/artigo-240-da-lei-n-3071-de-01-de-janeiro-de-1916>. Acesso em 30 de maio de 2018.

Dias, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias – 6 ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.**

DIAS, Maria Berenice. MANUAL DE DIREITO DAS FAMÍLIAS. 5, ed. São Paulo: RT, 2009.

DIAS, Maria Berenice. Alienação parental: um crime sem punição. In: Dias, Maria Berenice (coord.). Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. Uma nova lei para um velho problema. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2\\_505\)alienacao\\_p\\_arental\\_uma\\_nova\\_lei\\_para\\_um\\_velho\\_problema.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_505)alienacao_p_arental_uma_nova_lei_para_um_velho_problema.pdf). Acesso em: 18 maio. 2018.

FERREIRA, Maria Helena Mariante. Memórias falsas ou apuração inadequada? In: Dias, Maria Berenice (coord.). Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Fundação Escola Superior do Ministério Público, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

GAIOTTO FILHO, Washington Luiz. Evolução Histórica Envolvendo o Direito de Família. Disponível em: [https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=10108](https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=10108), JurisWay, 2013. Acesso em: 19 maio de 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 8ª Edição. São Paulo. Ed. Saraiva, 2011.

GUAZZELLI, Mônica. A falsa denúncia de abuso sexual. In: Dias, Maria Berenice (coord.). Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LAKATOS; Marconi, 2010, p. 32.

KÉPES, Rada Maria Metzger. A síndrome da alienação parental: um estudo exploratório. 2005. 72 f. Monografia (Especialização em Direito da Criança e do Adolescente).

MELLO, Luiz Gonzaga de. ANTROPOLOGIA CULTURAL: Iniciação, teoria e temas. 17ª Edição. Ed. Pétropolis, Vozes. 2009. Apud NOBRE, Rodrigo Igor Rocha de Souza. Conceito e Evolução do Direito de Família. 2014.

MORAES, Magali Aparecida Vieira de A Evolução do Conceito de Família no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 2014, P. 3. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28568/a-evolucao-do-conceito-de-familia-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

MORAIS, José Luis de. MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM: Alternativas á jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

NOBRE, Rodrigo Igor Rocha de Souza. Conceito e evolução do Direito de Família. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/29977/conceito-e-evolucao-do-direito-de-familia>. Acesso em: 18 maio de 2018.

PEREZ, Elizio Luiz. Breves comentários acerca da lei da alienação parental. In: Dias, Maria Berenice (coord.). Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Câmara Cível, 8. APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO DE GUARDA. GUARDA INICIALMENTE CONCEDIDA À AVÓ MATERNA. ALIENAÇÃO PARENTAL. PERDA DA GUARDA DE OUTRA NETA EM RAZÃO DE MAUSTRATOS. GENITOR QUE DETÉM PLENAS CONDIÇÕES DE DESEMPENHÁ-LA. APELAÇÃO PROVIDA. Apelação Cível Nº 70043037902. Relator: Ricardo Moreira Lins Pastl, Julgado em

29/09/2011).Disponível em: < <http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 18 maio. 2018.

**SANTOS, De O. Grande Patrícia.** Mediadora do **Instituto de Mediação Luiz Flávio Gomes.** Disponível em:<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI260463,11049-A+mediacao+no+contexto+familiar+no+combate+a+sindrome+da+alienacao>. Acesso em: 07 de junho 2018.

SERPA, Maria de Nazareth. **MEDIAÇÃO DE FAMÍLIA.** Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, Célio Egídio. História e Desenvolvimento do Conceito de Família. Apud LOCKS, Jéssica Cristina dos Anjos. Op. Cit. P. 3. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/8393/1/Celio%20PDF.pdf>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

SOUSA, Analicia Martins de. Síndrome da alienação parental: um novo tema nos juízos de família. São Paulo: Cortez, 2010.

VIERIA, Fábio Figueiredo; ALEXANDRIDIS, Giorgios. **Alienação Parental: aspectos materiais e processuais da Lei n/ 12.318, de 26-08-2011.** São Paulo: Saraiva, 2011.

VILELA, S.R. Guarda Compartilhada: Psicologia e Direito em prol do bem-estar infantil. In: SILVA, D.M.P. (coord.) **Psique Ciência & Vida – edição especial Psicologia Jurídica.** São Paulo: Escala, ano i, n.5., 2007.

NOTAS:

[1] Professora Andréia Ayres Gabardo da Rosa, Psicóloga - CRP 23/00346. E-mail: [prof.andreiaayres@fasec.edu.br](mailto:prof.andreiaayres@fasec.edu.br)

## **REMIÇÃO DA PENA PELO ESTUDO E TRABALHO NA UNIDADE PRISIONAL FEMININA DE PALMAS**

**CARLOS GONZAGA RODRIGUES:**

Bacharelado do curso de Direito/ Fiscal de Defesa Agropecuária (ADAPEC-TO).

**ANTÔNIA MARIA DA SILVA<sup>[1]</sup>**

(Orientadora)

**RESUMO:** No âmbito do sistema penal brasileiro, a remição da pena pode ser feita pelo estudo e trabalho. Desta forma a reeducanda que estiver no regime fechado ou semiaberto poderá diminuir parte de sua pena pelo estudo e trabalho. Isso é um fator de mudança tanto para a reeducanda quanto para a sociedade, diminuindo o preconceito e inserindo a reeducanda no mercado de trabalho, produzindo assim mão de obra qualificada. A pesquisa desenvolvida compreende o período de 2015, 2016 e 2017, tendo por objeto a análise dos projetos de remição da pena pelo estudo e trabalho da Gerência de Reintegração Social, Trabalho e Renda do Preso e Egresso. Mostra também a importância do Conselho da Comunidade dentro da Unidade Prisional Feminina de Palmas/TO, bem como se atuam dentro das normas legais. O presente artigo visa estudar o processo da remição da pena pelo estudo e trabalho na Unidade Prisional Feminina de Palmas/TO à luz da Lei de Execução Penal (LEP nº 7.210/84).

**Palavras chaves:** remição, estudo, trabalho.

**ABSTRACT:** In the scope of the Brazilian penal system, the remission of sentence can be done by study and work. In this way the reeducanda that is in the closed or semi open regime, can reduce part of its penalty by the study and work. This is a change factor for both reeducation and society, reducing prejudice and inserting reeducation in the labor market, thus producing skilled labor. The research developed covers the period of 2015, 2016 and 2017, with the purpose of analyzing the projects for remission of the penalty for the study and work of the Management of Social Reintegration, Work and Income of the Inmate and Egresso. It also shows the importance of the Council of the Community within the Feminine Prison

Unit of Palmas / TO, as well as acting within the legal norms. This article aims to study the process of remission of the sentence for the study and work in the Feminine Prison Unit of Palmas / TO in light of the Criminal Execution Law (LEP nº 7.210 / 84).

**Keywords:** remission, study, work.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 CONTEXTUALIZAÇÃO DA REMIÇÃO DA PENA NO BRASIL. 3 REMIÇÃO DA PENA PELO ESTUDO E TRABALHO NA UNIDADE PRISIONAL FEMININA DE PALMAS. 3.1 CONSELHO DA COMUNIDADE DENTRO DA EXECUÇÃO PENAL. 3.2 QUEM PODERÁ REMIR PENA PELO ESTUDO. 3.3 DECLARAÇÃO E PERDA DOS DIAS REMIDOS CONFORME LEGISLAÇÃO VIGENTE. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 5 REFERÊNCIAS.

---

## 1 INTRODUÇÃO

Parte da mitigação dos problemas estruturais do sistema prisional perpassa pela adoção de políticas que sejam aptas à ressocialização dos apenados. A norma de execução penal brasileiro atende a dois fins principais: (a) a ressocialização por meio do estudo; e (b) a redução do tempo de cárcere do apenado por meio de seu esforço pessoal.

O sistema prisional brasileiro, na atualidade, sofre uma total desestruturação: superlotação, falta de estrutura básica, ausência de controle do Estado, problemas que denotam o caos a que chegou o aparelho prisional brasileiro.

Da mesma forma ocorre no Presídio feminino de Palmas-TO, objeto de estudo deste artigo, no qual este trabalho buscará focar.

No intuito de resolver esse problema, foi editada a Lei nº 12.433, de 29 de junho de 2011, que alterou os artigos 126 e 129 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), passando a permitir a remição da pena pelo estudo.



O processo da remição da pena está consagrado no Princípio Constitucional no artigo 5º, inciso XLVI, que trata da individualização da pena. Neste processo de individualização deve-se levar em conta o estudo e promover capacidade de trabalho das presas. Assim, o que antes era aplicado ao caso concreto com analogia *in bonam parte*, atualmente tornou texto de lei.

Após a criação de normas que assegura os direitos dos presos de remir parte de suas reprimendas através do estudo e trabalho, devem-se levar em considerações aspectos inerentes à própria capacidade de cada reeducanda no processo de ressocialização, bem como oportunizar o estudo para diminuir a pena. Diante da importância do tema, este artigo aborda a contextualização da remição da pena pelo estudo e trabalho, fazendo um apanhado sobre o sistema de remição da pena pela leitura e trabalho na Unidade Prisional Feminina de Palmas, bem como demonstra como acontece à perda dos dias remidos. Por último descreve o papel do Conselho da Comunidade quantos aos projetos desenvolvidos dentro das Unidades Prisionais do Estado, dentre eles a Unidade Prisional Feminina de Palmas.

## 2 CONTEXTUALIZAÇÃO da REMIÇÃO da pena no Brasil

A remição da pena tem origem no Direito Penal Militar espanhol, editado sob a égide do fascismo, mais precisamente no Decreto n. 281, de 28/05/1937. Inicialmente era aplicada aos presos de guerra e aos condenados por crimes especiais (PADUANI, 2002, p. 11).

De acordo Célio César Paduani:

Em 1944 foi incorporada ao Direito Penal daquele país (art. 100). Encontram-se precedentes históricos da remição no Código Penal espanhol de 1822, na Ordenação dos Presídios de 1834 e, mais recentemente, em 1928, no diploma criminal espanhol. São encontradas também na legislação da Bulgária (CP, art. 23, §2º.), Noruega, Canadá e dos

Estados Unidos (Estado da Califórnia) (PADUANI, 2012).

A remição da pena foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei de Execução Penal. (Lei 7.210/84) que assim dispõe:

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena. §1º A contagem do tempo para o fim deste artigo será feita à razão de 1 (um) dia de pena por 3 (três) de trabalho. §2º O preso impossibilitado de prosseguir no trabalho, por acidente, continuará a beneficiar-se com a remição. §3º A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvido o Ministério Público.

A expressão remir vem do Latim redimere, que significa tirar do cativo, compensar, reparar, ressarcir, recuperar-se de uma falha, reabilitar-se (PADUANI, 2002, p.15).

A remição é considerada uma inovação inserida na legislação penal pela Lei de Execução Penal nº. 7.210/84, com a finalidade mais expressiva de abreviar, pelo trabalho, parte do tempo da condenação, manual de Direito Penal, (MIRABETE, 2016, 251 p).

Segundo interpretação que o autor abstrai da nova redação do art. 126 da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal), o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá diminuir parte de sua pena pelo trabalho.

Segundo Célio César Paduani:

Pelo exercício do trabalho, o ser humano se auto realiza e, ao mesmo tempo, é levado a contribuir, com seu labor, ao bem comum, de tudo isso tendo ao mesmo consciência. Aliás, o trabalho, em sua essência, tem nítida função social. É por isso que, participando das atividades do trabalho, o condenado se auto

aperfeiçoa e se prontifica para servir a sociedade de que se viu alijado. A Psicologia Forense já concluiu com inteiro acerto que o trabalho penal transforma o condenado de objeto passivo, que recebe a atividade laborativa, em sujeito ativo, que participa criativamente do trabalho. Já se disse que o trabalho é a educação para o trabalho; por isso que a remição constitui, de veras, instrumento de reinserção social. (PADUANI, 2012, p. 31).

O instituto da remição é um resgate pelo qual o condenado através do trabalho, pode remir a pena, a cada três dias de trabalho tem direito a um dia remido de sua pena. Objetiva-se com a remição, reduzir, através do trabalho a pena privativa de liberdade, além de ser um fator importante à recuperação do condenado, pois é sabido que o trabalho, a ocupação é a melhor terapia existente (PADUANI, 2012). Paulo Lúcio Nogueira sustenta, com razão, que:

A atual política penitenciária deu maior ênfase ao trabalho do condenado, em qualquer regime que lhe for aplicado, procurando, inclusive, através das penas alternativas de prestação de serviços à comunidade, conscientizar até mesmo o condenado por pequenas infrações a participar do trabalho em favor da comunidade (NOGUEIRA, 2012, p. 21).

A Constituição Federal elenca o trabalho como fundamento do Estado Democrático de Direito e como uma garantia constitucional de todo o cidadão. Assim, deve se estender essa garantia a população carcerária. Já que segundo a Lei de Execução Penal Lei nº 7.210 de 1984, no artigo 3º preleciona que: Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Na sabedoria das leis penais, o ordenamento jurídico então vigente, tanto o Código Penal e a Lei de Execução Penal, elenca como direito do apenado a prestação de trabalho dentro dos presídios, e a possibilidade de se utilizar desse instituto para remir sua pena.

Isso porque a educação como um direito social fundamental invocado no Artigo 6º da CRFB/1988 e, devido a sua importância, corroborado em um capítulo autônomo da mesma, no artigo 205, afirma 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, CF/88).

Deste modo, não resta dúvida quanto à importância do acesso à educação no texto constitucional, que determina aos agentes estatais o dever de buscar a universalização do ensino, garantindo a cidadania a todos, indistintamente, de maneira que se estende esse direito também aos presidiários.

Segundo Júlio Fabbrini Mirabete: (2005 p. 72)

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 só elemento do tratamento penitenciário como meio para a reinserção social.

Em razão disso, o Estado tem como dever fornecer de forma integral e gratuita o apoio às condições de acesso à educação do apenado, utilizando-se das políticas públicas e, baseando-se nos princípios da legalidade e igualdade, tendo como principal intuito, a ressocialização desse indivíduo, contribuindo para a melhoria da sociedade como um todo.

Com base na importância da educação para a recuperação dos apenados e redução da reincidência, a Lei de Execução Penal possibilitou a concessão da remição de pena por horas de estudo.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) estabelece expressamente que a educação é um direito fundamental, sendo, portanto, inviolável e de aplicabilidade imediata (ALEXANDRINO, 2014). O estudo é um dos únicos caminhos capazes de

mudar o indivíduo. É com base nisso que a Lei n. 12.433/2011 passou a permitir a remição de pena pelo estudo.

O instituto da remição, antes do advento da Lei n. 12.433/2011, previa apenas a concessão do benefício pelo trabalho, que permitia ao condenado que estivesse trabalhando para o Estado enquanto cumpria a pena nos regimes fechado e semiaberto, a possibilidade de descontar parte do tempo da pena. Ao incentivar o trabalho, mediante a possibilidade de remir a pena, o legislador reconheceu a importância da atividade laboral como um dos mais eficazes meios de reintegração social do condenado.

E seguindo a mesma lógica, uma grande parcela de juízes e Tribunais considerou o “estudo” como um modo de remição da pena. Contudo, os opositores que rejeitavam o implemento desta prática, alegavam o carecimento de suporte legal, que se baseavam somente na súmula 341 do STJ, que dispõe: “a frequência a curso de ensino formal é causa de remição de parte do tempo de execução de pena sob o regime fechado ou semiaberto” (CAPEZ, 2012 p. 884).

Esse impasse teve fim com a elaboração da Lei n. 12.433/2011, que entrou em vigor no dia 29 de junho de 2011, e trouxe significativas mudanças no que diz respeito à remição de penas no Brasil. Pois ao modificar os artigos 126, 127, 128 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84), permitiram o estudo como forma de abatimento da pena. A nova disposição no tocante ao estudo, ao contrário do estabelecido para a remição pelo trabalho é extremamente disciplinado, que determina que o estudo possibilite descontar 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar, divididas, no mínimo, em 3 (três) dias. A divisão pretende evitar que o apenado cumpra às 12 horas em um único dia, mantendo a perspectiva básica de que a remição atende a razão de 3 (três) por 1 (um), seja pelo trabalho, seja pelo estudo (CAPEZ, 2015).

Com a redação do § 3º do Art. 126, autorizou a cumulação da remição pelo trabalho e pelo estudo, determinando que as horas diárias de trabalho e de estudo sejam definidas de forma a se compatibilizarem. Dessa forma, havendo compatibilidade dos horários, nada impede que o preso possa remir sua pena na proporção de 3 (três) por 2 (dois). Ou seja, a cada

três dias de trabalho e estudo, poderão remir dois dias, um pelas 12 horas de estudo completadas ao longo de três dias e outro pelos três dias de trabalho.

Seguindo a análise do instituto da remição após a mudança da lei em questão, o § 4.º do artigo 126 permite expressamente que o preso impossibilitado continue a se beneficiar com a remição, pois se prevê que haverá alguns momentos em que o preso não estará apto para o cumprimento de suas atividades estudantis e laborativas, não podendo acarretar prejuízo no direito do indivíduo por causa adversa a sua vontade (MIRABETE, 2013).

A lei, no parágrafo seguinte, estimula o apenado a concluir o ensino fundamental, médio ou superior, ao criar uma espécie de bonificação que será concedido após a conclusão desses níveis durante o cumprimento da pena, desde que certificado pelo órgão competente do sistema de educação.

A leitura em si tem função de propiciar a cultura e possui caráter ressocializador, até mesmo por contribuir na restauração da autoestima. Além disso, a leitura diminui consideravelmente a ociosidade dos presos e reduz a reincidência criminal. Sendo um dos objetivos da Lei de Execução Penal, ao instituir a remição, incentivar o bom comportamento do sentenciado e sua readaptação ao convívio social, impõe-se a interpretação extensiva do mencionado dispositivo, o que revela, inclusive, a crença do Poder Judiciário na leitura como método factível para o alcance da harmônica reintegração à vida em sociedade.

A Remição pela Leitura consiste na interpretação e construção de resenhas críticas visando tanto o fomento ao hábito de ler, quanto o benefício da remição de dias da pena de pessoas privadas de liberdade.

Através dos livros, nos espaços prisionais pode-se proporcionar o resgate da autoestima, trocando momentos ociosos por leitura/estudo. Pretende-se ampliar a capacidade leitora, oportunizando ao que lê a mudança de opinião, construção de pensamentos que vislumbrem melhor convivência na sociedade, bem como formar leitores melhor preparados

para concluir a escolarização básica, e ingressar no ensino superior e inserção no mercado de trabalho.

A atividade de leitura pode ser considerada para fins de remição de parte do tempo de execução da pena. O art. 126 da LEP (redação dada pela Lei 12.433/2011) estabelece que o "condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena". De fato, a norma não prevê expressamente a leitura como forma de remição. No entanto, antes mesmo da alteração do art. 126 da LEP, que incluiu o estudo como forma de remir a pena, o STJ, em diversos julgados, já previa a possibilidade remir pelo hábito da leitura.

Além do mais, em 20/6/2012, a Justiça Federal e o Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (Depen) já haviam assinado a Portaria Conjunta 276, a qual disciplina o Projeto da Remição pela Leitura no Sistema Penitenciário Federal. E, em 26/11/2013, o CNJ - considerando diversas disposições normativas, inclusive os arts. 126 a 129 da LEP, com a redação dada pela Lei 12.433/2011, a Súmula 341 do STJ e a referida portaria conjunta - editou a Recomendação 44, tratando das atividades educacionais complementares para fins de remição da pena pelo estudo e estabelecendo critérios para a admissão pela leitura.

### **3 REMIÇÃO DA PENA PELO ESTUDO E TRABALHO NA UNIDADE PRISIONAL FEMININA DE PALMAS**

A Unidade Prisional Feminina de Palmas juntamente com o Conselho da Comunidade e a Diretoria de Políticas e Projetos de Educação para o Sistema Prisional desenvolve leitura e Cultura nas Prisões do Tocantins, com objetivo de remir parte da pena da reeducanda. No Tocantins as ações de promoção de remição pela leitura ocorrem através das decisões do Conselho da Comunidade na Execução Penal presente em algumas comarcas do Estado dentre elas em Palmas.

O objetivo deste projeto é incentivar o hábito da leitura, promover a remição da pena e desenvolver práticas correlatas como contação de histórias, teatro, sarau, concursos de produção de textos.

O projeto de remição da pena é desenvolvido entre a Secretaria de Cidadania e Justiça (Seciju) e a Secretaria da Educação, Juventude e Esportes (Seduc) na sede da Escola Estadual Nova Geração, dentro do Núcleo de Custódia e Casa de Prisão Provisória. Um dos objetivos do projeto é mostrar que através da leitura as reeducandas podem ampliar o universo de aprendizagem, e o crescimento intelectual. Segundo dados do setor de Políticas e Projetos de Educação para o Sistema Prisional da Seciju, o projeto agregará de forma ampla o dia-a-dia das reeducandas que se encontram privada de sua liberdade. Além da leitura dos livros e revistas, tem também uma diversidade de outras atividades, a exemplo da pintura em tela, do esporte e do lazer que serão desenvolvidas no ambiente prisional.

A remição por estudo na Unidade Prisional Feminina de Palmas acontece da seguinte forma: a cada 12 horas de estudo, dividida em três dias, a detenta remi um dia de pena. Em dezembro de 2015 a Unidade Prisional de Palmas tinha 55 internas, já em dezembro de 2016 tinha 68 e em dezembro de 2017 estava com 55.

Para obter a remição, as reeducandas da Unidade Prisional Feminina de Palmas trabalham na confecção de tapetes, peças íntimas, cultivam hortas dentro da unidade prisional, estes produtos produzidos por elas são utilizados no próprio preparo da alimentação das reeducandas.

Como a legislação prever a possibilidade de remição pelo trabalho, a empresa responsável pelo fornecimento da alimentação é terceirizada e tem reeducanda que é contratada para trabalhar na empresa com objetivo de remir a pena pelo trabalho.

Através de parceria, a unidade prisional ministra curso de confecção de artesanato para as reeducandas, segundo dados prestados pela Secretaria de Cidadania e Justiça cerca de 40 detentas já passaram por esse curso. No entanto, um dos objetivos da implantação deste curso é qualificar as internas de forma que elas possam superar a dificuldades de serem inserida no mercado de trabalho após o término do cumprimento de sua pena.



São ministradas até três oficinas por semana, de acordo com a demanda da unidade. As oficinas incluem confecção de bonecos de pano, tiaras, fuxicos, flores de tecido, peças em feltro, chaveiros, além de peças personalizadas para datas comemorativas e lembrancinhas. Além disso, as reeducandas recebem encomendas de para eventos. No curso são ministrados passo a passo de como é feito a confecção das peças, moldes e também noções básicas dos gastos e do lucro obtido com as atividades desenvolvidas pela reeducandas.

Abstém dizer que, não existe só um projeto de curso desenvolvido na unidade, ainda são ofertados as reeducandas o ofício de fazer crochê. Entretanto, as reeducandas podem sair acompanhadas de uma assistente social para fazer exposição no fórum de Palmas e também na feira do bosque. Para comercializar os produtos são feitos rodízios visando assim facilitar que todas as reeducandas possam compartilhar suas experiências, pois isso é um dos objetivos que o projeto almeja, ou seja, que todas saem do sistema carcerário com máximo de conhecimento adquirido e possa ser reinserida no mercado de trabalho e também na sociedade de forma digna.

Convenhamos dizer que, a remição é o benefício que a condenada faz jus, desde que, em regra, esteja cumprindo a pena em regime fechado ou semiaberto, reduzindo-se sua pena em razão do trabalho ou do estudo.

Em 2017 na Unidade Prisional Feminina de Palmas, a Gerência de Reintegração Social, Trabalho e Renda do preso e Egresso da Secretaria de Cidadania e Justiça, em parceria com a Igreja Universal, ministraram curso de capacitação visando qualificar as reeducandas e ao término do curso todas elas recebem de certificado.

### 3.1 CONSELHO DA COMUNIDADE DENTRO DA EXECUÇÃO PENAL

O artigo 61, inciso VII da Lei nº 7.210 de Execução Penal, incluiu o Conselho da Comunidade como órgão auxiliar da Execução Penal. Na Unidade Prisional Feminina de Palmas, o Conselho da Comunidade atua com projeto de remição da pena leitura visando assim ressocializar as presas. Compreende frisar que o Conselho da Comunidade não é um

instituto novo no ordenamento jurídico brasileiro, pois sua existência data se 1984 quando foi criada a Lei de Execução Penal nº 7.210 de 1984.

O Conselho da Comunidade é uma entidade que nasce da sociedade com objetivo de colaborar com o Estado na tomada de decisões judiciais, no sentido de transformar aqueles presos para o retorno à sociedade.

Essa entidade é considerada um suporte de extrema necessidade para o retorno da reeducanda ao convívio social. No entanto, a colaboração da iniciativa privada é primordial na reinserção da reeducanda no mercado de trabalho. Pois o trabalho do encarcerado é condição social e também dignidade do ser humano; desta forma, terá por finalidade educativa e produtiva conforme leciona a redação do artigo 28 da Lei de Execução Penal. § 1º Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene.

§ 2º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

No ordenamento jurídico, a única maneira da sociedade não conviver com a reincidência dos presos é acolhê-la, conforme traz o entendimento do Conselho da Comunidade, ou seja, a sociedade participando do processo da Execução Penal.

Na sabedoria do artigo 61, inciso VII da Lei de Execução Penal, o Conselho da Comunidade é um órgão indispensável pela prestação jurisdicional na execução penal, no entanto este órgão tem a missão de transformar as reeducandas em pessoas virtuosas e devolve-las à sociedade um do objetivo consagrado no Conselho da Comunidade é eliminar os desrespeitos aos direitos fundamentais consagrados na Carta Magna.

Em Palmas o Conselho da Comunidade foi criado através da Portaria nº 05, de 17 de dezembro de 2008, visando disseminar o papel do Conselho da Comunidade na sociedade e nas instituições de ensino superior. Foi publicada uma cartilha com personagens explicando a finalidade e mostrando a real necessidade da participação da sociedade. Convém dizer que, o Conselho da Comunidade de Palmas está em pleno funcionamento, com projeto de remição da pena pela leitura, ação que para ter validade

jurídica deve ser aprovada pelo magistrado da Vara de Execução Penal. Cada reeducanda deve ler um livro por mês, com entrega de um trabalho escrito e após aprovação do trabalho escrito será remido quatro dias da pena. Segundo dados da Secretaria de Cidadania e Justiça várias reeducandas já se beneficiaram da progressão de regime após fazer parte do projeto.

A participação da sociedade tem grande relevância após a saída das reeducandas do cárcere privado, porque ainda existem auto índice de rejeição da sociedade ao convívio social, desta forma impossibilita até mesmo ser inserida no mercado de trabalho.

### 3.2 QUEM PODERÁ REMIR PENA PELO ESTUDO

No ditame do artigo 126, caput tem direito à remição pelo estudo as presas que se encontrarem no regime fechado ou semiaberto. Na redação do parágrafo 6º do artigo 126, a reeducanda condenada que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e as que usufruem liberdade condicional (entenda-se: livramento condicional) poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, à razão de um dia de pena a cada 12 horas de frequência escolar — atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional — dividida, no mínimo, em três dias.

Com fundamento nos termos do novo artigo 126, parágrafo 7º, da LEP, é possível que ocorra a remição pelo estudo para aquelas detentas que se encontra em prisão cautelar (preso em razão de prisão preventiva), ficando a possibilidade de abatimento condicionada, é claro, à eventual condenação futura.

Como se vê, caiu por terra a Súmula 341 do STJ, que teve importante efeito em termos de orientação antes da Lei 12.433/2011.

### 3.3. DECLARAÇÃO E PERDA DOS DIAS REMIDOS CONFORME LEGISLAÇÃO VIGENTE

Para implantação do processo da remição pelo estudo nas unidades prisionais do Estado Tocantins, os magistrados levam em conta a Recomendação N° 44, de 26 de novembro de 2013, do Conselho Nacional de Justiça que recomenda aos Tribunais que, para fins de remição pelo estudo (Lei n° 12.433/2011), sejam valoradas e consideradas as atividades de caráter complementar, assim entendidas aquelas que ampliam as possibilidades de educação nas prisões, tais como as de natureza cultural, esportiva, de capacitação profissional, de saúde, entre outras, conquanto integradas ao projeto político-pedagógico (PPP) da unidade ou do sistema prisional local e sejam oferecidas por instituição devidamente autorizada ou conveniada com o poder público para esse fim.

Diante de todo o exposto, a Vara de Execução Penal da Comarca de Palmas resolve regulamentar, por meio desta Portaria n° 12/2015, mais precisamente no artigo 1º, inciso V e alíneas subsequentes, da Recomendação n° 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça, visando assim implementar ações sobre atividades educacionais da remição da pena pela leitura no âmbito dos estabelecimentos penais das Comarca dos Estados.

A Remição da Pena pela Leitura visar à finalidade de oportunizar a reeducanda alfabetizada dos regimes fechados e semiabertos o acesso ao conhecimento, à educação, à cultura e ao desenvolvimento de sua capacidade crítica, por meio da leitura e da produção de resumos, fichamentos, relatórios e resenhas de obras de caráter literário, científico, filosóficos, didáticos, dentre outras produções intelectuais.

Cabe ressaltar que, todas as reeducandas alfabetizadas da Unidade Prisional Feminina de Palmas, inclusive aquelas que se enquadra nas hipóteses de prisão cautelar, poderão participar das ações do Projeto de Remição da Pena Pela Leitura de obras literárias.

O projeto de Remição da Pena pela Leitura é de responsabilidade do Conselho da Comunidade de Palmas, que para tal poderá se valer de convênios com instituições de ensinos ou entidades correlatas, e todos estes trabalhos desenvolvidos serão supervisionados pelo Juízo da Vara de Execuções Penais.

Segundo informação prestada da Vara de Execuções Penais e também do Conselho da Comunidade, a Remição pelo Estudo na Unidade Prisional Feminina de Palmas se dá de forma paritária com a remição concedida pelo estudo e trabalho, cumulativa quando envolver paralela das duas atividades, se compatíveis entre elas. No entanto, a participação da reeducanda nos projetos de Remição da Pena pela Leitura não é obrigatório e para participar a presa deve fazer uma solicitação junto ao Conselho da Comunidade. Desta forma a interessada assinará um documento sobre as regras de como funciona o projeto.

Aquelas que tiverem interesse em participar da Remição pela Leitura, antes de fazer adesão oficial ao projeto, deve fazer uma redação aplicada pelo Conselho da Comunidade e, desta forma serão admitidas aquelas que obtiverem um grau suficiente nessa atividade.

Após a reeducanda ser considerada apta, deve fazer a leitura de um livro por mês, com a elaboração de relatórios de leitura ou outro trabalho escrito, o que permitirá a redução de parte da reprimenda. Destarte que, para fim de remição da pena, a reeducandas que fizer parte do Projeto de Remição pela Leitura não deve ler o mesmo livro no período de 12 (doze) meses e, depois de decorrido esse período poderá trabalhar a mesma obra desde que o trabalho apresentado não seja o mesmo já realizado anteriormente. Cabe ressaltar que só permitido a entrega de um trabalho por mês.

Ao elaborar seus trabalhos de leitura, as reeducandas devem seguir orientação de modelos fixados pelo órgão executor do projeto. Cada reeducandas devem elaborar seus trabalhos de forma individual, de forma presencial, em local adequado, providenciado pela Direção do Estabelecimento Penal. Para que ocorra o método de avaliação dos trabalhos escrito, é levada em conta a pontuação de 0,0 (zero) a 10,0 (dez). Desta forma é considerado aprovado o trabalho escrito que obter nota igual ou superior a 6,0 (seis).

Todas as reeducandas dispõem de um cronograma mensal fixados na Unidade Prisional Feminina de Palmas com as datas das atividades relacionadas à leitura e à elaboração de relatórios de leitura e resenhas. O

acervo bibliográfico será disponibilizado pelo Conselho da Comunidade e também livros são arrecadados com participação da sociedade.

Visando melhor atualização do acervo literários do Conselho da Comunidade, existe uma equipe multidisciplinar com objetivos de organizar as obras literárias que compõem as atividades a serem desenvolvidas na Remição da Pena Pela Leitura, orientar as reeducandas como fazer relatórios de leitura e resenhas, orientação quanto à escrita e reescritas de textos para melhor desenvolvimento dos trabalhos escritos. Essa equipe criada pelo Conselho da Comunidade desenvolve trabalho no sentido promover campanha junto à população com objetivo de disseminar a Remição pela Leitura e arrecadação de obras literárias para formação do acervo utilizado pelas reeducandas da Unidade Prisional Feminina de Palmas. Fazer cotação de livros quando houver disponibilidade financeira para aquisição.

Depois que a reeducanda entregar o trabalho escrito, o responsável pelo projeto da remição pela leitura fará a correção do trabalho e logo em seguida remeterá o documento ao Conselho da Comunidade, que após os procedimentos legais, farão a distribuição dos trabalhos para as Comissões de Remição pela Leitura. Essas Comissões de Remição pela Leitura são compostas de três e cada uma delas consta membros designado pelo Presidente do Conselho da Comunidade.

Nesta comissão consta um relator, que é aquele responsável por analisar precipuamente o trabalho desenvolvido, sendo de sua competência apresentar o relatório (resumo sobre o que ocorreu no trabalho das reeducandas). É de competência também da Comissão de Remição pela Leitura, ratificar a nota atribuída ao trabalho escrito ou fazer modificações, desde que faça com a devida fundamentação legais conforme preconiza a legislação vigente sobre a remição pela leitura. Concluso o trabalho da Comissão de Remição pela Leitura quanto ao procedimento de atribuir as notas aos respectivos trabalhos escritos, este será remetido ao Presidente do Conselho da Comunidade que se incumbirá de aferir a nota de todos os trabalhos produzidos pelas reeducandas.

Para que os trabalhos das reeducandas sejam bem analisados, as três Comissões de Remição pela Leitura são composta de um membro efetiva conforme preconiza a Portaria nº 012/2015 designada pelo magistrado da Vara da Execução Penal e dois membros voluntários do Conselho da Comunidade. Quanto o processo de seleção dos profissionais para atuarem na área da Remição pela Leitura, serão preferencialmente escolhidos formados em letras, pedagogia, serviço social, psicologia, comunicação social, direito e também contemplando universitários dessas áreas de formação conforme descreve a Portaria nº 12/2015, artigo 19 e parágrafo 1º.

Cabe ressaltar que todos os trabalhos devolvidos por estas três Comissões Remição pela Leitura estão subordinados ao Presidente do Conselho da Comunidade, com função de ser membro nato e, portanto, na ausência de qualquer um membro o presidente poderá assumir ou designar outro membro. Com maior clareza quanto ao processo de Remição pela Leitura na Unidade Prisional Feminina de Palmas, todos os membros das Comissões de Remição são advertidos pelo Presidente do Conselho da Comunidade quanto ao inteiro teor da informação contido na redação do artigo 130 da Lei de Execução Penal. No entanto, assim leciona o dispositivo legal: Art. 130. Constitui o crime do artigo 299 do Código Penal declarar ou atestar falsamente prestação de serviço para fim de instruir pedido de remição.

Após o término de todos os procedimentos a ser realizado pela Comissão de Remição pela Leitura, será expedida do Conselho da Comunidade uma declaração e esta por sua vez servirá documento hábil para as reeducandas integrante do projeto, saber e aferi os dias remidos no mês, bem como oficializará o Juízo da Vara de Execuções Penais, a direção da Unidade Prisional Feminina de Palmas para efeito de registro do tempo de remição pela participação das reeducandas nas atividades desenvolvidas pelo Projeto da Remição da Pena pela Leitura.

Cabe ressaltar que toda a equipe da Execução Penal tem o dever de zelar pelo bom andamento do desenvolvimento das ações de Remição pela Leitura. A Vara de Execuções Penais poderá firmar convênios, termos de

cooperação ajuste com órgãos da administração pública voltada para as ações de Remição pela Leitura.

Cumprindo o seu dever social e de transparência quanto ao papel do Conselho da Comunidade de Palmas, é certo que, após a apresentação de todos os trabalhos elaborados pelas reeducandas e atribuídos as notas, os mesmos serão arquivados para posterior averiguação de qualquer divergência que venha a surgir.

As reeducandas autorizadas a estudar fora do estabelecimento penal, sob pena de revogação do benefício, deverá comprovar mensalmente à autoridade administrativa do estabelecimento penal em que se encontrar, por meio de declaração da respectiva unidade de ensino, a frequência e o aproveitamento escolar.

A autoridade administrativa deverá encaminhar mensalmente ao juízo da execução cópia do registro de todos os condenados que estejam trabalhando ou estudando, com informação dos dias de trabalho ou das horas de frequência escolar ou de atividades de ensino de cada um deles (artigo 129).

A remição deverá ser declarada pelo juiz da execução, com anuência do Ministério Público e a defesa (parágrafo 8º do artigo 126). Serão entregues para todas as reeducandas a relação dos dias remidos (parágrafo 2º do artigo 129).

Abstém dizer que, a perda dos dias remidos está regulada conforme preleciona o inteiro teor do artigo 127 da LEP com a seguinte redação: “O condenado que for punido por falta grave perderá o direito a tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar”.

Nos termos do artigo 50 da Lei de Execução Penal, esta relacionada às faltas graves no cumprimento de pena privativa de liberdade. No mesmo entendimento, a Doutrina e jurisprudência debatiam sobre a possibilidade, ou não, de perda integral dos dias remidos, em razão do cometimento de falta grave.



Nesta mesma linha de pensamento o Supremo Tribunal Federal já decidiu reiteradas vezes que o sentenciado não tem direito adquirido ao tempo remido, pois o artigo 127 da Lei 7.210/84 o subordina a condição do não cometimento de falta grave, sob pena de perda daquele período, e terminou por editar a Súmula Vinculante n. 9, que tem a seguinte redação: O disposto no artigo 127 da Lei nº 7.210/84 foi recebido pela ordem constitucional vigente e não se lhe aplica o limite temporal previsto no caput do artigo 58.

Na redação do artigo 127 da LEP, em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até um terço do tempo remido, observado o disposto no artigo 57 da LEP, segundo o qual, na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.

Agora a lei não faz referência expressa à necessidade de punição por falta grave, o que pode sugerir suficiente, na interpretação de alguns, o simples cometimento, e fala, na situação tratada, que o juiz poderá revogar tempo remido, indicando mera faculdade conferida ao juiz.

Com efeito, mesmo nos termos do regramento novo, observadas as balizas do artigo 127 da LEP não bastam o simples cometimento de falta grave. Somente a falta devidamente apurada e reconhecida judicialmente justifica a declaração de perda de dias remidos, conforme decorre do princípio da presunção de inocência.

Apurada a falta, poderá ou não o juiz determinar a perda de dias remidos. Esta consequência deixou de ser automática e agora é uma faculdade conferida ao magistrado, guiada pelas norteadoras do artigo 57 da LEP.

No entanto, reconhecida judicialmente a prática de falta grave, e feita à opção sancionatória, poderá o juiz quantificar a revogação em até um terço dos dias remidos, cumprindo seja balizada sua decisão em critérios de necessidade, utilidade, razoabilidade e proporcionalidade, com

adequada fundamentação (artigo 93, IX, CF) no tocante a sua escolha entre os limites mínimos um dia e máximo de um terço.

Como se percebe, deixou de ter aplicação prática a Súmula Vinculante n. 9, exceto para afirmar a constitucionalidade da perda de dias remidos, em razão do cometimento de falta grave. Acabou a discussão quanto à recepção do artigo 127 pela ordem constitucional vigente, como também está resolvida a questão relacionada ao limite de perda dos dias remidos.

Sempre foi relevante saber a fórmula a ser empregada para o desconto dos dias remidos, pois sobre tal questão existiam duas posições, e da adoção de uma ou outra resultava manifesto benefício ou prejuízo ao sentenciado.

Segundo informação prestada pelo Conselho da Comunidade na Vara de Execução Penal Comarca de Palmas, no período de 2015, 2016 e 2017 na Unidade Prisional de Palmas teve se a seguinte participação feminina na remição pela leitura conforme Portaria nº 12/2015:

Deve esclarecer que, no ano de 2017, obtiveram-se os dados até o mês de maio devido uma rebelião na Unidade Prisional Feminina de Palmas e conseqüentemente suspensão do processo de remição da pena pela leitura coordenado pelo juiz Luiz Zilmar dos Santos Pires.

Segundo dados prestados pela Secretaria de Cidadania e Justiça, a Unidade Prisional Feminina de Palmas em 2015 contava 55 internas, em 2016 constava 68 e em 2017 tinha 55 internas: A Portaria nº. 012/2015 da 4ª vara de Execuções Penais descreve sobre a remição da pena pela leitura, (RPL) , no âmbito dos estabelecimentos penais da Comarca de Palmas.

### **PARTICIPAÇÃO NA REMIÇÃO PELA LEITURA**

Dessa forma, vê-se que existe uma boa participação da população de detentas no presídio feminino de Palmas que se encontra usufruindo da permissão legal de remir a pena por meio do estudo.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em razão do que foi exposto no presente estudo, mostra-se a possibilidade de remição da pena por meio do estudo e trabalho, sendo a educação um mecanismo de diminuir a pena e um direito fundamental para ressocialização da reeducanda.

Portanto, esta claro que o acesso à educação é um direito garantido a todos, o qual está com assento constitucional na Carta Magna de 1988 e na Lei de Execução Penal nº 7.210 de 1984.

Após análise da Súmula 341 do Superior Tribunal de Justiça, este dispositivo era o único que tinha previsão legal para remição da pena pelo estudo. Com a inovação trazida pela Lei nº 12.433 de 2011 este entendimento passou a ser corpo de lei.

Com o Conselho da Comunidade conclui-se que, são tomas algumas medidas para garantir a reeducanda o direito à educação, possibilitando assim ao termino do cumprimento da pena retornar à sociedade com desenvolvimento melhor e até mesmo uma qualificação profissional.

Portanto, através da pesquisa realizada, percebe-se que o processo de remição da pena torna-se mais efetivo oportunizando às reeducandas, acesso à educação das detentas nas unidades prisionais, dentre elas a Unidade Prisional Feminina de Palmas.

#### 5. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 10/09/2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.433 de 29 de dezembro de 2011.** Altera a Lei no 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a

remição de parte do tempo de execução da pena por estudo ou por trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 10/09/2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Brasília, DF: Senado Federal: 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 17/10/2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 341**. A competência do Tribunal de Justiça para julgar crime penal de competência da justiça comum estadual; nos demais casos, a competência originária caberá ao respectivo tribunal de segundo grau. Disponível em: . Acesso em: 13 outubro. 2017.

[Cidadaniaejustica.to.gov.br](http://Cidadaniaejustica.to.gov.br)- Secretaria de Cidadania e Justiça,

CABRAL, Geraldo Divino. A Participação da Sociedade na Execução Penal: mecanismo de melhoria da prestação jurisdicional no sistema carcerário de Palmas, Estado do Tocantins. REVISTA ESMART, ano 6 nº 8, pág 75-100, julho à Dez 2014.

CONSELHO DA COMUNIDADE. (Tabela e Portaria nº 012/2015) com data 16/04/2018. Institui o processo de remição pela leitura. Palmas TO: Fórum: Conselho da Comunidade, 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRABETE, Fabbrini Julio. **Código de Processo Penal Interpretado**. 8. Ed. São Paulo. Editora atlas S.A. 2001.

MOURA, Evânio. **Remição da pena pelo estudo** – rápida abordagem crítica. Disponível em: <http://www.viajuridica.com.br>. Acesso em 11/11/2017.

NUCCI: Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 2 ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Janira de. **A remição de parte do tempo de execução da pena pela educação formal do condenado.** Revista da Esmesc, Florianópolis, v 16 p. 277-297.

PADUANI, Célio César. **Da remição na Lei de execução Penal.** 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

RAMOS, João Aberto. **Execução Penal – o instituto da remição. Livro de teses:** o Ministério Público Social, Curitiba, CIETEP, ano 1999 nº 1, lomo II, p. 591-598`154, 1999. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal,** Porto Alegre, Síntese, ano, IV, nº 24, p 20 – 26, fev/ mar 2004.

NOTA:

[1] Auditora Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União e Professora de Direito Tributário e Agrário na Faculdade Serra do Carmo e Instituto Federal do Tocantins. Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás. Especialista em Direito Tributário pela Unisul e Direito Notarial e Registral pela Universidade Cândido Mendes. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Tocantins. E-mail: [antonia.m.s@hotmail.com](mailto:antonia.m.s@hotmail.com)

## DA POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO PARA RÉU REINCIDENTE

**LEONARDO DE TAJARIBE R.H. DA SILVA JUNIOR:** Acadêmico do curso de direito da Universidade Cândido Mendes - Campus JPA.

**Resumo:** Dado os princípios constitucionais que abarcam a qualificação do Estado democrático de Direito, o escrito aqui manifesto se destina à provocar uma reanálise da direção adotada pela doutrina, jurisprudência e legislação acerca do trato conferido aos réus reincidentes quando da fixação do regime prisional.

**Palavras chave:** reincidência; regime semiaberto; individualização da pena; pena privativa de liberdade; Estado democrático de direito.

**Abstract:** Given the constitutional principles of the democratic state of law, the text is intended to provoke a reanalysis of the direction adopted by the doctrine, jurisprudence and legislation regarding the treatment of the defendants who were recidivists when the prison system was established.

**Keyword:** recidivism; semi-open regime; individualization of sentence; custodial sentence; Democratic state.

---

### Introdução

O trabalho presente possui por objetivo a análise sobre a possibilidade de se fixar o regime inicial para cumprimento de penas de curta duração para réus reincidentes, entendidas estas, por imperativo legal, como aquelas que não ultrapassem 4 anos. Desta forma, se espera chegar a conclusões adequadas a atual jurisprudência e doutrina, nos moldes das contemporâneas políticas de desencarceramento.

### O fator reincidência e o regime prisional adequado

Como é sabido, a reincidência se entende pela reiteração de condenações criminais por períodos iguais ou inferiores a 5 anos entre a data de cumprimento e extinção da pena, conforme redação do art.64, I, do

Código Penal. Portanto, como circunstância agravante colocada no topo do rol do artigo 61, presente na segunda fase da dosimetria da pena, agravando o crime cometido pelo reincidente, com consequências nefastas para a fixação da pena, agravando a pena privativa de liberdade como circunstância preponderante no concurso de agravantes, vedando a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos nos crimes dolosos, bem como a substituição por pena de multa, afastando a possibilidade do *sursis*, além de embaraçar a obtenção de benefícios como o livramento condicional, ao aumentar o prazo para obtenção, vedando, também, os privilégios da lei 9.099/95.

Mister se faz ressaltar, outrossim, a fixação do regime semiaberto quando presente a reincidência como agravante, conforme se depreende do art.33, §2, c, de evasiva redação, a que coube ao Superior Tribunal de Justiça esclarecer, por intermédio da súmula 269, *in verbis*:

*“É admissível a adoção do regime prisional semi-aberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais.”*

Desta feita, apesar do dispositivo do art.33 do CP não vedar a possibilidade de fixação do regime aberto no fator reincidência, coube ao Superior Tribunal de Justiça pontuar o entendimento do regime prisional intermediário para penas de curta duração, quando favoráveis as circunstâncias judiciais.

Apesar de não nos caber a tarefa de contestar o notável brilhantismo com que se apregoa a corte superior, não compactuamos com este entendimento, visto que, a iniciativa de se agravar a pena, entre outros feitos preteritamente explanados, desestrutura a pessoa condenada, dificultando sua reinserção social, engessando o progresso e o afastamento da delinquência, ao considerar seu histórico condenatório para futuras penalidades pois, ainda que superado o lapso de 5 anos de cumprimento, ainda haverá de se considerar os maus antecedentes do apenado. Assim, tão logo se faz necessário analisar a constitucionalidade das agravações trazidas pelo fator reincidência.

Nos melhores e aclarados ensinamentos de Álvaro Mayrink da Costa:

*“Não se pode olvidar a coculpabilidade da sociedade na reincidência diante do processo deletério e dissocializador, desestruturando a pessoa encarcerada e impossibilitando a sua reinserção social. Há uma corrente que entende ser de constitucionalidade duvidosa a agravação da pena obrigatória pela reincidência, diante do ne bis in idem, com patamar no princípio da legalidade, pois não poderia uma pessoa ser punida por mais de uma vez pelo mesmo injusto. Zugaldía Espinar sustenta que o fato que originou a primeira condenação não pode obrigatoriamente servir de fundamento ao agravamento pela realização de outro injusto penal, cuja pena foi ou está sendo cumprida, a não ser que se admita o direito penal do autor, contradição lógica com o Estado democrático de Direito. A forma de tratamento tradicional perpetuando os residuais no cárcere pela pesada carga punitiva redundou em total fracasso pelo retorno à vida marginal e criminosa (inoculização)”[1]*

Em acurada pesquisa jurisprudencial pudemos verificar voto em apelação julgada pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso que entendeu pela fixação de regime aberto para réu reincidente, quando favoráveis as circunstâncias judiciais, segue ementa:

REGIME PRISIONAL – Fixação – Réu reincidente condenado à pena de curta duração – Modalidade aberta – Possibilidade: – É possível a fixação do regime aberto a réu condenado à pena de curta duração, a despeito de sua reincidência, pois esta já operou efeitos, impedindo a substituição por restritiva de direito ou multa, e, ainda, a aplicação do sursis, mostrando-se demasiado tomá-la, igualmente, para impedir a fixação da modalidade aberta, sendo certo que, penas curtas – salvo impossibilidade absoluta, ditada por situação especial do réu – devem ser cumpridas fora do regime carcerário de nenhuma eficácia para a prevenção especial de outros delitos. *Apelação nº 1.259.689/9 - Assis - 4ª Câmara - Relator: Figueiredo Gonçalves - 24/4/2001 - V.U. (Voto nº 6.237)*



Em respeito à imponência dos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade, a corte entendeu pela fixação do regime menos gravoso, dadas as circunstâncias.

O caso em comento se refere a condenado por crime de estelionato, em que não houve efetivo prejuízo para a vítima, qual seja, a administração pública, se aproveitando de seu cargo, sem circunstância atenuantes e elevado grau de culpabilidade, eis que visava fácil lucratividade, além de reincidência, escoando numa condenação a 11 meses e 10 dias de reclusão.

Ante o exposto, entendemos pela inadequação do ponto de vista social e constitucional a obrigatoriedade de fixação do regime semiaberto quando presente a reincidência nos casos de apenados a penas privativas de liberdade iguais ou inferiores a 4 anos, eis que, a pretexto de se visar a ressocialização do condenado, a postura adotada inibe os efeitos pedagógicos da pena, pois coloca o infrator de baixa potencialidade delitiva em contato prolongado e desnecessário com o sistema carcerário, apesar da natureza apaziguadora do regime semiaberto, a realidade carcerária do país torna utópica a conveniente aplicação do dito regime.

### **Conclusão**

Em tempo, cabe-nos apontar pelo excesso e necessária readequação das medidas aplicadas quando se verificada a agravante da reincidência, no que se nota a aparente inobservância dos postulados da proporcionalidade e individualização da pena ao se fixar indiscriminadamente o regime semiaberto tão só pelo transito em julgado de sentença condenatória no ínterim de 5 anos entre uma condenação e outra, sem se atentar para elementos como a natureza diversa dos crimes apenados, as circunstâncias sociais em que o agente se encontrava a época do delito. Isto posto, há de se reavaliar as políticas adotadas pelas cortes do país na oportunidade de apenar os delinquentes, no sentido de se alinhar às políticas públicas de desencarceramento e ressocialização, além dos postulados inerentes ao Estado democrático de Direito.

### **Bibliografia:**

[1] COSTA, Álvaro Mayrink da. Curso de Direito Penal, parte geral. 1ª edição. 2015. GZ Editora.

## OS PRINCIPAIS REFLEXOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL NAS AÇÕES DE GUARDA E TUTELA DE MENORES

**BRUNO GÊDA PEIXOTO MELO ALMEIDA:**  
Graduado em Direito. Advogado OAB/ AL.

**RESUMO:** O presente estudo dedica-se a discussão dos principais reflexos da alienação parental nas ações de guarda e tutela de menores. Assim sendo, propõe um cotejo aprofundado com base na lei da alienação parental nº 12.318/2010, resguardando a proteção de diversos princípios e direitos fundamentais, presentes na Constituição Federal. É nesse contexto, que se torna essencial discutir a necessidade de repressão de tal conduta nefasta, necessitando solucionar esse problema da alienação parental no ordenamento jurídico brasileiro, utilizando-se a ferramenta do judiciário, que poderá conceder a inversão da guarda, devendo sempre aplicar o melhor interesse da criança. Num segundo momento, o art. 227 da Constituição Federal tratara a cerca de um dever que o Estado possui, através do judiciário, de proporcionar um desenvolvimento saudável aos menores, visto que esse preceito constitui um dever de toda família. A última abordagem tange a necessidade de acompanhamento dos casos de alienação parental durante o processo judicial e pós-decisão judicial, por equipe multidisciplinar, e os seus impasses, que são frutos da falta de estrutura por parte dos Estados, prejudicando diretamente a situação do menor que sofre a alienação parental.

**PALAVRAS-CHAVE:** Alienação Parental. Ações de guarda. Tutela de menores. Ordenamento jurídico brasileiro. Constituição Federal. Família. Processo judicial. Pós-decisão judicial.

**ABSTRACT:** This study is dedicated to the discussion of the main effects of parental alienation in the actions of waiting and guardianship of minors. It is therefore proposed a thorough collation based on the law of parental alienation No. 12,318 / 2010, safeguarding the protection of different fundamental principles and rights, present in the Federal Constitution. In this context, it becomes essential to discuss the need for prosecution of such nefarious conduct, requiring solve this problem of parental alienation in the Brazilian legal system, using the legal tools that may grant the

reversal of the guard must always apply child's best interest. Secondly, art. 227 of the Federal Constitution treated about a duty that the State has, through the judiciary, to provide a healthy development to minors, since this precept is a duty of every family. The latter approach regarding the need for follow-up of cases of parental alienation during the court proceedings and judicial post-decision by a multidisciplinary team, and its impasses, the fruit of the lack of structure by the states, harming directly the minor's situation s suffering parental alienation.

**KEYWORDS:** Parental Alienation . Guard actions. Under trusteeship. Brazilian legal system. Federal Constitution. Family. Judicial process. Judicial post- decision.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução - 2. Alienação Parental - Conceitos e Aspectos Gerais; 3. Implementação da Alienação Parental; 4. Soluções Apontadas no Ordenamento Jurídico Objetivando a Resolução do Problema da Alienação Parental; 5. A Intervenção do Judiciário nos Casos de Alienação Parental e Reflexos nas Ações de Guarda e Tutela; 6. Acompanhamento dos Casos de Alienação Parental Durante o Processo Judicial e Pós-Decisão Judicial, por Equipe Multidisciplinar; 7. Principais Reflexos da Alienação Parental nas Ações de Guarda e Tutela de Menores. 8. Considerações Finais. 9. Referências.

---

## 1. INTRODUÇÃO

A alienação parental surge em virtude da necessidade primordial da aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, nas relações de convívios com seus genitores que extrapolam seus deveres básicos de convivência, atingindo preceitos fundamentais, como a educação, lealdade e o caráter, causando uma alienação e uma controvérsia entre os genitores com as crianças e os adolescentes, que a depender da casuística podem gerar consequências mais gravosas, como a síndrome da alienação parental.

Assim, a formação psicológica do menor é extremamente abalada por um dos genitores ou quem detenha tal guarda, e de qualquer forma

exerça autoridade sobre a criança ou adolescente, para fazer com que o mesmo passe a nutrir ódio pelo genitor atingido por tais atos de alienação parental, acarretando sérios problemas nos vínculos parentais.

Diante do tema apresentado, se faz necessário trazer à tona o seguinte problema As soluções apontadas no ordenamento jurídico, mais especificamente na lei nº 12.318/2010 no que pertine à modificação, compartilhamento ou inversão da guarda e tutela são suficientes para a resolução dos problemas de alienação parental?

As hipóteses averiguadas consistiram na defesa de que à devida implementação das leis em nosso país, já que se deve dar toda estrutura de acompanhamento psicológico e social para os casos de modificação, compartilhamento ou inversão da guarda e tutela, levando-se em consideração a estrutura deficiente na maioria das comarcas do País, principalmente as interioranas, carentes das equipes multidisciplinares para a devida análise e acompanhamento dos casos de alienação parental. Por conseguinte, ao provar a referida hipótese, observa-se a ausência especificamente de dispositivos legais que prescrevam um acompanhamento “pós judicial”, que possam mensurar o grau de acertabilidade da decisão judicial ao caso concreto, do ponto de vista do acompanhamento psicológico e social do menor, em decorrência de tais alterações da guarda.

Tal problemática apresentada necessita de uma pesquisa acadêmica, objetivando a averiguação quanto à forma de decisão por parte dos tribunais, nos casos de alienação parental que impliquem em alteração da guarda, bem como sua efetividade em relação ao desenvolvimento saudável do menor, sendo dever do Estado, através do Judiciário, proporcionar um desenvolvimento saudável aos menores.

Observamos assim, que no próprio contexto Constitucional, existe a precisão quanto ao dever do Estado, através do Poder Judiciário, de assegurar às crianças e aos adolescentes, uma solução digna para os casos em que os mesmos são submetidos à violência psíquica e de forma cruel, quando estão justamente envolvidos em casos de alienação parental.

No nosso Estado de Alagoas, só tenho conhecimento da existência de uma equipe multidisciplinar (com Assistente Social e Psicóloga) mantida pelo Tribunal de Justiça de Alagoas no Fórum do Barro Duro para o estudo de tais casos de Alienação Parental nas Varas de Família da Capital, sendo que as demais Varas e Comarcas do Estado estão órfãos de tais equipes, sendo que os magistrados têm que recorrer aos poucos profissionais dos municípios e equipes diminutas dos CREAS, CRAS, etc.

A falta de acompanhamento adequado dos casos envolvendo a síndrome de alienação parental desemboca em reflexos comportamentais para as crianças e adolescentes, independente da mudança de guarda ou concessão de tutela para o menor, como foi devidamente abordado no presente texto.

A fim de abordar o assunto, o objetivo geral desse artigo consiste em evidenciar dentro do contexto já exposto, para o desenvolvimento de pesquisa científica sobre o Reflexo da Alienação Parental nas ações de guarda, e o efetivo resultado de tais alterações preconizadas pela lei nº 12.318/2010. A metodologia utilizada no presente estudo foi a pesquisa do tipo teórico, utilizando-se como norte o método dedutivo e, sobretudo o referencial teórico terá como base justamente a pesquisa bibliográfica (livros, periódicos e a legislação), levando em consideração todo um contexto interdisciplinar com a Psicologia. As nossas convicções serão comparadas com as opiniões de doutrinadores a respeito da temática proposta na pesquisa.

Na primeira etapa da exploração bibliográfica, foram selecionadas as obras que fizeram parte da presente pesquisa, havendo um verdadeiro entrelaçamento entre as obras do contexto jurídico com outras no contexto interdisciplinar, principalmente no campo da Psicologia. Insta evidenciar que, para chegar às conclusões expostas, a metodologia também se valeu de um estudo qualitativo englobando um exame acurado acerca da doutrina pertinente.

## **2. ALIENAÇÃO PARENTAL - CONCEITOS E ASPECTOS GERAIS**

A alienação parental consiste na interferência egoísta de um dos genitores ou parentes que detenham a guarda da criança ou adolescente,

na medida em que tal alienador incute falsas memórias na criança ou adolescente em formação, denegrindo a imagem do outro genitor, prejudicando a formação dos vínculos de tal menor com o genitor alienado, causando transtornos psicológicos terríveis e de consequências nefastas, como será estudado a seguir.

A alienação parental tem sua definição na própria lei nº 12.318/2010, que disciplina a matéria, mais precisamente no art. 2º, consistindo na:

Interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este. (BRASIL, 2010)

Assim, crianças e adolescentes que apresentavam comportamento e desenvolvimento normal, passam a ser induzidas por fatos plantados pelo genitor ou parente alienante que detém a guarda, denegrindo e maculando a imagem do genitor alienado, prejudicando sobremaneira a manutenção dos vínculos de tal menor com o genitor que teve a imagem denegrida.

Segundo podemos constatar no dicionário Aurélio (FERREIRA, 2001, p. 32), o significado da palavra alienar significa transferir, sendo que no presente caso, significa transferir ao filho, as frustrações e o ódio que o genitor guardião nutre em relação ao genitor que não detém a guarda do filho.

Assim, num ato de extrema covardia, o genitor ou ainda quem detém a guarda do menor, começa a interferir justamente na formação psicológica de tal menor, plantando as chamadas “falsas memórias”, com o propósito de que tal menor passe a nutrir sentimento de ódio pelo outro genitor, causando praticamente a destruição do vínculo afetivo entre ambos (menor e o genitor que sofre alienação).

Constitui ato de egoísmo extremo, praticado geralmente por um dos genitores do menor para afastá-lo do convívio do outro, resultado de relacionamentos (casamentos, uniões estáveis) desfeitos de forma desequilibrada e desrespeitosa. Assim, um dos cônjuges, para atingir o outro, usa justamente o menor (fruto da relação), para perpetrar tais sentimentos de rancor, causando sérios prejuízos para o desenvolvimento psicológico do menor, que se encontra inclusive na condição de vulnerabilidade, vez que ainda não tem sua formação completa. Por consequência, o menor é induzido a afastar-se de quem ama (TRINTADE, 2010, p. 178).

Vale destacar que tal tipo de alienação não se encontra restrito aos genitores do menor, podendo ocorrer entre parentes do mesmo como a avó materna que denigre a reputação ao pai biológico, e assim por diante, prejudicando a saúde e o bem estar da criança ou do adolescente em formação.

A intervenção judicial é assim de extrema importância para a resolução de tais problemas de alienação parental, com reflexos inclusive na guarda e tutela de tais menores, vítimas de um verdadeiro massacre psicológico.

Tal intervenção está ancorada inclusive na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, com base no melhor interesse do menor.

Nesse sentido, vejamos:

Art. 3º, I: Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o melhor interesse da criança. (ONU, 1989)

Assim, como observamos na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, o interesse desta é que deve se sobrepôr, e se alguém perturba sua formação psíquica, com atos egoístas de alienação parental, deve ocorrer a intervenção prioritária do Estado, através do Poder Judiciário, para



a resolução do problema, seja através do afastamento do genitor que aliena, seja através do fornecimento de toda uma estrutura de uma equipe multidisciplinar (com psicólogos e assistentes sociais), para o devido acompanhamento para o menor e até os genitores envolvidos no processo.

A lei nº 12.318/2010 prescreve uma série de medidas que podem ser aplicadas aos casos de alienação parental, como a advertência, aplicação de multa ao alienador, passando inclusive pelos casos de alteração de guarda, compartilhamento e também inversão da mesma, sem falar nos casos extremos de suspensão e de perda da autoridade parental.

A questão é justamente verificar se tais medidas, mais especificamente quanto a alteração/modificação da guarda e da tutela, nas ações judiciais interpostas são suficientes para a resolução da alienação parental, ainda considerado um país de dimensões continentais como o Brasil, onde o próprio judiciário carece de uma estrutura adequada para a prestação jurisdicional, inclusive em tais casos envolvendo alienação parental, diante da carência de equipes multidisciplinares (com Assistentes Sociais e Psicólogos), sendo de suma importância o acompanhamento pós decisão judicial para a devida resolução dos casos de alienação parental.

O estudo sobre a possibilidade do acompanhamento contínuo do caso pós-decisão judicial também é de suma importância para fins acadêmicos, tendo em vista que na fase ou estágio mais grave da Síndrome de Alienação Parental provocada no menor, a criança ou adolescente sofre verdadeiras perturbações mentais e crises de alucinação, tanto que não mais necessita da figura do genitor alienador para induzi-lo ao ódio e ao medo pelo genitor alvo, vez que a mente do menor já está totalmente corrompida por sentimentos negativos, tanto que em tal fase, é perfeitamente inviável o deferimento do direito de visitação pelo genitor alvo.

Tal alienação é uma forma de abuso ao menor segundo Velly (2010), já que o guardião se utiliza de estratégias para programar a consciência dos filhos no sentido de que passe a odiar o outro genitor sem qualquer justificativa.

Diante dos aspectos acima mencionados, existe a necessidade do presente estudo acadêmico, para que ocorra justamente o levantamento e consequente verificação de todo o contexto que implica na alteração da guarda/tutela do menor, no campo jurídico as decisões, com reflexo importante no campo psicológico para todos os envolvidos no contexto: genitor alvo e menor alienado, além do próprio genitor alienante, para que no futuro, este possa, quem sabe, nutrir uma relação saudável com aqueles.

O desenvolvimento da pesquisa é de suma importância para a verificação de tais circunstâncias que norteiam a alienação parental e seus reflexos no contexto de guarda e de direito de visitação dos menores envolvidos.

Nesse mesmo diapasão, como bem esclarece Rodrigo da Cunha Pereira (2015, p. 72), na obra *Dicionário de Direito de Família e Sucessões Ilustrado*:

A alienação parental é o outro lado da moeda do abandono afetivo, que é a irresponsabilidade do abandono de quem tem o dever de cuidado com a criança/adolescente. Na alienação parental, a convivência se vê obstaculizada por ação/omissão/negligência do alienador, com implantação de falsas memórias, repudiando e afastando do convívio familiar o outro genitor não detentor de guarda.

Assim, a frustração proporcionada pelo abandono afetivo em relação ao genitor alienador pelo genitor alienado, faz com que o primeiro passe a agir por ação, omissão ou negligência, em relação à obstacular qualquer tipo de contato da criança com o genitor alienado. Para tal intento, utiliza o genitor alienador, da implantação de "falsas memórias" que são incutidas na criança, sendo que esta se encontra em condição de vulnerabilidade.

Para Maria Berenice Dias (2011, p. 440-441) na obra *Manual de Direito de Famílias*, a alienação parental constitui um descumprimento de dever inerente à autoridade parental, já que ocorrendo a separação dos

pais, o filho não pode se sentir objeto de vingança em decorrência dos ressentimentos aflorados em decorrência de tal separação.

O médico psiquiatra norte-americano Brockhausen (2012, p. 15) definiu alienação parental como a rejeição injustificada da criança em relação a um de seus genitores pós-separação dos mesmos, sendo a rejeição decorrente da programação sistêmica de um dos genitores em afastar o menor do convívio do outro genitor. Tal comprovação se daria pelo fato do menor se dar bem com o genitor alienado antes da separação dos genitores do menor.

Na linguagem cotidiana, a alienação parental é caracterizada quando o detentor da guarda trina a criança ou adolescente, para que promova o rompimento dos laços afetivos com o outro cônjuge não detentor da guarda, trazendo ou proporcionando sérios transtornos de ordem psicológica para o menor, em condição de vulnerabilidade, que constitui a chamada Síndrome de Alienação Parental, com consequências nefastas e que vão marcar, muitas vezes, o menor para o resto da vida do mesmo.

Estudos já demonstraram que na fase ou estágio mais grave da Síndrome de Alienação Parental provocada no menor, a criança ou adolescente sofre verdadeiras perturbações mentais e crises de alucinação, tanto que não mais necessita da figura do genitor alienador para induzi-lo ao ódio e ao medo pelo genitor alvo, vez que a mente do menor já está totalmente corrompida por sentimentos negativos, tanto que em tal fase, é perfeitamente inviável o deferimento do direito de visitação pelo genitor alvo.

### **3. IMPLEMENTAÇÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL**

O nosso ordenamento jurídico, com o objetivo de ajudar na repressão de tal conduta tão nefasta, que é justamente a alienação parental, disciplina de forma não exauriente, situações que firmam ou configuram condutas de alienação parental.

A lei nº 12.318/2010, de forma exemplificativa, menciona condutas tipificadoras de alienação parental, senão vejamos:

Art. 2º [...]

Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício da autoridade parental;

III - dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V - omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII - mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (BRASIL, 2010)

Assim, a alienação parental pode se refletir de diversas formas, desde o impedimento do outro genitor em manter contato com o menor, passando por atos de omissão do genitor alienante quanto a informações relevantes sobre a vida escolar do menor, passando para casos em que o genitor ou guardião alienante imputa acusações ou denúncias falsas ao

outro genitor ou familiares do mesmo, com o objetivo sórdido de dificultar a convivência do menor com o genitor alienado, podendo ainda existir a mudança de residência para local distante, o que também dificulta o acesso do genitor alienado em relação ao menor, sendo tais hipóteses apenas exemplificativas.

A alienação parental apresenta variações quanto ao seu estágio de implementação. Na forma mais branda, o alienador promove na criança, campanhas desmoralizadoras discretas e não frequentes em relação ao outro genitor. No estágio médio da alienação, a criança já sabe o que o genitor alienador quer escutar e começa a colaborar com as campanhas que denigrem o genitor alienado.

Mister se faz evidenciar que no estágio mais grave da alienação, a criança entra em pânico já com a ideia de contato com o genitor alienado, evitando qualquer tipo de contato com o genitor alienado, sendo as consequências da alienação devastadoras e irreversíveis, consoante retratado por Rodrigo da Cunha Pereira (2013, p. 116), na obra *Divórcio, teoria e prática*.

Tal intervenção do genitor alienador, quando inicia a campanha que objetiva denegrir a imagem do outro genitor, se configura, portanto, em posição extremamente controladora e simbiótica com a criança alienada.

Por consequência, a criança fica praticamente refém do genitor alienador, já que este se torna o universo da criança, representando a única pessoa em que a criança confia, interferindo assim na independência da mesma.

Sobre tal contexto, escreve com maestria Maria Antonieta Pisano Motta (2007, p. 40), quando relata que:

A simbiose é clara quando ao exame de determinadas situações encontradas crianças incapazes de autonomia no fazer e no pensar, reportando-se para tudo e a todos os momentos ao genitor alienador que funciona como “ego auxiliar”

sem o qual essas crianças parecem incapazes de sobreviver.

A implementação da alienação parental ocorre muitas das vezes pela genitora do menor, revestida pelos sentimentos de abandono e rejeição, sendo que na chamada busca a qualquer preço pela vingança, acaba perpetrando alienação parental, objetivando afastar o menor de seu genitor, não importando se o dano maior venha de fato incidir sobre o filho.

Os operadores do direito devem está ainda mais atentos a tal tipo de alienação implementada pela genitora do menor, já que na condição de mãe, existe a presunção de protetora da criança, zelosa e capaz de fazer todo o tipo de sacrifício em relação à criança, e que corresponde à realidade, só que tal fato protetor é justamente para perpetrar alienação parental.

Nesse sentido, Denize Maria Perissini da Silva (2011, p. 56) bem retrata tal circunstância, afirmando que:

O que dificulta a punibilidade da maioria das mães durante suas manobras de Alienação Parental é que, para compor sua "personagem" de "mãe protetora", "zelosa", que "se sacrifica" pelo filho para compensar o pai "omisso" e "ausente", elas, são, de fato, boas mães, são carinhosas e afetivas, cuidam dos filhos, preocupam-se com seu bem-estar, estão atentas às suas necessidades etc. O problema é que têm todos esses comportamentos para encobrir as manobras para afastar o outro pai do convívio dos filhos.

Assim, como forma de mascarar as condutas de alienação parental, muitas genitoras passam a ideia de boas mães, dedicadas e dispostas a qualquer tipo de sacrifício em favor dos filhos, e realmente apresentam comportamento em tal sentido.

Ocorre que, mesmo agindo de tal forma, ainda têm um objetivo maior, que é justamente a promoção de atos de alienação parental, tentando induzir a criança a pensar que só a mesma é capaz de dedicar todo o zelo e cuidado em relação ao menor, construindo a imagem de que o outro genitor (pai) sempre negligência no cuidado da criança (implantação de falsa memória).

#### **4. SOLUÇÕES APONTADAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO OBJETIVANDO A RESOLUÇÃO DO PROBLEMA DA ALIENAÇÃO PARENTAL**

A lei nº 12.318/2010 prescreve uma série de medidas que podem ser aplicadas aos casos de alienação parental, como a advertência, aplicação de multa ao alienador, passando inclusive pelos casos de alteração de guarda, compartilhamento e também inversão da mesma, sem falar nos casos extremos de suspensão e de perda da autoridade parental. Vejamos o que prescreve o art. 6º da lei nº 12.318/2010:

Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - estipular multa ao alienador;

IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - **determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;**

VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII - declarar a suspensão da autoridade parental. (BRASIL, 2010, grifos nossos)

O rol apresentado pelo art. 6º da lei nº 12.318/210 é apenas exemplificativo, não exauriente, indo dos casos simples de advertência aplicada ao genitor alienante, passando pela aplicação de multa, ou ainda a determinação de acompanhamento psicológico para o caso, chegando aos casos extremos de alteração de guarda para guarda compartilhada ou sua inversão, além da suspensão da autoridade parental.

Tais medidas, aplicadas isoladamente ou em conjunto, têm o condão de proteger o melhor Interesse da Criança, restabelecendo os atos de dignidade da criança ou adolescente, além de preservar o direito à convivência familiar, com fulcro no art. 227 da Constituição Federal.

Para Lôbo (2009, p. 53) o princípio do melhor interesse da criança significa que:

[...] a criança – incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança – deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade.

No que pertine a preservação do direito à convivência familiar, podemos mencionar ser direito da criança ou do adolescente, a convivência



com seus genitores, mesmo após a ruptura da relação amorosa existente entre tais genitores.

Ainda citando Lôbo (2009, p. 48), lembramos que o doutrinador define o princípio da convivência familiar como:

[...] relação afetiva diuturna e duradoura entretida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. Supõe o espaço físico, a casa, o lar, a moradia, mas não necessariamente, pois as atuais condições de vida e o mundo do trabalho provocam separações dos membros da família no espaço físico, mas sem perda da referência ao ambiente comum, tido como pertença de todos. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças.

A questão é justamente verificar se tais medidas, mais especificamente quanto a alteração/modificação da guarda e da tutela, nas ações judiciais interpostas são suficientes para a resolução da alienação parental, ainda considerado um país de dimensões continentais como o Brasil, onde o próprio judiciário carece de uma estrutura adequada para a prestação jurisdicional, inclusive em tais casos envolvendo alienação parental, diante da carência de equipes multidisciplinares (com Assistentes Sociais e Psicólogos).

Em todo caso, deve ser incentivada a meu ver, a guarda compartilhada, disciplinada na lei nº 13.058/2014, como forma de se evitar futuros casos de alienação parental, já que os genitores participarão de forma mais efetiva, exercendo em conjunto direitos e obrigações relacionados aos filhos, constituindo uma instrução eficaz de prevenção e de combate a tal prática tão repugnante.

Assim, na medida em que as responsabilidades são divididas pelos genitores em relação aos cuidados com os filhos, existindo assim o planejamento entre as rotinas que a criança ou adolescente deve seguir na companhia de cada genitor, facilitando a integração cada vez maior de cada

genitor na vida do menor, e, por consequência, evitando atos de alienação parental. Tal forma de guarda compartilhada incentiva o contínuo acompanhamento da vida do menor por seus genitores (PEREIRA, 2006, p. 63-67).

Tal convivência compartilhada proporcionará justamente a eliminação quanto à tentativa de afastamento do menor em relação a determinado genitor. Por outro lado, tal convivência igualitária do menor em relação a seus genitores, facilitará a comunicabilidade entre tais genitores, e conseqüente facilitação a adaptação da criança ou adolescente ao novo grupo familiar de forma pacífica.

Waldyr Grisard Filho (2000, p.113) assim pontua sobre a guarda compartilhada:

Nesse novo paradigma pais e filhos não correm riscos de perder a intimidade e a ligação potencial. Ele é o plano mais útil de cuidado e justiça, aos filhos do divórcio, enquanto equilibra a necessidade do menor de uma relação permanente e ininterrupta com seus dois genitores, trazendo como corolário a limitação dos conflitos parentais contínuos. Ele recompõe os embasamentos emocionais do menor, atenuando as marcas negativas de uma separação. Resulta em um maior compromisso dos pais nas vidas de seus filhos depois do divórcio.

Assim, a divisão de responsabilidades por parte dos genitores em relação aos cuidados de educação, saúde, lazer do menor, reforçam justamente o elo de tal ser humano em formação em relação a seus genitores, havendo praticamente uma blindagem em relação a atos de alienação parental.

## **5. A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL E REFLEXOS NAS AÇÕES DE GUARDA E TUTELA**

A intervenção do judiciário, quando provocado, é de suma importância para a restauração, tanto do direito do genitor prejudicado

com os atos de alienação parental, e, sobretudo para acatar os efeitos danosos da síndrome de alienação parental provocado no menor.

Vale destacar que a alienação parental atinge princípios constitucionais, como o da Dignidade da Pessoa Humana, contida no (art. 1º), do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente (art. 227, caput) e da Paternidade Responsável (art. 226, § 7º), todos da Constituição Federal.

Assim, é dever do Estado, através do Judiciário, proporcionar um desenvolvimento saudável aos menores, sendo preceito inserido na própria Constituição Federal:

Art. 227. **É dever** da família, da sociedade e do **Estado assegurar à criança**, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988, grifos nossos).

Evidenciamos que, pelo referido artigo contido na Constituição Federal, deve o Estado tomar todas as medidas possíveis para resguardar com absoluta prioridade (incluindo a tramitação das ações judiciais), o direito à convivência familiar da criança ou adolescente com seus genitores, inclusive o genitor que sofre com os atos de alienação parental, combatendo assim tais atos repugnantes de violência e opressão em relação à tais menores.

Deve o Judiciário, levando em consideração o melhor interesse da criança, e principalmente o auxílio de profissionais que constituem equipes multidisciplinares (psicólogos, assistentes sociais), promover a decisão que melhor se adequa ao caso concreto.

A respeito do assunto, vejamos a opinião de Douglas Phillips Freitas (2012, p. 89):

O fato é que, ao pugnar pelo melhor interesse para a criança, deve o julgador levar em conta os critérios estabelecidos em lei, a orientação dada pelos profissionais que auxiliam o juízo (equipe multidisciplinar) e, de forma alguma, preconceitos sexistas.

E dentro as medidas previstas no ordenamento, encontra-se justamente a modificação da guarda, para que o menor seja colocado com o genitor que não promove alienação judicial, e assim, possa dar um melhor desenvolvimento educacional e emocional para o menor.

Vejamos a seguinte decisão judicial em tal sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA. INDÍCIOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL. Merece ser mantida a decisão que deferiu a guarda provisória do menor ao pai, ante a conclusão do laudo pericial de que a família materna apresenta comportamento inadequado com o filho, tentando impor falsas verdades. VISITAÇÃO MATERNA. Necessidade de assegurar a visitação materna com acompanhamento, a fim de preservar os laços afetivos entre mãe e filho. Agravo de Instrumento parcialmente provido. (BRASIL, TJ-RS, Agravo de Instrumento nº 70057883597, 2014, *Online*)

No caso acima, observamos a cautela da decisão proferida no estado do Rio Grande do Sul, vez que além do estudo realizado por equipe de psicólogos e assistentes sociais, que resultou na elaboração de laudo pericial, constato que existiu a preocupação de inserir o alienador, no caso a genitora do menor, no contexto de visitação sob acompanhamento, para que justamente fossem preservados os laços afetivos entre mãe e filho.

Assim, podemos observar que não existe vencedor (quem não aliena) e vencido (quem aliena) nos casos de síndrome de alienação parental, tendo em vista que a criança ou adolescente que é vítima de alienação precisa da referência e companhia dos pais, para um desenvolvimento

adequado e saudável, devendo o acompanhamento psicológico ser perpetrado inclusive após a decisão judicial do caso, para que o alienador(es) tome(m) consciência dos atos nefastos e doentios, e restabeleçam uma mudança de comportamento e atitude, onde todos saiam beneficiados, sendo a mudança ou alteração da guarda um ato extremo, que inclusive deve ser evitado, como mencionado na decisão a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. GUARDA. ALIENAÇÃO PARENTAL. ALTERAÇÃO. CABIMENTO. 1. Em regra, as alterações de guarda são prejudiciais para a criança, devendo ser mantido a infante onde se encontra melhor cuidada, pois o interesse da criança é que deve ser protegido e privilegiado. 2. **A alteração de guarda reclama a máxima cautela por ser fato em si mesmo traumático, somente se justificando quando provada situação de risco atual ou iminente, o que ocorre na espécie.** 3. Considera-se que a infante estava em situação de risco com sua genitora, quando demonstrado que ela vinha praticando alienação parental em relação ao genitor, o que justifica a alteração da guarda. 4. A decisão é provisória e poderá ser revista no curso do processo, caso venham aos autos elementos de convicção que sugiram a revisão. Recurso provido. (BRASIL, TJ-RS, Agravo de Instrumento Nº 70067827527, 2016, *Online*, grifos nossos).

Portanto, nas duas jurisprudências acima dispostas, observamos a mudança de guarda anteriormente fixada, em razão dos atos de alienação parental perpetrados pela genitora do menor, sendo que tais atos estariam prejudicando sobremaneira, a formação psicológica de tal menor, havendo assim a necessidade premente, de acordo com laudo pericial apresentado ao julgador.

Ocorre também que em alguns casos, o genitor que alega sofrer atos de alienação parental, pedir nas ações de modificação de guarda, tutela

antecipatória, objetivando a implementação da medida judicial de plano, o que não é aconselhável na maioria dos casos, já que a carga alienação parental inculcada pelo alienador em relação ao menor é tamanha, que possível modificação de guarda precipitada, causaria mais transtorno ainda para a criança ou adolescente vítima da síndrome, sendo aconselhado o fornecimento de outros elementos na instrução probatória, necessários ao devido estudo do caso, e consequente decisão sobre tal alteração ou não da guarda.

Vejamos decisão a seguir que coaduna com tal posicionamento:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUBSTITUIÇÃO DE GUARDA. OITAVA CÂMARA CÍVEL Nº 70060253085 (Nº CNJ : 021787164.2014.8.21.7000) COMARCA DE CANOAS."Neste caso embora a criança se encontre bem cuidada e adaptada o principal fator de risco para o bem-estar da infante parece ser a incapacidade conciliatória dos genitores, assim, ante o delicado contexto em que se encontra inserida a criança, eventual alteração de guarda inaudita altera parte poderá lhe trazer mais prejuízos (além dos que já vem sofrendo), sobretudo porque, em razão do apontado comportamento materno, a menina tem apresentado dificuldades no relacionamento com o pai. Desta forma, imperiosa que se proceda a instrução do feito, apontando aos autos outros elementos de prova para se averiguar mais a fundo o contexto em que a criança tem vivido, o que se dará com eventual prova técnica a ser realizada. Neste caso, também não houve alteração de guarda, tendo em vista a necessidade da prova técnica.

Caso bastante corriqueiro na seara de alienação parental, diz respeito ao fato dos genitores "não se perdoarem" em relação ao vínculo conjugal desfeito, sendo que um deles imputa ao detentor da guarda de fato do menor, a questão de está sendo impedido de visitar a criança ou adolescente pelo genitor alienador, havendo então pedido de aplicação de multa ao cônjuge supostamente alienador, sendo que tal questão pode vim

ou não cumulada com pedido de modificação de guarda. Em tais casos, achei sábia a decisão no sentido de que diante de tal acusação, deve ocorrer a visitação acompanhada por psicólogos, sendo que as partes devem arcar com os custos de tal visitação, já que na realidade deram causa a tal situação.

Nesse sentido, destacamos a seguinte decisão:

DIREITO DE VISITA DO GENITOR. DESENTENDIMENTO ENTRE OS PAIS. NOVO PEDIDO DE APLICAÇÃO DE MULTA À MÃE POR IMPEDIR A VISITAÇÃO DO PAI. DESCABIMENTO. DESPESA COM AS VISITAS ASSISTIDAS. RATEIO ENTRE OS LITIGANTES. COMARCA DE PORTO ALEGRE. Como decorrência do poder familiar, tem o pai não guardião o direito de avistar-se com a filha, acompanhado-lhe a educação e estabelecendo com ela um vínculo afetivo saudável. Entende-se que o fato da nova forma de visitação paterna envolve a supervisão e o monitoramento profissional da área da psicologia, com o qual as partes estabelecerão um compromisso, onde serão menores as chances de vir a se frustrar o relacionamento do convívio da criança com o pai. Por tais razões, é de se manter, nesta oportunidade o indeferimento da sanção pecuniária em razão do conteúdo das perícias psicológicas e psiquiátrica, em especial as quais referem o comprometimento emocional das partes na solução do impasse em torno da filha na medida em que foi destacado que "*há uma clara e manifesta incapacidade de perdoar de parte a parte*", havendo necessidade de submissão dos genitores a tratamento psiquiátrico. Considerando que os laudos psicológicos não apontaram a ocorrência de alienação parental, nem de obstaculização das visitas do pai à filha pela genitora, mostra-se descabida a aplicação da sanção pecuniária pretendida pelo réu. É plenamente cabível o rateio das despesas com as visitas assistidas entre os

litigantes, pois ambos são responsáveis por sua implementação. (BRASIL, TJ-RS, Agravo de Instrumento Nº 70060143708, 2014, *Online*, grifos nossos)

Finalmente, também é recorrente no campo da alienação parental, acusações de que o genitor estaria acusando sexualmente do filho durante o período de visitação da criança ou adolescente, sendo prática recorrente nas varas de família, em decorrência da intensa beligerância entre os genitores, havendo a intervenção do judiciário. Assim, entendo acertada a decisão que inicialmente suspende tais visitas (diante das acusações graves e sérias), e, após estudo do caso com profissionais especializados no depoimento especial de crianças e adolescentes (psicólogos e assistentes sociais), não havendo indícios em relação a comprovação de tais acusações, deverá ser restabelecido o direito de visitação, com ou sem acompanhamento de membro do Conselho Tutelar, ou, persistindo a alienação parental, a reversão da guarda. Vejamos a decisão:

DIREITO DE VISITAS.  
PAI. ACUSAÇÃO DE ABUSO SEXUAL. PEDIDO DE  
SUSPENSÃO. POSSIBILIDADE  
DE ALIENAÇÃO PARENTAL. 1. Como decorrência do  
poder familiar, o pai não-guardião tem o direito de  
avistar-se com a filha, acompanhando-lhe a educação,  
de forma a estabelecer com ela um vínculo afetivo  
saudável. 2. A mera suspeita da ocorrência  
de abuso sexual não pode impedir o contato entre pai  
e filha, mormente quando existe laudo de estudo  
social sugerindo a ocorrência de processo  
de alienação parental. 3. As visitas ficam mantidas  
conforme estabelecido, com assistência e  
intermediação de Oficial de Justiça e membro do  
Conselho Tutelar, com o que restará assegurada a  
integridade física e psicológica da menor durante o  
convívio com o genitor. Recurso desprovido. (BRASIL,  
TJ-RS, Agravo de Instrumento Nº 70051595841,  
2012, *Online*, grifos nossos)



Em outro caso de acusação de abuso sexual contra menor, envolvendo contexto de alienação parental, o menor foi tirado inicialmente do convívio dos genitores, ficando a guarda com um dos avós até a averiguação das acusações através do estudo do caso, ficando logicamente assegurado o direito de visita de tais genitores, certamente de forma supervisionada. Vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MENOR. TRANSFERÊNCIA DA GUARDA PROVISÓRIA PARA OS AVÓS PATERNOS, ASSEGURADO O DIREITO DE VISITA ASSISTIDA AOS GENITORES. ACUSAÇÕES DE ABUSO SEXUAL E ALIENAÇÃO PARENTAL RECÍPROCAS. DECISÃO PRIMÁRIA PAUTADA EM CRITÉRIOS DE PRUDÊNCIA E RAZOABILIDADE. PRESERVAÇÃO DOS INTERESSES DA CRIANÇA. NECESSIDADE. RECURSO IMPROVIDO. Não merece reproche a decisão primária que, pautada em critérios de prudência e razoabilidade, transfere a guarda provisória de menor aos avós paternos, até que sejam melhor esclarecidas as acusações de abuso sexual e alienação parental trocadas pelos genitores, aos quais fora assegurado o direito de visita assistida, por se tratar de medida que, por ora, se revela mais adequada para a preservação dos interesses da criança. (BRASIL, Agravo de Instrumento Nº 0025379-06.2015.8.05.0000, 2016, *Online*, grifos nossos)

Assim, entendo que os nossos juízes e tribunais têm utilizado o bom senso na resolução dos casos envolvendo a síndrome da alienação parental, mormente no contexto de dificuldades crônicas de pessoal de apoio encontradas principalmente nas comarcas interioranas, no que pertine a manutenção ou não da guarda e da tutela.

Tal fato é comprovado inclusive com a penúltima decisão apresentada, quando observamos que as visitas foram mantidas com a assistência e intermediação do Oficial de Justiça e do membro do Conselho Tutelar, quando deveriam ser intermediadas por psicólogos e assistentes sociais (numa espécie de equipe técnica própria da estrutura da Vara ou Comarca).

## **6. ACOMPANHAMENTO DOS CASOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL DURANTE O PROCESSO JUDICIAL E PÓS-DECISÃO JUDICIAL, POR EQUIPE MULTIDISCIPLINAR**

Diante dos aspectos já mencionados, ficou claro que existe a necessidade de acompanhamento dos casos de alienação parental, por uma equipe multidisciplinar, composta por psicólogo e assistente social, tanto para auxiliar o magistrado nas decisões judiciais, bem como para promover o acompanhamento pós-decisão judicial. Tal aspecto é corroborado pelos ensinamentos de Eduardo Ponte Brandão (2011, p. 128), na obra *Psicologia Jurídica no Brasil*, relatando ser de grande importância à participação do psicólogo concomitantemente com o processo judicial, em casos envolvendo alienação parental.

Nos casos de alienação parental, onde existe a necessidade de compartilhamento da guarda ou inversão da mesma, o acompanhamento dos casos por mais tempo é fundamental, já que o nível de alienação imposto a criança ou adolescente faz com que seja totalmente inaconselhável a modificação da guarda à princípio, já que seria mais prejudicial e traumático para o menor envolvido.

A atuação do psicólogo e do assistente técnico no Poder Judiciário, apresenta previsão legal na Resolução nº 008/2010 do Conselho Federal de Psicologia, sendo que o perito ou a equipe multidisciplinar terá o prazo de 90 (noventa) dias para promover a apresentação de laudo pericial, sendo que nos casos graves, é determinada a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão, consoante previsão no art. 6º da supramencionada resolução.

E o grande impasse para os casos envolvendo alienação parental, é justamente a formação de tal equipe multidisciplinar para o devido acompanhamento de tais casos, que exigem acompanhamento contínuo, já que uma vez instalada a síndrome de alienação parental, deverá ser realizado trabalho envolvendo os genitores e o menor, para que seja viabilizada inclusive a guarda compartilhada, demandando lapso temporal razoável de acompanhamento dos casos submetidos ao Judiciário.

No nosso Estado de Alagoas, só tenho conhecimento da existência de uma equipe multidisciplinar (com Assistente Social e Psicóloga) mantida pelo Tribunal de Justiça de Alagoas no Fórum do Barro Duro para o estudo de tais casos de Alienação Parental nas Varas de Família da Capital, sendo que as demais Varas e Comarcas do Estado estão órfãs de tais equipes, sendo que os magistrados têm que recorrer aos poucos profissionais dos municípios e equipes diminutas dos CREAS, CRAS, etc. Por conseguinte, as decisões judiciais podem ser prejudicadas, pela demora ou falta de condições quanto à produção de tais laudos periciais, agravando sobremaneira a situação do menor que sofre com as condições de alienação parental.

Tal situação é facilmente constatada através da análise do Código de Organização Judiciária do Estado de Alagoas, Representado pela lei nº 6.564/2005, onde encontramos apenas no art. 96 a constituição e formação de tal equipe apenas para a Vara da Infância e Juventude da Capital (não é para Vara de Família), senão vejamos:

Art. 96. As atribuições das Varas da Infância e da Juventude da Capital serão desenvolvidas pelos seguintes órgãos integrantes das suas estruturas: § 3º Constituem a Unidade Técnica da 1ª Vara da Infância e da Juventude da Capital: I – Setor de Serviço Social; II – Setor de Psicologia; III – Unidade de Apoio Operacional das Medidas Sócio-educativas em Meio Aberto. § 4º Constituem a Unidade Técnica da 2ª Vara da Infância e da Juventude da Capital: I – Setor de Serviço Social; II – Setor de Psicologia; III – Núcleo de Adoção, Tutela e Guarda.

Tal fato demonstra a falta de evolução na legislação judiciária estadual, já que é imprescindível a criação de tais equipes multidisciplinares nas comarcas maiores de Arapiraca e Penedo, além de outras equipes de municípios polos, extirpando tal deficiência de estrutura na análise dos casos que são postos ao judiciário.

Uma alternativa interessante para a resolução dos contextos de alienação parental, na sua raiz, é justamente a utilização de mediação nos

casos mais simples, onde ainda não está tão arraigada a discórdia entre os genitores, sendo que tomei conhecimento inclusive da formação de tais mediadores com formação em psicologia, que inclusive são militares e que atuam mais diretamente com as comunidades, em curso realizado na ESMAL (Escola da Magistratura do Estado de Alagoas) em abril/2016, sendo promovido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas.

No outro extremo, temos varas nas capitais de alguns Estados, a exemplo na cidade de Porto Alegre, no Rio Grande do Sul, onde existe uma vara adaptada para a tomada de depoimento especial, onde existe uma película que separa os operadores do direito como magistrados, membros do ministério público, partes processuais, defensores e advogados de uma sala em anexo, onde existe um ambiente lúdico para que a criança ou adolescente relate de forma espontânea, na presença de psicólogos e assistentes sociais, possíveis casos de abuso e de alienação parental, sendo que equipe multidisciplinar também responsável pelo acompanhamento dos genitores e do menor envolvido nos casos de alienação parental.

Tal tomada de depoimento especial da criança ou adolescente vítima de alienação parental é realizada em casa especial, mais acolhedora, garantindo segurança para a mesma, através da realização de escuta protegida, menos invasiva que os procedimentos de escuta em espaço normal de uma sala de audiência perante Juiz de Direito, membro do Ministério Público e Advogados, preservando assim, sua dignidade.

Na sala especial, a criança ou adolescente vítima de suposta alienação parental a ser comprovada, ficará na presença de um entrevistador (Assistente Social ou Psicólogo), sendo que tal profissional deverá ter capacitação em entrevista forense com crianças e adolescentes, propiciando assim uma adequação das perguntas à linguagem infanto-juvenil.

## **7. PRINCIPAIS REFLEXOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL NAS AÇÕES DE GUARDA E TUTELA DE MENORES**

Alterações de guarda ou de tutela, como forma de resolução dos casos da síndrome de alienação parental não são suficientes, se não existir um acompanhamento adequado dos casos após decisão judicial.

A violência psicológica contra o menor pode desencadear casos extremos de depressão, oriundos de tal dinâmica familiar, levando a casos extremos de suicídio da criança ou adolescente.

O não tratamento adequado da síndrome, aliado a seus aspectos maléficos, que para Pinto (2012), apresentam variação em decorrência da idade, personalidade, nível de maturidade psicológica do menor, grau de influência do alienante, podem desencadear um sentimento de culpa quando tal menor chega a idade adulta, no sentido de ter sido cúmplice com o genitor alienante a tamanha injustiça cometida contra o genitor alienado.

A criança ou adolescente necessita do convívio com os pais, no sentido de construção da percepção da realidade, bem como em relação a discriminar sentimentos e até como noção mais adequada de si mesmas, e quando ocorre tal ruptura em relação a participação de um dos genitores, num processo de implantação de memórias falsas pelo alienante, o menor passa a apresentar sentimentos de angústia muito forte, podendo desenvolver a agressividade, inibição, medo, tiques nervosos e até bloqueios de aprendizagem.

O menor, vítima da Síndrome de Alienação Parental, também passa a apresentar comportamentos preocupantes, mentindo compulsivamente; manipulando pessoas, situações, informações; bem como exprimindo emoções falsas, mudando seus sentimentos em relação ao alienado (de amor-ódio à aversão total); exprimindo reações psicossomáticas semelhantes às de uma criança verdadeiramente abusada (para os casos de alienação parental com a acusação de abuso sexual).

Perder o momento de identificação com um dos pais faz com que o mundo do menor fique polarizado indevidamente entre o bem e o mal, podendo a criança desenvolver também transtornos de isolamento, desorganização, incapacidade de adaptação e em casos extremos com o envolvimento com entorpecentes e atos de violência (SILVEIRO, 2012).

As crianças vítimas da Síndrome da Alienação Parental vão justamente herdar sentimentos negativos em relação a quem aliena,

passando a incutir sentimento de abandono ou traição pelo genitor alienado, passando a acreditar que o “cuidado na situação” é o genitor alienado que o guardião sempre condenou.

Existem ainda casos em que a criança ou adolescente que continua a enfrentar os casos de abusos e tormenta em nível da síndrome de alienação parental, vão justamente desenvolver tais práticas nefastas na fase adulta, num relacionamento com seus possíveis filhos, privando o outro genitor do contato com os mesmos, numa espécie de identidade ou modelo de identificação.

Diante da gravidade dos fatos resultantes da síndrome de alienação parental, o ideal é que um trabalho de prevenção seja feito, e caso haja a instalação da síndrome, que seja cessada o mais rápido possível por decisão judicial, iniciando-se o trabalho de restabelecimento dos laços de afetividade entre o menor e o genitor alienado.

## **8. COSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente estudo mencionou as hipóteses exemplificativas ou casos de alienação parental, consistente em atos mesquinhos utilizados por um dos genitores ou quem detém a guarda do menor em relação ao outro genitor, na forma de implantação de memórias falsas no filho, que passa a odiar o genitor alienado, tudo decorrente da relação conjugal desfeita pelos genitores de tal menor através do divórcio ou da dissolução de união estável.

Retratamos em seguida, as opções que a legislação exemplifica, como forma de resolução dos casos de alienação parental, que vão desde a advertência, passando pela multa a quem aliena, até a forma de inversão da guarda.

No contexto abordado, ficaram devidamente configurados os principais reflexos da síndrome de alienação parental, nas ações de guarda e tutela dos menores (compartilhamento ou inversão da guarda), privilegiando o melhor interesse das crianças, visto que são considerados sujeitos vulneráveis que necessitam de todo amparo e responsabilidade por parte dos seus genitores, como também do Estado.

Atento aos Princípios que amparam o melhor interesse das crianças, principalmente no que diz respeito à Supremacia de tais interesses, concluímos que se devem preservar ao máximo, os interesses de tais pessoas em formação, para que não afetem o norte de suas vidas e contribuam para a formação da personalidade dos mesmos, sendo fundamental a convivência com ambos os pais.

Abordamos ainda, como os nossos Tribunais têm decidido em casos envolvendo alienação parental, sempre preservando a dignidade da criança ou do adolescente, em casos em que a inversão da guarda foi a medida mais apropriada, ou ainda nas alienações onde ocorreram acusações sérias de abuso sexual, havendo inclusive posicionamentos no sentido de conceder a guarda provisória do menor (vítima da alienação) a um dos avós maternos ou paternos, até a apuração e resolução do caso apresentado.

Em tal contexto, deve o Estado, não só na forma de prestação jurisdicional (Estado Juiz), com reflexos inclusive nas ações de guarda e de tutela, mas, sobretudo o Estado como ente federativo, proporcionar todas as condições necessárias a superação de tal situação para os genitores e menor(es) envolvido(s), com a devida rede de apoio multifuncional (psicólogos e assistentes sociais), evitando consequências já demonstradas para o menor, que vão além dos reflexos em tais ações de guarda e de tutela.

As consequências psicológicas para a vítima (criança ou adolescente), resultante dos casos de alienação parental, se não tratadas a contento, podem desencadear desde angústia forte até o suicídio em casos extremos.

Para tanto, deve o Estado investir em políticas públicas, com a implantação de Centrais de encaminhamento e atendimento de tais casos, para o devido estudo do caso e tratamento quando confirmada a alienação parental, mais especificamente dotando o magistrado de condições de decidir tais casos. Para tanto, as equipes multidisciplinares são de extrema importância para o estudo de tais casos, em ambientes especiais, que preservem a dignidade da criança ou adolescente.

## **9. REFERÊNCIAS**

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. [Comentários à lei da alienação parental \(Lei nº 12.318/2010\)](#). **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2625, 8 set. 2010. Disponível em: . Acesso em: 1 maio 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Senado Federal, 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. TJ-AL. **Código de Organização Judiciária do Estado de Alagoas**. Disponível em <[www.tjal.jus.br/?pag=organizacao\\_cod\\_organizacao](http://www.tjal.jus.br/?pag=organizacao_cod_organizacao)>. Acesso em: 22 mai. 2017.

\_\_\_\_\_.Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. TJ-RS. **Agravo de Instrumento nº 70057883597**. Rel. Jorge Luís Dall'Agnol, j. 26.03.2014. Disponível em: <[https://www.tjrs.jus.br/site/poder\\_judiciario/tribunal\\_de\\_justica/orgaos\\_jurisdicionais/tribunal\\_pleno/](https://www.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/tribunal_de_justica/orgaos_jurisdicionais/tribunal_pleno/)>. Acesso em: 15 abr. 2016.

\_\_\_\_\_.Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. TJ-RS. **Agravo de Instrumento nº 70067827527**. Rel. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j. 16.03.2016. Disponível em: <[https://www.tjrs.jus.br/site/poder\\_judiciario/tribunal\\_de\\_justica/orgaos\\_jurisdicionais/tribunal\\_pleno/](https://www.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/tribunal_de_justica/orgaos_jurisdicionais/tribunal_pleno/)>. Acesso em: 15 abr. 2016.

\_\_\_\_\_.Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. TJ-RS. **Agravo de Instrumento nº 70060253085**. Rel. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 21.08.2014. Disponível em: <[https://www.tjrs.jus.br/site/poder\\_judiciario/tribunal\\_de\\_justica/orgaos\\_jurisdicionais/tribunal\\_pleno/](https://www.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/tribunal_de_justica/orgaos_jurisdicionais/tribunal_pleno/)>. Acesso em: 11 fev. 2017.

\_\_\_\_\_.Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. TJ-RS. **Agravo de Instrumento nº 70060143708**. Rel. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j. 30.07.2014. Disponível em: <[https://www.tjrs.jus.br/site/poder\\_judiciario/tribunal\\_de\\_justica/orgaos\\_jurisdicionais/tribunal\\_pleno/](https://www.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/tribunal_de_justica/orgaos_jurisdicionais/tribunal_pleno/)>. Acesso em: 07 mar. 2017.



\_\_\_\_\_.Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. TJ-RS. **Agravo de Instrumento nº 70051595841**. Rel. Sérgio Fernando de Vasconcelos Chaves, j. 12.12.2012. Disponível em: <[https://www.tjrs.jus.br/site/poder\\_judiciario/tribunal\\_de\\_justica/orgaos\\_jurisdicionais/tribunal\\_pleno/](https://www.tjrs.jus.br/site/poder_judiciario/tribunal_de_justica/orgaos_jurisdicionais/tribunal_pleno/)>. Acesso em: 07 mar. 2017.

\_\_\_\_\_.Tribunal de Justiça da Bahia. TJ-BA. **Agravo de Instrumento do processo nº 0025379-06.2015.8.05.0000**. Rel. Maria Borges Faria, j. 09.09.2016. Disponível em: . Acesso em: 07 mar. 2017.

BROCKHAUSEN, Tamara. **Alienação Parental**: Caminhos necessários. Diálogos. Brasília. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. revisada, atualizada e ampliada- São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alienação Parental**: comentários à Lei 12.318/2010. 2. ed., revisada, atualizada e ampliada- Rio de Janeiro, 2009.

GONÇAVES, Hebe Signorini; BRANDÃO, Eduardo Ponte. **Psicologia Jurídica no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2011.

GRISARD, Filho Waldir. **Guarda Compartilhada**: um novo modelo de responsabilidade parental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente**- doutrina e jurisprudência. 15. ed., atualizada e ampliada-São Paulo. Editora Atlas 2014.

LÔBO, Paulo. **Famílias**. Direito Civil 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MOTTA, Maria Antonieta Pisano. A síndrome da alienação parental. In:**Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião**: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos. Organizado pela Associação de Mães Separadas. Porto Alegre: Equilíbrio, 2008.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Convenção Internacional dos Direitos da Criança**. Adotada em Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989. Disponível em: . Acesso em: 07 mar. 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio, Teoria e Prática**. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Dicionário de Direito de Família e Sucessões Ilustrado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

PINTO, J. M. T. A. Síndrome da Alienação Parental: a implantação das falsas memórias em desrespeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, nº 3112. Disponível em < <http://jus.com.br/artigos/20813> >. Acesso em: 07 mar. 2017.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda Compartilhada e Síndrome de Alienação Parental** - O que é isso? São Paulo: Editora Armazém do Ipê, 2010.

SILVEIRO, A. R. **Análise interdisciplinar da síndrome da alienação parental**: aspectos jurídicos e psicológicos. Monografia. Curso de Direito. PUCRS, Porto Alegre, 2012. Disponível em . Acesso em: 07 mar. 2017.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores de direito**. 4. ed. Verificada, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p.178.

VELLY, A. M. F. A síndrome de alienação parental: uma visão jurídica e psicológica. In: **Congresso de direito de família do MERCOSUL com apoio do IBDFAM**, 2., 2010, Porto Alegre. Anais... Porto Alegre: IBDFAM, 2010. Disponível em: . Acesso em: 21 ago. 2014.

## **A IMPORTÂNCIA DO TRABALHO NO IDEAL RESSOCIALIZADOR DO PRESO E A AUSÊNCIA DE VAGAS EM ALAGOAS**

**RAFAEL SANTANA LOPES:** Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal. Advogado OAB/AL.

**RESUMO:** O presente trabalho tem por objetivo fazer uma análise clara acerca da importância da prática laboral na transformação da vida de um reeducando. Mostrarão contexto histórico do trabalho em todo o mundo e como as normas trabalhistas evoluíram no Brasil até chegar as da atualidade, diferenciando os direitos dos trabalhadores comuns para os condenados. Terá também uma mostra da incompatibilidade da Lei de Execuções Penais com a nossa Constituição Federal de 1988. Dentro da esfera alagoana, demonstrado será a falta de postos de trabalhos para o preso e como a corrupção pode decidir quem vai ou não trabalhar.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contexto histórico. Lei de Execuções Penais. Trabalho. Ressocialização. Alagoas.

**ABSTRACT:** This paper aims to make a clear analysis about the importance of labor in changing the life of an inmate, while underlying the historical context worldwide and showing how labor standards have evolved in Brazil until now, distinguishing the rights of regular working people to inmates. This work also aims to point the incompatibility of the Lei de Execuções Penais (Penal Execution Law) in the Constitution of 1988. Within the state of Alagoas, this work intends to demonstrate the shortage of work positions for inmates and how corruption could be influential in the process of deciding who will work or not.

**KEYWORDS:** Historical context. Law of Penal Execution. Work. Resocialization. Alagoas.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução – 2. Evolução do Trabalho: 2.1 No Mundo; 2.2 O Progresso das Normas Trabalhistas no Brasil até a Constituição de 1988. 3. As Finalidades da Pena. 4. O Papel do Trabalho na Construção do Ideal Ressocializador: 4.1 As Vantagens do Trabalho para o Reeducando; 4.2

ADPF 336 e o Entendimento da Advocacia Geral da União acerca da Problemática Referente a Remuneração do Preso. 5. A Ausência de Vagas para o Trabalho no Sistema Carcerário Alagoano: 5.1 A Corrupção. 6. Considerações Finais. 7. Referências.

## **1. INTRODUÇÃO**

Nos dias atuais, a pena não é mais enxergada apenas como um castigo para o violador dos bens jurídicos tutelados pelo Estado. Hoje, se busca com a sanção, claro, não só o castigo, mas também outras questões, como é o caso da ressocialização.

Com o intuito de conseguir alcançar tais finalidades, o estado de Alagoas, até mesmo com o apoio da União, deveria patrocinar políticas públicas com o objetivo de estimular o trabalho do preso, já que, como será demonstrado, ampliaria muito a possibilidade do mesmo não vir a reincidir, já que o trabalho tem em seu bojo a esperança de um futuro digno para qualquer pessoa e, principalmente, para aquela egressa do cárcere, fazendo com que esta não volte para o mundo do crime.

A lei 7.210 de 1984 (Lei de Execuções Penais – LEP) traz consigo uma ótima intenção, valorizando o reeducando que busca trabalhar, inclusive de modo objetivo no cumprimento de sua pena, através do instituto da remição (art. 126). Além desse benefício objetivo, existe o benefício subjetivo, que trata das questões das melhorias sociais, tais quais: a volta ao mercado de trabalho e a possibilidade de ter uma vida digna sem ter que recorrer à transgressão.

As cadeias no estado de Alagoas têm servido apenas como um celeiro de infratores. Infelizmente não há investimento nessa área, já que os políticos apenas tomam condutas eleitoreiras e, como sabemos, essas condutas não abarcam o sistema carcerário. Para piorar a situação, a população não cobra de seus comandantes uma melhora em tal aspecto, já que, em uma visão leiga “bandido tem que se ferrar na cadeia”.

Lamentavelmente essas pessoas não conseguem enxergar que quem vai para a cadeia um dia volta ao seio da sociedade e, não tendo sido

ressocializado, voltará a praticar novos delitos, sendo a sociedade mais uma vez vítima.

Após uma análise detalhada da temática, inclusive com uma explanação sobre a evolução do trabalho no mundo, dando bastante ênfase a esse avanço principalmente nas Constituições Federais que nosso país já teve, até chegar à Constituição Cidadã, veremos quais são as finalidades da pena, inclusive se essas estão sendo atingidas em Alagoas.

Em seguida, será dada uma abordagem especial ao papel do trabalho na busca do preso (e do Estado) pela ressocialização. Neste momento, dentre outras coisas, será explicado o texto que traz da LEP ao falar que o trabalho é um “dever” do preso, em consonância com a Magna Carta.

Posteriormente, irá ser debatido vantagens que o sentenciado tem ao querer adicionar o trabalho em sua vida carcerária, trazendo e explicando explicações de grandes doutrinadores sobre a temática e elucidando textos normativos.

Por fim, mostraremos como anda a situação do sistema carcerário alagoano quando se trata do oferecimento de postos de trabalho para os apenados que estão sob a custódia do referido estado da Federação.

O objetivo geral desse artigo consiste em apresentar a importância do tema para a garantia da efetividade de princípios constitucionais durante a ressocialização do preso. Com a vigência da atual Constituição Federal, irão ser demonstradas ilegalidades de leis infraconstitucionais que ainda estão em uso no Brasil.

Nesse diapasão, depreende-se o problema: Preceitos fundamentais garantidos aos presidiários, dentro da análise laboral dos mesmos, estão sendo desrespeitados?

Como hipótese a destacar, poderá ter sido a essência de um possível desrespeito a preceitos fundamentais garantidos pela atual Constituição

Federal o fato, principalmente, da Lei de Execuções Penais ter sido criada anteriormente a nossa Magna Carta vigente.

A proposta dessa pesquisa é a constatação ou não de uma afronta ao texto constitucional pelo fato de garantias dadas ao trabalhador, seja ele de qual tipo for, não estarem sendo cumpridas aos presos, e mais, pelo número irrisório de vagas ofertadas aos mesmos. Garantindo o emprego com todas as prerrogativas que lhe são salvaguardadas, a possibilidade de um reeducando vir a se ressocializar aumenta infinitamente.

No tocando à metodologia, nosso referencial teórico terá como ponto base para a elaboração deste artigo a pesquisa bibliográfica, onde comparamos a opinião de vários autores a respeito da problemática do trabalho e suas consequências para alcançar o ideal ressocializador, além de todos os outros assuntos abordados. Foi necessária uma vasta pesquisa, realizada através de obras literárias e jurídicas, trabalhos e artigos publicados na internet. Colocaremos posicionamentos contrários e a favor acerca do tema, para que o leitor possa tirar suas próprias conclusões acerca do assunto, que é bastante polêmico no mundo jurídico, e que com certeza reflete de forma direta na sociedade como um todo. Usaremos ainda como fonte do projeto, a Constituição Federal, o Código Penal, além de leis que tratam e que fazer refletir sobre o tema em debate.

## **2. EVOLUÇÃO DO TRABALHO**

### **2.1 No mundo**

Como somos sabedores, o trabalho, nos tempos primórdios, não funcionava nos moldes como se encontra nos dias atuais.

A bíblia, quando fala do trabalho pela primeira vez, no livro de Gênesis, trata do caso de Adão, que passou a ter que trabalhar para conseguir seu sustento depois de comer o fruto proibido. Isso significa que a bíblica, a princípio, abortou o tema trabalho como um castigo.

O vocábulo “trabalho” é oriundo do da expressão latina *tripalium*, ou seja, em tradução direta, três paus. Era um mecanismo de três paus afiados, alguns ainda com pedaços de ferro, em que agricultores usavam para cortar

ou rasgar trigo, milho e linho. Contudo, em Roma, esse instrumento era utilizado para torturar escravos. Os romanos colocavam esses paus no chão formando uma pirâmide e nessa pirâmide os escravos eram torturados.

Nesse sentido, naquela época, “trabalhador” era o carrasco, aquela pessoa que iria torturar os escravos usando os três paus.

A escravidão foi a primeira forma de trabalho conhecida no mundo. O escravo não tinha garantido nenhuma forma de direito, ele era visto por toda a sociedade apenas como uma coisa, inclusive tendo até dono. Não existia tempo para se trabalhar, ele só deixava o trabalho quando vinha a falecer ou deixava o *status* de escravo.

Quando se trata da Grécia, dois dos filósofos mais famosos e importantes de toda a história da humanidade, Aristóteles e Platão, defendiam que o vocábulo “trabalho” tinha um aspecto ultrajante. Os homens que detinham dignidade participavam dos negócios das cidades apenas utilizando-se da palavra, já que o trabalho árduo era feito pelos escravos. Por outro lado, a classe mais pobre da civilização grega, achava que o trabalho dignificava o homem. Eles foram muito influenciados por Hesíodo, Protágoras e os sofistas.

Na sociedade romana, em 284 a.C., existia a chamada *lex aquilia*, que, tratava o escravo como coisa. Assim como na Grécia, o trabalho também era considerado indecoroso. Surgiu nessa época a *locatio conducti*, que era um contrato consensual e bilateral do direito romano. Ela tinha como meta regular o trabalho do homem livre, ou seja, das pessoas que trabalhavam em troca de algum tipo de pagamento. Esse contrato era dividido em três partes, quais sejam: *conductio rei*, *conductio operarum* e *conductio operis*. O que seriam respectivamente, a transferência de uma coisa; locação de serviços mediante algum vencimento e a transmissão de, por exemplo, alguma obra, mediante remuneração (essa situação nos dias atuais é o que chamamos de empreitada). (MARTINS, 2012.)

Quando se trata de trabalho no sistema feudal, o mesmo é visto, assim como na bíblia, como um castigo. As pessoas mais importantes e influentes não trabalhavam. Nessa época surgiu a chamada servidão

(SARAIVA, 2010.). O senhor feudal dava todo tipo de assistência aos servos que em troca trabalhavam para este senhor.

Logo após esse período, surgiram as chamadas corporações de ofícios. Nessas corporações existiam três figuras importantes, quais sejam os mestres, companheiros e aprendizes. As corporações de ofícios tinham como principais objetivos criar uma estrutura de obediência de hierarquia entre eles; organizar a capacidade de produção e regulamentar essas técnicas. No verão, a jornada de trabalho na época poderia chegar até a 18 horas diárias.

No ano de 1789, com o advento da Revolução Francesa, as corporações de ofícios foram extintas, pois não eram de acordo com o sentimento libertário trazido pela revolução.

A Revolução Francesa trouxe não só para a França, mas para todo o mundo, evoluções econômicas e sociais. Foi após a mesma que o Estado teve de garantir às pessoas que não tinham emprego algum modo de garantir sua subsistência. Eis que surgiu o direito ao trabalho.

O trabalho foi transformado em emprego após a explosão da Revolução Industrial. Esta importante revolução fez com que fosse criada uma nova geração de pensamentos no mundo, ou seja, a antiga cultura sobre o trabalho foi desconsiderada. Desde então, comumente, as pessoas passaram a trabalhar para ter um salário.

Com essa evolução, começou a ocorrer uma intervenção do Estado para regular as relações de trabalhos, já que se tinham notícias de que os trabalhadores eram explorados. O Estado buscava que fosse condições de trabalhos dignas e como consequências o bem-estar social dos trabalhadores.

Daí em diante, as condições de trabalho só vieram a melhorar. Anos depois começou a se discutir questões de direitos trabalhistas, inclusive com o apoio da Igreja, por meio do Bispo de Anec e do Papa Leão XII.

Com o advento do chamado "constitucionalismo social", por volta do ano de 1918, foram colocadas nas Constituições dos Estados normas que



visavam proteger questões relacionadas aos Direitos Humanos Fundamentais. Dentro desses direitos estavam presentes situações oriundas do Direito do Trabalho.

No ano de 1919, por meio do Tratado de Versalhes, foi concebida a Organização Internacional do Trabalho (OIT). A principal motivação para a criação dessa Organização foi justamente para tutelar o vínculo entre o patrão e o empregado dentro da esfera de toda a sociedade internacional.

Por volta de 1948 mais direitos foram garantidos ao trabalhador, tais como: uma jornada de trabalho justa; lazer; repouso; remuneração nas férias, dentre outros. Esses direitos foram garantidos através da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

## **2.2 O progresso das normas trabalhistas no Brasil até a Constituição de 1988**

Assim como aconteceu em todo o mundo, no Brasil o trabalho em si e o trabalhador vieram obtendo suas conquistas ao longo dos anos. As normas trabalhistas evoluíram conforma cada nova Constituição.

O professor Sérgio Pinto Martins lembra em seu livro que as primeiras Constituições do Brasil tratavam de poucas questões. Vejamos:

Inicialmente, as Constituições brasileiras versavam apenas sobre a forma de Estado, o sistema de governo. Posteriormente, passaram a tratar de todos os ramos do Direito e, posteriormente, do Direito do Trabalho, como ocorre com nossa Constituição atual. (MARTINS, 2012, p.10)

É importante ressaltar que a primeira Constituição a tratar de forma específica do Direito do Trabalho foi a de 1934. porém, desde 1930, com a chegada ao poder de Getúlio Vargas, uma nova visão sobre o Direito do Trabalho foi posta no Brasil. O então presidente colocou em prática uma nova política trabalhista no país. Várias leis ordinárias foram editadas justamente para estruturar as relações trabalhistas, até a chegada da Constituição Federal de 1934.

A referida Carta Magna trouxe como novidade questões importantes tais como: a garantia de uma liberdade para os sindicatos do país; igualdade salarial; valor mínimo a ser recebido como forma de salário; jornada de trabalho de oito horas; segurança para as mulheres e menores nas questões trabalhistas; descanso semanal e garantia de férias anuais remuneradas. Esta Constituição foi inspirada no constitucionalismo social, que apareceu no mundo no término da primeira guerra mundial, mas que só aterrissou no Brasil, na prática, no início da década de 30.

A Carta Constitucional de 1937 ostentou características intervencionistas, marcada pelo momento que o país vivia na época. Foi nesta Constituição que foi implantado o sindicato único, o qual sofria uma intromissão direta do Estado em suas competências, sendo até cumprido pelo sindicato obrigações que eram para o próprio Estado realizá-las, mas que lhes foram delegadas. Foi também nesta época que fora elabora o imposto sindical, fazendo com que os sindicatos ficassem subservientes ao Estado, já que o segundo teria participação no montante arrecadado. Vale também ressaltar que a greve foi considerada algo que prejudicava o interesse da nação.

O surgimento da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) veio com o Decreto-lei nº 5.452 de 1943. Isso aconteceu porque o legislador percebeu que existiam muitas leis do trabalho espalhadas pelo ordenamento jurídico, e a CLT inovou no momento em que juntou todas eles em uma única consolidação. Ela foi inspirada na Encíclica *Rerum Novarum* e nas Convenções da OIT.

No ano de 1946, com a implantação de mais uma Constituição, muito mais democrática que a anterior, os trabalhadores voltaram a adquirir direitos, tais como: participação nos rendimentos das empresas; descanso semanal remunerado; direito a greve; estabilidade, dentre outras situações.

Para ampliar, organizar e regulamentar os direitos previstos na Constituição, o legislador da época também criou leis ordinárias sobre questões importantes relativos aos direitos dos trabalhadores, são exemplos: Lei nº 605/49, que trata do repouso semanal remunerado; Lei nº

4.090/62 que criou o décimo terceiro salário; dentre os leis ordinárias de suma importância aos trabalhadores.

A sociedade é muito versátil e as normas do direito tentam sempre acompanhá-la. Sendo assim, em 1967, mais uma Constituição foi implantada no país. Esta, com relação aos direito trabalhistas, manteve basicamente tudo da Magna Carta anterior, inclusive com a mesma escrita, tendo apenas pequenas alterações.

Eis que no dia 05 de outubro de 1988, surge nossa atual Constituição Federal. Nela, as principais questões relativas aos direitos trabalhistas estão presente no corpo constitucional no Título II (Dos direitos e garantias fundamentais), Capítulo II (Dos direitos sociais), nos artigos 7º ao 11. Essas garantias ao trabalhador, de acordo com Galante (2012), são indispensáveis para um Estado social de direito.

Para alguns doutrinadores, como Sérgio Pinto Martins (2012, p.12), devido a grande quantidade de direitos, expostos em seus trinta e sete incisos, o artigo 7º da nossa atual Constituição Federal é uma pequena CLT.

Na obra de Dirley da Cunha Júnior (2009), o autor afirma que a Constituição de 1988 trouxe em seu bojo “direito ao trabalho e à garantia do emprego; direitos relativos ao salário do trabalhador; direitos relativos ao repouso do trabalhador; direitos à proteção do trabalhador; direitos coletivos aos trabalhadores”, dentro outros.

Sendo assim, nossa Magna Carta mostra a importância desta matéria que está presente no cotidiano de todo trabalhador brasileiro. Mais uma vez, a Constituição Federal de 1988, dentre inúmeros outras questões, explicita o porquê de ser também conhecida como “Constituição Cidadã”.

### **3. AS FINALIDADES DA PENA**

Antes de adentrar nas finalidades da pena, importante previamente uma explicação sobre o conceito de pena.

Delmanto (2002, p.67) define pena como: “imposição da perda ou diminuição de um bem jurídico, prevista em lei e aplicada pelo órgão

judiciário, a quem praticou ilícito penal. Ela tem finalidade retributiva, preventiva e ressocializadora”

Fernando Capez (2003, p. 332), na obra Curso de Direito Penal, também conceituou o que seria pena:

Sanção penal de caráter aflagrante, imposta pelo Estado, em execução de uma sentença, ao culpado pela prática de uma infração penal, consistente na restrição ou privação de um bem jurídico, cuja finalidade é aplicar a retribuição punitiva ao delinquente, promover a sua readaptação social e prevenir novas transgressões pela intimidação dirigida à coletividade.

Sendo assim, podemos extrair do conceito de pena algumas finalidades. A doutrina majoritária, encabeçada pelo professor Júlio Fabbrini Mirabete (2013), consegue identificar três grandes finalidades, quais sejam: Retributiva, preventiva e ressocializadora.

A finalidade retributiva, dentre as escolas penais, foi criada na Clássica. O principal fundamento dessa finalidade está contido no fato da punição. Isto quer dizer que o agente que violar as normas jurídicas e, como consequência, os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal, este deverá ser punido pelo Estado como forma de ser fazer justiça. Júlio Fabbrini Mirabete (2013, p. 230) afirma que “para o mal do crime, existe o mal da pena”, ainda para o autor, “o castigo compensa o mal e dá reparação à moral”.

Com relação à finalidade preventiva, é preciso dizer que o principal objetivo do Estado é fazer com que a convivência entre as pessoas que nele vive seja harmônica. Para que isso possa acontecer, é preciso que sejam criadas normas que regulem o que pode ou não ser feito pelo seu povo. Para que a paz não seja quebrada, o Estado deve tentar ao máximo impedir o cidadão de violar suas regras, sendo a pena um meio de intimidação, prevenção.

A prevenção pode ser geral e particular. Ela é geral quanto tenta intimidar toda a população a não cometer um crime. Para que seja particular a coação é feita diretamente ao indivíduo já violador das normas, ou seja, para que este não volte a cometer delitos e, conseqüentemente, corrija sua postura perante a sociedade. Simplificadamente, Cléber Masson (2008, p. 598) atesta que a prevenção tem como objetivo “evitar a prática de novas infrações penais”.

A terceira e ultima finalidade é a ressocializadora. Com a chegada da Nova Escola de Defesa Social, de Marc Ancel, passou-se a se colocar nas penas um olhar mais humanista. Essa escola afirma na essência que, para a população de fato estar protegida, a partir do instante que o apenado regressa ao seio da sociedade, este deve estar apto a viver em comunidade sem querer voltar a delinquir. Isso seria o que chamamos de ressocialização.

Nos dias atuais, para muitos, esta seria a finalidade mais ineficiente dentre todas. Coincidentemente ou não, é a que, na prática, precisa de uma atuação mais efetiva do Estado, dando estrutura para os profissionais do sistema carcerário para que estes possam cumprir a lei de execuções penais.

No ano de 2013, em uma entrevista para o Blog da Repórter Olívia Cássia (Internet), o juiz da Vara de Execuções Penais do estado de Alagoas, Dr. José Braga Neto, afirmou que cerca 90% da população carcerária do referido estado, ao retornarem às ruas, também voltam a delinquir. Ainda segundo o magistrado, isso ocorre graças a superlotação dos presídios, além de falta de políticas públicas para melhorar esses números.

#### **4. O PAPEL DO TRABALHO NA CONSTRUÇÃO DO IDEAL RESSOCIALIZADOR**

O trabalho está previsto em nossa atual Carta Magna como um direito social. Como já vimos, uma das três finalidades da pena é a ressocialização e, nada melhor do que inserir o trabalho como um dos fatores fundamentais para conseguir atingir o objetivo maior desta finalidade, que é a reintegração do preso ao seio da sociedade.

Um sentenciado que não tem nenhuma atividade em sua vida carcerária fica fadado ao ócio. Por outro lado, aquele que trabalha sente-se, de alguma forma, útil e sendo inserido de volta à sociedade.

Nada mais vantajoso para um reeducando do que uma atividade profissionalizante. Na cadeia ele irá aprender uma profissão ou colocar em prática a sua, dentro do possível e, assim, ao ser liberto, poderá sustentar não só a ele como toda a família sem precisar voltar para o mundo do crime.

O trabalho do apenado, por meio do princípio da individualização da pena, irá ser posto na função que esteja apto para desempenhar, ou seja, deverão ser observadas, como preceitua a LEP, a condição pessoal e as necessidades futuras do preso, além das oportunidades que o mercado venha a oferecer. Um exemplo disso um enfermeiro que fora condenado e esteja recluso, trabalhar na enfermagem do presídio.

A lei de execuções penais (lei 7.210 de 1984) fez questão de trazer em seu corpo que o trabalho do condenado tem como finalidade além da produção, a educação, tudo graças ao dever social e a dignidade humana.

Com base nisso, o Estado deverá ser preocupar com a segurança e a higiene quando se tratar do trabalho dos reeducandos. Apesar de toda essa preocupação por parte do Estado, muito importante ressaltar que o trabalho do sentenciado não fica sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

O artigo 39,V, da LEP diz que é um dever do condenado a execução de trabalho. Em outro sentido, nossa Constituição Federal proíbe em seu artigo 5º, XLVCII, c, o chamado "trabalho forçado". Isso significa dizer que não se pode obrigar o reeducando a trabalhar com o pretexto de que se assim ele não o fizer, deverá ter alguma forma de castigo ou punição.

#### **4.1 As vantagens do trabalho para o reeducando**

Além dos inquestionáveis benefícios sociais gerados pelo trabalho, este também traz vantagens de cunho financeiro e com relação ao cumprimento da pena.

O trabalho do condenado, mesmo sem está subordinado ao regime da CLT, gera ao preso alguns direitos, tais como remuneração mediante uma prévia tabela, não podendo ser inferior a  $\frac{3}{4}$  (três quartos) do salário mínimo. Além disso, Damásio de Jesus (2011), afirma que o preso que trabalha terá garantido os benefícios da previdência social.

A esse respeito, Rodrigo Duque Estrada Roig (sd., Internet) entende que o fato do reeducando ganhar menos de um salário mínimo é inconstitucional, já que o artigo 7º da nossa Magna Carta ao tratar dos direitos dos trabalhadores fala em trabalhador "urbano e rural". Em nenhum momento a Constituição relativiza a questão do preso, desta maneira, uma norma infraconstitucional (lei 7.210/84, art.29, *caput*) não poderia fazer tal relativização, muito menos um exegeta.

Sendo assim, estaria o preso legitimado a ter todos os direitos conferidos pela Constituição Federal. Com relação ao direito ao salário mínimo, fica inclusive mais fácil ao condenado cumprir o que manda o artigo 29, §1º da LEP, que é atender a indenização dos danos causados pelo crime, mas só em casos em que o magistrado determine e que não sejam reparados por outros meios; prestar assistência à família; usar com pequenas despesas pessoais; para ressarcir ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada, mas só quando não prejudicar as outras questões anteriormente citadas.

A Constituição, em seu artigo 201, diz que "a previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei a: [...] IV – salário família e auxílio reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda."

Além dos benefícios do preso já citados acima, existe também um benefício que é para seus familiares, que é o chamado "auxílio reclusão". Este está garantido por meio da lei de plano de benefícios da previdência social, Lei 8.213 de 1991. Nesse sentido, o artigo 80, *caput* e seu parágrafo único, assim regem, *in verbis*.

Art. 80. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço.

Parágrafo único. O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário. (BRASIL, 1991)

Pensando na saída do preso do sistema, ou seja, quando ele se tornar um egresso, a lei 7.210 de 1984 (Lei de execuções penais) trouxe em seu artigo 29,§2º uma preocupação com o sustento do ex reeducando. O texto normativo diz claramente que, ressalvada outras aplicações decorrentes da lei, a remuneração guardada, a parte que restar, para a constituição de economias, em caderneta de poupança, que será remetido ao condenado quanto este for posto em liberdade.

Como já foi dito, o sentenciado não poderá trabalhar sem que para isso seja remunerado. Acontece que existe uma exceção trazida pelo artigo 30 da LEP, que é o caso do condenado a prestação de serviços à comunidade. Estes não serão remunerados. Guilherme de Souza Nucci ao tratar sobre o tema afirmou que:

A prestação de serviços à comunidade, por definição, é uma pena alternativa ao encarceramento, cuja finalidade é a atribuição de tarefas gratuitas ao condenado (art. 46, §1º do CP), dando-lhe a oportunidade de reparar, pelo seu trabalho, o dano social provocado pela prática do crime. (2014, p. 184-185).



Passada as questões oriundas de vantagens financeiras e sociais, os benefícios dos trabalhadores apenados também correm pelo lado matemático para o cômputo da pena.

O instituto da remição é de suma importância para o preso porque traz a possibilidade de fazer com que ele passe, na prática, menos tempo preso do que o previsto em sua sentença condenaria.

O condenado que está cumprindo sua pena nos regimes fechado e semiaberto tem direito a remir sua pena por meio de trabalho ou estudo, conforme artigo 126 da LEP. Importante ressaltar que quanto se trata de trabalho o regime aberto e o livramento condicional não estão inclusos no benefício, por força da lei 12.433 de 2011, não admitindo analogia neste sentido.

A pena será diminuída no sentido de que a cada três dias trabalhados, será remido um dia da pena do condenado. Respeitando sempre a jornada de trabalho diária, que não poderá ultrapassar o mínimo de seis e o máximo de oito horas laborais, além dos descansos aos domingos e feriados, salvaguardados os casos excepcionais.

Olhando mais uma vez pelo lado humanístico, a lei 7.210/84 fez com que para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem.

Sendo assim, Júlio Fabrinni Mirabete (2013, p. 252) defende que “é possível o preso ao condenado obter o direito à remição de dois dias por três dias de trabalho e estudo, desde que, diariamente, trabalhe por no mínimo seis horas e estude por outras quatro.”

Em acréscimo, para que o condenado tenha essa possibilidade de trabalhar e estudar no mesmo, cabe ao diretor do estabelecimento organizar os horários da melhor maneira possível para não prejudicar o reeducando.

Outra questão importante é a garantia que o apenado tem de que, se acontecer um acidente e ele ficar impossibilitado da prática laboral, o

mesmo continuará a beneficiar-se da remição. Com relação a essa situação, diferentemente do que acontecia anteriormente, não é necessário que esse acidente tenha alguma relação com o trabalho. A única exigência é que o sentenciado estivesse trabalhado antes de tal acidente, e em virtude deste, o preso fique impossibilitado do trabalho.

Poucas situações fazem com o apenado perca os dias adquiridos para gerar a remição, quando, por exemplo, o condenado for penalizado por falta grave. Nesse caso, o juiz poderá revogar o tempo remido em até 1/3 (um terço) e, assim, começará uma nova contagem a partir da data da infração disciplinar (artigo 127 da lei 7.210 de 1984).

A meu ver essa situação é totalmente inconstitucional, pois, claramente o decréscimo dos dias remidos fere o direito adquirido, além de princípios básicos previstos em nossa Magna Carta, tais como o da proporcionalidade, igualdade e individualização da pena. Ora, se o apenado fez jus aos dias remidos, ele já garantiu o direito de remir. O prejuízo deveria ser a perda de benefícios futuros e não os pretéritos.

Importante ressaltar, que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é contrário ao citado acima. A Suprema Corte de nosso país acredita que o condenado que, por exemplo, trabalha três dias, não adquire o direito de remir um da pena, mas apenas tem uma expectativa direito. Sendo assim, o artigo 127 da LEP não feriria o direito adquirido nem qualquer princípio constitucional e, nesse sentido, editou a Súmula Vinculante número 9.

#### **4.2 ADPF 336 e o entendimento da Advocacia Geral da União acerca da problemática referente a remuneração do preso**

Conforme já foi dito, a lei de execuções penais garante ao preso o valor de remuneração de 3/4 (três quartos) do salário mínimo. Parte da doutrina, encabeçada por Renato Duque Estrada, não pactua com tal situação, acreditando ser o condenado merecedor do valor de um salário mínimo completo.

Segundo Luis Orlando Carneiro (internet), o Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, também partilha do entendimento supracitado.

Para o chefe do Ministério Público, a empresa que contratar o preso pagando salário inferior ao mínimo vigente, estará violando princípios constitucionais, tais como, isonomia e dignidade da pessoa humana.

Em acréscimo, a Procuradoria Geral da República ajuizou uma arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 136), posto que a LEP é anterior a nossa Carta Magna, questionando a desconformidade do artigo 29, *caput* da Constituição Federal, já que nossa lei maior não difere o preso que trabalha dos trabalhadores urbanos ou rurais comuns.

Em sentido contrário está a AGU, que entende que o preso não deve receber a integralidade do salário mínimo. Ainda segundo Carneiro, o advogado geral da União e chefe da AGU, Luis Inácio Adams, afirma que o trabalhador comum (urbano ou rural) labora para ter seu próprio sustento e de sua família, já o preso, tem como propósito, com o trabalho, cumprir as finalidades da pena explicitadas na Lei de Execuções Penais.

Neste sentido, Adams baseia seu entendimento na Constituição Federal que justifica o valor do salário mínimo. *In verbis*:

Artigo 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

Sendo assim, para a AGU, não ocorrerá ofensa ao princípio da isonomia, já que o trabalhador preso e o trabalhador comum não são

similares, visto que possuem objetivos distintos com a prática laboral e, portanto, não precisam ter a mesma remuneração.

Com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, este não seria ofendido, com base na ideia de que o preso iria receber sua remuneração em conformidade com o trabalho praticado.

## **5 A AUSÊNCIA DE VAGAS PARA O TRABALHO NO SISTEMA CARCERÁRIO ALAGOANO**

Muitas pessoas gostam de falar que o sistema carcerário está falido. Ora, em meu entender, é humanamente impossível algo que nunca existiu na prática falir. Para exemplificar o que foi dito, basta olhar nossa legislação penal. Ela irá nos apontar três regimes de cumprimento de pena: fechado, semiaberto e o aberto. No estado de Alagoas só existe o regime fechado, nunca fora construído as colônias agrícolas, industriais ou similares, nem também as casas de albergado. Como poderíamos saber se um sistema funciona ou não se nós nunca o pusemos em prática? No referido estado da Federação falta até vagas para os presos trabalharem.

Ao tratar do assunto em sua obra, Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 311) afirma que:

Se o Estado não providencia trabalho ou estudo ao preso, falha no seu dever de manter e fazer funcionar a contento o estabelecimento penitenciário sob seu controle e administração; Esse vício dá ensejo à propositura do incidente de desvio de execução; Cabe ao magistrado utilizar o seu poder de fiscalização para obrigar o órgão competente a tomar medidas cabíveis a suprir a deficiência.

Como já foi dito acima, isso acontece em Alagoas. No relatório descritivo do sistema carcerário alagoano, apresentado pelo professor França Júnior, é possível perceber que, no presídio Cyridião Durval, por exemplo, nem todos os presos que querem trabalhar estão conseguindo, mesmo tendo este direito garantido por lei. Muitos desses reeducandos

estão em uma lista de espera de vagas, aguardando, em alguns casos, um longo período para tal.

Além disso, neste mesmo presídio, nem todos os presos podem ingressar na lista de espera do trabalho, mas apenas aqueles que estão em determinados módulos do presídio. Vejamos o que diz o relatório:

Fomos a dois dos módulos que permitiam a entrada, onde alguns dos presos trabalhavam e outros aguardavam a oportunidade para tal. O acesso ao trabalho, portanto, só é permitido aos presos que estavam em um desses módulos onde se permitia entrar com maior tranquilidade. (FRANÇA JÚNIOR, 2014, p.7)

A legislação penal não diz quais os presos podem ou não trabalhar, mas diz apenas que o trabalho é um direito do reeducando. Se o trabalho é um modo de fazer com que quando eles voltarem à sociedade possam se sustentar sem ter que recorrer ao mundo do crime, como negar esse direito para alguns?

Em acréscimo, importante ressaltar a insegurança que essa situação gera. Ora, se quem estabelece quais os módulos onde os detentos permanecem dentro do presídio é a organização do mesmo, abre uma brecha para que aconteça retaliação ou até mesmo ameaça contra os presidiários, já que estes sabem que se forem colocados em determinados módulos estarão impossibilitados de trabalhar.

A situação não muda quando se muda o presídio alagoano analisado. O presídio Baldomero Cavalcante, também de acordo com o relatório descritivo do sistema carcerário alagoano, apresenta precariedade quando se trata da questão de “vaga de emprego x quantidade de presos que querem trabalhar”. Muitos dos reeducando que lá estão querem exercer seu direito ao trabalho para buscar sair do mundo do crime e para utilizar-se do instituto da remição da pena. (FRANÇA JÚNIOR, 2014)

Citamos dois dos mais conhecidos presídios alagoanos como exemplos para retratar o que acontece em todos os outros. Importante

salientar que apenas um dos presídios foge a essa regra de falta de vaga para trabalho para os seus reeducandos, que é o chamado “Núcleo de Ressocialização”. Neste núcleo todos os sentenciados que lá permanecem estão trabalhando e não há falta vaga laboral.

Como consequência do que foi dito, no núcleo de ressocialização, são aproximadamente de 128 detentos onde menos de 3% voltaram a reincidir, um índice baixíssimo. Os detentos trabalham dentro do prédio ou até mesmo fora dele, em empresas situadas na região do presídio.

O que foi dito mostra mais uma vez a importância, dentre outros questões, do trabalho como uma fonte para um novo caminho na vida do reeducando quando este estiver de volta ao seio da sociedade.

### **5.1 A corrupção**

A palavra corrupção é oriunda do vocábulo latino *corruptos*, que significa “ato de quebrar os pedaços”, isto é, destruir alguma coisa.

Para existir a corrupção alguém deve brindar outrem em recebimento de alguma vantagem, em que muitas vezes irá prejudicar um terceiro interessado.

Segundo Calil Simão (2011), advogado e membro do Instituto Brasileiro de Combate à Corrupção (IBCC), para que esta possa prosperar, é necessário ter a imoralidade das pessoas em fazer seu trabalho voltado a proporcionar o bem comum para a sociedade como um todo.

Com o abandono e a falta de políticas públicas voltadas para o sistema, fica fácil imaginar que muitas das pessoas que lá estão (não todas, que fique claro!) não têm como prioridade dar o seu melhor à sociedade. Sendo assim, são potenciais para a corrupção.

Muitos querem trabalhar e não tem vagas para todos, isso é um fato. Como serão escolhidos os apenados que irão laborar e os que irão agonizar na lista de espera? Não existe uma resposta clara e concreta com requisitos objetivos a serem preenchidos. A lei de execuções penais não trata do assunto, deixando ao bel prazer do responsável. O que existe como

resposta para a pergunta acima é unicamente uma grande incógnita escura e sombria, que deixa as portas não apenas abertas para a corrupção, mas escancaradas.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Atualmente, na Câmara dos Deputados, existe uma Comissão Parlamentar de Inquérito, que visa averiguar a realidade do Sistema Carcerário no Brasil. Essa CPI foi denominada de CPI do Sistema Carcerário.

Analisando o contexto tanto alagoano quanto brasileiro, foi detectada a problemática da ausência de postos de trabalho dentro dos presídios.

Visando alavancar os números de reeducandos laborando, foi proposto pelo relator da CPI, o deputado Sérgio Brito (PSD-BA), a possibilidade de uma possível redução de "encargos sociais devidos pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, em caso de contratação de egressos do sistema prisional ou de pessoas em cumprimento de pena".

Assim sendo, aumentaria o número de empresas que abriam as portas para que o egresso ou o apenado que queria trabalhar, gozando assim de um direito dele garantido por lei.

Com essa possibilidade em mãos, o reeducando aprenderia e/ou evoluiria suas habilidades para uma determinada profissão, tendo ainda uma grande expectativa de ser contratado, inclusive pela mesma empresa, quando voltar ao seio da sociedade.

No mesmo sentido, esse sentenciado (que logo mais virará um egresso) não terá motivos para voltar a delinquir, tendo a pena cumprido uma de suas finalidades, que é a da ressocialização.

Outro conselho da CPI foi a de que o Executivo possa conceder subvenção econômica às pessoas jurídicas que contratarem egressos do sistema carcerário ou pessoas em cumprimento de pena. Consta no presente relatório de sugestões que as empresas que fizerem esse tipo contratação irão receber, de forma mensal, "subvenção econômica no valor

de um salário mínimo por egresso ou pessoa em cumprimento de pena contratado, pelo tempo que durar o contrato de trabalho ou por vinte e quatro meses”.

O que se busca com isso é que o país como um todo possa melhorar a política de trabalho prisional, já que mesmo com o implemento da LEP (Lei 7.210 de 1984), a realidade não é das melhores.

Como sabemos, uma das melhores maneiras de conseguir a tão almejada ressocialização dos presos é por meio do trabalho, e nada mais justo do que o Estado dar incentivos para as empresas que lhe auxiliem nessa missão.

Um preso hoje no Brasil, segundo dados do Relatório da CPI do Sistema Carcerário custa em média R\$ 4.000,00 aos cofres públicos, ou seja, mesmo tendo uma despesa com a subvenção, é muito mais “lucrativo” para o Estado gastar um salário mínimo por apenado trabalhando na empresa, do que voltar a gastar com ele, mais uma vez outros R\$4.000,00, já que o índice de reincidência de quem não trabalha é alto.

Mais uma possível solução encontrada pela CPI, foi uma alteração na lei das licitações (Lei 8.666 de 1993). Assim sendo, o contratado pela Administração Pública teria de reservar 1% (um por cento) da mão de obra para os apenados e egressos do Sistema Carcerário. A exceção para esta regra seria em casos dos serviços de vigilância, segurança, custódia e aqueles que exijam certificação profissional específica.

E, a última sugestão sobre o tema em comento, seria a possibilidade de se “Incluir a qualificação profissional de pessoas em cumprimento de pena no escopo do Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico (Pronatec) e estabelece a obrigatoriedade do ensino profissional no sistema prisional”.

Portando, colocadas em práticas todas essas propostas, o índice de funcionamento e cumprimento das finalidades da pena e do Sistema Carcerário como um todo, de fato iria melhorar, aumentando a capacidade laboral dos apenados e, como consequência, diminuindo a reincidência e ressocializando o preso.



## 7. REFERÊNCIAS

BRASIL, **Código Penal Brasileiro**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>.  
Acesso em: 04 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 04 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei de Execuções Penais**. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em: 05 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. **Câmara dos Deputados.** Proposições legislativas apresentadas pelo relator da CPI do Sistema Carcerário. **Disponível em:** <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/SEGURANCA/493265-PROPOSICOES-LEGISLATIVAS-APRESENTADAS-PELO-RELATOR-DA-CPI-DO-SISTEMA-CARCERARIO.html>> **Acesso em: 10 set. 2015.**

\_\_\_\_\_. **Câmara dos Deputados.** CPI do Sistema carcerário brasileiro: **Relatório Final.** **Disponível em:** <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1366810&filename=REL+2/2015+CPICARCE+%3D%3E+RCP+6/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1366810&filename=REL+2/2015+CPICARCE+%3D%3E+RCP+6/2015)> **Acesso em: 10 set. 2015**

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** Remuneração de presos em três quartos do salário mínimo é tema de ADPF. **Disponível em:** <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=289202>>. **Acesso em: 05 out. 2015.**

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal:** parte geral. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARNEIRO, Luis Orlando. **AGU:** Presos não merecem salário mínimo porque não são trabalhadores. Disponível em: <<http://jota.info/agu-presos-nao-merecem-salario-minimo-porque-nao-sao-trabalhadores>> **Acesso em: 05 out. 2015.**

CÁSSIA, Olívia de. **Falhas no sistema prisional contribuem para reincidência de presos.** Disponível em: <<http://www.tribunahoje.com/blog/6820/olivia-cerqueira/2013/07/28/falhas-no-sistema-prisional-contribuem-para-reincidencia-de-presos.html>>. **Acesso em: 22 ago. 2015.**

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

DELMANTO, Celso; et. al. **Código Penal comentado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FRANÇA JÚNIOR, Francisco de Assis. **Relatório de visitas ao sistema carcerário alagoano**. Disponível em: <<http://francajunioradv.blogspot.com.br/search?updated-max=2015-07-19T20:24:00-03:00&max-results=4>> Acesso em: 10 ago. 2015.

GALANTE, Marcelo. **Para aprender direito: Direito Constitucional**. São Paulo: Barros, Fischer & Associados. 2012.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal: Parte geral**, vol. 1. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 28ª ed. São Paulo: Atlas. 2012.

MASSON, Cléber Rogério. **Direito penal esquematizado: Parte Geral**. São Paulo: Método, 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato. **Manual de Direito Penal**, vol 1. 23ª ed. São Paulo: Atlas. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Lei penais e processuais penais comentadas**, volume 2. 8ª ed. Rio de Janeiro: Gen, 2014.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. **História**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/hist%C3%B3ria>>. Acesso em: 11 set. 2015

PAULA, Ivo de. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Pillares, 2007.

**RESSEL, Sandra. Execução penal: Uma visão humanista. Discussão sobre as penas aplicadas e sua execução. Propostas para uma execução penal humanista. In: Âmbito Jurídico. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2305](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2305)>. Acesso em: 15 set. 2015.**

**ROIG, Rodrigo. Ensaio sobre uma execução penal mais racional e redutora de danos. Disponível em: <<http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/1373/1163>>. Acesso em: 10 ago. 2015.**

**SARAIVA, Renato. Direito do trabalho: versão universitária. 3ª ed. São Paulo: Método. 2010.**

**SIMÃO, Calil. Improbidade Administrativa - Teoria e Prática. Leme: J.H. Mizuno, 2011, p. 34.**

**TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 8ª ed. Salvador: JusPodivm. 2013.**

## **MG ACEITA PAGAMENTO DE ICMS COM PRECATÓRIOS COM DESCONTO DO PROGRAMA REGULARIZE**

**ROBERTO RODRIGUES DE MORAIS:**  
Especialista em Direito Tributário. Ex-Consultor da COAD. Autor do Livro on-line "reduza dívidas previdenciárias".

O Governo de MG reabriu o prazo para o programa REGULARIZE através do Decreto de nº 47.392, de 23/03/2018 introduziu modificações nos Decretos 47.210 e 47.211, de 30-9-2017, para permitir que os contribuintes possam ingressar, no período de 24-3 a 9-12-2017 a 22-6-2018, nos programas de regularização de débitos de ICMS e da Taxa Florestal. O pagamento integral à vista ou da entrada prévia do parcelamento deve ser realizado até 29-6-2018.

Pois bem: A possibilidade de compensação dos precatórios não alimentares com dívidas tributárias existe em decorrência da alteração da CF/1988, materializada pela Emenda Complementar 30/2000, que alterou o artigo 100 da Carta Magna e acrescentou o artigo 78 aos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, *verbis*:

EC 30/2000 - "Artigo 2º: É acrescido, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o artigo 78, com a seguinte redação:

*Artigo 78 - Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o artigo 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de Dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos.  
Parágrafo 2º - As prestações anuais a que se refere o*

*caput deste artigo terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem, poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora."*

A Doutrina já expôs o seu entendimento a respeito da citada Ementa Constitucional. Destacamos, dentre tantas, a opinião do Professor José Otávio de Viana Vaz, opinou sobre o regime jurídico do poder liberatório dos precatórios, com muita propriedade, ensinando que:

*"Por obvio, o "poder liberatório" do valor do precatório somente ocorre quando não há o seu pagamento. Assim, o poder liberatório dos precatórios mais se assemelha à compensação que se dá pela extinção das dívidas até o montante em que se compensarem, quando duas pessoas forem, ao mesmo tempo, credora e devedora uma da outra". (Precatórios - Problemas e Soluções, Coordenador Orlando Vaz, Editora Del Rey, Belo Horizonte/2005)*

A partir de então alguns estados regulamentaram este poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora, ou seja, definiram o *modus operandi* acerto de contas envolvendo seus créditos (tributos vencidos) e seus débitos (precatórios não pagos, em atraso).

No caso específico de Minas Gerais **é possível e vem acontecendo na prática**, uma vez regulamentado pela [lei de nº 14.699, de 06 de agosto de 2003](#), em seu [artigo 11](#), que determinou como se processa a compensação:

*"Artigo 11 - O Poder Executivo autorizará a compensação de crédito inscrito em dívida ativa, com precatórios vencidos ou parcelas vencidas de precatórios parcelados, desde que:*  
*I - não exista precatório de outro credor do Estado anterior, em ordem cronológica, àquele utilizado nos termos do caput deste artigo;*  
*II - o precatório parcelado esteja registrado no sistema de registro de precatórios;*  
*III - não tenha havido o pagamento do precatório ou da*

*parcela até o último dia do exercício financeiro em que deveria ter sido liquidado,"*

Outrossim, o **PRECATÓRIO como GARANTIA DE DÍVIDA TRIBUTÁRIA, vem tendo acolhida pelo Judiciário Estadual**, uma vez que o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais vem admitindo reiteradamente a PENHORA DE PRECATÓRIO para posterior compensação, nas Execuções Fiscais promovidas pelo Estado, conforme pode-se ver em vários julgados, dentre os quais selecionamos a seguinte EMENTA:

*EXECUÇÃO - PENHORA - PAGAMENTO - COMPENSAÇÃO - PRECATÓRIO. A penhora realizada nos autos da execução fiscal possui a finalidade de individualizar o bem, colocando-o à disposição do órgão judicial, de modo que, às suas custas, torne-se possível satisfazer o crédito excutido, devendo ser observado o princípio de não onerar, desnecessariamente, o devedor, sendo indiscutível que a penhora de precatório alimentar de autarquia estadual deve ser admitida, porquanto trata-se de dinheiro do próprio Estado. O pedido de compensação de créditos é vedado para créditos tributários, a teor do que dispõe o [artigo 16, § 3º da Lei de Execução Fiscal](#). (Ac. 1.0024.05.647218-6(1), DJ de 30/11/2005.*

A Jurisprudência do TJMG está em consonância com o Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, que decidiu – através da **1ª Seção** - de forma definitiva sobre a PENHORA de PRECATÓRIO, pacificando a Jurisprudência a respeito do tema, conforme vemos na EMENTA a seguir:

*EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA DE PRECATÓRIO - PESSOA JURÍDICA DISTINTA DA EXEQÜENTE - POSSIBILIDADE.*

*1. É pacífico nesta Corte o entendimento acerca da possibilidade de nomeação à penhora de precatório, uma vez que a gradação estabelecida no [artigo 11 da Lei nº 6.830/80](#) e no [artigo 656 do Código de Processo](#)*

*Civil* tem caráter relativo, por força das circunstâncias e do interesse das partes em cada caso concreto.  
2. Execução que se deve operar pelo meio menos gravoso ao devedor. Penhora de precatório correspondente à penhora de crédito. Assim, nenhum impedimento para que a penhora recaia sobre precatório expedido por pessoa jurídica distinta da exeqüente.

3. Nada impede, por outro lado, que a penhora recaia sobre precatório cuja devedora seja outra entidade pública que não a própria exeqüente. A penhora de crédito em que o devedor é terceiro é prevista expressamente no [art. 671 do CPC](#). A recusa, por parte do exeqüente, da nomeação à penhora de crédito previsto em precatório devido por terceiro pode ser justificada por qualquer das causas previstas no CPC ([art. 656](#)), mas não pela impenhorabilidade do bem oferecido. (Min. Teori Albino Zavascki, AgRg no REsp. 826.260/RS)

Embargos de divergência providos. (REsp 819052 / RS ; EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO RECURSO ESPECIAL 2006/0122648-4)

"O crédito representado por precatório é bem penhorável, mesmo que a entidade dele devedora não seja a própria exeqüente. Assim, a recusa, por parte do exeqüente, da nomeação feita pelo executado, pode ser justificada por qualquer das causas previstas no CPC ([art. 656](#)), mas não pela impenhorabilidade do bem oferecido." (REsp 870428 / RS, 1ª Seção, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 13.08.2007 p. 328).

A questão está pacífica: Previsto na Constituição, regulamentada em Lei Estadual e com firme Jurisprudência em todas as Instâncias e Tribunais.

Como estamos vivendo um momento singular no País, com crescimento visível da Economia, regularizar dívidas para com o Estado, aproveitando do deságio obtido na aquisição do precatório, é uma



alternativa inteligente e oportuna, pois empresa sem débito tributário - com CNP e bom cadastro - tem oportunidade de embarcar nesta onda do crescimento.

O Decreto estadual MG de nº 47.392/2018/ prevê em seu artigo 7º:

**Art. 7º** - *O pagamento do crédito tributário com as reduções previstas neste decreto poderá ser à vista ou parcelado, mediante:*

.....

*II - precatório, observados os limites previstos no § 2º;*

Trata-se de oportunidade singular para as três partes serem solucionadas suas pendências: O Estado de Minas Gerais, que recebe seus créditos vencidos; Os empresários, que se vêem livres de Dívidas Ativa e seus conseqüentes desgastes (Oficiais de Justiça na porta da empresa, Penhora *online*, Penhora normal, Leilão, etc..) e os Credores dos Precatórios, recebendo seus valores que há tempos espera, depois de longa demanda judicial. É o caminho mais fácil para tornar célere o desfecho para todas as partes envolvidas.

## SINDICALISMO E DIREITOS SOCIAIS NO REGIME MILITAR (1964-1985)

**LUCAS SALES DA COSTA:** Juiz de Direito Substituto do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Ex-Advogado da União. Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (CE). Pós-Graduado em Processo Civil pela Faculdade Christus (CE). Pós-Graduado em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP/DF). Autor do livro: Constitucionalismo, direitos sociais e atuação do Poder Judiciário.

**Resumo:** Examina-se a atuação do regime militar no que concerne à sistemática do Estado de bem-estar, com ênfase na questão social e no sindicalismo. O artigo não se descarta também de mirar as características da expansão desse regime de direitos no período histórico analisado, bem como o grau de eficácia das políticas públicas operadas pelo Estado no contexto da proteção social.

**Palavras-chaves:** Direito Constitucional. Histórico das Constituições brasileiras. Regime militar. Direitos sociais.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1. A questão social. 2.1.1. O sindicalismo. 2.1.2. A ampliação do regime de direitos sociais. 2.1.3. O impacto das políticas de direitos sociais. 3. Conclusão. 4. Referencial teórico.

---

### 1 Introdução

O período histórico objeto deste artigo inicia-se com a imposição de um regime militar cuja forte marca é a violência contra os direitos civis e políticos, paralelamente a uma aceleração incontornável dos direitos sociais. Fórmula, portanto, semelhante à que vigorara no Estado Novo.

As diferenças com o período anterior, o regime democrático de 1946 a 1964, são, contudo, destacáveis, uma vez que, enquanto este se caracterizou pela expansão dos direitos civis e políticos em contrapartida ao lento avanço dos direitos sociais, de 1964 a 1985, conviver-se-á com o oposto.

O texto que segue intenta traçar alguns ensinamentos sobre a questão social em tal quadro histórico, de notórias e imensas turbulências na relação entre sociedade e Estado.

## **2 Desenvolvimento**

### **2.1 A questão social**

A ampliação do regime de direitos sociais nos vinte e um anos do período militar é uma constatação inequívoca, porquanto a ênfase dada a tais direitos e o grau de amplitude alcançado refletem a manutenção da evolução sistemática do constitucionalismo social. Intocável mesmo sob a repressão austera do regime autoritário, os direitos sociais prosseguirão sua marcha na esteira da consolidação e da expansão do sistema brasileiro de proteção social.

Impõe-se não confundir, contudo, a consolidação institucional e a expansão do regime de direitos sociais com o grau de eficácia das políticas realizadas, de sorte que se procederá, doravante, a alguns comentários acerca dessas considerações, bem como a algumas proposições atinentes ao movimento sindical, relevante instrumento reivindicatório da classe trabalhadora.

#### **2.1.1 O sindicalismo**

Desde o primeiro ato institucional, os militares davam mostras de que interveriam nos dirigentes sindicais e em suas entidades, e, sob esse pretexto, foram praticadas intercessões em centenas de sindicatos profissionais e em dezenas de federações estaduais, interestaduais e nacionais.

Sob essa ótica, depreende-se a preocupação do regime em combater a intitulada "república sindicalista", demonstrando o governo que não pretendia assentar-se no movimento operário organizado nem conviver com a dinâmica do sistema populista constante do período anterior a 64, no qual, como ensinam D'Araujo e Soares (1994, p. 290):

[...] a incorporação política e social das classes subalternas se deu sobretudo através do mecanismo de cooptação pelo Estado e sob controle dos setores dominantes, reforçando a segmentação da classe trabalhadora e produzindo um perfil de demandas e resistências particularistas e corporativamente articuladas, com tendência a se constituírem em obstáculos à universalização dos direitos sociais. Construíram-se assim fortes relações de interesses entre burocracias públicas e sindicais, na concessão e

troca de benefícios (através de um sistema de barganhas), frustrando quaisquer tentativas de unificação, homogeneização e universalização dos benefícios. [...] o regime militar rompeu imediatamente esse padrão histórico de cooptação de grupos corporativamente organizados, quebrando pela força as resistências e impondo pela autoridade as mudanças.

Corolário dessa constatação é a aprovação da lei de greve em junho de 1964, regulamentando o art. 158 da Constituição de 1946, no qual se assegurava esse direito com as condicionantes reguladas pelo legislador. Realmente, as exigências burocráticas tornaram praticamente impossível a realização de paralisações legais, inviabilizando-se o exercício do direito de greve como instrumento de aquisição de novos direitos.<sup>[1]</sup>

Nessa direção, o governo passaria a exercer amplo controle sobre as organizações e os trabalhadores, “ficando, assim, juridicamente aparelhado para dar andamento ao seu programa de desenvolvimento, sem temer reações sindicais em favor de aumentos salariais” (D’ARAUJO; SOARES, 1994, p.290).

A repressão consistente do regime militar às direções sindicais vinculadas ao populismo não foi, assim, fortuita e revela a consciência do governo de que era preciso interromper a dinâmica dos movimentos contestatórios, manejando-os a fim de que imprimissem os planejamentos governamentais sem o risco de inesperados acontecimentos capazes de impedir os fluxos do modelo político-econômico, concentrador de rendas e aberto ao capital internacional.

No entanto, nem mesmo o autoritarismo logrou silenciar os sindicatos. O movimento operário aflorou, no regime de 1964, particularmente no governo Geisel, com novo ímpeto e com novas feições, ressurgindo mediante formas independentes do controle do Estado e organizando-se, muitas vezes, com a vivência no interior das empresas, onde os trabalhadores ampliaram as comissões de fábricas, em contraste com a estrutura formalista-burocrática dominada por pelegos, herança do Estado Novo.

As deliberações finais eram tomadas em grandes assembleias, e não por uma pequena cúpula de dirigentes. Outro aspecto revelador da luta por autonomia era a busca de negociação direta com os empregadores por meio de contratos coletivos, meio de escapar da Justiça do Trabalho, o que revela o desprezo dos novos movimentos pelo poder público na resolução dos inúmeros conflitos envolvendo patrão e empregado.

Era também forte a presença de sindicatos rurais, que, ausentes até 1963, não tiveram seu crescimento interrompido durante todo o período militar. Igualmente intensas eram as reivindicações sindicais de inúmeras categorias, como operários, professores, médicos, camponeses, funcionários públicos, motoristas de ônibus, bancários e motoristas de táxi.

Foi sob os anos da ditadura que as organizações sindicais mais atuantes enxergaram as possibilidades oferecidas pela normatização da Justiça do Trabalho como alternativa à indisposição para a negociação coletiva do empresariado nacional.

Desenvolvendo essa técnica, tais sindicatos “obtiveram garantias[2]jurídicas inexistentes à época na Constituição e não previstas pela CLT”, o que revelava a existência de segmentos modernos do sindicalismo capacitados a utilizar o “sentimento de culpa nacional pelo abandono em que haviam permanecido graves problemas sociais”.

Se a Carta de 37, de conteúdo autoritário e centralista, levou à estrutura sindical brasileira uma concepção de sindicato como órgão de cooperação entre patrão e empregado e o Estado, o novo sindicalismo, não hesitando em manter-se independente do poder público, buscava transformar o sistema antigo em representação autêntica do operariado.

As características inovadoras do movimento sindical no período do regime militar são incontestes, e seu maior mérito reside na ampliação da pauta de reivindicações, em parte avessa ao formalismo da CLT e não mais restrita às questões meramente salariais.

Embora traduzissem um pioneirismo significativo, os ideais de autonomia e liberdade, que nutriam as campanhas desenvolvidas pelo novo sindicalismo, “não derrotaram o modelo corporativista adotado pela Carta Constitucional de 37 e pela CLT de 43”, pois prevaleceu o “silêncio das novas gerações” de sindicalistas em face daqueles que defendiam maior democratização das atividades associativas.

Isso revelava que a estrutura herdada diretamente do Estado Novo encontrava-se longe de ser inteiramente extirpada e exigia uma atuação mais coerente dos novos dirigentes sindicais em relação ao que sempre denunciaram e combateram (D’ARAUJO; SOARES, 1999, p.119).

### **2.1.2 A ampliação do regime de direitos sociais**

As inovações introduzidas pelo regime militar no sistema constitucional brasileiro de proteção social foram inúmeras e refletem a continuidade da evolução sistemática dos direitos sociais no País. Os governos militares, ao mesmo tempo que tolhiam o exercício dos direitos

civis e políticos, davam prosseguimento ao processo de constituição do sistema brasileiro de democratização social.

O regime alcançou êxito, em especial, no que tange à unificação e à universalização da previdência, área de amplitude intangível até 1964, preparando um plano de reforma liderado pelo primeiro Ministro do Trabalho dos governos militares.

Nessa direção, em 1966, foi criado o Instituto Nacional da Previdência Social (INPS), que extinguiu os IAPS e unificava o sistema, com exceção do funcionalismo público, civil e militar, que ainda conservava seus próprios institutos. Homogeneizaram-se os benefícios de aposentadoria, pensão, assistência médica e seguro de acidentes de trabalho, eliminando-se o poder de influência dos sindicatos, que passavam a submeter-se quase completamente à burocracia estatal.

O escopo de universalização da previdência foi igualmente atingido com a criação, em pleno fervor da repressão, do Fundo de Assistência Rural (Funrural), que incluía os trabalhadores do campo no plano dos beneficiários. Embora limitada a proteção a que passou a ter direito o trabalhador rural quando comparada com a destinada aos urbanos, “de qualquer maneira, os eternos párias do sistema, os trabalhadores rurais, tinham, afinal, direito a aposentadoria e pensão, além de assistência médica [...]” (CARVALHO, 2001, p.171).

Ademais, várias outras categorias sociais foram incorporadas nesta etapa de universalização do regime previdenciário: empregados domésticos, garimpeiros, pescadores, jogador profissional de futebol, ministros religiosos e estudantes.

No que respeita à política educacional, inovadoras foram a criação de uma fonte adicional de receita, o salário-educação, com o condão de impulsionar a construção de um sistema nacional de ensino que se ensaiava desde o final dos anos 40, e a modernização da reforma universitária, consubstanciada na forte expansão do sistema de ensino de terceiro grau e na participação crescente do setor privado.

Nesse diapasão, um novo ciclo de inovação e modernização processar-se ia à década de 60, “com o reforço da rede de universidades federais e a formação do sistema nacional de pós-graduação (sistema CNPq - Capes) e do sistema de fomento e financiamento da pesquisa (Finep/CNPq etc.)” (D’ARAUJO; SOARES, 1994, p. 281).

Importantes modificações foram também introduzidas em 1971, atingindo diretamente os níveis primário e secundário de ensino, com a extensão da educação básica de quatro para oito anos e com o realce da afirmação da gratuidade e da obrigatoriedade do ensino de primeiro grau.

Na área da saúde, tentou-se organizar um efetivo sistema que conjugasse as estruturas de saúde pública, desenvolvidas pelo governo federal e por ações de Estados e Municípios, e de medicina previdenciária, realizadas pelos serviços assistenciais vinculados primeiramente aos IAPS e, após 1967, ao INPS/INAMPS.

Os militares não lograram êxito em definir uma política de saúde mais harmonizada que extirpasse a estrutura desintegrada e tradicionalmente apoiada na separação prevenção/cura, impossibilitando-se um planejamento uniforme e um maior grau de eficácia. No entanto, uma tentativa de unificação entre níveis de governo e tipos de atuação foi feita em 1975, com a lei nº 6.229, que criou o Sistema Nacional de Saúde:

Bastante ambiciosa nos seus objetivos, tal legislação não teve sucesso na sua implementação e foi sucedida por alguns outros planos que, de alguma maneira, buscavam a integração pretendida: o Programa de Interiorização das Ações de Saúde (Piass), do Ministério da Saúde (MS), em 1976; o Prev-Saúde, do MS e do Ministério da Previdência e da Assistência Social (MPAS), de 1980; o Conselho Consultivo de Administração Previdenciária (Conasp), em 1981; e, finalmente, em 1984, as Ações Integradas de Saúde (AIS). Seguramente, foi com as AIS que se deu, já no ambiente da transição, a mais séria tentativa de reverter o modelo anterior, não lograda pelos planos citados (D'ARAUJO; SOARES, 1994, p.285).

De qualquer modo, todavia, o País ainda teria de aguardar até o final dos anos 80 – com a criação do Suds/SUS – para ver encetada a efetiva construção de um sistema nacional e integrado de saúde, com o foco em estratégias que orientassem as práticas de planejamento e gestão setoriais (VIANA; BAPTISTA, 2012, p. 97).

No campo das políticas de assistência social, em que se inserem os programas de alimentação e nutrição, o regime militar também não se mostrou omissor. O Brasil sempre desenvolveu programas de assistência pública através de ações, nos três níveis de governo, de natureza esporádica e emergencial, mas foi apenas em 1969 que nossa primeira instituição de assistência social de âmbito nacional, a Legião Brasileira de Assistência (LBA), foi transformada em fundação e, em 1974, integrada à área previdenciária.

Já em 1964 foi criada a Fundação Nacional para o Bem-Estar do Menor (Funabem), em substituição ao Serviço de Assistência ao Menor, atuante através das Febem, organismos estaduais submetidos às diretrizes e à fiscalização do governo federal.

Outra área de política assistencial impulsionada pelos militares, os programas de alimentação e nutrição ganharam corpo com projetos de intervenção do governo em alguns segmentos: a suplementação alimentar das pessoas carentes, por intermédio do Programa de Nutrição em Saúde (PNS), do Programa de Merenda Escolar (Pnae), do Programa de Complementação Alimentar (PCA) e do Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), e a racionalização do sistema de produção e comercialização dos alimentos essenciais, como incentivo ao pequeno produtor rural, através de programas como o Programa de Aquisição de Alimentos em Áreas Rurais de Baixa Renda (Procab) e o Programa de Abastecimento em Áreas Urbanas de Baixa Renda (Proab) (D'ARAUJO; SOARES, 1994, p.286).

Todo esse corpo organizacional e diretivo, compreendido pela LBA, pela Funabem, pelas Febem e pelo Instituto Nacional de Alimentação e Nutrição (Inan), cuja criação respondia pela formulação, coordenação e controle da política da área, deu substância à seara de política assistencial, englobando recursos financeiros, burocráticos e administrativos significativos, principalmente a partir da segunda metade dos anos 70.

Finalmente, constata-se a inovação do regime no que tange à política habitacional, o que representa um avanço formidável quando aferidos os objetivos e as metas específicas empreendidas pelos militares. Nessa direção, sabido que as ações anteriormente levantadas pelos IAPs e pela Fundação da Casa Popular eram circunstanciais e de modesto desempenho, tratou o governo militar de lidar com a problemática.

Em 1964, com a criação do Serviço Federal de Habitação e Urbanismo, do Banco Nacional de Habitação (BNH) e do Plano Nacional de Habitação, definiram-se os alicerces da política habitacional para o País. A base financeira do sistema lastrear-se-ia no saldo das aplicações do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), que funcionava como um seguro-desemprego, e nos depósitos das cadernetas de poupança.

A criação do BNH objetivava fomentar o mercado de acesso à casa própria, concebido segundo classes de renda distribuídas em três segmentos: "o popular, constituído de famílias com renda até três salários mínimos; o econômico, com renda entre três e seis; e o médio, de seis para cima" (D'ARAUJO; SOARES, 1994, p.288).

### **2.1.3 O impacto das políticas de direitos sociais**



Viram-se, no tópico anterior, várias medidas executadas pelo Estado em diversos setores das políticas de direitos sociais, das quais são exemplos a expansão das matrículas escolares, das consultas médicas e dos benefícios previdenciários, as incorporações ao regime assistencialista de categorias sociais até então excluídas dos projetos públicos e as pioneiras políticas habitacionais fomentadoras do acesso à casa própria.

É ilusório imaginar, contudo, que à ampliação quantitativa atinente ao regime de direitos sociais corresponderia, necessariamente, um efetivo desempenho das políticas postas em prática, como se fosse possível, a partir da mera proclamação de direitos, vencer o imenso fosso existente entre o texto e a realidade.

A permanência – ou mesmo o crescimento – dos graus de pobreza, desigualdade de renda e exclusão dos serviços e benefícios sociais demonstram a insuficiência dos programas sociais e seu impacto modesto, problemática que a consolidação institucional e a expansão do Estado Providência, consignadas no regime militar, não conseguiram resolver.

No início dos anos 80, a taxa de analfabetismo da população adulta ainda contornava os 25%, e, em relação ao grau de escolaridade das pessoas com mais de 10 anos, cerca de 23% destas não conseguiram completar um ano de instrução, enquanto somente 18,3% tinham conseguido atingir ou superar oito anos de escolaridade.

Se, por um lado, o acesso à escola básica generalizava-se, mais de 50% dos alunos, por outro, não conseguiam completar as duas primeiras séries, e menos de 25% completavam o primeiro grau (PATARRA, 1991).

Alguns indicadores sociais revelam também que, no início dos anos 80, 60% das residências não possuíam rede de esgoto nem fossa séptica, 29,9% não se vinculavam a redes de água, 51,8% não eram atendidas por serviços de coleta de lixo e 25% ainda não eram beneficiárias de iluminação elétrica (PATARRA, 1991).

Os segurados da previdência social, nos anos 80, não superavam 50% da população economicamente ativa, o que reflete que a maior parte da população trabalhadora continuava à margem dessa básica proteção.

Outrossim, o desintegrado sistema de saúde, conquanto houvesse universalizado o atendimento de urgência e ampliado seus equipamentos e sua produção, prosseguia incapaz de satisfazer a população em geral.

No que tange à política habitacional, área de inovação da intervenção social estatal, suas distorções e a lógica mercadológica

implicaram que apenas um quinto de suas aplicações contemplava os mutuários com renda familiar até cinco salários mínimos. Operou-se, segundo D'Araujo e Soares (1994, p.288), a lógica

[...] do autofinanciamento, a do retorno dos investimentos, afastando-se qualquer outra que supusesse subsídios aos estratos de menor capacidade de pagamento. Essa estrutura e essa lógica fizeram com que o sistema se afastasse dos programas destinados às camadas populares, reforçando aqueles para a classe média, com maiores garantias de retorno.

Persistiam ainda os graus intoleráveis dos indicadores do estado nutricional das crianças, especialmente nas regiões mais desfavorecidas, as quais continham os piores indicadores de saúde e de vida, reflexo das gritantes diferenças entre raças e gêneros, entre urbanos e rurais e, principalmente, entre regiões.

Uma simples análise de dados estatísticos revela as imensas mazelas sociais das quais ainda permanecia vítima grande parte da população brasileira. As dimensões institucionais e financeiras inéditas adquiridas pelas políticas de direitos sociais, somadas ao acelerado crescimento econômico vivenciado pelo País sob o regime militar, não implicou consideráveis diminuições da pobreza e das desigualdades sociais. Urge questionar, ligeiramente, as razões mais profundas dessa constatação.

Não se pretendem esgotar as inúmeras justificativas lançadas à discussão pelos estudiosos dos motivos que explicam o baixo grau de efetividade dessas políticas, mas é relevante que se façam alguns comentários pertinentes.

Remanesciam não apenas problemas de planejamento e de gasto, mas de engenharia institucional, controle e gestão, eficácia, agilidade e inibição de eventuais dificuldades, desafios de difícil solução para o regime.

Cabe lembrar que muitos dos limites – atribuídos ao sistema – dessas políticas aprimoradas no regime militar tocam questões de emprego, salários, distribuição de renda e, portanto, outros elementos da política do Estado, que só reuniriam condições de atenuar ou resolver a problemática social caso persistisse o crescimento da economia, o equilíbrio fiscal e outros eventos às vezes longe do total poder das decisões governamentais.

É incorreto, desse modo, atribuir unicamente ao descaso dos governantes ou aos mecanismos coercitivos e repressivos do regime as razões do baixo grau de efetividade de suas políticas de direitos sociais. Se

houve certa indiferença no enfrentamento da questão social, a qual, na prática, foi muitas vezes sobrepujada pelas estratégias de estabilização, crescimento econômico e abertura política dos governos militares, deve-se enxergar que havia importantes fatores condicionantes do desempenho dessas políticas, muitos residentes fora do alcance das decisões dos governantes e sujeitos aos fluxos inconstantes do sistema econômico global.

Convém compreender, todavia, o regime militar como um período em que, a despeito das restrições dos direitos civis e políticos por um modo autoritário de governar essencialmente avesso ao exercício democrático que norteia os ideais da cidadania, a expansão do sistema de proteção social produziu efeitos positivos.

No entanto, mesmo sendo indiscutível a atuação do governo no planejamento dos incontáveis programas sociais aqui tratados, é preciso, frise-se, registrar que seu impacto foi muito modesto e que o País experimentou, entre os anos 60 e 80, taxas baixíssimas de redução da pobreza absoluta e viu ampliadas as desigualdades sociais.

### **3 Conclusão**

O interregno histórico analisado permite examinar a continuidade da evolução do constitucionalismo social no Brasil, e, conquanto seja inequívoca a repressão que o caracterizou, o regime militar legou virtudes, não se podendo negar o avanço que ele representou no que se refere à sistematização de um regime de direitos sociais.

O regime militar, iniciado em 1964, inaugura, por meio de sua Constituição de 1967, tempos de redução da autonomia individual, permitindo a suspensão de direitos e garantias constitucionais. De outro lado, porém, chega mesmo a definir de modo juridicamente mais sistematizado os direitos dos trabalhadores, recepcionando direitos sociais em sua quase totalidade e ampliando mesmo alguns deles, como os direitos previdenciários.

### **4 Referencial teórico**

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: O Longo Caminho*. São Paulo: Civilização Brasileira, 2001.

COSTA, Luís Amad. MELLO, Leonel Itaussu. *História do Brasil*. 11ª ed. São Paulo: Editora Scipione, 1999.

D' ARAUJO, Maria Celina; SOARES, Gláucio Ary Dillon. *21 anos de Regime Militar*. Rio de Janeiro: FGV, 1994.

VIANA, Ana Luiza D'Ávila; BAPTISTA, Tatiana Wargas de Faria. Análise de Políticas de Saúde. In: GIOVANELLA, Livia *et al. Políticas e Sistema de Saúde no Brasil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Fiocruz, CEBES, 2012.

PATARRA, Neide *et al. Demografia*. Documento de Trabalho/QS 11. São Paulo: FUNDAP, 1991.

NOTAS:

---

[1]Acrescenta-se que “a lei proibia as greves de natureza política, social ou religiosa, bem como as que pudessem ocorrer em setores que prestassem serviços essenciais. A interpretação do tipo da greve ficava a cargo dos que detinham o poder e, na prática, quase todas as greves tornaram-se ilegais” (COSTA; MELLO, 1999, p.358).

[2]Assinalam D'Araujo e Soares (1994, p.119) que “entre várias outras garantias poderiam ser lembradas as estabilidades especiais e transitórias, como a da gestante, do menor alistado para prestar serviço militar obrigatório, do acidentado no trabalho, do trabalhador na iminência da aposentadoria. Também pela via dos dissídios coletivos foram alcançadas a sobretaxação das horas extras, o pagamento em envelope ou documento similar discriminando sua composição e detalhando os descontos retidos pelo empregador, a isonomia salarial entre substituto e substituído, ampliação do período de aviso prévio”.

## **DESAFIOS DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO DIANTE DA COMPLEXIDADE AMBIENTAL: ACERCA DA NECESSIDADE DE UMA ANÁLISE TRANSDISCIPLINAR NO DIREITO AMBIENTAL**

**BRENDA DA SILVA ALVES:** Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG), com destaque acadêmico reconhecido pelo Prêmio Presidente Justino Vasconcellos (ESA/OAB - RS). Advogada com inscrição na OAB-RS.

**RESUMO:** Este trabalho objetiva demonstrar os desafios que o ordenamento jurídico pátrio enfrenta diante da complexidade ambiental. Para tanto, recorre-se à necessária perspectiva transdisciplinar, com o intuito de comprovar que as questões ambientais transcendem a unicidade disciplinar, mais precisamente a unicidade da ciência jurídica. Em que pese ressaltada a efetivação de importantes instrumentos na defesa ambiental, tanto sob à ótica normativa, quanto principiológica e jurídico-processual, procurou-se demonstrar a superficialidade e oscilação da argumentação jurídica ao abordar as questões ecológicas. Circunstância, esta, que afasta o ordenamento da indispensável visão holística, que considera o ambiente como uma teia inter-relacionada, da qual o homem faz parte, paradigma, este, que deveria pairar sobre o conceito de meio ambiente ecologicamente equilibrado. Assim, é notório que a efetiva realização da ordem ambiental está umbilicalmente relacionada e diretamente proporcional à sadia qualidade de vida e, por conseguinte, à consolidação do princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, defende-se, no presente trabalho, que a ciência jurídica representa importante patamar da efetivação ambiental, não obstante tal constatação, verifica-se que a unicidade jurídica é insuficiente, porquanto o alcance da consolidação jurídico-ecológica requer investimento e ampliação das políticas públicas de conscientização ambiental, das quais devem participar os diferentes ramos plurais e transdisciplinares da sociedade.

**Palavras-chave:** Direito Ambiental. Complexidade. Enfoque transdisciplinar.

**ABSTRACT:** This paper aims to show the challenges faced by the patrio legal planning towards the environmental complexity. To do so, it has been resorted to necessary transdisciplinary perspective, as the will to prove that the environmental questions transcend the disciplinary uniqueness, specifically the legal science uniqueness. In spite highlighted the effectuation of important tools in the environmental defense, as much through the optical norm as principled legal-procedural, it was focused to demonstrate the superficiality and oscillation of the legal argumentation while approaching ecological questions. Such a circumstance that calls away the planning of the indispensable holistic view, that considers the environment as a net inter-related, from which man is part of, such paradigm, that ought to hover over the concept of ecologically balanced environment. So, it's known that the effective environmental planning is inextricably related and directly proportional to healthy life quality, thus, to the consolidation of the principle of the human person dignity. Indeed, it has been defended, in the present paper, that the legal science represents important level to the environmental effectuation, notwithstanding such finding, it has confirmed that the legal uniqueness is not enough, in because the legal-ecological consolidation scope requires investment and expansion of the public polices and environmental awareness, of which should take part the different plural and transdisciplinary branches of the society

**Keywords:** Environmental Law. Complexity. Transdisciplinary Focus.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. CAPÍTULO I. HISTÓRICO DO PROCESSO AMBIENTAL BRASILEIRO. 1.1. O Movimento Ambiental Brasileiro. 1.1.1. Política Nacional do Meio Ambiente: Lei nº 6.938/81. 1.2. A evolução da tutela ambiental diante dos preceitos versados pela Constituição Federal de 1988 – direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. 1.2.1. Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento. 1.3. Princípios ambientais consagrados no ordenamento jurídico. 1.3.1. Princípios da prevenção e da precaução. 1.3.2. Princípio do poluidor-pagador. 1.3.3. Princípio da proibição do retrocesso ambiental. CAPÍTULO II. A NECESSIDADE DE UMA ANÁLISE TRANSDISCIPLINAR NO DIREITO AMBIENTAL ANTE A COMPLEXIDADE DE FENÔMENOS SOCIOAMBIENTAIS. 2.1. O protagonismo judicial e a (in) suficiência da

fundamentação jurídica. 2.2. Enfrentamento da problemática das comunidades tradicionais residentes em áreas preservadas. 2.3. A questão indígena no Brasil à luz do posicionamento do STF: breve análise do caso "Raposa Serra do Sol". CAPÍTULO III. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL À LUZ DAS AÇÕES AMBIENTAIS: O RE (PENSAR) ACERCA DA DEFESA AMBIENTAL. 3.1. O abrigo e fortalecimento da jurisdição constitucional pela Constituição Federal de 1988. 3.2. Importantes ações constitucionais que compõem a tutela jurídico-ambiental 58 3.2.1. Ação Civil Pública. 3.2.2. Ação Popular. 3.2.3. Mandado de Injunção. 3.3. O (re) pensar das escolhas jurídicas, políticas e sociais em virtude da defesa ambiental. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

## INTRODUÇÃO

A temática ambiental tem demonstrado desafio inquietante ao ordenamento jurídico, porquanto revela matéria imbuída de análise que transcende a unicidade jurídica.

Pois bem. O presente trabalho busca refletir acerca dos desafios que assolam o ordenamento jurídico diante da complexidade ambiental, desafios, estes, representados, principalmente, pela jurisdicionalização da problemática ambiental que se mostra reiteradamente presente na matéria objeto dos julgados dos tribunais pátrios. Para tanto, far-se-á análise sob à ótica transdisciplinar, a partir da qual se concebe que a complexidade do estudo ambiental transcende os estudos pelas diversas ciências, notadamente pela ciência jurídica.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado classifica-se como direito fundamental de terceira dimensão, caracterizado pelas dimensões metaindividual e difusa que expressa. Direito fundamental, este, umbilicalmente relacionado com a possibilidade de alcance de uma sadia qualidade de vida e, por conseguinte, atrelado ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, porquanto a existência digna requer a fruição de ar respirável, água potável, biodiversidade, diversidade de ecossistemas e demais condições que serão tratadas no presente. Razões, estas, por que

o enfrentamento sob à luz da argumentação jurídica deve estar para além da subsunção normativa, a fim de que se possa alcançar o Estado Ambiental almejado pela vigente Constituição Cidadã.

Obviamente, a pretensão do presente estudo não se mostra plausível a analisar a temática ambiental sob à luz técnica de outras disciplinas, mas tem o propósito de demonstrar a fragilidade sobre a qual se assentam algumas decisões proferidas pelos Tribunais Pátrios, bem como certas espécies normativas no âmbito ambiental, o que reforça a imperiosa necessidade de modificação de paradigma jurídico a fim de abraçar o pluralismo que emerge das diversas dimensões de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. E mais: ressaltar que o problema ambiental é onipresente, ou seja, não se trata de questão a ser unicamente resolvida pelo ordenamento jurídico, mas sim a partir da ótica social e política, principalmente da implementação de políticas públicas.

Pois bem. O primeiro capítulo objetiva elucidar acerca do contexto da ascensão ambiental no Brasil. Para tanto, são traçadas as décadas de 60 e 70 como marco do descortinar ecológico que, em companhia dos demais movimentos que surgem no seio da atividade operária, ganha força com a emergência da crítica que se opõe não apenas ao modo de produção, mas também ao modo de vida como um todo. Tinha-se, portanto, momento e terreno oportunos para a proliferação dos ideais ecologicamente relevantes, os quais iluminaram a ascensão da problemática ambiental. .

No aludido capítulo, por oportuno, refere-se acerca da Lei nº 6.938/81, que inaugurou a denominada Política Nacional do Meio Ambiente e todos os instrumentos que irradiaram importantes concepções ecológicas no ordenamento nacional. O diploma legal em comento, por seu turno, foi recepcionado e ratificado pela Constituição Federal de 1988, que dedicou seu capítulo VI exclusivamente ao Meio Ambiente, ocasião em que elencado o meio ambiente como direito fundamental de terceira dimensão, umbilicalmente relacionado com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, circunstância, esta, que justifica, conforme será desenvolvido, a proteção do direito ambiental com relação à atuação do Poder Constituinte Reformador.



Com efeito, tais premissas, que demonstram expressiva importância para consolidação de uma sensibilidade ecológica, estão relacionadas e possuem assento na fortificação de importantes princípios, os quais têm gênese nos ideais consolidados na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a partir da qual ratificados importantes atos normativos de cunho internacional a ensejar novas concepções da atividade legiferante.

Assim, dentre os princípios vigentes no ordenamento jurídico-ambiental, concedeu-se destaque aos seguintes: princípios da prevenção e da precaução, que funcionam como instrumentos da tutela ambiental, atuando como fontes de limitações da iniciativa privada, de tal sorte que todas as atividades que representem significativo impacto ambiental devem se submeter ao respectivo licenciamento, forma, esta, de prevenir a ocorrência de dano ambiental; princípio do poluidor-pagador, que atua nos casos de inobservância dos anteriores, porquanto consagra importante marco da responsabilidade civil ambiental. Destacou-se, por último, o princípio da proibição do retrocesso que encontra amplo fundamento na ideia de direito ambiental como direito fundamental vedado à reforma constitucional.

Por conseguinte, o segundo capítulo tem como escopo a insuficiência da argumentação jurídica no trato das questões ambientais objeto da atividade jurisdicional. Para tanto, será analisada certa crítica formulada por doutrina consagrada acerca do protagonismo judicial, muitas vezes despreparado para analisar e interpretar as questões que lhe são postas. Com o intuito de ilustrar a temática aduzida, argumentou-se sob à ótica das comunidades tradicionais, mais precisamente das populações quilombolas residentes em áreas preservadas. Em seguida, tratou-se sobre a questão indígena, destacando-se o respaldo argumentativo sobre o qual se assentou o julgado do Supremo Tribunal Federal consistente na demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol, no estado de Roraima. Circunstâncias, estas, que mostram a aproximação ecológica das populações tradicionais, em detrimento do afastamento do homem urbano com relação à natureza.

Por fim, o último capítulo tem por objeto o renascer da jurisdição constitucional pela redemocratização política abrigada pela vigente Lei Maior, oportunidade em que analisadas as denominadas ações ambientais, tais como a Ação Civil Pública; Ação Popular e Mandado de Injunção, elencadas, estas, como importantes e eficazes instrumentos da defesa ambiental vigentes no ordenamento, os quais atuarão nos casos em que inviabilizada a prevenção do dano e ocasionada a necessidade da responsabilização pela conduta ambientalmente lesiva.

Com efeito, verificada a existência de importantes instrumentos judiciais da defesa ecológica, partiu-se para a perspectiva do necessário repensar das escolhas ambientais que serão refletidas nas esferas políticas, jurídicas e sociais, destacando-se para a ideia do pluralismo jurídico do qual o movimento ambiental faz parte, razão por que necessária a implementação de novo paradigma para a efetivação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Para além disso, a busca pelo novo paradigma transcende a jurisdicionalização para se aproximar do efetivo investimento em políticas públicas em prol da conscientização ecológica. No último capítulo, demonstrou-se, mediante exemplo concreto, acerca da efetivação de projetos que evidenciam a necessidade da reunião comunitária dos diversos ramos sociais: comunidade tradicionais, autoridades rurais, bem assim priorizam a valorização da inclusão da problemática ambiental como pauta e objeto das políticas públicas almejadas e efetivadas pelo Estado Democrático de Direito.

## Capítulo i

### histórico do processo ambiental brasileiro

No presente capítulo, tratar-se-á acerca da trajetória ambiental pela qual passou o Estado de Direito até alcançar (ou almejar) o denominado Estado de Direito Ambiental, para tanto será necessário, inevitavelmente, percorrer acerca da atividade legiferante durante o período que será objeto de análise, porquanto o Poder Constituinte tanto na sua forma originária quanto derivada é determinante para o

renascer de uma nova ordem constitucional, a partir da qual poderá ser recepcionada a ordem infraconstitucional antiga e elaborada o novo direito.

Com efeito, analisar-se-á o contexto jurídico-ambiental e social vigente em momento anterior à promulgação da atual Constituição da República, bem assim a produção legislativa durante o aludido período. Em seguida, será demonstrado o florescer do reconhecimento do meio ambiente ecologicamente equilibrado, como direito fundamental, com a edição da Constituição Cidadã, no que é corroborado pela irradiação de legislações ambientalmente relevantes tanto no âmbito nacional quanto internacional, sendo este consubstanciado, principalmente, nos Tratados Internacionais produtos da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, dentre os quais se destacará, no presente trabalho, a Convenção sobre a Diversidade Biológica, a Agenda 21 e a Declaração do Rio. Atividade internacional, esta, que irradiou preceitos sobre a produção normativa, seja sob o ponto de vista de normas de natureza primária quanto secundária, bem assim sobre a atividade de cunho principiológico, conforme será demonstrado ao longo do presente capítulo.

Assim, buscar-se-á trazer à baila espécie de trajetória percorrida pelo ordenamento jurídico no que tange à problemática ambiental, a partir do que será observada, por conseguinte, que não obstante tal caminho seja imbuído de louváveis objetivos ambientalmente relevantes, existem falhas e fragilidades imperceptíveis e irresolvíveis sob o ponto de vista meramente jurídico, carecendo, portanto, da ótica transdisciplinar.

### 1.1. O Movimento Ambiental Brasileiro

No contexto do presente trabalho, optou-se por desenvolver, brevemente, acerca do movimento ambiental no Brasil a partir das décadas de 60 e 70,<sup>[1]</sup> por se tratar de momento peculiar para o emergir do pensamento ecológico. Tratava-se, portanto, de período ditatorial que se abateu de forma cruel sobre vários movimentos, como o estudantil e sindical. Em razão disso, a esquerda política nacional atribuía o

subdesenvolvimento nacional à ação imperialista consubstanciada na política latifundiária nacional, porquanto exatamente com fulcro no capital internacional que se desenvolveu a ideia de que o país alcançaria seu maior desenvolvimento industrial. Dessa forma, a industrialização fez emergir com força o movimento operário, conforme pensamento melhor elaborado nas palavras do renomado geógrafo Dr. Carlos Walter Porto Gonçalves:

*A década de 1960 marca a emergência, no plano político, de uma série de movimentos sociais, dentre os quais o ecológico (...) o movimento operário constituía o eixo em torno do qual se fazia a crítica teórica e prática da ordem instituída e o capitalismo aparecia como a causa de todos os males com que os homens de defrontavam. Toda uma cultura, cujas matrizes estão localizadas no século XIX, havia se desenvolvido no interior do movimento operário. [2]*

A década de 60 vivencia, portanto, o crescimento de movimentos que criticam não apenas o modo de produção, mas o modo de vida como um todo. Tinha-se, portanto, terreno fértil para a proliferação da defesa ecológica. Além disso, já em tempo de finais da década de setenta, por força da anistia, muitos exilados políticos retornam ao Brasil imbuídos de ideais importados dos movimentos ambientais europeus, merecendo destaque José Lutzemberger, ex-agrônomo de uma empresa de agrotóxicos multinacional, que, rompendo seu paradigma anterior, assume posição conhecida por todos, com relação ao destaque na luta ambiental e social.[3]

Pois bem. Elucidada a questão acerca da emergência do movimento ambiental no Brasil, analisar-se-á no que tange às formas de relação entre o homem e o ambiente, para, posteriormente, seguir o estudo acerca da trajetória pela qual percorreu o ordenamento jurídico ambiental até alcançar - ou almejar - o Estado de Direito Ambiental.

Primeiramente, há que se ressaltar a denominada *visão antropocêntrica tradicional*, cujo conceito alcança a ideia de preocupação única e exclusiva com o bem-estar do homem, encontrando respaldo no conceito de antropocentrismo utilitarista, em que analisada apenas a utilidade direta do patrimônio natural, esclarecendo-se que tal visão já se encontra um tanto diminuída (nem sempre superada), o que é demonstrado pela jurisprudência produzida pelos tribunais de *terrae brasiliis*<sup>[4]</sup> cuja análise será melhor realizada no capítulo 2 do presente.

Em continuidade, destaca-se a *visão ecológica profunda*. Veja-se que, segundo Capra,<sup>[5]</sup> as novas concepções de física acarretaram modificações de paradigma: da visão de mundo mecanicista de Descartes e de Newton para uma visão holística, ecológica. Prefere o aludido autor referir o conceito de "ecológico", o qual encontra assento na diferenciação entre ecologia rasa e ecologia profunda, cuja origem data da década de 70, assim, segundo Capra, é a partir da ecologia profunda que se verifica como primeiro pressuposto a ideia de compreender a natureza como sujeito de direito, superando seu patamar de objeto. Nas palavras do físico idealizador de tal fundamento:

*A ecologia rasa é antropocêntrica, ou centralizada no ser humano. Ela vê os seres humanos como situados acima ou fora da natureza, como a fonte de todos os valores, e atribui apenas um valor instrumental, ou de "uso", à natureza. A ecologia profunda não separa seres humanos – ou qualquer outra coisa – do meio ambiente natural. Ela vê o mundo não como uma coleção de objetos isolados, mas como uma rede de fenômenos que estão fundamentalmente interconectados e são interdependentes. A ecologia profunda reconhece o valor intrínseco de todos os seres vivos e concebe os seres humanos apenas como um fio particular na teia da vida. [6]*

Não obstante a aludida concepção, a partir da qual se verifica ausência de dissociação entre os seres humanos e o meio ambiente naturalmente concebido, observa-se que o ordenamento constitucional adotou a visão *antropocêntrica alargada*, visão, esta, que representa, inegavelmente, certa ampliação de enfoque se comparada ao *antropocentrismo tradicional*, porquanto fez consagrar a ideia de que o meio ambiente é *res communes omnium*, cuja proteção deve se dar em atendimento ao viés intergeracional que representa, concebendo-se o meio ambiente, portanto, como direito fundamental, nos termos do artigo 225 da CRFB/88. Entretanto, é notório que a concepção *antropocêntrica alargada* demonstra fragilidade empírica e teórica se comparada à *ecologia profunda*, porquanto ainda atrelada ao conceito dissociativo de homem e natureza, desprovida, assim, da ideia de que há uma única teia complexa da qual a humanidade faz parte. [7]

A propósito, imperioso destaque e reflexão merecem os argumentos sobre os quais se assenta François Ost, [8] no tocante à *ecologia profunda*, porquanto fundamenta o autor em comento que o aludido preceito ecológico não contempla a "medida justa relativamente ao direito, que é, ora completamente subordinado à lei da natureza, ora hipostasiado às dimensões da terra inteira (pan-juridicismo)." Nesse sentido, tenta buscar o justo meio localizado entre aquilo que costuma denominar de monismo da *deep ecology* e dualismo da modernidade cartesiana, tudo a tentar solucionar a problemática ambiental, transcreve-se para te de sua lição:

*Este confusionismo identitário gera dois erros aparentemente opostos e, no entanto, solidários: o naturalismo e o antropomorfismo. Em virtude do primeiro, a natureza é projectada na cultura, que ela acaba por absorver por completo (...). Pelo contrário, em virtude do antropomorfismo, o homem projecta sobre a natureza a sua visão das coisas, uma determinada visão das coisas, necessariamente datada e localizada. [9]*

Veja-se, contudo, que não obstante o novo paradigma científico anunciado por Capra, consistente no abandono da visão mecanicista de

Descartes em virtude da ascensão da ótica holístico-ecológica, verifica-se certo descompasso da ciência jurídica<sup>[10]</sup> ao tentar (des) acompanhar o aludido paradigma, porquanto, muitas vezes, ratifica-se a velocidade da atividade antrópica em detrimento do valor que contempla o meio ambiente na sua forma holística. Assim referia Rachel Carson, pesquisadora e símbolo da luta ecológica, notadamente pelo fim dos pesticidas (agrotóxicos), em sua obra "Primavera Silenciosa":

*O mais alarmante de todos os assaltos contra o meio ambiente, efetuados pelo homem, é representado pela contaminação do ar, da terra, dos rios e dos mares, por vias de maneiras perigosas e até letais. Esta poluição é, em sua maior parte, irremediável; a cadeia de males que ela inicia, não apenas no mundo que deve sustentar a vida, mas também nos tecidos vivos, é, em sua maior parte, irreversível (...). A rapidez da mudança e a velocidade com que novas situações se criam acompanham o ritmo impetuoso e insensato do Homem, ao invés de acompanhar o passo deliberado da Natureza. [11]*

Assim, é possível afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro ao tempo em que, por muitas vezes, acompanha a rapidez das atividades empreendedoras humanas, não abandonou a lógica mecanicista cartesiana, razão por que deixa de seguir a imperiosa visão que enxerga o homem e meio ambiente como componentes de uma única rede fenomenológica. Paradigma, este, que é construído no seio da conscientização ambiental da sociedade, consoante se depreende da relação ecológica mantida pelas populações tradicionais, tais como indígenas e quilombolas, da qual, infelizmente, o homem urbano afastou-se, conforme será objeto do capítulo 2 do presente.

### 1.1.1. Política Nacional do Meio Ambiente: Lei nº 6.938/81

A Lei nº 6.938/81, que instituiu a denominada Política Nacional do Meio Ambiente, restou promulgada sete anos antes da Constituição da República Federativa do Brasil, com ampla influência do avanço oriundo da Conferência de Estocolmo, de 1972. Com efeito, a partir de tal inovação legislativa, verificou-se um importante “passo” legislativo no que tange à proteção ambiental, de forma a determinar o desenvolvimento e implementação prática de importantes ações ambientais no país: legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação a tutelar o meio ambiente, legitimidade, esta, posteriormente confirmada pela Lei da ação civil pública (Lei nº 7.347/85); objetivos claramente previstos no corpo de seu artigo 4º; instituiu o Sisnama (Sistema Nacional de Meio Ambiente), bem assim, principalmente, delineou a responsabilidade objetiva dos danos ambientais, cuja confirmação se deu pela promulgação de da CRFB/88. [12]

Com efeito, partindo-se da premissa de que a regra da vida é a imprevisibilidade, consubstanciada em estruturas dissipativas básicas de todos os sistemas vivos (inclusive os humanos), estruturas, estas, afastadas do equilíbrio, verifica-se que, a partir de tal análise, melhor se compreende não apenas a natureza, como é fornecido auxílio para a integração humana em tal ambiente natural. Veja-se, a propósito, que considerar o meio ambiente como interações de ordem física, química e biológica, conforme disposto no diploma legal em comento, [13] é elencar, sim, os seres humanos no conceito de meio ambiente e não dissipá-lo, como, costumeiramente, ocorre na atividade legal e jurídico-interpretativa. Melhor traduzindo tal desiderato, transcreve-se a lição de Capra:

*Em vez de ser uma máquina, a natureza como um todo se revela, em última análise, mais parecida com a natureza humana – imprevisível, sensível ao mundo circunvizinho, influenciada por pequenas flutuações. Consequentemente, a maneira apropriada de nos aproximarmos da natureza para aprender acerca de sua complexidade e da sua beleza não é por meio da dominação e do controle,*



*mas sim, por meio do respeito, da cooperação e do diálogo. [14]*

Assim, o disposto no artigo 2º, inciso X, da lei comento, elenca o princípio da educação ambiental, o qual é de notória importância para a compreensão e efetivação das políticas preservacionistas, porquanto a partir de tal premissa, que foi recepcionada pela Constituição Cidadã, com fulcro no artigo 225, inciso VI, [15] verificada a edição da Lei nº 9.795/99, que, ao implantar a denominada Política Nacional de Educação Ambiental, evidencia importantes aspectos, tais como o respeito e o diálogo necessários à diversidade e pluralismo local, bem assim a concepção transdisciplinar e holística imprescindíveis à compreensão da complexidade ambiental, paradigma legal, este, que, pragmaticamente, muito se aproxima da lição de Capra supra referida.

1.2. A evolução da tutela ambiental diante dos preceitos versados pela Constituição Federal de 1988 – direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

Os direitos fundamentais são concebidos como estruturantes do Estado Democrático de Direito, com o intuito de tornar possível a participação popular e social na tomada de decisões, bem como estabelecer formas de limitação do poder estatal. Nas sábias palavras de Paulo Bonavides: “Os direitos fundamentais são o oxigênio das Constituições democráticas”. [16]

Com efeito, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil trouxe consigo o espírito de elevar o meio ambiente a direito fundamental. O texto do artigo 225, que ilumina o capítulo a tratar de tal matéria, dispõe expressamente que *todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (...)*. Direito fundamental, este, elencado pela melhor doutrina como direito de terceira dimensão, cuja titularidade é, portanto, caracterizada como coletiva. [17]

No tocante às dimensões de direitos fundamentais, há de se esclarecer que são traduzidas em três, sendo a primeira referente às liberdades individuais, a segunda relativa aos direitos sociais e a terceira relacionada aos chamados direitos difusos. A melhor esclarecer o descortinar de tais diferentes dimensões, destaca-se o ensinamento de Norberto Bobbio:

*Com relação ao primeiro processo, ocorreu a passagem dos direitos de liberdade – das chamadas liberdades negativas, de religião, de opinião, de imprensa, etc. – para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado. Com relação ao segundo, ocorreu a passagem da consideração do indivíduo humano uti singulis, que foi o primeiro sujeito ao qual se atribuíram direitos naturais (ou morais) – em outras palavras, da “pessoa” – para sujeitos diferentes do indivíduo, como a família, as minorias étnicas e religiosas, toda a humanidade em seu conjunto (...); e além dos indivíduos humanos considerados singularmente ou nas diversas comunidades reais ou ideais que os representam, até mesmo para sujeitos diferentes dos homens, como os animais. Nos movimentos ecológicos, está emergindo quase que um direito da natureza a ser respeitada ou não explorada, onde as palavras “respeito” e “exploração” são exatamente as mesmas usadas tradicionalmente na definição e justificação dos direitos do homem. [18]*

O descortinar do reconhecimento do denominado Estado de Direito Ambiental possui como pressuposto uma complexa modificação socioambiental, na qual Estado e Sociedade, conscientes do estado de crise, tornem a desenvolver aparatos e medidas passíveis de assegurar o equilíbrio ecológico com a conseqüente sadia qualidade de vida, em

expresso consentâneo com o princípio da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1º, III da CRFB/88.

A propósito, a conscientização de tal Estado deve ser originária notadamente de uma relação umbilical entre as manifestações políticas, econômicas, culturais e sociais e a consequente atuação Estatal,<sup>[19]</sup> que se traduz, principalmente, no *status* constitucional assegurado ao meio ambiente, o que em se tratando da Constituição Federal de 1988, há de se destacar que foi precursora na história constitucional brasileira a dedicar capítulo exclusivo ao meio ambiente (capítulo VI), o que veio a ser “o núcleo normativo do Direito Ambiental brasileiro”.<sup>[20]</sup>

Em sendo assim, não se pode olvidar acerca da lição do renomado Pós-Dr. José Rubens Morato Leite, segundo o qual:

*O Estado de Direito do Ambiente é uma construção teórica que se projeta no mundo real ainda como devir. A despeito desse fato, a relevância do paradigma proposto deve ser observada para uma melhor compreensão das novas exigências impostas pela sociedade moderna, especialmente quando se considera o constante agravamento da crise ambiental.* <sup>[21]</sup>

Por conta disso, a busca pela elevação do direito ambiental a direito fundamental encontra sua gênese em fundamentos do dever jurídico de proteção, que movimenta toda a comunidade, em outras palavras, a gestão ambiental deve se dar de forma compartilhada: Estado contando com ampla participação da sociedade, porquanto sendo o meio ambiente objeto de proteção sob à ótica transindividual, sua proteção deve contar com a participação de todos os cidadãos, sendo esta a lógica da construção de um Estado denominado Estado Ambiental: garantia do meio ambiente ecologicamente equilibrado mediante a defesa do Poder Público e da coletividade. <sup>[22]</sup>

A corroborar o posicionamento aqui elencado, destaca-se que o nobre jurista já citado, José Rubens Morato Leite, elenca que a conscientização e,

consequentemente, a viabilização da ideia de direito ambiental integrativo é essencial para restar efetivado o Estado de Direito Ambiental, em suas palavras: “partindo-se do pressuposto de que o meio ambiente deve ser concebido como unitário e indivisível, conclui-se que sua defesa requer abordagens multitemáticas capazes de considerar e incorporar sua amplitude”,<sup>[23]</sup> bem assim, na mesma esteira de raciocínio, ressalta que a avaliação dos riscos causados ao meio ambiente pelas atividades humanas deve ser objeto da jurisdição ambiental, porquanto o direito não deve se ocupar apenas de riscos “previsíveis” e danos “evidentes”. Fundamento, este, que é ratificado por obras dedicadas à pesquisa relacionada à biodiversidade, tal como lecionado por Robert Barbault quando refere acerca do conceito de biologia da conservação:

*Quando da entrada do século vinte, um dos obstáculos epistemológicos maiores encontrados pelos naturalistas foi a impressionante e fascinante multiplicidade de espécies selvagens, que apresentavam uma considerável diversidade de histórias de vida, de formas e de tamanhos corporais. Como sair de uma tal visão atomizada da natureza? Como tomar em contra tudo isto através de um enquadramento científico que o torne inteligível, generalizável? O conceito de sistema ecológico tem fornecido, nas décadas pós-guerra, esta abordagem integrativa e funcional tão esperada pela ecologia em pleno crescimento e, em seguida, numa segunda fase nos anos 80, pela biologia da conservação. [24]*

Assim, considerando tratar-se a concepção de Estado de Direito Ambiental conceito umbilicalmente relacionado à integração e complexidade que envolve o estudo e análise da aludida problemática, imperioso que seja dinamizado e incentivado o diálogo com as demais ciências, bem como seja incorporada a amplitude que circunda a questão ambiental, circunstância, esta, que deve ser observada e verificada quando se trata acerca dos princípios que embasam o Direito Ambiental.

A partir de tal assertiva, pode-se afirmar que, sendo o meio ambiente direito fundamental, é possível atribuir-lhe três características, quais sejam: possui aplicabilidade imediata com fulcro no artigo 5º, §1º da CRFB/88, é matéria indisponível ao Poder Constituinte Reformador (cláusula pétrea), consoante art. 60, §4º, inciso IV da CRFB/88,<sup>[25]</sup> bem como possui hierarquia constitucional, sendo, portanto, parâmetro para a realização do controle de constitucionalidade. Merece destaque, por conseguinte, lição esclarecedora do constitucionalista Luís Roberto Barroso no que tange à extensão da limitação material prevista no artigo 60, §4º, IV da CRFB/88 aos demais direitos fundamentais alocados nas diferentes classificações de suas dimensões, *in verbis*:

*A posição por nós defendida vem expressa a seguir e se socorre de um dos princípios fundamentos do Estado constitucional brasileiro: a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Esse princípio integra a identidade política, ética e jurídica da Constituição e, como consequência, não pode ser objeto de emenda tendente à sua abolição, por estar protegido por uma limitação material implícita ao poder de reforma. Pois bem: é a partir do núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana que se irradiam todos os direitos materialmente fundamentais, que devem receber proteção máxima independente de sua posição formal, da geração a que pertencem e do tipo de prestação a que dão ensejo (...). Em suma: não apenas os direitos individuais, mas também os direitos fundamentais materiais como um todo estão protegidos em face do constituinte reformador ou de segundo grau. Alguns exemplos: o direito social à educação fundamental gratuita (CF, art. 208, I), o direito político a não alteração das regras do processo eleitoral a menos de um ano do pleito (CF, art.*

16) ou o direito difuso de acesso à água potável ou ao ar respirável. [26]

### **1.2.1. Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (RIO 92)**

Em 1992 foi realizada, no Rio de Janeiro, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO/92), na qual restaram formalizados importantes Tratados Internacionais tendo por objeto a problemática ambiental. A propósito, destacam-se a “Convenção sobre a Diversidade Biológica”, “Agenda 21” e a “Declaração do Rio”.

No tocante à “Convenção sobre a Diversidade Biológica”, [27] destaca-se a sua importância na proteção da biodiversidade, atuando como embasamento a fundamentar e direcionar a atividade legislativa de preservação das espécies. Nesse sentido, destaca-se, exemplificativamente, a Instrução Normativa MMA nº 05/2004, [28] que, com fundamento em artigos da aludida Convenção, [29] elenca importante lista de espécies de peixes e invertebrados aquáticos conceituados como sobreexplotados, ameaçados de sobreexploração e ameaçados de extinção, [30] sendo que estes últimos tratam-se de espécies cuja captura é proibida, consoante artigo 3º da normativa em comento, sob pena de responsabilização civil, administrativa e, inclusive, de configuração de crime ambiental. [31]

A propósito, destaca-se a melhor lição acerca do tema em análise, nas palavras de Sarita Albagli: “A CDB trata a conservação de modo associado ao uso sustentável da biodiversidade, condicionando o acesso a recursos genéticos à transferência de tecnologias e incorporando a preocupação com os interesses e direitos das populações tradicionais”. [32]

No que tange à Agenda 21, [33] destaca-se sua importância notadamente no que tange à implementação dos princípios delineados na Declaração do Rio, bem assim no tocante a fortalecimento das comunidades indígenas e tradicionais. [34]

No concernente à Declaração do Rio, [35] conhecida como *Carta da Terra*, merece salutar relevância, porquanto elenca rol composto de 27 princípios, a partir dos quais implementados importantes mandamentos

principiológicos no ordenamento pátrio, notadamente o princípio da precaução, que será a seguir analisado.

A Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO/92) traduziu o anseio social que almejava modificações de paradigma da visão ambiental. Não obstante o avanço do diálogo e dos Tratados produtos de tal Conferência serem de extrema importância e irradiação em todas as esferas do ordenamento jurídico pátrio, mais uma vez, demonstrou-se a dissociação do ser humano com relação ao meio ambiente natural do qual somos proveniente. [36]

### 1.3. Princípios ambientais consagrados no ordenamento jurídico

É de extrema importância compreender acerca dos princípios que embasam o Direito Ambiental, porquanto é a partir de tais mandamentos que muitas normas, decisões e estudos quanto à matéria em questão são formulados.

Pois bem. Nas palavras de Eros Grau, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, a lecionar acerca da principiologia jurídica:

*A conexão aglutinadora das normas que compõem o sistema jurídico – daí a sua unidade – encontra-se nos princípios gerais do direito (de cada direito). Mas é necessário sabermos, não obstante, que os princípios também são normas. As normas compreendem um gênero, do qual são espécies as regras e os princípios. Além disso, como não há, concretamente, o direito senão os direitos, devo reiterar: esses princípios gerais do direito realizam-se, concretamente, no bojo de cada direito, como princípios gerais do (deste) direito.[37]*

Nesse sentido, buscou-se trazer à baila, de forma explicativa, 3 (três) princípios ambientais com relevante notoriedade no contexto jurídico-

normativo, os quais serão a seguir analisados.<sup>[38]</sup> Veja-se que a principiologia ambiental é essencial para respaldar a razão na qual se assentam os instrumentos de defesa ecológica, tais como a Ação Civil Pública, Ação Popular e Mandado de Injunção, que serão melhor desenvolvidos no último capítulo do presente.

### **1.3.1. Princípios da prevenção e da precaução**

Os princípios em comento encontram respaldo na peculiaridade do dano ambiental, por se tratar de dano de valoração complexa, a atingir, muitas vezes, indeterminado número de agentes e ecossistemas, porquanto sustenta caráter coletivo *lato sensu*,<sup>[39]</sup> bem como por se tratar de impacto de cunho intergeracional, a se prolongar no tempo. <sup>[40]</sup>

A propósito, pode-se afirmar que, não obstante alguns autores os elenquem como mandamentos sinônimos, ambos possuem significados e aplicabilidade diferenciados para outros doutrinadores. <sup>[41]</sup> Sob o ponto de vista mais pragmático, destaca-se a lição de Celso Fiorillo: “Reiteramos, portanto, que manifestação já realizada que pretender desenvolver no plano constitucional brasileiro uma diferença entre prevenção e precaução seria, em nossa opinião, despiciendo”. <sup>[42]</sup>

Ressalta-se, portanto, que ambos dizem respeito aos riscos que as atividades humanas acarretam ao equilíbrio ambiental. O princípio da prevenção é aplicável quanto aos danos, cujos impactos possuem maior probabilidade de previsão e quantificação, dessa forma, age-se no sentido de mitigar os impactos previstos, já o princípio da precaução diz respeito às atividades humanas sobre as quais paira ideia de incerteza acerca dos danos delas decorrentes, assim, em tais casos, o benefício oriundo da atividade antrópica é extremamente desproporcional ao impacto negativo que tal atividade poderia gerar, impacto, este, que externa incerteza científica acerca de sua amplitude. <sup>[43]</sup>

Com efeito, no plano normativo internacional verifica-se a adoção do princípio da precaução no Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro,<sup>[44]</sup> elaborada na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (RIO/92), da qual o Brasil é signatário. No



mesmo sentido, imperioso destacar o artigo 225, §1º, incisos IV e V da CRFB/88,[\[45\]](#) a partir dos quais definida a importância da verificação dos riscos oriundos das atividades ambientalmente lesivas, consubstanciados, principalmente, nos Estudos de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), cuja aferição é feita tanto na esfera civil e penal, quanto na administrativa.

A partir de tais premissas, verifica-se a fragilidade da ciência jurídica para aferir o temido risco que a atividade antrópica pode gerar ao equilíbrio ambiental,[\[46\]](#) de tal sorte que se chega ao extremo de tipificar princípios, cujo efeito pragmático se confunde, a fim de que se possa chegar ao consenso acerca da amplitude e “certeza” dos efeitos oriundos das cotidianas atividades humanas. Por conta disso, é imperioso que exista um maior diálogo interdisciplinar da ciência jurídica com as demais ciências naturais, quando se trata da problemática ambiental. Nesse sentido, destaca-se a lição de Edward Wilson, segundo o qual:

*O imperativo ético deve ser, portanto, prudência acima de tudo. Devemos considerar cada partícula de biodiversidade inestimável, insubstituível, enquanto aprendemos a usá-la e a compreender o que significa para a humanidade. Não devemos intencionalmente permitir que nenhuma espécie ou raça se extinga. Devemos ir além de mero salvamento e começar a restaurar os ambientes naturais, a fim de ampliar as populações selvagens e estancar a hemorragia da riqueza biológica. [\[47\]](#)*

Veja-se que quando o aludido autor refere sobre a “prudência” necessária quando se está perante de questões que envolvam a inestimável biodiversidade que nos cerca, há de se levar em consideração acerca dos critérios a serem aferidos para determinado licenciamento ambiental em atividades de mineração, por exemplo, bem como no tocante ao embasamento científico que norteia a edição de atos normativos que elencam espécies de invertebrados aquáticos e peixes sobreexplorados e

ameaçados de extinção.<sup>[48]</sup> Instrumentos, estes, que no seio de sua formulação dependem de análises que transcendem a unicidade jurídica.

Com efeito, acaso reste inviabilizado estudo que atue de maneira precavida e preventiva acerca dos danos oriundos das atividades antrópicas, haverá de ser feito uso da restauração dos ambientes, circunstância que dificilmente atua de forma eficaz, porquanto não restaura o meio ambiente à sua composição original.<sup>[49]</sup> Não é outra a lição de Vladimir Passos de Freitas:

***Na verdade, a reparação busca colocar o bem ambiental ofendido no seu estado anterior, o que nem sempre é fácil ou mesmo possível. Ou, em certos casos, depende da passagem de muitos anos, pois o bem ofendido necessita de tempo para recuperar-se. O exemplo mais exacerbado disso é o depósito de lixo nuclear. [50]***

Aliás, ainda é oportuno que se trace parâmetro a relacionar a efetivação das ideias de prevenção e precaução com a participação popular nas questões ambientais, engajamento, este, que se traduz em conscientização ambiental a ensejar importante passo de cunho preventivo com relação à ocorrência de eventuais danos ambientais, porquanto o exercício da cidadania ecológica é essencial à mitigação dos impactos à natureza. Assim, sustenta-se que os princípios em epígrafe encontram ampla relação com o princípio da participação popular, cujo principal embasamento é representado pelo princípio 10, da Declaração do Rio, *in verbis*:

*A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas*

*comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos.*

### **1.3.2. Princípio do poluidor-pagador**

O princípio do poluidor-pagador já constava na Declaração do Rio,<sup>[51]</sup> datada de 1992. Isso porque o processo produtivo pressupõe a ocorrência de prejuízos, os quais deverão ser suportados por aqueles que os causarem e, conseqüentemente, auferirem o lucro decorrente da atividade privada. A ilustrar o tema ora em análise, merece transcrição a elucidativa análise de Maria Claudia Brauner:

*O risco ambiental é entendido como uma medida de possíveis danos que uma atividade econômica pode causar ao meio ambiente. A correspondência entre o risco ambiental e demais riscos enfrentados pelas empresas está fundamentada no princípio do poluidor-pagador. Por esse princípio se busca internalizar os custos da degradação ambiental no processo produtivo de qualquer atividade econômica, de modo a evitar que apenas os lucros de uma atividade sejam privatizados e os custos do dano ambiental sejam socializados. Assim, o risco ambiental passa a ser traduzido como custo financeiro. [52]*

Trata-se, portanto, daqueles casos em que insuficientes as medidas de prevenção e precaução, conforme acima exposto, ocasião em que os responsáveis deverão reparar os danos acarretados ao meio ambiente, atuando tal responsabilização de forma objetiva, de modo que não se

analisa acerca da existência de dolo ou culpa na conduta danosa. Nesse sentido, destaca-se a esclarecedora lição de Carlos André Birnfeld:

*Responde o agente causador, assim, pelo simples fato de praticar a atividade da qual decorra o resultado lesivo, aja ele com ou sem qualquer grau de culpabilidade, ao abrigo ou ao desabrigo da lei, autorizado ou não pela autoridade competente. Contanto que da sua atividade, omissiva ou comissiva, sobressaia um resultado lesivo, havendo, portanto, nexos de causalidade, responderá pela reparação deste. [53]*

A propósito, a noção de poluidor-pagador ilustra paradigma que irradia por todo o conceito de dano ambiental, porquanto a engendrar a responsabilidade ambiental, sob à ótica civil, basta a existência da conduta e do dano, sendo inaplicável eventual quebra do nexos pelas tradicionais excludentes de responsabilidade, por força da teoria do risco-integral, bem como dispensável eventual investigação acerca da culpa, porquanto se trata de responsabilidade objetiva, nos termos do artigo 14, §1º da Lei nº 6.938/81. [54]

Ademais, no tocante à reparação do dano ambiental, cuja pedra fundamental encontra assento no princípio do poluidor-pagador, há de ser ressaltado que, não obstante seja a conduta lícita, a reparação civil pode ser exigida, porquanto, diferentemente da tipicidade e antijuridicidade penal, nas quais deve haver a subsunção da conduta ao tipo penal a fim de se verificar eventual responsabilização, a esfera cível, por seu turno, exige apenas certo nível de tolerabilidade da conduta antissocial que prejudica o sistema ecológico. Por conta disso, a prática de conduta lícita, mas lesiva, pode, sim, ser objeto de responsabilização na esfera civil.

Destaca-se, ainda, que, em que pese a importância da teorização e aplicação de tal princípio, é notória a dificuldade de se vislumbrar a quantificação do dano ambiental, seja este patrimonial ou extrapatrimonial, notadamente quando se trata de dano com caráter difuso, que muitas

vezes, acarreta compensação pecuniária a ser revertida a determinado Fundo, nos termos da Lei nº 7.347/85. A melhor ilustrar, transcreve-se decisão elencada por Morato Leite acerca do reconhecimento do dano ambiental extrapatrimonial (moral) e sua quantificação:

*Especial destaque deve ser dado àquela que pode ser considerada, até o momento, a mais significativa decisão judicial reconhecendo a existência do dano ambiental extrapatrimonial difuso. Trata-se de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em 07/08/2002, nos autos do processo referente à Apelação Cível 2001.001.14586.60 O Município do Rio de Janeiro propôs ação civil pública objetivando a reparação de danos ambientais materiais e extrapatrimoniais, decorrentes do corte de árvores, supressão de sub-bosque e início de construção não licenciada em terreno próximo ao Parque Estadual da Pedra Branca. Pelo juízo singular foram acolhidos os pedidos de condenação na obrigação de desfazer as obras irregularmente executadas e de plantar 2.800 mudas de árvores de espécies nativas, com o objetivo de promover a recuperação da área degradada, ou seja, reparar os danos ambientais materiais. [55]*

Assim, não obstante a elevada e indiscutível importância do princípio em questão, verifica-se a sua fragilidade na oportunidade da efetiva quantificação do dano, notadamente quando se trata de dano ambiental difuso e extrapatrimonial. Em razão disso, observa-se a importância dos princípios da precaução e prevenção no trato da problemática ambiental, haja vista que o cuidado ambiental diz respeito ao atendimento à dignidade da pessoa humana, ao acesso ao ambiente equilibrado e tal acesso é melhor garantido por estudos que bem definam a efetiva prevenção do

dano e não pela reparação posterior e pecuniária, razão por que se deve priorizar a verificação acerca dos riscos oriundos da atividade antrópica ambientalmente lesiva.

### **1.3.3. Princípio da proibição do retrocesso ambiental**

No tocante à polêmica que circunda a vinculação do legislador aos direitos fundamentais, não apenas no que tange à sua irrevogabilidade, mas no concernente à ideia da proibição do retrocesso de determinado direito elencado como fundamental, destaca-se o melhor ensinamento traduzido nas palavras de Paulo Gustavo Branco:

*Quem admite tal vedação sustenta que, no que tange a direitos fundamentais que dependem de desenvolvimento legislativo para se concretizar, uma vez obtido certo grau de sua realização, legislação posterior não pode reverter as conquistas obtidas. A realização do direito pelo legislador constituiria, ela própria, uma barreira para que a proteção atingida seja desfeita sem compensações. [56]*

Considerando ser obrigação do Poder Público e da coletividade a preservação e proteção ao meio ambiente, consoante preconizado pela CRFB/88, obrigação, esta, que se protraí às futuras gerações, não podendo, portanto, ser objeto de futuras deliberações políticas, porquanto retroceder em tal proteção seria um atentado à sadia qualidade de vida daqueles que sequer nasceram.

Note-se, ainda, que, segundo a Subprocuradora- Geral da República Sandra Cureau, por ser a proibição do retrocesso uma cláusula implícita ao Estado Socioambiental e Democrático de Direito, não estaria submetida sequer à "reserva do possível". [57] Celso Fiorillo, por seu turno, estabelece, de forma crítica, que a importação do princípio em comento ao direito ambiental mostra-se despendianda, porquanto o artigo 225 da CRFB/88 encontra assento nos princípios fundamentais previstos nos artigos 1º a 3º

da Lei Maior, notadamente no princípio da dignidade da pessoa humana, nas sábias palavras do autor em comentário:

*Referidas normas não poderiam ser arbitrariamente suprimidas por ter sua gênese indicada de forma explícita nos princípios fundamentais da Carta Magna. Trata-se de reconhecer que o fundamento do direito ambiental constitucional brasileiro, no atual Estado Democrático de Direito, guarda absoluta e explícita compatibilidade com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF). [58]*

Pois bem. Resta claramente demonstrado que o ordenamento jurídico ambiental vigente é imbuído de preceitos oriundos do movimento ecológico das décadas de 60 e 70, cuja influência redundou na edição da Lei nº 6.938/81, que semeou terreno fértil ao posterior reconhecimento constitucional do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Com efeito, ainda se destacou que a RIO/92 fez emergir um leque de novos paradigmas ao direito ambiental, que refletiram tanto na atuação jurídica pátria quanto normativa.

Não obstante tais constatações, pugna-se pela atenção à necessária conscientização ambiental, circunstância, esta, que transcende a lógica construída unicamente pela ciência jurídica. Veja-se que a problemática ambiental perpassa por diversas disciplinas, de modo que um dos maiores desafios consiste na ideia de que ao tempo em que o homem tem direito ao meio ambiente equilibrado, necessário à sua sadia qualidade de vida, também não deve do ambiente restar dissociado, porquanto é imperioso que haja percepção jurídica acerca da interdependência da teia do qual homem e ecossistema fazem parte.

Por conta disso, observa-se que o entendimento ecológico deve partir de premissas básicas, tais como a implementação de efetivas políticas de educação ambiental, a envolver e convocar ao diálogo os mais diversos

ramos que compõem a sociedade, tais como populações tradicionais, urbanas, representantes rurais e demais ramificações sociais.

No próximo capítulo, será abordado acerca da fragilidade jurídico-argumentativa, notadamente quando se tem por objeto problemáticas ambientais, mais precisamente no tocante ao enfrentamento jurídico-normativo acerca de questões que possuem como escopo a complexidade de fenômenos socioambientais.

## capítulo ii

a necessidade de uma análise transdisciplinar [59] no DIREITO AMBIENTAL ante a complexidade [60] de fenômenos socioambientais

O capítulo em epígrafe tratará sobre as fragilidades interpretativas sobre as quais se assentam os litígios e demais questões ambientais, porquanto a consolidação do denominado Estado Social – prelúdio dos direitos de terceira dimensão, tais como o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado - traz consigo a necessidade da implementação de políticas públicas, as quais, uma vez ausentes, acarretam aumento na judicialização de questões inerentes à efetiva realização dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição Cidadã.

Com efeito, demonstrar-se-á, primeiramente, acerca da discricionariedade e do protagonismo judicial *lato sensu*, o qual é amplamente rebatido por renomados autores, tais como Lenio Streck, cuja crítica recai, dentre outros inúmeros aspectos, sobre a insuficiência da argumentação jurídica amparada pela técnica da “ponderação de Robert Alexy”, bem assim pelo aprisionamento da certeza absoluta pela ciência jurídica desprovida de respaldo argumentativo.

Em seguida, no tocante à específica complexidade dos fenômenos socioambientais, tratar-se-á acerca do enfrentamento de tema que envolve tanto a preservação ambiental quanto cultural, qual seja a



questão das populações tradicionais, dentre as quais merecem destaque os quilombolas e indígenas. Para tanto, será desenvolvida a temática dos quilombolas, notadamente quanto à contraditória conceituação normativa nacional que os ampara, bem como analisada sua permanência em áreas reservadas às unidades de conservação elencadas na Lei nº 9.985/2000.

No que tange às comunidades indígenas, desenvolver-se-á acerca do caso específico conhecido como “Raposa Serra do Sol”, cujo julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, ocorrido no ano de 2009, foi de grande repercussão jurídica nacional e internacional, notadamente porquanto realizada interpretação de cunho concreto acerca da demarcação de terra tradicionalmente ocupada por população indígena, precedente, este, que, não obstante demonstre certa obscuridade em sua fundamentação, conforme será demonstrado, passou a influenciar demais decisões afetas ao aludido tema.

Assim, em primeiro plano será desenvolvida a ideia do protagonismo judicial sob à luz de importantes críticas desenvolvidas por renomados autores, em seguida analisada a problemática e caso específico do direito ambiental, notadamente de julgado da Suprema Corte, tudo com o intuito de demonstrar a fragilidade e, certas vezes, despreparo do ordenamento jurídico com relação às questões ambientais.

## 2.1. O protagonismo judicial e a (in) suficiência da fundamentação jurídica

A consolidação do direito ambiental como direito fundamental, conquista, esta, que pode ser elencada como herança da elevação do Estado Social imbuído da atuação estatal de cunho positivo, ensejou a problematização, mais precisamente, a jurisdicionalização dos direitos fundamentais, porquanto ante a ausência da prestação estatal na efetivação dos aludidos direitos, passou-se a se pleitear, mediante a via judicial, a sua implementação. Nessa esteira, merece destaque, para ilustrar o presente título, a melhor lição do constitucionalista Marcelo Neves:

*Nessa perspectiva pode-se afirmar que, na sociedade supercomplexa de hoje, fundada em expectativas e interesses dos mais diversos e entre si contraditórios, o direito só poderá exercer satisfatoriamente sua função de congruente generalização de expectativas normativas de comportamento enquanto forem institucionalizados constitucionalmente os princípios da inclusão e da diferenciação funcional e, por conseguinte, os direitos fundamentais sociais (Estado de bem-estar) e os concernentes à liberdade civil e à participação política. [61]*

Com efeito, conforme será demonstrado nas seções a seguir aduzidas, o debate judicial passou a ter por objeto importantes temas oriundos da questão ambiental. Não obstante, primeiramente, no presente título, buscar-se-á tratar acerca da crítica sobre a insuficiência argumentativa que respalda a ciência jurídica.

Robert Alexy, renomado doutrinador alemão, cuja produção teórica embasa reiteradamente os julgados provenientes do ordenamento pátrio, escreveu a obra "Teoria dos Direitos Fundamentais", [62] na qual desenvolve acerca da tese denominada *ponderação*, a partir da qual busca solucionar o conflito verificado entre direitos fundamentais. No mesmo sentido, na obra "Teoria da Argumentação Jurídica", o autor em comento discorre e observa que é possível a construção do discurso jurídico racional, notadamente se atendidos certos preceitos e requisitos. Nesse sentido, a melhor esclarecer a ideia da existência de um discurso jurídico racional, transcreve-se trecho da obra em comento:

*O que os discursos jurídicos têm em comum com o discurso prático geral consiste em que, em ambas as formas de discurso, trata-se da correção de enunciados normativos. Fundamentar-se-á que tanto com a afirmação de um enunciado prático geral, como com a*

*afirmação ou pronunciamento de um enunciado jurídico, levanta-se uma pretensão de correção. No discurso jurídico, trata-se de um caso especial, porque a argumentação jurídica ocorre sob uma série de condições limitadoras. Entre essas, devem-se mencionar especialmente a sujeição à lei, a consideração obrigatória dos precedentes, seu enquadramento na dogmática elaborada pela ciência do Direito organizada institucionalmente, assim como – o que não concerne, todavia, ao discurso científico-jurídico – as limitações das regras do ordenamento processual. A pretensão levantada em relação a um enunciado jurídico é a de que ele seja racionalmente fundamentável sob a consideração dessas condições limitadoras. [63]*

O jurista Lenio Streck, por seu turno, critica acerca da teorização elaborada por Alexy, notadamente porquanto considera superficial e, por consequência, desprovida do cunho hermenêutico e argumentativo indispensáveis à fundamentação no âmbito jurídico. Veja-se que o aludido autor retrata a necessidade de superação do esquema sujeito-objeto, notadamente no âmbito da interpretação jurídica, elencando o denominado “giro linguístico-ontológico”, em que no interior da própria linguagem seja realizada a arte interpretativa. [64]

A propósito, a melhor exemplificar a tese sobre a qual se assenta o posicionamento defendido por Lenio, transcreve-se trecho de uma de suas obras, *in verbis*:

*As palavras da lei somente adquirem significado a partir de uma teorização, que já sempre ocorre em face de um mundo concreto. A teoria é que é a condição de possibilidade desse “dar sentido”. Esse sentido vem de fora.*

*Não há um “sentido evidente” (ou imanente). As palavras das leis não contém um “sentido em si” (...) Procurando ser mais claro: se a interpretação / aplicação – porque interpretar é aplicar – fosse uma “questão de sintaxe” (análise sintática), um bom linguista ou professor de português seria o melhor jurista. Só que as coisas (fatos, textos, fenômenos em geral) não existem sem conceitos (ou nomes). [65]*

Pois bem. O autor em comento descreve que se verificam reiteradas contradições nas decisões proferidas no âmbito judicial, ora se reputa válida a vontade da lei no sentido exegético, ora se consideram as palavras da lei desprovidas de sentido, ocasião em que se aplica aquilo que se buscou denominar de “ponderação de valores”, conforme ressaltado pela abordagem de Robert Alexy, circunstância, esta, que ocasiona enorme insegurança jurídica.

Assim, a fundamentação elaborada por Lenio, em que pese não seja direcionada de forma direta à problemática ambiental, porquanto trata da crise da interpretação jurídica como um todo, revela grande valor e importância quando se está a tratar de julgados e decisões judiciais tendo por objeto a questão ambiental. Aliás, conforme será demonstrado nos próximos títulos do presente capítulo, o nível argumentativo dos Tribunais pátrios revela certa ausência de densidade e coerência interpretativa para tratar da complexidade e transdisciplinaridade que envolvem a questão ambiental. Transcreve-se, assim, a melhor lição de Lenio Streck nas seguintes palavras: “quando o intérprete dá o sentido que mais lhe convém, está-se diante de uma ‘neosofismização’ (...) Na verdade, quando o intérprete decide como lhe convém, já não há direito; há, apenas, o direito dito pelo intérprete”. [66]

Dessa forma, no que tange à específica jurisdicionalização ambiental, imperioso ressaltar o julgado da medida cautelar proveniente da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.540-1/DF, [67] que foi proposta pelo Ministério Público Federal, tendo por objeto a impugnação do art.

4º, *caput*, e §§ 1º a 7º da então Lei nº 4.771/1965 (Código Florestal). [68] Os dispositivos atacados pela ação em comento permitiam a supressão da vegetação contida em área de preservação permanente, sem exigência da edição de lei para tanto, por conta disso reputou o MPF violação ao artigo 225 da CRFB/88, notadamente no tocante ao princípio da precaução. Esclarece-se, desde já, que o STF, negando referendo à decisão que havia concedido a cautelar pleiteada, reestabeleceu a eficácia e aplicabilidade dos dispositivos objeto de irresignação ministerial.

Pois bem. Análise minudente do julgado foi realizada por Gabriel Wedy, Juiz Federal, [69] na qual o autor, por seu turno, considera que a exigência da edição de lei a permitir a supressão de vegetação compreendida em área de preservação permanente se mostra irremediavelmente desproporcional e em descompasso com o sentido teleológico previsto pela Lei Maior. A corroborar seu posicionamento, parte da ideia de que no próprio diploma infraconstitucional, cujos dispositivos foram impugnados, constava a garantia da realização de procedimento administrativo nos casos de supressão de vegetação nativa, a qual somente poderia ser autorizada em casos remotos, nos quais demonstrada a existência de utilidade pública e interesse social. Destacam-se, portanto, as palavras do aludido autor a melhor elucidar seu entendimento:

*Pode-se dizer que, no caso em tela, a não exigência de lei para a supressão de vegetação de área de preservação permanente, além de não impedir a proteção do meio ambiente, também não inviabiliza investimentos de iniciativa privada importantes sempre para o desenvolvimento econômico sustentável e politicamente correto. É certo afirmar, também, que o Supremo Tribunal Federal mediante uma interpretação sistemática afastou as falácias da dis-integration e da hyper-integration (...) As referidas falácias, portanto, encontram-se expungidas do leading case justamente porque a interpretação do texto Constitucional em seu*

*conjunto cotejado com a legislação infraconstitucional já citada harmoniza o desenvolvimento econômico e a livre iniciativa com o princípio da precaução como instrumento de tutela do meio ambiente. A análise da legislação foi procedida de forma integrada na aplicação ao caso concreto. [70]*

Ademais, ressalta que os votos vencidos em sede da ADI em análise demonstraram-se de cunho radical e desprovidos, portanto, da extração teleológica do texto constitucional.

Veja-se, ainda, que o autor cuja fundamentação é ora analisada assenta seus argumentos sob à ótica de que o processo interpretativo deve passar pela análise do sujeito sobre o objeto, que deverá ser reconstruído após o reconhecimento pelo sujeito, nesse sentido destaca-se sua lição: “o trabalho hermenêutico posterior nada mais é do que a elaboração ou ‘reelaboração’ da chamada pré-compreensão, que é revista continuamente com base no resultado da penetração ulterior do texto”. [71]

Observa-se, contudo, que o raciocínio em questão, tendo por objeto o julgamento proferido pelo STF em sede da ADI nº 3.540-1/DF, está em amplo descompasso com a lógica interpretativa defendida por autores referidos anteriormente, tais como Lenio Streck, cuja tese não pode ser exaurida no presente trabalho, mas se pode afirmar que refuta expressamente a ideia de uma técnica interpretativa de baixa densidade, de cunho superficial e respaldada pela bifurcação sujeito-objeto. Características, estas, contestadas por Lenio e defendidas por Gabriel Wedy, em obra de destaque sob coordenação do renomado jurista, reconhecido na matéria ambiental, Vladimir Passos de Freitas.

Note-se, assim, que independente da linha teórica que melhor defina a arte interpretativa sobre a qual o jurista – hermeneuta – deve se assentar, no que tange à problemática ambiental, é imperioso que se atente para a complexidade envolvida, mais precisamente a necessidade de se dialogar com as demais disciplinas que mantêm relação com a problema em questão. Ademais, ressalta-se que o direito ambiental é, antes de tudo,

umbilicalmente atrelado à conscientização socioambiental, porquanto a efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não depende apenas do aspecto jurídico, mas também de uma pré-compreensão humana de que o alcance da sadia e digna qualidade de vida dependem da defesa do bem ecológico, do qual o homem faz parte e dele é interdependente.

Há de se ter em vista a ideia da teia da vida em que a humanidade ambiental está inserida, bem assim notadamente considerar o caráter fundamental que respalda o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que está umbilicalmente relacionado ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, deve-se, portanto, modificar o paradigma jurídico-interpretativo dos litígios ambientais, porquanto não se tratam de “meros” litígios individuais, mas sim de questões cujos danos podem alcançar densidades irreversíveis, transindividuais e intergeracionais. No que tange à individualização da sociedade moderna, não se pode olvidar acerca do nobre pensamento desenvolvido por Bauman, *in verbis*:

*A apresentação dos membros como indivíduos é a marca registrada da sociedade moderna. Essa apresentação, porém, não foi uma peça de um ato: é uma atividade reencenada diariamente. A sociedade moderna existe em sua atividade incessante de “individualização”, assim como as atividades dos indivíduos consistem na reformulação e renegociação diárias da rede de entrelaçamentos chamada “sociedade”. Nenhum dos dois parceiros fica parado por muito tempo. E assim o significado da “individualização” muda, assumindo sempre novas formas – à medida que os resultados acumulados de sua história passada solapam as regras herdadas, estabelecem novos preceitos comportamentais e fazem surgir novos prêmios no jogo. [72]*

Pois bem. No que tange aos compromissos assumidos (ou não) em sede ambiental, não se pode olvidar que se deve abandonar a lógica da individualização, porquanto se tratam de decisões cujos efeitos irão se protrair no tempo, haja vista que as escolhas tomadas atualmente serão, sim, determinantes para o meio ambiente em que as futuras gerações irão nascer e se desenvolver.

Aliás, conforme já tratado no título 1.2.1. do presente, a influência da Convenção sobre a Diversidade Biológica sobre o ordenamento normativo pátrio acarretou a edição de importantes atos normativos a dispor sobre espécies sobreexploradas e ameaçadas de extinção, escolhas, estas, que determinam acerca da biodiversidade que se pretende manter, ou pelo menos tentar, para que as futuras gerações tenham oportunidade de conviver em ecossistemas enriquecidos pela diversidade biológica, com a qual compartilham da mesma teia complexa da vida.

A propósito, reputa-se de elevado destaque o ensinamento de Jared Diamond, na obra “Colapso”, em que desenvolve acerca das consequências oriundas das escolhas das sociedades no tocante às questões ambientais, para tanto, o autor perpassa por diferentes processos históricos e geográficos, buscando comprovar o raciocínio que desenvolve, o qual se assenta sobre os diversos obstáculos que prejudicam a ascensão do bem comum. Aliás, ressalta-se o argumento que desenvolve no tocante aos prejuízos oriundos daquilo que denomina como “ausência de interesse de preservação a longo prazo”,<sup>[73]</sup> para melhor elucidar, transcreve-se trecho da renomada obra em comento:

*Os conflitos de interesse envolvendo comportamento racional também tendem a surgir quando o consumidor principal não tem um interesse de longo prazo na preservação do recurso, mas a sociedade como um todo o tem. Por exemplo, a maior parte da exploração comercial de florestas tropicais é feita por empresas madeireiras internacionais, que geralmente fazem contratos de arrendamento de curto prazo em um país, derrubam a floresta*



*dessa terra arrendada e então se deslocam para outro país. Os madeireiros percebem corretamente que, uma vez que paguem pelo arrendamento, seus interesses serão mais bem servidos se derrubarem a floresta o mais rápido possível, sem qualquer acordo para o reflorestamento, e forem embora a seguir. Deste modo, os madeireiros destruíram a maior parte das florestas em terras baixas da península da Malásia, depois de Bornéu, então das ilhas Salomão e de Sumatra, e agora estão nas Filipinas e logo subirão para Nova Guiné, e as bacias do Amazonas e do Congo. Portanto, o que é bom para os madeireiros é ruim para o povo local, que perde a sua fonte de produtos florestais e sofre as consequências da erosão do solo e do assoreamento de rios. Também é ruim para o país anfitrião como um todo, com perdas de parte de sua biodiversidade e de seus fundamentos para a silvicultura sustentável. [74]*

Veja-se, portanto, que a insuficiência de formulação de políticas públicas efetivas a implementar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado acarreta, por consequência, o protagonismo judicial a tentar resolver tais demandas, as quais demonstram transcendência com relação aos litígios individuais costumeiramente objeto do ordenamento jurídico.

Em sendo assim, no tocante às questões ambientais desprovidas de resolução pela ótica socioambiental e que, por consequência, acabam levadas à atividade interpretativa do Poder Judiciário, é imperioso que sejam analisadas sob à ótica transdisciplinar que requerem, desprovidas, portanto, de análise superficial e carente de densidade argumentativa, porquanto, conforme demonstrado, a ausência de interesse de preservação a longo prazo acarreta verdadeiro colapso ambiental nas sociedades.

## 2.2. Enfrentamento da problemática das comunidades tradicionais residentes em áreas preservadas

Considerando a problemática do protagonismo judicial, conforme amplamente desenvolvido no título anterior, pode-se afirmar que o nível de efetividade de aplicação de políticas públicas provenientes do Estado Social é determinante para o excesso de litígios e a consequente discricionariedade e protagonismo judicial, não é outra a indiscutível lição que nos ensina Boaventura de Souza Santos:

*O Brasil, sem ter um Estado-providência muito denso, tendo vindo a consolidar políticas sociais, algumas mais fortes, outras mais débeis, ainda que todas elas muito selectivas. Por outro lado, a Constituição de 1988, símbolo da redemocratização brasileira, foi responsável pela ampliação do rol de direitos, não só civis, políticos, sociais e culturais, como também dos chamados direitos de terceira geração: meio ambiente, qualidade de vida e direitos do consumidor. [75]*

No tocante ao direito das comunidades locais e populações tradicionais não é diferente. Destaque-se, primeiramente, que não obstante o texto da Convenção sobre a Diversidade Biológica[76] tenha por objeto tal problemática, não trata, de forma clara e precisa, acerca dos direitos de tais populações quanto ao acesso aos recursos biogenéticos oriundos do ambiente no qual se encontram inseridas.

Pois bem. O desiderato que envolve a temática das comunidades tradicionais e da proteção da biodiversidade, notadamente sob à ótica tanto das unidades de conservação de uso sustentável quanto das de proteção integral (Lei nº 9.985/2000), trata-se de desafio científico que possuiu como escopo verificar maneiras para se conservar o maior número de espécies em seu próprio *habitat (in situ)*, garantindo a complexidade suficiente para a perpetuação da diversidade biológica, em equilíbrio com a

manutenção do modo de vida das populações tradicionais residentes em tal *habitat*.

Com relação à legislação nacional, destaca-se, a propósito, que a Lei nº 9.985/2000, que instituiu o Sistema de Unidades de Conservação – importante passo do Sisnama<sup>[77]</sup> – ao conceituar a reserva de desenvolvimento sustentável,<sup>[78]</sup> estabelece que as populações tradicionais são identificadas pela exploração sustentável dos recursos naturais, atividades, estas, desenvolvidas ao longo de gerações e fundamentais à proteção da biodiversidade do local. Verifica-se, portanto, a presença de dois requisitos, que consistem no baixo-impacto resultante da atividade desenvolvida pela comunidade ao longo das gerações, bem assim pela sua importância na proteção da diversidade biológica. Conceito, este, ratificado pelo disposto no artigo 20 da Lei nº 11.284/2006,<sup>[79]</sup> que regula acerca das florestas públicas para produção sustentável.

O ordenamento pátrio ainda conta com atos normativos de cunho secundário, sobre os quais deve recair controle de legalidade quando analisados sob à ótica da escala hierárquico-normativa, os quais definem comunidades tradicionais de forma simplista e desprovida dos requisitos legais acima explicitados, trata-se da Portaria IBAMA nº 22/1992<sup>[80]</sup> e do Decreto Federal nº 6.040/2007, <sup>[81]</sup> os quais enfrentam e conceituam as populações tradicionais apenas sob à ótica cultural que representam, olvidando-se acerca da imperiosa necessidade de ser levada em conta a forma pela qual dada comunidade inserida em determinado ecossistema se comunica com este e contribui para sua preservação.

Com efeito, destaca-se que conceituações frágeis tais como as trazidas pelo aludido decreto podem acarretar desvios na preservação ambiental. Nas palavras do geógrafo Evaristo de Castro Júnior:

*A implantação e a consolidação do Sisnama são passos importantes do Estado brasileiro, que sinaliza a busca essencial do desenvolvimento com justiça social e conservação da natureza. Enfatiza-se, porém, que o status da biodiversidade é uma produção*

*social e sua manutenção ou degradação resulta de processos históricos. Os modelos de desenvolvimento atuantes não têm conseguido equacionar justiça social, proteção e conservação da biodiversidade. O desafio do século XXI é a construção social de modelos que expressem outra racionalidade produtiva que não seja a de instrumentalização da natureza pelo capital. [82]*

Veja-se, a propósito, a específica problemática das terras das comunidades quilombolas. Com efeito, para melhor elucidar tal desiderato, há de se transcrever o ensinamento do Procurador da República Edilson Vitorelli[83] no tocante à conceituação das aludidas populações: "O que interessa, em síntese, é que se trate de um grupo negro com ocupação temporalmente remota do território, que nele vive segundo seus costumes e tradições. Isso é tudo para configurar uma comunidade quilombola". Ainda ressalta o aludido autor que o Decreto nº 4.887/2003 muito contribuiu para tais populações, porquanto estabeleceu critérios subjetivos e objetivos à identificação dos remanescentes quilombolas, bem assim regulamentou que participem da instrução procedimental referente à demarcação da terra a ser-lhes destinada. [84]

Pois bem. Considerado o desafio da conceituação normativa das comunidades tradicionais, em termos genéricos, bem como, especificamente, das populações quilombolas, o presente recorte ainda tem como escopo a polêmica acerca da permanência de tais grupos nas áreas delimitadas como de Unidades de Conservação.

Há de se observar que a aludida Lei nº 9.985/2000 diferencia as unidades de conservação de Proteção Integral daquelas unidades de conservação de Uso Sustentável, sendo que nestas se busca compatibilizar a conservação da natureza com a utilização dos recursos e naquelas a preservação da natureza apenas com a utilização indireta dos seus recursos. Por conta disso, percebe-se que as Unidades de Uso Sustentável permitem, ou melhor, possuem a ocupação humana como parte de sua finalidade, já as Unidades de Proteção Integral podem ser divididas como aquelas em

que a presença humana é proibida, ou, em alguns casos, apenas permitida para fins de visitação. [85]

Com efeito, o artigo 42 da Lei nº 9.985/2000, [86] ao estabelecer que o Poder Público deverá realocar as comunidades tradicionais residentes em Unidades de Conservação, acaba por lhes retirar a memória coletiva sobre a qual se assentam, a qual está consubstanciada também na territorialidade e no ambiente em que residem.

Dessa forma, observa-se que o sistema normativo regula de forma contraditória o conceito de comunidades tradicionais. Circunstância, esta, que demonstra a fragilidade pela qual se fundamenta o ordenamento pátrio no tocante à problemática que ora se analisa, porquanto, se considerados os requisitos demonstrados, não há razão por que determinar o deslocamento de povo umbilicalmente atrelado a determinado local, sob o fundamento de conceituações estáticas de Unidades de Conservação que não permitem a presença humana, uma vez que não se está a tratar de "forasteiros", mas de populações antropologicamente tradicionais com hábitos e atividades comprovadamente sustentáveis a contribuir para a manutenção e ampliação da diversidade biológica. . A melhor corroborar a necessidade de valorização e reconhecimento da pureza de manejo ambiental engendrado pelas populações tradicionais, transcreve-se o ensinamento de Raquel Sparemberger e Thais Colaço:

*A valorização e o respeito aos indígenas, quilombolas, e demais povos detentores de saberes tradicionais e que dependem diretamente da natureza para viver, pode partir também do reconhecimento às formas de manejo que desenvolvem. Essas formas respeitam o ritmo da natureza, como, o fato de exercerem a pesca na época adequada e, quando há cheias ou piracema, buscarem outra forma de subsistência, como a pequena agricultura e o extrativismo vegetal. [87]*

Em sendo assim, imperiosa análise merece a ideia consistente na chamada “dupla afetação”, que diz respeito à garantia e reconhecimento do paradigma socioambiental que as comunidades tradicionais, como os quilombolas, representam ao meio ambiente, de tal sorte que a interpretação jurídica adequada à Lei que instituiu o Sistema de Unidades de Conservação deve se assentar na impossibilidade de remoção de tais populações das áreas reservadas às unidades, tendo em vista o manejo natural e modo de vida sustentável que tais grupos mantêm com relação à natureza.

Nessa esteira, destaca-se o flagrante vício na interpretação do aludido art. 42 da lei em comento, que pugna por permitir a remoção das populações tradicionais residentes em áreas reservadas às unidades de conservação de Proteção Integral. Note-se o descompasso de tal dispositivo, seja por força do artigo 231, §5º da CRFB/88 (no trato das populações indígenas),<sup>[88]</sup> seja por conta dos artigos 15 e 16, da Convenção nº 169 da OIT<sup>[89]</sup> (com relação às demais comunidades tradicionais, tais como quilombolas), os quais assim dispõem:

#### *Artigo 15*

*1. Os direitos dos povos interessados aos recursos naturais existentes nas suas terras deverão ser especialmente protegidos. Esses direitos abrangem o direito desses povos a participarem da utilização, administração e conservação dos recursos mencionados.*

#### *Artigo 16*

*1. Com reserva do disposto nos parágrafos a seguir do presente Artigo, os povos interessados não deverão ser transladados das terras que ocupam.*

*2. Quando, excepcionalmente, o traslado e o reassentamento desses povos sejam considerados necessários, só poderão ser efetuados com o consentimento dos mesmos, concedido livremente e com pleno conhecimento de causa. Quando não for*

*possível obter o seu consentimento, o traslado e o reassentamento só poderão ser realizados após a conclusão de procedimentos adequados estabelecidos pela legislação nacional, inclusive enquetes públicas, quando for apropriado, nas quais os povos interessados tenham a possibilidade de estar efetivamente representados.*

*3. Sempre que for possível, esses povos deverão ter o direito de voltar a suas terras tradicionais assim que deixarem de existir as causas que motivaram seu traslado e reassentamento.*

Observa-se, assim, a circunstância excepcional em que se permite a remoção dos povos tradicionais das terras que ocupam, razão por que a interpretação do objetivo da instituição das unidades de conservação não pode estar dissociada da participação dos povos tradicionais na conservação do ecossistema e na preservação da diversidade biológica, pois a proteção de povos antropologicamente relacionados com a sustentabilidade da natureza não deve restar separada do direito e anseio ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Não é outra a lição de Juliana Santilli, sócia-fundadora do Instituto Socioambiental e promotora de justiça do DF, ao discorrer sobre o tema:

*A criação de Unidades de Conservação com limites superpostos aos dos territórios dos quilombolas só é legalmente possível quando se trata de categoria de Unidade de Conservação que não restringe ou limita as atividades tradicionais desenvolvidas pelos quilombolas, como caça, pesca, roças e o extrativismo (ex: as Áreas de Proteção Ambiental). Naqueles casos em que a modalidade de Unidade de Conservação impõe restrições a condutas e atividades tradicionais*

*dos quilombolas, como é o caso das Reservas Biológicas, Estações Ecológicas e Parques Nacionais, a sua criação só é legalmente possível mediante acordo prévio com os quilombolas, que prevejam compensações pelas restrições que passarão a sofrer, negociadas com os mesmos. [90]*

Ocorre que o advento da sociedade urbano-industrial deu ensejo ao afastamento entre o modo de produção do conhecimento das universidades, bem como demais instituições do âmbito científico, com relação aos saberes milenares, de cunho social, medicinal e demais linhas de conhecimento, oriundos das comunidades tradicionais, de modo que houve certo rompimento acerca da importância que circunda a relação cultural com a terra, que é necessária à sustentação humana, bem como à sua reprodução física e cultural, e que, portanto, transcende os meros títulos de direitos reais aos quais se está costumeiramente atrelado no âmbito jurídico.

A corroborar tal posicionamento, transcreve-se o seguinte trecho que compõe a renomada obra "Dimensões humanas da biodiversidade":

*A história da ciência comprova que sempre houve uma vocação para criar verdades que parecem eternas e ingenuamente neutras. O certo é que o conhecimento europeu sempre fez do "outro" um ser distante, folclórico, quando não apenas um resignado, subordinado, subserviente. São ingredientes que tornam tais sociedades presas fáceis de capturar. Tal modelo descarta a possibilidade de que cada povo possua um sistema particular de organização econômica, social e política, sem que por isso sejam inferiores. [91]*

Veja-se que, conforme ideia que será desenvolvida no título a seguir, a questão das comunidades tradicionais é muito judicializada no Brasil,



tendo em vista o protagonismo judicial oriundo do Estado Social desprovido de efetivas políticas públicas de atuação, consoante já demonstrado, não é de outra forma, portanto, nos demais países latino-americanos. Prova disso é o trecho de sentença proferida por Tribunal Colombiano, na qual registrada a relação das populações tradicionais – no caso em análise, trata-se de povos denominados indígenas – e seu território:

*En efecto la noción de territorio indígena supera los espectros simplemente jurídicos y económicos, toda vez que los pueblos están ligados a él de una manera comunitaria, espiritual y cosmogónica, precisamente por el carácter ancestral y sagrado que éste ostenta, constituyéndose entonces en un elemento integrante de la forma como aquéllos ven y entienden el mundo. [92]*

O argumento objeto da sentença estrangeira em questão se assenta no fundamento a demonstrar a ampla e forte relação travada entre as populações tradicionais e a memória territorial, cuja importância transcende os direitos reais civilistas de conhecimento jurídico e alcança o caráter cultural e espiritual através dos quais tais populações se encontram unidas aos seus ancestrais.

Assim, é imperioso que, na oportunidade em que demandas com tal temática forem abordadas pelo Judiciário, este o faça de forma a considerar o vínculo transcendental que nutre a relação de toda a comunidade tradicional com o *habitat* do qual se origina, porquanto a continuidade da produção dos conhecimentos tradicionais, que externam rico conteúdo a ser preservado pelas sociedades, depende da garantia à sobrevivência das populações tradicionais no seio do ambiente milenar do qual são provenientes.

2.3. A questão indígena no Brasil à luz do posicionamento do STF:  
breve análise do caso “Raposa Serra do Sol”

A Constituição Federal dedicou o texto do Capítulo VIII a tutelar a questão indígena, [93] estabelecendo que as *terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas (...)*, ressaltando-se que o Estatuto do Índio data do ano de 1973 (Lei nº 6.001/73). No âmbito internacional, destaca-se a Convenção nº 169 da OIT, bem como, notadamente, o disposto no capítulo 26 da “Agenda 21”, [94] que tem por objeto o reconhecimento da população indígena em consentâneo com a identidade cultural estabelecida no seio da terra da qual são provenientes. Não é outra a lição desenvolvida por Paul Claval:

*Entre os símbolos que ajudam a estruturar as identidades coletivas, o território desempenha um papel central: ele constitui a base material da existência comum e fornece ao menos uma parte dos recursos indispensáveis à existência de cada um. É um contexto compartilhado, formado de lugares carregados de significações acessíveis a todos – peregrinação, santuários, campos de batalha ou monumentos históricos; as gerações passadas aí viveram, seus corpos aí repousam. [95]*

Pois bem. Tratar-se-á brevemente acerca do específico julgado do Supremo Tribunal Federal popularmente reconhecido como “caso Raposa Serra do Sol”, [96] o qual é originário de ação popular ajuizada por cidadão do estado de Roraima, a apontar nulidade na Portaria Ministério da Justiça nº 534/2005, que tinha por objeto a demarcação de terra indígena, bem assim do correspondente Decreto presidencial homologatório. A fundamentação se assentava em vícios provenientes do processo administrativo demarcatório, tais como insuficiência da oitiva dos interessados e parcialidade da perícia, [97]

Com efeito, o julgado em questão apresentou contradição no próprio corpo dos votos dos Ministros, merecendo imperioso destaque os votos dos Ministros Menezes Direito e Marco Aurélio. Para o primeiro, consoante se depreende do inteiro teor de seu voto, a relação com a terra é essencial à identidade indígena, ressaltando que o marco temporal para a afetiva garantia do direito territorial indígena e a sua conseqüente demarcação, nos termos dos dispositivos constitucionais correspondentes, foi a data da promulgação da Constituição Cidadã, qual seja 05 de outubro de 1988. Fundamento, este, que, segundo ressaltou o Ministro, encontra assento naquilo que denominou de *fato indígena*, afirmando expressamente que "é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada".

Assim, pode-se perceber que tal assertiva, exarada na fundamentação do voto em comento, deu ensejo à estagnação da problemática territorial indígena, porquanto as terras demarcadas em momento anterior à promulgação da CRFB/88 não poderiam ser ampliadas. Outrossim, é notória a fragilidade a fundamentar o enfrentamento da problemática da população indígena no ordenamento pátrio, porquanto, quando se trata de indígenas e demais populações tradicionais, deve-se atentar que o vínculo que une tais comunidades está para além dos títulos reais conferidos pela legislação positivada, assim, em contexto onde a Suprema Corte estabelece óbice ao reconhecimento da terra indígena, obviamente haverá amplo descaso acerca da dimensão cultural e histórica imbuída em tal povo.

No tocante ao voto do Ministro Marco Aurélio, destaca-se que assevera, dentre outros fundamentos, ser nulo o decreto de demarcação objeto da demanda, tendo em vista a não participação das comunidades indígenas envolvidas, bem como a parcialidade do Relatório Final, pois subscrito apenas por uma antropóloga. Voto, este, que, acaso comparado ao aludido voto proferido por Menezes Direito, em que pese apresente reconhecimento de nulidade, o que pode acarretar revisão de demarcações prejudiciais, exara prejuízo à comunidade indígena, porquanto suprime a estabilidade e segurança das demarcações já realizadas.

Note-se, assim, a complexidade e ambivalência da matéria levada à Suprema Corte. Ao tempo em que a declaração de nulidade dos atos normativos, objeto da demanda, reconhece a fragilidade sobre a qual se assentou a regulamentação da terra indígena e permite sua rediscussão, pode ensejar, por outro lado, a supressão da estabilidade e segurança jurídica das demarcações já efetivadas. O não reconhecimento da nulidade, que foi o posicionamento vencedor, por seu turno, ao tempo em que engessa e impede a rediscussão das áreas já demarcadas, consolidando a estabilidade e segurança da terra indígena, estabelece apenas a promulgação da nova ordem constitucional, datada de 05 de outubro de 1988, como marco para o reconhecimento das terras tradicionalmente ocupadas, olvidando-se acerca do processo histórico e cultural milenar que contempla a cultura indígena.

Nas palavras do Procurador da República Edilson Vitorelli:

**O que esse raciocínio ao absurdo demonstra é que a teoria do “fato indígena” ignora a história constitucional brasileira, como se a garantia das terras indígenas tivesse surgido apenas em 1988. Ainda que se possam apresentar inúmeros argumentos tecnicamente defensáveis, no sentido de que a nova constituição rompe com todo o ordenamento jurídico anterior, a constituição de 1988 será, caso a ideia prevaleça, de triste memória para os povos indígenas, pois terá validado mais de cinquenta anos de esbulho violento de suas terras. [98]**

Ao final, com o reconhecimento de inexistência de vícios dos atos normativos cuja nulidade foi pleiteada, os índios obtiveram provimento favorável no âmbito do caso concreto, porquanto determinada a demarcação contínua da região, bem como a remoção dos não-índios lá residentes, não obstante, em termos de posicionamento abstrato, verifica-se que consolidado precedente pela Suprema Corte a exarar posicionamento engessado no que

tange à complexa dimensão da tradição indígena que transcende o caráter temporal civilista dos direitos reais ao qual se está habituado.

Nesse diapasão, ressalta-se que a influência do julgado em comento, no tocante aos futuros posicionamentos da Suprema Corte, pode ser exemplificada pelo provimento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 29087, cujo recente julgamento data de 16/09/2014, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal, utilizando-se do precedente exarado no caso “Raposa Serra do Sol”, reconheceu não haver posse indígena em fazenda localizada no estado do Mato Grosso do Sul, com fulcro na ideia de marco temporal da promulgação da Constituição Federal para reconhecimento de tal direito, a melhor elucidar, destacam-se os argumentos do Ministro Celso de Mello:

**A proteção constitucional estende-se às terras ocupadas pelos índios considerando-se, para efeitos dessa ocupação, a data em que foi promulgada a vigente Constituição. Vale dizer, terras por eles já ocupadas há algum tempo, desde que existente a posse indígena. O relatório de identificação e delimitação da Terra Indígena Guyraroká indicou que a população indígena guarani-kaiowá residiu na área, objeto de disputa, até o início da década de 40. Deste modo, há mais de 70 anos não existe comunidade indígena na área, portanto não há que se discutir o tema da posse indígena. [99]**

Veja-se, portanto, que por força de precedente firmado pela Suprema Corte, conforme ressaltado, optou-se por engessar a discussão acerca de terras tradicionalmente ocupadas em tempos anteriores ao da promulgação da Lei Maior, entendimento, este, que consagra a autonomia da ideia de nova ordem constitucional instituída, todavia acaba por olvidar acerca do reconhecimento da cultura indígena milenar.

Em outras palavras, o conhecimento tradicional exercida pelos povos indígenas é imprescindível à compreensão da relação homem e natureza, não apenas pelo caráter perene da terra que tradicionalmente ocupam, mas pela visão holística que mantêm diante dos ecossistemas nos quais estão inseridos. Razão por que se verifica notória dificuldade do ordenamento pátrio ao enfrentar tal desiderato, conforme se depreende dos aludidos julgamentos

Assim, é extremamente necessário que a problemática ambiental seja encarada não apenas sob à ótica jurídica, mas sociocultural, requerendo investimento em políticas de conscientização para as quais convocada a pluralidade cidadã que compõe a sociedade civil. Por conta disso, no próximo capítulo, por conseguinte, será abordado acerca de eficientes instrumentos da jurisdição ambiental, bem assim brevemente analisado sobre projeto desenvolvido, cujo escopo é justamente a inclusão social como uma das vertentes necessárias às políticas conservacionistas.

### CAPÍTULO III

#### JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL À LUZ das ações ambientais: O RE

(PENSAR) ACERCA Da defesa ambiental

O presente capítulo possui como escopo demonstrar que o repensar do paradigma das escolhas políticas, jurídicas e sociais do âmbito ambiental possui umbilical relação com e influência da jurisdição constitucional ampliada pela redemocratização, conforme estampado na Constituição Cidadã de 1988, a qual atua, sem sobra de dúvidas, como Lei Maior a potencializar o rol de limitações que asseguram o atendimento ao regime democrático pelos três Poderes consagrados pelo texto constitucional. A propósito, por ser a Constituição Federal consagrada doutrinariamente como rígida, verifica-se o elenco de preceitos denominados cláusulas pétreas, conforme artigo 60 §4º da CRFB/88, cuja modificação é blindada ao Poder Constituinte Reformador.

Outrossim, o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos se mostra a principal forma de controle formal e material, concreto e abstrato, realizado pelo Poder Judiciário com relação à atividade legiferante desenvolvida pelos Poderes Executivo e Legislativo, notadamente no que tange ao controle pela via direta, consubstanciado, este, na Ação Direta de Inconstitucionalidade, que se mostra a via adequada para se impugnar, abstratamente, a lei em tese, quando verificado contrassenso entre a atividade legislativa infraconstitucional e a Lei Maior.

Além disso, será analisada a eficácia dos vigentes instrumentos da jurisdição ambiental reputados como principais, quais sejam: Ação Civil Pública, Ação Popular e Mandando de Injunção, os quais se consagraram no ordenamento como formas de contestação do *status quo* ambiental, sob forte influência da gênese dos princípios ambientais.

Ao final, será abordado acerca do imperioso repensa jurídico-ambiental, que encontra assento em formas socioambientais de encarar a problemática ecológica, de modo que se sustenta, no presente trabalho, que a jurisdição ambiental é imbuída de relevantes instrumentos, os quais são de extrema importância, mas que carecem de uma análise sob a ótica que transcenda a ciência jurídica, para que seja engendrada a efetiva consolidação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

### 3.1. O abrigo e fortalecimento da jurisdição constitucional pela Constituição Federal de 1988

O título 2.1 do presente teve por objeto o protagonismo judicial como consequência da ausência de atuação estatal na consolidação dos direitos fundamentais, notadamente do direito ambiental. Em razão disso, transcreveu-se crítica desenvolvida por diferentes doutrinadores no que tange à superficialidade argumentativa sobre a qual, muitas vezes, assentam-se as decisões proferidas pelo Poder Judiciário.

Pois bem. No presente recorte, buscar-se-á tratar acerca da roupagem assumida pela jurisdição constitucional no ordenamento pátrio. Com efeito, é claro que o protagonismo judicial imbuído de fragilidade argumentativa

traz consigo a problemática da insegurança jurídica, conforme já exarado no aludido título. Não obstante a constatação de tal perspectiva, verifica-se que a fortificação coerente dos instrumentos que compõem a jurisdição constitucional é capaz, sim, de possibilitar a realização dos preceitos que respaldam o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O Constituinte Originário, ao elaborar o texto da Constituição Federal de 1988, mostrou clara intenção em ampliar o controle concentrado de constitucionalidade, tudo com o intuito de coibir a discricionariedade do Poder Político, fala-se em Legislativo e Executivo, porquanto ambos possuem atividade de caráter legiferante. Veja-se que o Poder Executivo possui legitimidade tanto para editar decretos autônomos quanto decretos regulamentares,<sup>[100]</sup> bem assim é notório que a reiterada edição de Medidas Provisórias por parte do Executivo também é fator a acarretar abalo no controle do sistema democrático.

Com efeito, em tal contexto constitucional, o Poder Judiciário adquiriu a roupagem de legitimado a fortalecer o regime democrático,<sup>[101]</sup> de tal sorte que a Lei Maior ampliou de maneira expressiva o controle de constitucionalidade pela via concentrada, estabelecendo, ainda, o controle pela via difusa, de modo que há possibilidade de ser retificada a atuação legislativa em desconformidade com o texto constitucional, dando-se tanto pela via direta e abstrata em sede de Suprema Corte, bem assim pela via difusa por qualquer Juiz ou Tribunal, o que reforça e fortalece as instituições democráticas e a cidadania. A melhor elucidar tal questão, ilustra-se com as palavras de Anderson Lobato: “A redemocratização do país permitiu a redescoberta da Constituição e da jurisdição constitucional”.<sup>[102]</sup>

Ainda nessa linha de raciocínio, no que tange, precipuamente, ao aumento do alcance do controle concentrado de constitucionalidade pelo STF, notadamente pela ampliação do rol de legitimados a propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade, conforme previsto no artigo 103 da CRFB/88,<sup>[103]</sup> é de notório destaque a lição do Min. Gilmar Mendes:

*Tal fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle*



*abstrato de normas, com ampla legitimação, e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente. Não é menos certo, por outro lado, que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial – ainda que não desejada – no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. [104]*

Não é outro posicionamento fundamentado pelo também Ministro do STF, Luís Roberto Barroso:

*Constata-se, do breve relato empreendido, uma nítida tendência no Brasil ao alargamento da jurisdição constitucional abstrata e concentrada, vista por alguns autores como fenômeno “inquietante”. Para tal direcionamento contribui, claramente, a ampliação da legitimação ativa para ajuizamento da ação direta, além de inovações como a ação declaratória de constitucionalidade e a própria arguição de descumprimento de preceito fundamental. [105]*

Dessa forma, verificou-se expressiva abertura da atuação da Suprema Corte no tocante ao controle concentrado de constitucionalidade como forma e garantia da preservação da democracia. Por outro lado, é notório que a circunstância em comento acabou por acarretar amplo aumento na atividade jurisdicional do STF, porquanto o ordenamento prevê a

interposição de Recurso Extraordinário, consoante artigo 102, III da CRFB/88, instrumento, este, que pode consubstanciar a atuação da Corte em sede de controle de constitucionalidade pela via concreta. Não se podendo olvidar, ainda, acerca do amplo rol das demais competências da Suprema Corte, tais como julgamentos em sede originária, conforme artigo 102, I da CRFB/88.

Com efeito, a inovação trazida pelo advento da Súmula Vinculante,<sup>[106]</sup> instrumento a uniformizar a jurisprudência, acabou sendo concebida como uma forma de reduzir o elevado número de demandas para serem apreciadas pela Suprema Corte, bem assim se destaca a prática denominada de recursos repetitivos, consoante previsto no artigo 543-B e seguintes do CPC.

Trata-se, portanto, de práticas processuais inseridas na legislação como forma de mitigar a amplitude do acesso à Suprema Corte, haja vista que, não obstante a redemocratização advinda em conjunto com a promulgação da Constituição Cidadã tenha trazido a ampliação da jurisdição constitucional como fortificação da democracia, tal fato ensejou o expressivo aumento da tutela jurisdicional exercida pela Corte, o que, muitas vezes, acarreta uma atuação desprovida da qualidade e densidade argumentativa da qual carece a matéria objeto de análise, gerando, por conseguinte, a já exposta insegurança jurídica e, principalmente, a “descrença” do judiciário pelos cidadãos.

Nesse sentido, transcrevem-se as palavras de Anderson Lobato, as quais explanam de forma cristalina acerca do necessário resgate de legitimidade pelo Poder Judiciário, *in verbis*:

*Trata-se sim de uma questão de técnica constitucional que no fundo encobre uma questão política que deve ser enfrentada rapidamente. O Poder Judiciário no constitucionalismo democrático precisa resgatar a sua legitimidade. Essa legitimidade não poderá ser obtida através do processo eleitoral como ocorre com o Executivo e o*

*Legislativo. A legitimidade do Judiciário residiria na sua capacidade de proteger os direitos do cidadão e, sobretudo, de resistir à pressão política exercida pelo governo. A função da jurisdição constitucional é a de preservar a vontade da Constituição em face das maiorias eventuais que podem violar os direitos de cidadania. O seu papel assim definido obriga a uma nova engenharia constitucional que conduzirá a uma reforma do Judiciário, primeiramente no modo de organização dos tribunais superiores – quem sabe com a adoção de um Tribunal Constitucional. [107]*

Pois bem. Contextualizada a temática da ascensão do Poder Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal atuando como guardião da Lei Maior, após o advento da Constituição Cidadã, fato, este, que enseja a atuação da Suprema Corte tanto em sede de controle concreto, quanto, principalmente, no âmbito do controle concentrado de normas e atos normativos federais e estaduais. Ademais, verificada que tal expressiva atuação acarretou a expansão da atividade e, conseqüentemente, o aumento da demanda processual na Corte Suprema, o que, muitas vezes, produz decisões desprovidas do aprofundamento argumentativo que se almeja de uma Corte Suprema garantidora da vontade constitucional e dos direitos dos cidadãos.

Parece claro, portanto, que, no que tange à específica tutela ambiental não será diferente. Veja-se que é imperioso que o Poder Judiciário assumo o papel que lhe foi conferido pela Lei Maior, atuando amplamente na defesa dos direitos fundamentais e sendo o guardião da afinidade infraconstitucional com o disposto no texto da Constituição Federal.

O próximo título tem o condão de analisar, oportunamente, alguns dos instrumentos específicos da jurisdição ambiental vigentes no ordenamento, o que corrobora a ideia de que a atuação judicial no âmbito ambiental pode ser eficiente e dispõe de poderes, instrumentos e respaldo normativo

para tanto, em que pese imperioso o aumento da amplitude interpretativa a enxergar a complexidade que a temática ambiental apresenta.

### 3.2. Importantes ações constitucionais que compõem a tutela jurídico-ambiental

A jurisdição ambiental é notadamente exercida sob à ótica da tutela coletiva,<sup>[108]</sup> porquanto se trata de direito de terceira dimensão cuja titularidade é amplamente coletiva. Dessa forma, reputam-se importantes três formas de atuação da tutela ambiental como essenciais a serem analisadas, porquanto ratificam o regime democrático e a cidadania estampados no texto constitucional.

Com efeito, conforme desenvolvido no título anterior, a Lei Maior ampliou expressivamente a atuação jurídico-constitucional tanto sob à ótica concentrada, em controle constitucional exercido pela Suprema Corte, bem assim pela ótica difusa, que pode ser consubstanciada na atuação do Poder Judiciário em sua amplitude na defesa da supremacia da Constituição Federal.

Veja-se que, conforme desenvolvido no capítulo 1, a temática ambiental deve ser pautada pela ideia da prevenção dos danos, porquanto a reparação ou compensação não restituem ao *status quo* anterior da forma holística que o ecossistema requer. Entretanto, acaso verificado o dano, o ordenamento jurídico ambiental conta com instrumentos aptos a pleitear a responsabilização ambiental.

Em primeiro, destaca-se a ação civil pública como instrumento previsto na lei nº 7.347/85, que foi recepcionada pela CRFB/88, com fulcro no artigo 129, III, oportunidade em que elevada a atuação do Ministério Público como órgão primordial à propositura da ação em comento, cujo objeto, dentre outros, é a tutela ambiental. Aliás, a jurisdição constitucional, em sua forma concreta e difusa, pode ser exercida em tal instrumento na oportunidade em que suscitada, de forma incidental, a inconstitucionalidade de determinada lei, tratando-se, portanto, de instrumento a consubstanciar a responsabilização moral e patrimonial dos

causadores do dano ambiental, bem como se valendo de ação apta a contestar a constitucionalidade normativa em sua forma incidental.

No mesmo sentido, destaca-se a ação popular, que encontra assento na lei nº 4.717/65 em consonância com o artigo 5º, LXXIII da CRFB/88, cujo objeto é bastante similar ao da aludida ação civil pública, consistindo a principal diferença entre os aludidos instrumentos na distinção de seus legitimados, porquanto a ação popular, reconhecida como remédio constitucional, pode ser proposta por qualquer cidadão.

Tratar-se-á, ainda, acerca do mandado de injunção, cuja previsão está disposta no artigo 5º, LXXI, mostrando-se como o remédio constitucional apto a questionar a omissão constitucional, tratando-se, conforme ressaltado no título anterior, de efetivo processo subjetivo de controle de constitucionalidade por omissão, ressalvadas, por oportuno, as distinções entre a ADI por omissão, que possui objeto mais amplo e se trata de processo objetivo.

Nos próximos parágrafos, portanto, será desenvolvido acerca de cada uma das ações constitucionais em comento, as quais expressam ampla importância na efetivação do direito ambiental, transcendendo, assim, a jurisdição individual a que se está habituado no ordenamento pátrio, a corroborar o aduzido, destacam-se as nobres palavras de Fiorillo:

*A jurisdição civil coletiva em matéria ambiental visa, por via de consequência, assegurar aos destinatários do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado um resultado final, seguro e definitivo em face de lides submetidas à apreciação do Poder Judiciário.[109]*

Assim, serão analisados importantes instrumentos da tutela ambiental, os quais possuem como pedra fundamental os princípios ambientais, notadamente o princípio do poluidor-pagador (objeto do parágrafo 1.3.2), que irradia os preceitos da responsabilização civil ambiental por ato lesivo,

que será materializada e buscada mediante a propositura das ações constitucionais a seguir aduzidas.

### **3.2.1. Ação Civil Pública**

A Ação Civil Pública encontra assento na Lei nº 7.347/85, recepcionada pela Constituição Federal de 1988, consoante art. 129, inc. III da CRFB/88, tendo a ação em comento sua aplicação e alcance ampliados pela edição da Lei nº 8.0878/90 (Código de Defesa do Consumidor), consoante art. 21 da Lei da Ação Civil Pública.

Pois bem. O rol de legitimados do instrumento em questão está disposto no artigo 5º da lei que o rege, dentre os quais merece destaque o Ministério Público, órgão que externa exclusividade para a instauração do Inquérito Civil – procedimento extrajudicial a instruir a propositura da ação em comento – sendo que nos casos em que não atuar como parte, figurará no feito da qualidade de *custus legis* (fiscal da lei), conforme artigos 8º, § 1º e 5º, §1º da lei nº 7.347/85.

No tocante ao objeto da ação civil pública, ressalta-se a defesa dos direitos fundamentais, notadamente da tutela ambiental consubstanciada na responsabilização por danos morais e patrimoniais causados ao meio ambiente,<sup>[110]</sup>responsabilidade, esta, que atua de forma objetiva, bem como merecendo destaque eventual impugnação, pela via incidental, de eventual legislação ambiental em confronto com a Lei Maior, porquanto o controle difuso consagrado pelo texto constitucional pode ser exercido por qualquer juiz ou Tribunal.

A esclarecer a transindividualidade da qual são imbuídos os instrumentos a tutelar os direitos fundamentais de terceira dimensão, dentre os quais elencado o meio ambiente, destaca-se lição de Anderson Lobato:

*A segunda característica dos direitos sociais, econômicos e culturais da terceira geração dos direitos fundamentais reside na sua manifestação enquanto interesses difusos, identificados pela pluralidade de sujeitos e*

*indivisibilidade de seu objeto, de modo que não se possa determinar um ou alguns sujeitos com a exclusão dos demais, como, por exemplo, o direito à proteção do meio ambiente, do patrimônio histórico e cultural, ou ainda dos consumidores. [111]*

Assim, a defesa ambiental apresenta tais características que lhe são peculiares se comparadas à tradicional visão processual-civilista e individual, razão por que a ótica da interpretação das questões ambientais levadas ao Poder Judiciário deve transcender tal paradigma, a fim de se garantir o efetivo exercício da jurisdição constitucional-ambiental em sua plenitude, haja vista que os instrumentos constitucionais, tais como as ações ora analisadas, apresentam riqueza e eficiência consubstanciadas nas legislações que as regem, entretanto, conforme demonstrados nos casos objeto do capítulo 2, é imperioso o repensar argumentativo-ambiental requerido pela problemática ambiental objeto das ações constitucionais em questão.

### **3.2.2. Ação Popular**

O remédio constitucional ora em análise encontra assento no artigo 5º, LXXIII, da CRFB/88, sendo regido, ainda, pela Lei nº 4.717/65. [112] Trata-se de reconhecido exercício do princípio fundamental da cidadania, nas nobres e imprescindíveis palavras de Celso Fiorillo: "a ação popular é um dos remédios constitucionais mais antigos e, mesmo com marchas e contramarchas da história, podemos dizer que foi pioneiro na defesa dos direitos coletivos *lato sensu*". [113]

Assim, a ação popular é reconhecida como o remédio precursor na defesa de direitos fundamentais sob à ótica metaindividual. Com efeito, há de se destacar certa polêmica travada no tocante ao conceito de eleitor que estaria imbuído no aludido remédio, porquanto o artigo 1º, §3º da Lei nº 4717/65, estabelece o título eleitoral como documento a comprovar a legitimidade da parte a propor a ação popular. Não obstante, a interpretação da Suprema Corte ampliou tal conceito de cidadania, estabelecendo que a apresentação de título eleitoral não é *conditio sine*

*qua non* para comprovar a legitimidade ativa do remédio em comento. [\[114\]](#)

Tal posicionamento sustentado pela Suprema Corte é defendido por Celso Fiorillo, segundo o qual, principalmente em se tratando de Ação Popular a anular ato lesivo ao meio ambiente, deve-se pensar sob à luz de que toda a coletividade é destinatária do meio ambiente ecologicamente equilibrado, independentemente da condição de eleitor depreendida sob o prisma meramente político – consubstanciado em título de eleitor. [\[115\]](#)

Verifica-se, portanto, acertado argumento desenvolvido pela Suprema Corte, notadamente quando aplicado em sede ambiental, porquanto se trata de direito fundamental de terceira dimensão, externando metaindividualidade que não pode ser reduzida a título eleitoral para comprovar legitimidade cidadã em sua defesa. Não é outra a análise desenvolvida por Anderson Lobato no que tange à diferenciação da tutela individual e coletiva exercida pelo remédio em análise, bem como pela ação civil pública:

*E, quando há violação do direito por parte do poder público, são colocadas ao alcance de todos as ações constitucionais, de natureza mandamental e rito sumário, não se permitindo que a ilegalidade, abuso de poder ou inércia da administração se perpetuem. Já quando se tratar de direitos que não possam ser individualizados, assumindo assim a característica de verdadeiros direitos difusos, encontramos de imediato a ação civil pública e, de forma complementar, a ação popular, permitindo-se, assim, que o cidadão ou a sociedade civil organizada possa provocar o Judiciário na defesa dos direitos sociais, econômicos e culturais, que favorecem de fato toda a coletividade. [\[116\]](#)*

Observa-se, por oportuno, que a ação popular apresenta legitimidade ativa consubstanciada na ideia de *qualquer cidadão*, bem



assim busca anular ato lesivo, diferenciando-se, portanto, da ação civil pública, que contém objeto a engendrar responsabilidade moral e patrimonial pelo dano ambiental, bem como apresentar rol de legitimados consubstanciados em pessoas jurídicas de direito público ou privado.

Não obstante tais diferenciações, ambas são instrumentos eficientes a postular pedidos com o fito da defesa ambiental.

### **3.2.3. Mandado de Injunção**

No tocante ao Mandado de Injunção, esclarece-se que a Constituição Cidadã ilustrou a possibilidade da interposição do remédio em comento nos casos em que a ausência de norma regulamentadora inviabilize o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, bem como das prerrogativas atinentes à liberdade, soberania e cidadania.<sup>[117]</sup> Trata-se, assim, da omissão constitucional, a qual também é o objeto do controle concentrado mediante a propositura da denominada Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, conforme previsto no art. 103, §2º da CRFB/88 e arts. 12- A e seguintes da Lei nº 9.868/99.

Pois bem. Em que pese o Mandado de Injunção seja configurado processualmente como uma forma de processo subjetivo, se comparado com a mencionada ADI por omissão que se trata de processo objetivo,<sup>[118]</sup> há de se ressaltar que o atual panorama interpretativo conferido pelo STF ao remédio em comento atribui-lhe, em alguns casos, inclusive, eficácia *erga omnes*. Prova disso é a conhecida jurisprudência da Suprema Corte relativa ao direito de greve dos servidores públicos,<sup>[119]</sup> na jurisprudência do STF a que se refere no presente, verificou-se o reconhecimento da aplicação da lei de greve da iniciativa privada, qual seja a Lei nº 7.783/89, ao direito de greve constitucionalmente assegurado aos servidores públicos, consoante disposto no artigo 37, VII da CRFB/88.

Assim, a Suprema Corte abandonou a posição de mera declaração da mora legislativa para um posicionamento concretista, aplicando regra *erga omnes* ao direito desprovido de regulamentação. Em apertada síntese, pode-se afirmar que nos julgados em comento restou aduzido da seguinte forma:

*Assim, o Tribunal, afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração de existência de mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio Judiciário. O Tribunal adotou, portanto, uma moderada sentença de perfil aditivo, introduzindo modificação substancial na técnica de decisão do mandado de injunção. [120]*

No que tange à impetração do mandado de injunção sob à ótica da defesa ambiental, destaca-se que se trata de possibilidade em consentâneo com o artigo 5º, inc. LXXI da CRFB/88, porquanto o texto do dispositivo em comento busca resguardar a ausência de norma que inviabilize *os direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à soberania, à cidadania e à nacionalidade*, prerrogativas, estas, elencadas no artigo 1º da CRFB/88, umbilicalmente relacionadas, portanto, aos demais princípios fundamentais ali previstos, dentre os quais destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III da CRFB/88) que está atrelado ao direito à sadia qualidade de vida e, por conseguinte, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Não é outra a esclarecedora lição de Fiorillo:

*Com efeito, o direito ao meio ambiente está irremediavelmente ligado ao direito à vida e, mais ainda, a uma vida com saúde e qualidade que proporcione bem-estar aos habitantes. E, para que esse preceito seja verificado, não há como desvinculá-lo da satisfação dos direitos sociais encartados no art. 6º da Constituição Federal, os quais estabelecem o piso vital mínimo. Com isso, toda vez que se objetivar suprir a ausência de norma que torne inviável o exercício do direito*

*a uma vida saudável, o mandado de injunção terá por objeto um bem de natureza difusa. [121]*

Veja-se, por oportuno, que o capítulo constitucional dedicado a meio ambiente demonstra claramente hipóteses de normas constitucionais que dependiam de regulamentação, tais como o disposto no artigo 225, inciso IV, que determina a exigência de, na forma de lei, realizar-se estudo prévio de impacto ambiental nos casos de atividades que causem impacto ambiental. A regulamentar a disposição constitucional, merecem destaque a Lei Complementar nº 140/2011, a Lei nº 6.938/81 (art. 9º, inc. IV), bem como a Resolução Conama nº 237/97, normas, estas, que definem o conceito de licenciamento ambiental e as atribuições administrativas para tanto.

Ademais, ressalta-se o disposto no inc. VII do artigo 225 da CRFB/88, que elenca a vedação de práticas, a serem dispostas em lei, que acarretem a extinção de espécies, Por oportuno, imperioso trazer à baila a Lei nº 9.605/98, a qual tipifica as condutas ambientalmente lesivas, dentre as quais merece destaque o artigo 34, inc.I, que define como crime a captura de espécies que devam ser preservadas, espécies, estas, que encontram catalogação na Instrução Normativa MMA nº 05/2004.[122] Trata-se, genuinamente, de norma penal em branco, cujo completo é a aludida normativa vigente.

Pois bem, acaso ausentes tais regulamentações, caberia adequadamente a impetração de mandado de injunção ambiental, porquanto faltaria norma a viabilizar o exercício do direito à vida e, por consequência, do direito fundamental ambiental, conforme raciocínio supra expressado. Merece destaque, nessa esteira, o já expressado status *erga omnes* sustentado pelo mandado de injunção, *in verbis*:

*Assim, em regra, a decisão em mandado de injunção, ainda que dotada de caráter subjetivo, comporta uma dimensão objetiva, com eficácia erga omnes, que serve para tantos quantos forem os casos que demandem a*

*superação de uma omissão geral do Poder Público, seja em relação a uma determinada conduta, seja em relação a uma determinada lei. [123]*

Assim, verifica-se que as ações constitucionais objeto do presente título são instrumentos indispensáveis ao exercício da jurisdição ambiental, o qual está amplamente relacionado com os princípios fundamentais da dignidade da pessoa humana, da cidadania e do regime democrático, os quais geraram o despertar da jurisdição constitucional brasileira.

Veja-se que, em que pese as ações externem peculiaridades consubstanciadas em algumas diferenças, tais como legitimados e pedidos (sob à ótica processual), o objeto por elas defendido nada mais é do que o bem ambiental à luz de sua titularidade coletiva, o qual, carece, portanto, de um olhar que transcenda os litígios civilista individuais e intensifique a análise metaindividual a abandonar o conceito de suficiência da ciência jurídica, consoante tratado em *leading cases* objeto do capítulo 2 do presente.

3.3. O (re) pensar das escolhas jurídicas, políticas e sociais em virtude da defesa ambiental

Pois bem. Nas seções anteriores, traçou-se acerca das consagradas ações constitucionais, as quais visam à defesa ambiental no ordenamento pátrio. Não obstante a notoriedade da importância e eficácia que respaldam tais instrumentos, é necessário esclarecer que a teleologia ambiental constitucionalmente assegurada busca, precipuamente, a prevenção dos danos, bem como a consolidação da consciência coletiva ambiental, de modo que é expresso no artigo 225 da CRFB/88 que é dever da coletividade defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Assim, existem instrumentos aptos a defesa ambiental, entretanto, devem ser acessados de forma alternativa, devendo atuar, em primeiro plano, a consciência ambiental cidadã em consonância com o investimento em políticas públicas na área ecológica.

Veja-se que o artigo 2º, inciso X, da Lei nº 6.938/81 estabelece expressamente acerca da necessária conscientização da comunidade a fim de capacitá-la para a defesa ativa do meio ambiente, objetivo, este, que foi expressamente recepcionado pela Lei Maior, conforme se depreende do artigo 225, inciso VI,[\[124\]](#) norma constitucional, esta, que encontra regulamentação legal na Lei nº 9.795/99, a qual institui a Política Nacional da Educação Ambiental, tendo como participantes do processo educativo tanto a sociedade quanto o Poder Público, bem assim dispendo sobre o enfoque pluralista, transdisciplinar e holístico que circunda a problemática ambiental.[\[125\]](#) Nessa linha de pensamento, transcrevem-se as palavras de Claudete Gravinis, dando conta do imperioso engajamento social no tocante às questões ambientais:

*Por abrigo ambiental, vislumbra-se todo sentido de acolhida e proteção que podemos usufruir, fazendo com que o sentido do humano prevaleça nas diferenças. Teto ambiental admitindo não só o aspecto ecológico, mas aduzindo o caráter crítico e avaliativo e sopesando questões políticas, sociais, econômicas e históricas, enfim, atingindo o verdadeiro objetivo da Educação Ambiental que são as relações sociais em toda a sua plenitude. Nós somos abrigados pelo ambiente em todas as suas vertentes e dele somos parte integrante. [\[126\]](#)*

A ilustrar o presente recorte, imperioso destaque merece o trabalho realizado sob a titularidade da pesquisadora Dra. Irene Garay,[\[127\]](#) consistente em pesquisas desenvolvidas no Município de Sooretama, ES, notadamente, no tocante ao esforço da inclusão social como forma de ação prática da conservação ambiental. Para tanto, a autora em comento utiliza-se de tripé revestido de grande importância, que denomina de “prática, inclusão de agentes sociais e relação saber/conhecimento”.[\[128\]](#) Fundamento, este, corroborado pela lição de Francisco Quintanilha, quando trata acerca dos novos direitos, dentre os

quais elenca o direito ambiental: “Esses novos múltiplos direitos nascidos do pluralismo emergente e combinados com a nova estatalidade em construção, que exigem um trato interdisciplinar, solidário e ético na perspectiva da emancipação libertadora do fenômeno jurídico”. [129]

Com efeito, o projeto em comento, realizado pela pesquisadora no município capixaba, foi marcado pela resistência dos cidadãos lá residentes, notadamente das lideranças rurais, porquanto o objetivo do trabalho consistia em “oitenta hectares de plantio de árvores com quarenta espécies nativas, em propriedades privadas que, além do mais, deveriam ser cuidadas pelos produtores, transferindo as técnicas e os custos de manutenção”. [130] Veja-se que quanto maior é cobertura vegetal do solo, menor é o impacto da chuva neste, a corroborar tal assertiva, destaca-se leitura técnica:

*As práticas conservacionistas visam ao controle da erosão e a conservação do solo e da água, podendo ser classificadas em mecânicas, vegetativas e edáficas (relativas ao solo). Dentre estas, se destacam o terraceamento, adubação verde, a manutenção da cobertura do solo, incremento de matéria orgânica, cuidado no uso de agroquímicos, incremento de atividade microbiana e conservação de nascentes. Utilizar tais práticas de forma integrada alcança maior sinergia e melhores resultados. [131]*

Não obstante a incredulidade dos produtores agrícolas residentes na área objeto do projeto, a realização de oficinas, pautadas pelo diálogo entre os ramos da população, deu ensejo à finalização do projeto idealizado, e mais: com resultados ambientalmente relevantes, nas palavras da pesquisadora: “Pouco a pouco, os produtores que participaram na primeira campanha acompanharam as ações de difusão, explicando em reuniões comunitárias as vantagens da participação no programa de reflorestamento.” [132]

Verifica-se, portanto, também o relevo da realização de grupos a efetivar o esclarecimento da importância acerca da preservação ambiental, notadamente dos instrumentos e utensílios jurídicos postos à disposição do exercício da cidadania daqueles que se constituem no contexto de dada sociedade e ecossistema.[\[133\]](#)

Aliás, a singela síntese aqui demonstrada acerca do projeto desenvolvido pela aludida pesquisadora ilustra de forma clara a necessidade do repensar jurídico, porquanto de extrema importância ser revisto o grau da densidade interpretativa sobre a qual as decisões proferidas pelos Tribunais pátrios se assentam, bem como o repensar social – haja vista a necessidade de se dialogar com os diferentes segmentos populacionais – e, por último, político, tendo em vista a relevância da elaboração ambientalmente responsável da produção legislativa, conforme abordado nos capítulos anteriores.

Trata-se, assim, do emergir do pluralismo jurídico que, abandonando as tendências jurídicas tradicionais, reconhece os desafios enfrentados pela ciência jurídica e se aproxima do diálogo com as ramificações sociais, circunstância em evidência quando se trata da problemática ambiental. A melhor esclarecer, transcreve-se a lição de Francisco Quintanilha:

*Dessa forma, nessa conjuntura da globalização neoliberal com grandes reformas do Estado e do Direito, não se afronta a noção de que nascem novas brechas para a reconstrução do poder social por novos sujeitos coletivos plurais, que reconfigurem novos espaços e lógicas democratizadoras da esfera pública insurgente, produzindo transformações locais e mesmo planetárias, na concepção de globalizações alternativas, trazidas pelo poder transformador de movimentos sociais contrários à globalização hegemônica. [\[134\]](#)*

Assim, verifica-se que a teia ambiental e social, da qual a sociedade e natureza fazem parte, requer uma atuação que transcenda a fragmentação das ciências, necessitando da inclusão dos pareceres e diálogo com as comunidades locais, bem assim do binômio saber-conhecimento por elas repassado. O ordenamento jurisdicional pátrio conta com efetivos instrumentos para a defesa ambiental, que, para serem sejam objeto de escolhas favoráveis sob o ponto de vista ambiental, devem vir acompanhados do reconhecimento da complexidade social que a matéria requer, porquanto a problemática ambiental não é uma questão meramente jurídica, mas sim uma questão social, que deve estar incluída no orçamento das políticas públicas estatais.

Com efeito, no tocante à específica jurisdição-ambiental, verifica-se imperioso que se abracem ideais pautados pela valorização do conhecimento oriundo das populações tradicionais, tais como as comunidades quilombolas, no diálogo com os demais ramos sociais, tais como os ruralistas, bem como do incentivo e implemento da efetiva educação ambiental, porquanto a riqueza da sociedade, que não deve estar dissociada do meio ambiente, provém do abandono da homogeneização e do descortinar e reconhecimento do pluralismo.

Por conta disso, as escolhas jurídicas, políticas e sociais não devem estar separadas do contexto pluralista em que a sociedade como um todo está inserida. As dimensões de direitos fundamentais aliados à dignidade da pessoa humana comprovam a ampliação do núcleo essencial do qual, inegavelmente, o meio ambiente faz parte. Paradigma, este, a ser observado e alcançado pelo sistema normativo, pela arte interpretativa da qual depende o ordenamento jurídico e, principalmente, pelas políticas públicas estatais.

## Conclusão

O emergir da força do movimento ecológico no Estado brasileiro, notadamente a partir da consolidação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, trouxe a hesitação acerca dos instrumentos e formas passíveis de efetivação da preservação



ambiental. A Constituição Cidadã dedicou capítulo exclusivo ao meio ambiente, recepcionando essencial diploma normativo, consistente na Lei nº 6.938/81, bem assim, durante a vigência da nova ordem constitucional, foram celebrados importantes atos normativos de cunho internacional.

Em razão do avanço da preocupação ambiental, os princípios atinentes à matéria ganharam posição de destaque no ordenamento jurídico, no presente trabalho, procurou-se evidenciar o princípio da precaução e prevenção; poluidor-pagador e proibição do retrocesso-ambiental. Postulou-se a ideia, com efeito, de que se deve priorizar a prevenção ambiental, consubstanciada, esta, na exigência de licenciamento nos casos de atividades ambientalmente lesivas, bem como, principalmente, no investimento de políticas públicas que tenham como escopo a proteção ambiental, atuando, assim, o princípio do poluidor-pagador de forma subsidiária, apenas nos casos em que inobservada a devida prevenção, ocasião em que engendrada a responsabilização nas esferas civil, penal e administrativa, cada uma com seus correspondentes requisitos.

Dessa forma, tendo em vista as reiteradas falhas e ausências da atuação positiva estatal na consolidação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, recorre-se, reiteradamente, à jurisdição ambiental, a partir da qual verificada a dificuldade da ciência jurídica em acompanhar a problemática ambiental sob à ótica da complexidade que ostenta. Prova disso é a crítica formulada pela melhor doutrina tendo como objeto, principalmente, a superficialidade sobre a qual se assenta, por muitas vezes, a argumentação jurídica.

No que tange à específica jurisdição ambiental, mereceu destaque o tratamento normativo conferido às populações tradicionais, notadamente o enfoque constitucional, que garantiu direito real de propriedade aos remanescentes de comunidades quilombolas, olvidando-se, entretanto, acerca da necessária proteção à relação umbilical mantida por tais populações em relação ao *habitat* natural que ocupam, ao qual está atrelada à memória cultural, que transcende os costumeiros títulos reais do direito civil.

Ademais, a problemática oriunda da demarcação da terra indígena denominada “Raposa Serra do Sol” também é prova de certa fragilidade jurídica a julgar questões ambientais, tendo em vista que o argumento sobre o qual se assentou a Suprema Corte pátria, ao julgar tal matéria, ao tempo em que se mostrou apto a garantir segurança jurídica para as terras já demarcadas, estabelecendo a promulgação da nova ordem constitucional como marco para o reconhecimento das terras tradicionalmente ocupadas, consolidou certo esquecimento jurisdicional acerca da possível arguição de eventuais nulidades, datadas de período anterior ao da promulgação da constituição cidadã, passíveis de serem detectadas na demarcação de outra terras indígenas.

A discussão da aludida problemática foi objeto de Ação Popular, o que demonstra que o ordenamento jurídico ambiental conta com importantes e efetivos instrumentos de defesa ecológica, tais como a Ação Civil Pública, Ação Popular e Mandado de Injunção, cujo escopo é postular a responsabilização ambiental civil, que encontra assento na ampla influência dos princípios concernentes à matéria, notadamente o princípio do poluidor-pagador, a partir do qual consolidada a ideia de que aquele que lucra com a atividade causadora de impacto ambiental deve arcar com o correspondente prejuízo, observadas as peculiaridades da responsabilização ambiental civil, tal como o viés objetivo que ocupa.

Não obstante a constatação de que o ordenamento pátrio é imbuído de importantes avanços ambientais, ou de relevantes intenções ecologicamente louváveis, tanto sob à ótica normativa, quanto principiológica e jurisdicional, é notório que há certa fragilidade e limitação da ciência jurídica, que inviabiliza a captação e o enfretamento que a densidade ambiental apresenta. O julgado em comento referente à questão indígena, bem como a reiterada crítica doutrinária acerca da superficialidade argumentativa, que paira sobre o ordenamento, são prova de que o direito não acompanha o pluralismo emergido dos novos direitos, tais como o ambiental.

Em sendo assim, a ascensão e investimento em políticas públicas consistentes em projetos e ideais de conscientização ambiental, que envolvam a participação de comunidades locais inseridas em dado

contexto, tais como populações tradicionais e representantes rurais, por exemplo, são imprescindíveis à efetivação do direito ambiental como direito fundamental.

É imperioso que o exercício da cidadania seja direcionado às questões ecológicas, porquanto o investimento ambiental é diretamente proporcional ao alcance da sadia qualidade de vida, prova disso é a harmoniosa relação mantida entre as populações tradicionais e o *habitat* em que estão inseridas, a maneira mediante a qual visualizam o ecossistema deveria ser o espelho para a forma de consolidação do direito fundamental ambiental.

O implemento das práticas ecologicamente conservacionistas requer que o ser humano não se dissocie do bem ambiental, postulando por maior atuação estatal sob à luz de políticas públicas que convoquem os cidadão envolvidos a dialogarem em prol da defesa ecológica.

A atuação jurídica, por sua vez, é imprescindível, haja vista que o princípio da inafastabilidade da jurisdição é consubstanciado no artigo 5º, XXXV da CRFB/88, defende-se, entretanto, que tal atuação deve se dar não de forma isolada, mas aliada à implementação de políticas públicas ecologicamente relevantes, sob pena da efetivação de uma jurisdição ambiental superficial e desprovida do conhecimento holístico necessário à busca do almejado meio ambiente ecologicamente equilibrado.

#### Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria de fundamentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

BASARB, Nicolescu. **Um novo tipo de conhecimento: transdisciplinaridade**. São Paulo: USP, 1999. Disponível em: < <http://www.redebrasileiradetransdisciplinaridade.org/> > Acesso em: 02 set. 2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BIRNFELD, Carlos André. "Novas perspectivas para a responsabilidade civil pelos danos ambientais". **Juris – Revista da Faculdade de Direito**. Rio Grande: Editora da FURG, n 11, p.223-238, 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. Agenda 21: Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: Acesso em: 01 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002 e promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm) >. Acesso em: 17 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Convenção sobre a Diversidade Biológica, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 02, de 03 de fevereiro de 1994 e promulgada pelo Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998. Disponível em: <[http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf\\_dpg/arquivos/cdbport.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/arquivos/cdbport.pdf)>. Acesso em: 11 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, proclamada durante a RIO/92, que ocorreu no período compreendido entre os dias 03 e 14 jun. 1992. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 6.040, de 07 de fevereiro de 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: . Acesso em: 25 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2003/D4887.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4887.htm)>. Acesso em: 17 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Instrução Normativa MMA nº 05, de 21 de maio de 2004. Disponível em: < <http://www.icmbio.gov.br/cepsul/>>. Acesso em 12 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)> Acesso em: 12 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm)> Acesso em: 10 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: >. Acesso em: 15 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9795.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9795.htm)>. Acesso em: 12 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9985.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9985.htm)> Acesso em: 10 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regulamenta a Ação Popular. Disponível em: . Acesso em: 10 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: . Acesso em: 01 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm)>. Acesso em: 03 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Portaria IBAMA nº 22, de 1992. Disponível em: <<http://www2.normaambiental.com.br/bolzan/lpext.dll/Federal>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Resolução CONAMA nº 237, de 19 de dezembro de 1997. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>. Acesso em: 02 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3540/DF. **Medida Cautelar em ADI. Relator: Ministro Celso de Mello. Órgão Julgador: Tribunal Pleno Julgamento: 01/09/2005. Publicado no Dje em 03/02/2006. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000094348&base=baseAcordaos>> . Acesso em: 28 ago.2014.**

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3388/ RR-Roraima. Relator: Ministro Carlos Britto. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 19/03/2009. Dje nº 181, publicado em 25/09/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000168444&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 21 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4467/ DF. Medida Cautelar em ADI. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 30/09/2010. Dje nº 104, publicado em 01/06/2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000174823&base=baseAcordaos>. Acesso em: 06 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. MI nº 670/ ES. Mandado de Injunção. Relator: Ministro Maurício Correa. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 25/10/2007. Dje nº 206, publicado em 31/10/2008. Disponível em: . Acesso em: 02 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. MI nº 712/ PA. Mandado de Injunção. Relator: Ministro Eros Grau. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 25/10/2007. Dje nº 206, publicado em 31/10/2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000002458&base=baseAcordaos>. Acesso em: 02 set. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. RE nº 466.343/SP. Recurso Extraordinário. Relator: Ministro Cezar Peluso. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento: 03/12/2008. Dje nº 104, publicado em 05/06/2009. Disponível em: . Acesso em: 17 set.2014.

BRAUNER, Maria Cláudia; BLANK, Dionis Mauri Penning. "A responsabilidade civil ambiental das instituições bancárias pelo risco ambiental produzido por empresas financiadas". **Revista Eletrônica do Mestrado em Educação Ambiental – FURG**. Rio Grande, n. 22, p. 261-275, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. Tradução de Newton Roberval Eicheemberg. São Paulo: Editora Cultrix, 1996.

CARPOLINGUA, Vanessa Hernandez et al. "Pensando com Bauman a consciência do operador jurídico na Educação Ambiental transformadora". **Revista Jurídica Unicuritiba**. v 1, n. 28, p. 145-163, 2012.

CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. Tradução de Raul de Polillo. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1969.

CLAVAL, Paul. **A Geografia Cultural**. Tradução de Luiz Pimenta e Margareth Pimenta. 2. ed. Florianópolis: Editora da UFSC, 2007.

CUREAU, Sandra; LEUZINGER, Marcia Dieguez. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

DIAMOND, Jared M. **Colapso: Como as sociedades escolhem o fracasso ou o sucesso**. Tradução de Alexandre Raposo. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2009.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios do Direito Processual Ambiental**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). **Julgamentos históricos do direito ambiental**. Campinas: Millenium Editora, 2010.



\_\_\_\_\_. **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GARAY, Irene; BECKER, Bertha (org.). **Dimensões humanas da biodiversidade: O desafio de novas relações sociedade-natureza no século XXI.** Petrópolis: Editora Vozes, 2006.

GOLDSMITH, Edouard. **O desafio ecológico.** Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

GONÇALVES, Carlos Walter Porto. **Os descaminhos do meio ambiente.** 14. ed. São Paulo: Contexto, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto.** 8. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.

GRAVINIS, Claudete Rodrigues Teixeira. **Idosos e o Ministério Público Estadual, agentes atuantes na comunidade rio-grandina e imprescindíveis na solidificação da Educação Ambiental.** Rio Grande: FURG, 2013. Tese (doutorado) – Programa de Pós Graduação em

Educação Ambiental. Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, 2013.

GUERIM, Natalia; ISERNHAGEN, Ingo (orgs). **PLANTAR, CRIAR E CONSERVAR: unindo produtividade e meio ambiente.** São Paulo: Instituto Socio Ambiental, 2013.

GUERRA, Antonio José Teixeira; COELHO, Maria Célia Nunes (org.). **Unidades de Conservação: abordagens e características geográficas.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araujo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial.** 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LEITE, José Rubens Morato et al. Sociedade de Risco, danos ambientais extrapatrimoniais e jurisprudência brasileira. In: XV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2005, Manaus. **Anais/Manaus – AM:** UEA, 2005. Disponível

em:

< [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito\\_ambiental\\_jose\\_r\\_morato\\_leite\\_e\\_outros.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_ambiental_jose_r_morato_leite_e_outros.pdf)>. Acesso em: 07 set.2014.

LOBATO, Anderson Cavalcante. "O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais." **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 33, p. 85-98, 1996.

\_\_\_\_\_. "Política, Constituição e Justiça: Os desafios para a consolidação das instituições democráticas". **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba, n 17, p. 45-52, 2001.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

MAIOR, Ana Paula Cadeira Souto; AUGUSTO, Cicero Cardoso (orgs). **Mineração em terras indígenas na Amazônia brasileira 2013**. São Paulo: Instituto Socio Ambiental, 2013.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet .**Curso de Direito Constitucional**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução de Eliane Lisboa. 3. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.

NETO, Francisco Quintanilha Verás. "Pluralismo Jurídico-comunitário participativo, emancipatório, libertador como projeto de combate ao monismo jurídico neoliberal na América Latina". **Espaço Jurídico**. Joaçaba.v.11, n.1, p. 149-186, 2010.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PATINO, María Clara Galvis; RINCÓN, Ángela María Ramírez. **Digesto de Jurisprudencia latino-americana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria**. Washington DC: Fundación para el debido Proceso, 2013. Disponível em < <http://www.mapuche.info/?kat=4&sid=4304> > Acesso em: 21 ago. 2014.

RODRIGUES, Efraim. **Biologia da Conservação**. Londrina: E. Rodrigues, 2001.

SANTILLI, Juliana. Povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais: a construção de novas categorias jurídicas. In: RICARDO, Fany (org.). **Terras indígenas e unidades de conservação da natureza: o desafio das sobreposições**. São Paulo: Instituto Socioambiental, p. 42-49, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs). **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; COLAÇO, Thais Luzia. "Direito e identidade das comunidades tradicionais: do direito do autor ao direito à cultura." **Liinc em Revista**. Rio de Janeiro, vol.7, n. 2, p. 681-700, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 10. ed. Porto Alegre: Editoria Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. **Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

VITORELLI, Edilson. **Estatuto do Índio**. 2. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Igualdade Racial e Comunidades Quilombolas**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013.

WILSON, Edward. **O futuro da vida**. Tradução de Carlos Malferrari. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

\_\_\_\_\_. **Diversidade da vida**. Tradução de Carlos Malferrari. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectiva – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

#### NOTAS:

[1] Período em que verificada a distinção entre a *ecologia profunda* e *ecologia rasa*, conforme será demonstrado a seguir.

[2] GONÇALVES, Carlos Walter Porto. **Os descaminhos do meio ambiente**. São Paulo: Contexto, 2008, p. 10.

[3] Ibid., p. 16.

[4] Exemplifica-se tal circunstância pelo caso do tubarão-martelo, que, no dia 12/10/07, foi capturado vivo por pescador em litoral catarinense, sendo que, na ocasião em que era realizado seu abate, verificou-se o nascimento de sete filhotes, os quais foram chutados ao mar pelo pescador. Tal fato chocou a população e é objeto de análise por LEITE, José Rubens Morato. Estado de Direito Ambiental e Dano Moral. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). **Julgamentos históricos do direito ambiental**. Campinas: Millenium Editora, 2010, p. 288.

[5] CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. Tradução de Newton Roberval Eicheemberg. São Paulo: Editora Cultrix, 1996, p. 24.

[6] Ibid., p. 25-26.

[7] Transcrevem-se as nobres palavras de Edouard Goldsmith, que demonstram a complexidade do desafio ambiental: "Considera que o curso da natureza não vagabundeia sem objetivo preciso, mas orienta-se para e estabilidade segundo um ritmo regular. Num *habitat* dado, é traçada uma progressão clara (...) uma série que começa por estádios pioneiros com uma aglomeração de espécies vegetais relativamente desequilibrada e instável, para desembocar numa comunidade relativamente complexa e estável, capaz de perpetuação indefinida". GOLDSMITH, Edouard. **O desafio ecológico**. Lisboa: Instituto Piaget, p. 353-354.

[8] OST, François. **A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 219.

[9] Ibid., p. 210.

[10] A ratificar a assertiva, sugere-se a leitura acerca da problemática argumentativa no ordenamento jurídico pátrio, conforme aduzido no capítulo 2 do presente.

[11] CARSON, Rachel. **Primavera Silenciosa**. Tradução de Raul de Polillo. 2ª edição. São Paulo: Melhoramentos, 1969, p.16.

[12] MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

[13] Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.

[14] CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. Tradução de Newton Roberval Eicheemberg. São Paulo: Editora Cultrix 1996, p. 158.

[15] Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente.

[16] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 387.

[17] MARMELESTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 54 e MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013, p.29.

[18] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.64.

[19] Nesse sentido, imperioso trazer à baila o ensinamento do Ministro Luís Roberto Barroso, no que se refere à mutação constitucional pela via interpretativa, segundo o qual se trata de modificação de sentido em substituição ao entendimento preexistente, sendo tal alteração incentivada pelo redimensionamento social, porquanto em não sendo engessada a sociedade, não deverá ser a interpretação jurídica e administrativa, aos quais compete a aplicação da norma fruto da criação do Poder Legislativo. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129-131. Para tanto, dedicar-se-á capítulo a melhor tratar acerca da interpretação na esfera ambiental.

[20] LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. Estado de Direito Ambiental e Sensibilidade Ecológica: os Novos Desafios à Proteção da Natureza em um Direito Ambiental de Segunda Geração. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (orgs). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectiva – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 229.

[21] LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 175.

[22] Vide art. 225 da Constituição da República.

[23] LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato

(orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 178.

[24] BARBAULT, Robert. A Conservação e a Gestão da Biodiversidade: Um Desafio Para a Ecologia. In: GARAY, Irene; BECKER, Bertha (orgs.). **Dimensões humanas da biodiversidade: O desafio de novas relações sociedade-natureza no século XXI**. Petrópolis: Editora Vozes, 2006, p. 385-86.

[25] Esclarece-se que o rol amparado pela imunidade contemplada no aludido dispositivo não se limita ao Título II de nossa Constituição Federal, tendo em vista o disposto no artigo 5º, §2º da CRFB/88. Entendendo-se, portanto, que os direitos fundamentais de 3ª dimensão, dentre eles o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, consoante disposto no Capítulo VI da CRFB/88, encontra-se, obviamente, amparado pela proteção de cláusula pétrea.

[26] BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 180-181.

[27] Disponível em: [http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf\\_dpg/arquivos/cdbport.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/sbf_dpg/arquivos/cdbport.pdf) em: Acesso em 11jun.2014.

[28] Disponível em: < <http://www.icmbio.gov.br/cepsul/> > Acesso em 12 jun. 2014.

[29] Artigo 7º: b) Monitorar, por meio de levantamento de amostras e outras técnicas, os componentes da diversidade biológica identificados em conformidade com a alínea (a) acima, prestando especial atenção aos que requeiram urgentemente medidas de conservação e aos que ofereçam o maior potencial de utilização sustentável;

c) Identificar processos e categorias de atividades que tenham ou possam ter sensíveis efeitos negativos na conservação e na utilização sustentável da diversidade biológica, e monitorar seus efeitos por meio de levantamento de amostras e outras técnicas.

[30] Art. 2º Entende-se por espécies:

I - ameaçadas de extinção: aquelas com alto risco de desaparecimento na natureza em futuro próximo, assim reconhecidas pelo Ministério do Meio Ambiente;

II - sobreexplotadas: aquelas cuja condição de captura de uma ou todas as classes de idade em uma população são tão elevadas que reduz a biomassa, o potencial de desova e as capturas no futuro, a níveis inferiores aos de segurança;

III - ameaçadas de sobreexploração: aquelas cujo nível de exploração encontra-se próximo ao de sobreexploração.

[31] Vide lei nº 9.605/98.

[32] ALBAGLI, Sarita. Convenção sobre Diversidade Biológica: Uma visão a partir do Brasil. In: GARAY, Irene; BECKER, Bertha (org.). **Dimensões humanas da biodiversidade: O desafio de novas relações sociedade-natureza no século XXI**. Petrópolis: Editora Vozes, 2006, p. 113.

[33] BRASIL. Agenda 21: Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2001.

[34] Com relação ao aludido tema, remete-se o leitor ao capítulo 2 do presente.

[35] Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em 01 jul. 2014.

[36] Prova disso é o disposto no Princípio 1 da Declaração do Rio: "Os seres humanos estão no centro das preocupações com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza".

[37] GRAU, Eros Roberto. **O Direito Posto e o Direito Pressuposto**. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 24.

[38] Veja-se que na presente monografia buscou-se traduzir apenas os princípios elencados como de suma importância pela doutrina especializada, não se podendo olvidar acerca dos demais mandamentos que embasam a matéria.



[39] A melhor explicação normativa quanto ao gênero da tutela coletiva (*lato sensu*) é representada pelo artigo 81, §único do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90):

Art. 81: (...)

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

[40] Considerando não ser o *dano ambiental* o tema objeto do presente trabalho, assunto, este, que externa complexidade indiscutível, sugere-se a renomada obra: LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araujo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

[41] Para Sandra Cureau, Subprocuradora-Geral da República, tratam-se de princípios a externar diferença: CUREAU, Sandra; LEUZINGER, Marcia Dieguez. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 53.

[42] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 125.

[43] CUREAU, Sandra; LEUZINGER, Marcia Dieguez. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 53.

[44] Princípio 15: Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

[45] Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

[46] Esclarece-se que a seção 2.1 tratará de forma minudente acerca da fundamentação jurídica tendo por objeto a problemática ambiental.

[47] WILSON, Edward. **Diversidade da vida**. Tradução de Carlos Malferrari. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 441.

[48] Para tanto, veja-se a Instrução Normativa MMA nº 05/2004.

[49] RODRIGUES, Efraim. **Biologia da Conservação**. Londrina: E. Rodrigues, 2001, p. 251.

[50] FREITAS, Vladimir Passos de, **A Constituição Federal e a efetividade das normas ambientais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 182-183.

[51] Princípio 16: As autoridades nacionais devem procurar promover a internacionalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais.

[52] BRAUNER, Maria Claudia; BLANK, Dionis Mauri Penning. "A responsabilidade civil ambiental das instituições bancárias pelo risco ambiental produzido por empresas financiadas". **Revista Eletrônica do Mestrado em Educação Ambiental – FURG**. Rio Grande, n. 22, p. 261-275, 2009, p. 265.

[53] BIRNFELD, Carlos André. "Novas perspectivas para a responsabilidade civil pelos danos ambientais". **Juris – Revista da Faculdade de Direito**. Rio Grande: Editora da FURG, nº 11, 2005, p. 229.

[54] § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

[55] LEITE, José Rubens Morato et al. Sociedade de Risco, danos ambientais extrapatrimoniais e jurisprudência brasileira. In: XV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2005, Manaus. **Anais/Manaus – AM: UEA**, 2005. Disponível em:

< [http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito\\_ambiental\\_jose\\_r\\_morato\\_leite\\_e\\_outros.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_ambiental_jose_r_morato_leite_e_outros.pdf)>. Acesso em: 07 set.2014, p. 17.

[56] MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 148.

[57] "A reserva do possível é entendida como limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais a prestações, tendo por origem a doutrina constitucionalista alemã (...)", consoante SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (orgs). **Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 180.

[58] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 136.

[59] Note-se o reiterado emprego de tal termo no presente, para tanto há que se traçar a seguinte distinção, nas palavras do físico Basarab Nicolescu: "A pluridisciplinaridade diz respeito ao estudo de um objeto de uma mesma e única disciplina por várias disciplinas ao mesmo tempo (...) A interdisciplinaridade tem uma ambição diferente daquela da pluridisciplinaridade. Ela diz respeito à transferência de métodos de uma disciplina para outra (...) A transdisciplinaridade, como o prefixo "trans" indica, diz respeito àquilo que está ao mesmo tempo entre as disciplinas, através das diferentes disciplinas e além de qualquer disciplina. Seu objetivo

é a compreensão do mundo presente, para o qual um dos imperativos é a unidade do conhecimento.” BASARB, Nicolescu. **Um novo tipo de conhecimento: transdisciplinaridade**. São Paulo: USP, 1999, p. 02. Disponível em: < <http://www.redebrasileiradetransdisciplinaridade.org/> >. Acesso em: 02 set. 2014.

Assim, no presente trabalho, buscou-se utilizar o termo transdisciplinaridade, com o intuito de demonstrar que a temática ambiental está presente, por exemplo, nas disciplinas de cunho antropológico, biológico, jurídico, a partir do que se afirma que o direito ambiental deve transcender a análise sob o ponto de vista unifocal e meramente jurídico.

[60] A utilização do termo *complexidade* no presente trabalho merece a transcrição do melhor ensinamento de Edgar Morin acerca do tema: “Assim, a complexidade coincide com uma parte de incerteza, seja proveniente dos limites de nosso entendimento, seja inscrita nos fenômenos. Mas a complexidade não se reduz à incerteza, é a incerteza no seio de sistemas ricamente organizados. Ela diz respeito a sistemas semialeatórios cuja ordem é inseparável dos acasos que os concernem. A complexidade está, pois, ligada a certa mistura de ordem e de desordem, mistura íntima, ao contrário da ordem/desordem estatística, onde a ordem (pobre e estática) reina no nível das grandes populações e a desordem (pobre, porque pura indeterminação) reina no nível das unidades elementares”. MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Tradução de Eliane Lisboa. 3ª edição. Porto Alegre: Sulina, 2007, p. 35.

[61] NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 78.

[62] Remete-se o leitor para a fonte de que se trata no presente: ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

[63] Id., **Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria de fundamentação jurídica**. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; Revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Claudia Toledo. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 31-32.

[64] Para tanto, sugere-se leitura da obra: STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica**

**da construção do direito.** Porto Alegre: Editoria Livraria do Advogado, 2011, p. 403-404.

[65] STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 35.

[66] Ibid., p. 38.

[67] O inteiro teor e acompanhamento do processo em comento encontram-se disponíveis no acervo do site do STF. Disponível em:

. Acesso em: 28 ago. 2014.

[68] Veja-se que a lei em comento (Código Florestal) foi expressamente revogada pela Lei nº 12.651/2012, entretanto se analisou acerca do aludido julgamento proferido em 2005 pela Suprema Corte Pátria, porquanto se reputa de importância para o tema do presente. Esclarecendo-se que não será possível desenvolver sobre as implicações negativas acerca da edição da Lei vigente a tratar da proteção da vegetação nativa.

[69] WEDY, Gabriel. O princípio da precaução no Direito Ambiental: Comentários ao Acórdão na medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.540-1/DF, do Supremo Tribunal Federal. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). **Julgamentos históricos do direito ambiental.** Campinas: Millenium Editora, 2010, p. 175-198.

[70] WEDY, Gabriel. O princípio da precaução no Direito Ambiental: Comentários ao Acórdão na medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.540-1/DF, do Supremo Tribunal Federal. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). **Julgamentos históricos do direito ambiental.** Campinas: Millenium Editora, 2010, p. 185.

[71] Ibid., p. 188.

[72] BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida.** Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 39.

[73] DIAMOND, Jared M. **Colapso: Como as sociedades escolhem o fracasso ou o sucesso.** Tradução de Alexandre Raposo. 6ª edição. Rio de Janeiro: Record, 2009, p. 514.

[74] Ibid., p. 513-514.

[75] SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2011, p. 24-25.

[76] Transcreve-se, exemplificativamente, o texto do artigo 8º: Cada parte contratante deve, na medida do possível e conforme o caso: (J) Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovação e práticas.

[77] Sistema Nacional do Meio Ambiente implementado pela lei nº 6.938/81.

[78] Art. 20, Lei nº 9.985/2000. A Reserva de Desenvolvimento Sustentável é uma área natural que abriga populações tradicionais, cuja existência baseia-se em sistemas sustentáveis de exploração dos recursos naturais, desenvolvidos ao longo de gerações e adaptados às condições ecológicas locais e que desempenham um papel fundamental na proteção da natureza e na manutenção da diversidade biológica.

[79] Art. 3º Para os fins do disposto nesta Lei, consideram-se: (...) X - comunidades locais: populações tradicionais e outros grupos humanos, organizados por gerações sucessivas, com estilo de vida relevante à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica.

[80] Considerando a necessidade de assegurar a conservação do valioso patrimônio de recursos naturais, manejados por Populações Tradicionais entendendo-se como tal aquelas que tradicional e culturalmente têm sua subsistência baseada no extrativismo de bens naturais. Disponível em:

< <http://www2.normaambiental.com.br/bolzan/lpext.dll/Federa>>. Acesso em 20 ago. 2014.

[81] Art. 3º Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por:

I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

[82] JÚNIOR, Evaristo de Castro. Gestão da Biodiversidade e Áreas protegidas. In: GUERRA, Antonio José Teixeira; COELHO, Maria Célia Nunes (org.). **Unidades de Conservação: abordagens e características geográficas**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009, p. 62.

[83] VITORELLI, Edilson. **Estatuto da Igualdade Racial e Comunidades Quilombolas**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 241.

[84] Nesse sentido, transcrevem-se os seguintes dispositivos que compõem o Decreto nº 4.887/2003:

Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de autoatribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida (...).

§ 3º Para a medição e demarcação das terras, serão levados em consideração critérios de territorialidade indicados pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sendo facultado à comunidade interessada apresentar as peças técnicas para a instrução procedimental.

[85] O presente trabalho não possui o fito de analisar acerca das Unidades de Conservação, mas é no aludido sentido que leciona o nobre doutrinador Paulo Affonso Leme Machado, vide MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 880-881.

[86] Art. 42. As populações tradicionais residentes em unidades de conservação nas quais sua permanência não seja permitida serão indenizadas ou compensadas pelas benfeitorias existentes e devidamente realocadas pelo Poder Público, em local e condições acordados entre as partes.

[87] SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes; COLAÇO, Thais Luzia. "Direito e identidade das comunidades tradicionais: do direito do autor ao direito à cultura." **Liinc em Revista**. Rio de Janeiro, vol.7, n. 2, p. 681-700, 2011, p. 692.

[88] §5º - É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

[89] Não se podendo olvidar acerca do status privilegiado de que goza tal Convenção com relação às normas infraconstitucionais, merecendo destaque, portanto, a tese desenvolvida pelo Min. Gilmar Mendes, que abandonando a antiga jurisprudência da Suprema Corte, passou a considerar que os tratados de direitos humanos ratificados em momento anterior à promulgação da emenda constitucional nº 45/2004, que incluiu o §3º ao artigo 5º de nossa CRFB/88, teriam hierarquia infraconstitucional, mas supralegal. Tal entendimento foi consolidado no Recurso Extraordinário nº 466.343. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000000323&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 17 set.2014.

[90] SANTILLI, Juliana. Povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais: a construção de novas categorias jurídicas. In: RICARDO, Fany (org.). **Terras indígenas e unidades de conservação da natureza: o desafio das sobreposições**. São Paulo: Instituto Socioambiental, p. 42-49, 2004, p. 48.

[91] SAYAGO, Doris; BURSZTYN, Marcel. A Tradição da Ciência e a Ciência da Tradição: Relações entre Valor, Conhecimento e Ambiente. In: GARAY, Irene; BECKER, Bertha (org.). **Dimensões humanas da biodiversidade: O desafio de novas relações sociedade-natureza no século XXI**. Petrópolis: Editora Vozes, 2006, p. 91.

[92] Com efeito, a noção de território indígena supera os aspectos simplesmente jurídicos e econômicos, toda vez que os povos estão ligados a ele de uma maneira comunitária, espiritual e cosmológica, precisamente pelo caráter ancestral e sagrado que ostenta, constituindo-se, então, em um elemento integrante da forma como aqueles veem e entendem o mundo. Sentença C-891 de 22 de outubro de 2002. In: PATINO, María Clara Galvis;



RINCÓN, Ángela María Ramírez. **Digesto de Jurisprudencia latino-americana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria.** Washington DC: Fundación para el debido Proceso, 2013, p. 232. Disponível em < <http://www.mapuche.info/?kat=4&sida=4304>> Acesso em: 21 ago. 2014.

[93] Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

[94] 26.1. As populações indígenas e suas comunidades têm uma relação histórica com suas terras e, em geral, descendem dos habitantes originais dessas terras. No contexto deste capítulo, o termo "terras" abrange o meio ambiente das zonas que essas populações ocupam tradicionalmente. As populações indígenas e suas comunidades representam uma porcentagem significativa da população mundial. Durante muitas gerações, eles desenvolveram um conhecimento científico tradicional holístico de suas terras, recursos naturais e meio ambiente. As populações indígenas e suas comunidades devem desfrutar a plenitude dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, sem impedimentos ou discriminações. Sua capacidade de participar plenamente das práticas de desenvolvimento sustentável em suas terras tendeu a ser limitada, em consequência de fatores de natureza econômica, social e histórica. Tendo em vista a inter-relação entre o meio natural e seu desenvolvimento sustentável e o bem estar cultural, social, econômico e físico dos populações indígenas, os esforços nacionais e internacionais de implementação de um desenvolvimento ambientalmente saudável e

sustentável devem reconhecer, acomodar, promover e fortalecer o papel dos populações indígenas e suas comunidades.

[95] CLAVAL, Paul. **A Geografia Cultural**. Tradução de Luiz Pimenta e Margareth Pimenta. 2ª edição. Florianópolis: Editora da UFSC, 2007, p. 158.

[96] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição nº 3388/ RR-Roraima. Relator: Ministro Carlos Britto. Tribunal Pleno. Julgamento: 19/03/2009. Publicado no Diário de Justiça Eletrônico em: 25/09/2009. Disponível em < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000168444&base=baseAcordaos>> Acesso em: 21 ago. 2014.

[97] A análise minudente do aludido julgamento é objeto da obra: VITORELLI, Edilson. **Estatuto do Índio**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 218 e seguintes. Merecendo evidência a informação de que “a terra indígena Raposa Serra do Sol equivaleria a 7,7% da área do Estado , o que seria mais que o estado de Sergipe e quase metade da Bélgica” (p. 220).

[98] VITORELLI, Edilson. **Estatuto do Índio**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2013, p. 249.

[99] Acórdão ainda não publicado, porquanto se trata de recente notícia obtida através do *site* do STF, disponível em: . Acesso em: 17 set. 2014.

[100] O tema sobre a distinção entre tais atos normativos, bem como quanto à possibilidade do controle de constitucionalidade pela via concentrada, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, apenas sobre os decretos autônomos, trata-se de temática extensa e de reconhecida densidade jurídica, não sendo o objeto do presente. Não obstante, por amor ao tema, esclarece-se que os decretos autônomos (art. 84, VI da CRFB/88) extraem fundamento direto do texto constitucional, razão pela qual podem ser objeto do controle concentrado pela via de Ação Direta de Inconstitucionalidade, os decretos regulamentares, por seu turno, apresentam roupagem de ato normativo secundário, extraem, portanto, fundamento da lei, a partir do que se conclui a seguinte lição desenvolvida por Luís Roberto Barroso: “Havendo contrariedade, ocorrerá uma de duas hipóteses: ou o ato administrativo está em desconformidade com a lei que lhe cabia regulamentar, o que caracterizaria ilegalidade e não inconstitucionalidade; ou é a própria lei que está em desconformidade com a Constituição, situação em que ela é que deverá ser objeto de impugnação”. Ressalte-se, ainda, o cabimento de Arguição de

Descumprimento de Preceito Fundamental tendo por objeto os atos normativos secundários. BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 203 e 329.

[101] Princípio sensível cuja inobservância acarreta, inclusive, possibilidade de intervenção federal, conforme previsto no artigo 34, VII, "a" da CRFB/88.

[102] LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. "Política, Constituição e Justiça: Os desafios para a consolidação das instituições democráticas". **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba. n 17, p. 45-52, 2001, p. 48.

[103] Art. 103 Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)

- I - o Presidente da República;
- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;
- IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)
- V - o Governador de Estado;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004\)](#)
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

[104] MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1054.

[105] BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p.89.

[106] Quando se trata acerca das Súmulas Vinculantes, imperioso trazer à baila a crítica desenvolvida pelo nobre doutrinador Lenio Streck, que, reiteradamente, refuta tal forma de uniformização interpretativa, para tanto

destaque-se trecho em que o autor em comentário aduz que “a ex-ministra Ellen Gracie chegou a dizer que a súmula vinculante não era algo passível de interpretação, pois deveria ser suficientemente clara para ser aplicada sem maior tergiversação”. STRECK, Lenio Luiz. **Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 36.

[107] LOBATO, Anderson Orestes Cavalcante. “Política, Constituição e Justiça: Os desafios para a consolidação das instituições democráticas”. **Revista de Sociologia e Política**. Curitiba. n 17, p. 45-52, 2001, p. 52.

[108] Obra de notório destaque acerca da tutela coletiva é a do Min. Teori Zavascki, tema que não é o centro do presente trabalho, mas que merece destaque. ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

[109] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Princípios do Direito Processual Ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 176.

[110] Art. 1º da lei nº 7.347/85 - Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I - ao meio-ambiente (...).

[111] LOBATO, Anderson Cavalcante. “O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais.” **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 33, p. 85-98, 1996, p. 97.

[112] LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência (...).

[113] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 765.

[114] Nesse sentido foi o julgamento da ADI nº 4.467/2010, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000174823&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 06 set. 2014.

[115] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 771.

[116] LOBATO, Anderson Cavalcante. "O reconhecimento e as garantias constitucionais dos direitos fundamentais." **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 33, p. 85-98, 1996, p. 97.

[117] Art. 5º, inc. LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (...).

[118] A distinção entre a ADI por omissão e o Mandado de Injunção, em sua forma originária, ainda comporta demais traços a serem delineados, tais como: rol de legitimados, objeto e natureza do processo. Veja-se que o controle de constitucionalidade por via de ação direta no STF é regido pela Lei nº 9.868/99, o mandado de injunção, por seu turno, não possui legislação específica, utilizando-se, para tanto, a Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12. 016/2009), com fulcro no art. 24, § único da Lei nº 8.038/90.

[119] MI 670, cujo interior teor pode ser analisado no *site* do STF, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000086775&base=baseAcordaos> Acesso em: 02 set. 2014. Destaque, ainda, para o MI 712, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudenciaDetalhe.asp?s1=000002458&base=baseAcordaos> Acesso em: 02 set. 2014.

[120] MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1194-1195.

[121] FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 792.

[122] Tema tratado no título 1.2.1. Disponível em: < <http://www.icmbio.gov.br/cepsul/> > Acesso em 12 jun. 2014.

[123] MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1195.

[124] Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

(...)

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente (...).

[125] Art. 4º São princípios básicos da educação ambiental:

I - o enfoque humanista, holístico, democrático e participativo;

II - a concepção do meio ambiente em sua totalidade, considerando a interdependência entre o meio natural, o sócio-econômico e o cultural, sob o enfoque da sustentabilidade;

III - o pluralismo de idéias e concepções pedagógicas, na perspectiva da inter, multi e transdisciplinaridade;

IV - a vinculação entre a ética, a educação, o trabalho e as práticas sociais;

V - a garantia de continuidade e permanência do processo educativo;

VI - a permanente avaliação crítica do processo educativo;

VII - a abordagem articulada das questões ambientais locais, regionais, nacionais e globais;

VIII - o reconhecimento e o respeito à pluralidade e à diversidade individual e cultural.

(...).

[126] GRAVINIS, Claudete Rodrigues Teixeira. **Idosos e o Ministério Público Estadual, agentes atuantes na comunidade rio-grandina e imprescindíveis na solidificação da Educação Ambiental**. Rio Grande: FURG, 2013. Tese (doutorado) – Programa de Pós Graduação em Educação Ambiental. Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, 2013, p. 93.

[127] Pesquisa realizada no Município de Sooretama, ES, "local cuja superfície ocupada por formações nativas é de 48,95%, sendo 44,11% florestas, 4,36% várzeas e 0,48% sistemas arbustivos cobertos". Note-se, ainda, conforme ressaltado pela aludida pesquisadora, na ocasião em que apresentado o projeto que seria implementado no referido município, o prefeito questionou: "Quase metade do município está recoberta por floresta, o que elimina qualquer possibilidade nelas de gerar riqueza agrícola, além dos impostos necessários para educação e saúde, prioridades sociais do governo local. E, assim, a pergunta: qual o benefício para nós da existência da mata?" Destaque, ainda, para as palavras da autora no que tange às escolhas ambientais realizadas em momento anterior na aludida

área: "Se a necessidade de liberar os solos para os cultivos foi um dos motores do desmatamento acelerado, não é menos verdadeiro que as instituições políticas fizeram dos recursos madeireiros um instrumento para a implantação das políticas de desenvolvimento da época, sem maior preocupação pela legislação ambiental". Vide: GARAY, Irene. Construir as dimensões humanas da biodiversidade. Um enfoque transdisciplinar para a conservação da Floresta Atlântica. In: GARAY, Irene; BECKER, Bertha (org.). **Dimensões humanas da biodiversidade: O desafio de novas relações sociedade-natureza no século XXI**. Petrópolis: Editora Vozes, 2006, p. 419 e 425.

[128]Ibid., p. 416.

[129]NETO, Francisco Quintanilha Verás. "Pluralismo Jurídico-comunitário participativo, emancipatório, libertador como projeto de combate ao monismo jurídico neoliberal na América Latina". **Espaço Jurídico**. Joaçaba.v.11, n.1, p. 149-186, 2010, p. 163.

[130] GARAY, Irene. Op.cit., p. 426.

[131]GUERIM, Natalia; ISERNHAGEN, Ingo (orgs). **PLANTAR, CRIAR E CONSERVAR: unindo produtividade e meio ambiente**. São Paulo: Instituto Socio Ambiental, 2013, p. 55.

[132] GARAY, Irene. Construir as dimensões humanas da biodiversidade. Um enfoque transdisciplinar para a conservação da Floresta Atlântica. In: GARAY, Irene; BECKER, Bertha (org.). **Dimensões humanas da biodiversidade: O desafio de novas relações sociedade-natureza no século XXI**. Petrópolis: Editora Vozes, 2006, p. 434.

[133] CARPOLINGUA, Vanessa Hernandez et al. "Pensando com Bauman a consciência do operador jurídico na Educação Ambiental transformadora". **Revista Jurídica Unicuritiba**. v 1, n. 28, p. 145-163, 2012, p. 147.

[134]NETO, Francisco Quintanilha Verás. "Pluralismo Jurídico-comunitário participativo, emancipatório, libertador como projeto de combate ao monismo jurídico neoliberal na América Latina". **Espaço Jurídico**. Joaçaba.v.11, n.1, p. 149-186, 2010, p. 153.

## **AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO: CARACTERÍSTICAS, REQUISITOS E PRINCIPAIS MODALIDADES**

**PRISCILA FERNANDES DA SILVA PAÇO:**  
Graduada em Direito pela UFRJ.  
Especialista em Direito Processual Civil  
pela UCAM-RJ. Servidora pública federal.

**RESUMO:** O presente artigo destaca as principais características do pagamento em consignação e da ação de consignação em pagamento, estabelecendo requisitos e modalidades.

**PALAVRAS-CHAVE:** consignação em pagamento. Ação. Depósito judicial.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2. O pagamento em consignação. 2.1 Requisitos objetivos para o uso da consignação 2.2. Requisitos subjetivos para o uso da consignação. 3. A ação de consignação em pagamento. 3.1. Consignação por depósito em estabelecimento bancário. 3.2. Consignação judicial. 4. Conclusão 5. Referências Bibliográficas.

---

### **1. Introdução**

A atuação do Poder Judiciário, em regra, é provocada por uma lide existente entre demandante e demandado, através da qual há pretensão resistida do demandado em se submeter aos pedidos do demandante para satisfação de seu direito.

É comum, por exemplo, que o credor ajuíze uma ação de cobrança em razão do inadimplemento contratual por parte do devedor, que não paga o débito no tempo ajustado pelas partes.

No entanto, existem situações em que aquele que seria provavelmente demandado, como o devedor do exemplo acima, se antecipa para impedir que a mora o atinja e aciona o Poder Judiciário com o fim de demonstrar seu interesse em quitar o débito existente, o qual ainda não foi pago porque o credor não quis ou não pode receber no prazo previsto em contrato.

Nesta esteira, a ação de consignação em pagamento é o instrumento utilizado para impedir a mora e demonstrar o interesse de satisfação da



obrigação por parte daquele que ajuíza a demanda, conforme será detalhado neste pequeno ensaio.

## 2. O pagamento em consignação

O pagamento é considerado forma de extinção da obrigação, no entanto, quando não é possível fazê-lo diretamente ao credor, o Código Civil autoriza que o ato se dê através de depósito bancário (esfera extrajudicial) ou depósito judicial (art. 334, CC).

Segundo conceituação de Maria Helena Diniz é

o meio indireto de o devedor, em caso de mora do credor, exonerar-se do liame obrigacional, consistente no depósito judicial (*consignação judicial*) ou em estabelecimento bancário (*consignação extrajudicial*), da coisa devida, nos casos e formas da lei<sup>[1]</sup>.

Depreende-se que se trata de instituto de natureza híbrida tendo em vista que é regulado pelo direito material (pagamento extrajudicial) e pelo direito processual (pagamento através do ajuizamento de ação de consignação em pagamento).

O pagamento em consignação está relacionado à obrigação de dar, que pode ser objeto móvel ou imóvel, e é comumente utilizado para o oferecimento de dinheiro. Através do pagamento, o devedor fica liberado do vínculo que estabelece a obrigação entre as partes e do pagamento de eventuais juros moratórios ou cláusula penal, afastando-se as regras aplicáveis ao inadimplemento.

O art. 335 do CC traz rol de hipóteses em que a consignação é possível, *in verbis*:

*I - se o credor não puder, ou, sem justa causa, recusar receber o pagamento, ou dar quitação na devida forma;*

*II - se o credor não for, nem mandar receber a coisa no lugar, tempo e condição devidos;*

*III - se o credor for incapaz de receber, for desconhecido, declarado ausente, ou residir em lugar incerto ou de acesso perigoso ou difícil;*

*IV - se ocorrer dúvida sobre quem deva legitimamente receber o objeto do pagamento;*

*V - se pender litígio sobre o objeto do pagamento.*

Para Flávio Tartuce tal rol é exemplificativo não excluindo outras situações em que seja possível a utilização do pagamento em consignação[2]. No entanto, Maria Helena Diniz ressalva o seguinte: "é preciso deixar bem claro que só há admissibilidade de consignação em pagamento nos casos previstos em lei"[3].

Observa-se ainda que os primeiros quatro incisos estão relacionado à *mora accipiendi*, que é a mora no recebimento acarretada por causa subjetiva (relacionada ao credor) e apenas o inciso V está relacionada a causa objetiva, relativa ao objeto do pagamento.

### **2.1. Requisitos objetivos para o uso da consignação[4]**

O débito existente precisa ser líquido e certo, com o *quantum* apurado, o que não é impeditivo de que, posteriormente, o devedor ao perceber erro de cálculo o retifique.

O pagamento também deve corresponder à totalidade da prestação devida, na forma do art. 314 do CC, incluindo juros vencidos, quando estipulados ou legalmente devidos.

Para consignar é necessário ainda que a dívida esteja vencida, mas para ter força de pagamento, o devedor não poderá estar em mora. A consignação também deve se dar no local convencionado para o pagamento (art. 337 do CC).

### **2.2. Requisitos subjetivos para o uso da consignação**

O pagamento deverá ser dirigido a favor de quem tem obrigação de receber (credor) e pode conferir quitação capaz de exonerar o devedor da obrigação.

Além disso, precisa ser promovido por pessoa capaz de pagar, seja o próprio devedor, representante legal do mesmo ou até terceiro interessado ou não na extinção do débito.

### **3. A ação de consignação em pagamento**

O Código de Processo Civil regula o procedimento para o uso desta modalidade de pagamento, exceto quanto ao pagamento de alugueres e seus acessórios que se encontra regulado pela Lei 8.245/91, contendo prazos mais exíguos.

Deteremo-nos aos procedimentos indicados no CPC, que se encontra em capítulo próprio, entre os artigos 539 e 549. As regras contemplam as hipóteses de consignação judicial e extrajudicial, que serão pormenorizadas a seguir.

#### **3.1. Consignação por depósito em estabelecimento bancário**

O devedor, em caso de obrigação pecuniária, tem a faculdade de optar pelo depósito em conta bancária, em instituição financeira situada no lugar do pagamento, cientificando o credor por carta com aviso de recebimento, com prazo de dez dias para manifestar recusa.

O credor deverá informar a recusa por escrito ao estabelecimento bancário dentro do prazo, o que trará para o devedor o direito de propor ação de consignação em pagamento perante o Poder Judiciário dentro de 1 mês, conforme estabelece o § 3º do artigo 539 do CPC. Destaca-se ainda que o prazo anterior previsto pelo CPC/73 era de 30 dias conforme o §3º do art. 890.

Propondo a ação própria dentro do prazo aventado, a mora fica afastada para o devedor bem como os juros e os riscos em relação ao negócio jurídico. Em caso de inércia, o depósito perderá efeito e poderá ser levantado pelo depositante, voltando a correr os valores referentes ao inadimplemento.

O art. 541 do CPC, em consonância com os princípios da celeridade e efetividade do processo, traz a orientação para os casos de prestações periódicas. Aqui, o autor/consignante depositará o valor devido todos os meses, enquanto a ação estiver em curso, até 5 dias após o vencimento, sendo desnecessário o ajuizamento de outra consignatória.

Durante o processamento da demanda judicial, o juiz abrirá vista ao credor para que o contraditório seja estabelecido, julgando ao final, procedente a consignação em caso de ser o depósito subsistente, declarando a extinção da obrigação, ou improcedente caso o credor faça prova de alguma das alegações possíveis, na forma do art. 544, do CPC.

### **3.2. Consignação judicial**

Nesta hipótese, o autor ajuíza a ação perante o juízo do lugar do pagamento competente, requerendo a expedição de guia para depósito do valor (obrigação de pagar quantia certa) ou da coisa (obrigação de entregar coisa), objeto do negócio pendente com o devedor, ora consignado, e ainda a citação do consignado para levantar o depósito ou oferecer resposta (art. 542 do CPC).

O trâmite da ação seguirá as mesmas disposições expostas na parte final do item anterior. Valendo ressaltar que quanto à legitimidade para propor a demanda consignatória é legitimado tanto o devedor quanto terceiros estranhos à relação jurídica. Em relação a estes, Daniel Assumpção traz a seguinte distinção:

(a) no caso de terceiro juridicamente interessado ocorrerá sub-rogação, de forma que esse terceiro, extinta a obrigação por consignação, assume os direitos e ações do credor satisfeito frente ao devedor; (b) no caso de terceiro não interessado, não ocorre sub-rogação, sendo entendida a consignação como mera liberalidade deste em favor do devedor.<sup>[5]</sup>

Ressalta-se que em caso de dúvida quanto ao real destinatário da obrigação, ou seja, a quem pagar, o devedor estará desobrigado a partir do momento do efetivo depósito, devendo ser citados todos os possíveis legitimados que prosseguirão como partes da demanda a fim de que o juiz possa resolver a controvérsia existente (art. 547 do CPC).

Por outro lado, estabelece o art. 545 do CPC que se o credor alegar que o depósito não foi integral, o devedor terá dez dias para fazer a complementação do valor, caso o negócio existente entre eles não seja de rescisão imediata em caso de inadimplemento.

Em relação às custas, em regra, pelo princípio da causalidade serão pagas pelo autor, mas no caso de dúvida quanto a quem pagar e

continuação do processo entre os possíveis legitimados, serão eles responsáveis solidariamente pelas despesas com o processo.

Acrescenta-se ainda que a demanda vem sendo utilizada para discussão dos valores estabelecidos em contrato, apesar de não ser esse o objeto originário da ação. Daniel Assumpção, inclusive, argumenta que

essa postura vem sendo incentivada por decisões judiciais, sendo pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de permitir **a revisão incidental de cláusulas contratuais** no âmbito da demanda de consignação em pagamento.<sup>[6]</sup> *(grifos no original)*

#### 4. Conclusão

Conforme demonstrado a demanda consignatória tem o papel de possibilitar a extinção da obrigação nos casos em que o devedor não consegue realizá-la na forma estabelecida entre as partes quando da formação do vínculo obrigacional.

Em regra, pode ser utilizada pelo devedor para afastar a mora e as cláusulas decorrentes do inadimplemento da obrigação, mas modernamente, em razão de princípios relacionados ao aproveitamento dos atos processuais e inafastabilidade de jurisdição, tem sido aceito seu uso para discussão dos valores contratuais, como uma espécie de ação revisional.

Assim, considera-se a utilização da medida extremamente salutar a fim de resguardar a boa-fé do devedor e a lisura no cumprimento dos deveres anexos de conduta, exigível em todas as relações sociais.

#### 5. Bibliografia

Diniz, Maria Helena. Código Civil Anotado. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Diniz, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 2: teoria geral das obrigações. 24. ed. Reformulada – São Paulo: Saraiva, 2009.

Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 5. ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

Tartuce, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 4. ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

NOTAS:

[1] Diniz, Maria Helena. Código Civil Anotado. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 313.

[2] Tartuce, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 4. ed. ver. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 385

[3] Diniz, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 2: teoria geral das obrigações. 24. ed. Reformulada – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 264

[4] Classificação segundo Maria Helena Diniz *in* Diniz, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 2: teoria geral das obrigações. 24. ed. Reformulada – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 263-266.

[5] Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 5. ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 1346.

[6] *Idem*, p. 1347.

## A COMPLEMENTAÇÃO DE ALÍQUOTA DO ICMS (IN)DEVIDA PELOS OPTANTES DO SIMPLES NACIONAL NO TOCANTINS

**WELLINGTON DIVINO SOUSA LIMA:**  
Graduando em Direito pela Faculdade Serra do Carmo.

**FÁBIO BARBOSA CHAVES<sup>[1]</sup>**

*(Orientador)*

**RESUMO:** Trata-se de trabalho que representa o resultado obtido de pesquisa hermenêutica jurídica exercida sobre Decreto nº 4.523/2012, editado pelo chefe do Poder Executivo do Estado do Tocantins, responsável pela cobrança da complementação de alíquota do Imposto sobre Circulação e Serviços às Micro e Pequenas Empresas optantes pelo regime tributário diferenciado do Simples Nacional, regulamentado pela Lei Complementar 123/2006. A partir desta análise, pretende obter conclusões acerca da constitucionalidade de tal tratamento tributário. Adotam-se neste estudo a pesquisa bibliográfica em suas duas vertentes: a abordagem analítica e qualitativa das normas positivadas e da doutrina especializada, e a abordagem descritiva e quantitativa nas fontes onde os dados foram obtidos. No aspecto analítico e qualitativo depreende-se a necessidade de encontrar os pontos conflitantes nas legislações pertencentes à complementação de alíquota de ICMS. Por outro lado, a abordagem descritiva quantitativa visa demonstrar se há benefício tributário na apuração deste tributo por seus optantes.

**Palavras-chave:** ICMS, Simples Nacional, Complementação de Alíquota (in)devida.

*RESUMEN:* Se trata de trabajo que representa el resultado obtenido de investigación hermenéutica jurídica ejercida sobre Decreto nº 4.523 / 2012, editado por el jefe del Poder Ejecutivo del Estado de Tocantins, responsable por el cobro de la complementación de alícuota del Impuesto sobre Circulación y Servicios a las Micro y Pequeñas Empresas optando por el

*régimen tributario diferenciado del Simple Nacional, regulado por la Ley Complementaria 123/2006. A partir de este análisis, pretende obtener conclusiones acerca de la constitucionalidad de tal tratamiento tributario. Se adoptan en este estudio la investigación bibliográfica en sus dos vertientes: el abordaje analítico y cualitativo de las normas positivadas y de la doctrina especializada, y el abordaje descriptivo y cuantitativo en las fuentes donde los datos fueron obtenidos. En el aspecto analítico y cualitativo se desprende la necesidad de encontrar los puntos conflictivos en las legislaciones pertenecientes a la complementación de alícuota de ICMS. Por otro lado, el enfoque descriptivo cuantitativo pretende demostrar si hay beneficio tributario en el recuento de este tributo por sus optantes.*

*Keywords: ICMS. Simple Nacional. Complementación de Alícuota indebido.*

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL – PRINCÍPIOS. 3 ASPECTOS GERAIS DO ICMS. 4 A NÃO CUMULATIVIDADE TRIBUTÁRIA. 5 ASPECTOS DO SIMPLES NACIONAL FRENTE AO ICMS. 6 A COMPLEMENTAÇÃO DE ALÍQUOTA DO ICMS AOS OPTANTES DO SIMPLES NACIONAL. 7 A COMPLEMENTAÇÃO DE ALÍQUOTA (IN)DEVIDA NO ESTADO DO TOCANTINS. 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

---

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Tributário estuda a relação jurídica existente entre o Estado e o Contribuinte, como fato resultante de imposição, arrecadação e fiscalização de receitas tributárias. O Estado é o sujeito ativo dessa relação que detém o poder-dever (direito de impor e receber tributos) de tributar, objetivando realizar suas necessidades financeiras para cumprir com suas obrigações sociais constitucionais.

Por outro lado, o Contribuinte é quem subsidia essas necessidades financeiras com o desembolso de recursos em forma de numerário financeiro, o chamado Tributo, por definição de BELTRA?O (2014, p. 23):

Tributo representará um dever público, com pagamento obrigatório em dinheiro. Trata-se de um



encargo financeiro de natureza pecuniária e compulsória, isto é, o devedor deve cumpri-la em dinheiro (pecúnia), além de se tratar de prestação forçada, decorrendo sua compulsoriedade da própria lei instituidora do tributo, que é de natureza imperativa.

A legislação tributária, sob a leitura constitucional, trazendo consigo princípios tributários, é levada em consideração neste trabalho especificamente no que pertine o Imposto sobre a Circulação de Mercadoria e Serviços – ICMS, mas inserido na sistemática de cobrança simplificada oriunda do regime diferenciado do Simples Nacional.

Este regime diferenciado possibilita às empresas a desburocratização tributária na apuração e recolhimento de impostos de forma consolidada, em conjunto com um benefício fiscal de redução de alíquotas dos impostos federais, estaduais e municipais, gerando desta forma uma obrigação tributária principal única.

O ICMS está previsto na Constituição Federal no artigo 155, Inciso II, como um tributo de competência dos Estados e Distrito Federal, tendo como base de cálculo as operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior e têm suas características gerais regulamentadas pelo no § 2º do mesmo artigo, e que nem sempre são respeitadas por estes entes federados.

O Simples Nacional é um subsistema tributário especial e opcional, parcialmente substitutivo do sistema tributário geral e obrigatório, com princípios específicos, tem natureza jurídica complexa e que objetiva efetivar o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País estando previsto no art. 170, inciso IX da Constituição Federal de 1988. Foi regulamentado pela Lei Complementar nº. 123 de 14 de dezembro de 2.006.

O objetivo principal é encontrar nos textos legais parâmetros constitucionais que demonstrem, ou não, a legalidade da exigência pelo Estado do Tocantins da complementação de alíquota do ICMS, das empresas que comercializam mercadorias.

## **2 SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL – PRINCÍPIOS**

O Sistema Tributário Nacional constitui o conjunto de normas positivadas em matéria tributária tendo como sua base principiológica e limitadora a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), seu regulamento geral no Código Tributário Nacional (CTN) - Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966), e as suas definições pormenorizadas nas legislações esparsas, Leis Ordinárias e Complementares nos âmbitos de competência de cada ente político.

Para tal abordagem, considera-se como campo de incidência e análise o Sistema Tributário Nacional, incluindo os textos da CRFB/88, Lei nº. 5.172, de 25 de outubro de 1966 (CTN), Lei Complementar nº. 87, de 13 de setembro de 1996 (ICMS), Lei Complementar nº. 123 de 14 de dezembro de 2.006 (Simples Nacional) e o Decreto Estadual nº. 2.912, de 29 de dezembro de 2006 (RICMS/TO).

A CRFB/88 afirma que para instituir ou majorar tributos, ou seja, que para criar tributo ou modificar tributo já criado, é essencial que haja elaboração de uma Lei.

*Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

*I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;*

Trata-se do princípio da legalidade, como explica Beltrão:

*A exigência de lei e a legalidade representam a mais tradicional limitação do poder de tributar no Estado de Direito. No*

*texto de 1988, esse princípio está fundamentado no caso tributa?rio no art. 150, I, da Constituição Federal. Por este, qualquer criação ou majoração dos tributos deverá ser realizada por meio de lei em sentido formal. (BELTRÃO, 2014, p. 83)*

Observado o princípio da legalidade, o legislador, deve se ater que não é permitido a excepcionalidade de tributação à certa pessoa ao criar ou majorar tributos, não poderá fazê-lo à um sujeito específico, devendo atribuir isonomia de tratamento aos sujeitos em mesma situação. É que preceitua o art. 150, II da Constituição Federal de 1988:

*Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

*I - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos; (BRASIL, 1988)*

A este tratamento denomina se princípio da igualdade ou isonomia, que veicula o caráter indiscriminatório da Lei. É obrigatório o tratamento similar de todos perante a lei, igualmente resguardado no caput do art. 5º da Constituição Federal.

No entanto, a hipótese retrata neste contexto, representa situação excepcional, pois se refere a contribuintes optantes pelo Simples Nacional, empresas enquadradas como micro ou pequenas para fins tributários, cuja receita bruta não ultrapassa R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e quatrocentos mil reais), regulamentadas na Lei Complementar 123/2006, e que tem sua reserva atribuída na própria CRFB/88 em seu art. 146, III-d.

*Art. 146. Cabe à lei complementar:*

*III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:*

*d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (BRASIL, 1988)*

O terceiro princípio a ser adotado neste estudo é o princípio da Capacidade Contributiva, que para BELTRÃO:

É o corolário natural dessa admissão de tratamento diferenciado em razão dos contribuintes em situação diversa, e? a previsão da capacidade contributiva. Para muitos, e? princípio muito importante no Direito Tributário, visto tratar da capacidade econômica do contribuinte (2014, p. 91).

Encontra-se, este princípio, explícito no § 1º do art. 145 da CRFB, dispondo que:

*Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:*

*§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.*

Neste interim, o próprio fato de se tratar de empresa cujo porte econômico seja inferior, já as faz distintas, e por isso, terem direito ao benefício do tratamento diferenciado explicito no art. 146, III-d, da Constituição Federal.

Até o momento, os três princípios apresentados retratam que o regime tributário do Simples Nacional está principiologicamente perfeito, mas ao apreciar o último relacionado, encontra-se distorção: o Princípio do Não Confisco, que para BELTRÃO (2014, p. 106) é o princípio "protetor do contribuinte. Se a anterioridade e? um princípio de "não surpresa", o não confisco e? um princípio de "não excesso" e de proteção a esse contribuinte, especialmente na sua renda e no seu patrimônio."

O caráter de proteção ao contribuinte se extrai da limitação no *quantum* o Estado pode onerar o contribuinte sem que ele perca sua capacidade econômica, e não possa mais continuar sua atividade, ou seja, o contribuinte deve pagar, mas há o limite, e este deve estar dentro da razoabilidade e proporcionalidade, não o penalizando em forma de tributo, como dispõe o art. 150 da Constituição Federal, e o art. 3º. Do CTN:

*CFRB/1988 - Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

*IV - utilizar tributo com efeito de confisco;*

*CTN - 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 (BRASIL).*

Esse *quantum* razoável e proporcional a ser exigido dos contribuintes é valor que não pode ser atribuído objetivamente, devendo ser estudado caso a caso, e especialmente dos contribuintes optantes pelo Simples Nacional, que deve ser considerado pela demonstração da preocupação Estatal com a sobrevivência deste segmento.

### 3 ASPECTOS GERAIS DO ICMS

O ICMS, Imposto sobre operações relativas a? circulação de mercadorias e sobre a prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, é um imposto de competência estadual e do Distrito Federal, instituído pela Constituição Federal, devendo ser regulamentado em seus aspectos formais por lei complementar, ou seja, deve ser instituído por Lei com processo especial de aprovação por maioria absoluta, conforme ensina Beltrão, ao afirmar que “aConstituição cuidou ainda de reconhecer a necessidade da edição de uma lei complementar que verse sobre vários pontos do imposto, na forma do inciso XII, sempre do § 2o, do art. 155. São matérias determinadas ao campo da lei de quórum da maioria absoluta” (2014, p. 570).

Grande parte das hipóteses retratadas pelo referido autor em sua obra se referem à matéria que deverá ser regulamentada por lei complementar, porém, para este trabalho, importa retratar o fato gerador e o contribuinte.

O autor desmitifica o fato gerador, ao afirmar se tratar de “figura que da origem ao nascimento da obrigação tributária, caracterizando, portanto, como fato constitutivo do dever jurídico” (2014, p. 106), e deve estar definido em lei. O fato gerador e? tratado no art. 114 do CTN como “a situação definida em lei como necessária e suficiente a? sua ocorrência” (BRASIL, 1988).

O fato gerador do ICMS está implícito na relação tipificante e exaustiva da Lei Complementar nº. 87, de 13 de setembro de 1996, sendo estes fatos elencados no seu artigo 12:

*Art. 12. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:*

*I - da saída de mercadoria de estabelecimento de contribuinte, ainda que para outro estabelecimento do mesmo titular;*

*II - do fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias por qualquer estabelecimento;*

*III - da transmissão a terceiro de mercadoria depositada em armazém geral ou em depósito fechado, no Estado do transmitente;*

*IV - da transmissão de propriedade de mercadoria, ou de título que a represente, quando a mercadoria não tiver transitado pelo estabelecimento transmitente;*

*V - do início da prestação de serviços de transporte interestadual e intermunicipal, de qualquer natureza;*

*VI - do ato final do transporte iniciado no exterior;*

*VII - das prestações onerosas de serviços de comunicação, feita por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza;*

*VIII - do fornecimento de mercadoria com prestação de serviços:*

*a) não compreendidos na competência tributária dos Municípios;*

*b) compreendidos na competência tributária dos Municípios e com indicação expressa de incidência do imposto de competência estadual, como definido na lei complementar aplicável;*

*IX - do desembaraço aduaneiro de mercadorias ou bens importados do exterior;*

*X - do recebimento, pelo destinatário, de serviço prestado no exterior;*

*XI - da aquisição em licitação pública de mercadorias ou bens importados do exterior e apreendidos ou abandonados;*

*XII – da entrada no território do Estado de lubrificantes e combustíveis líquidos e gasosos derivados de petróleo e energia elétrica oriundos de outro Estado, quando não destinados à comercialização ou à industrialização;*

*XIII – da utilização, por contribuinte, de serviço cuja prestação se tenha iniciado em outro Estado e não esteja vinculada a operação ou prestação subsequente.*

*§ 1º Na hipótese do inciso VII, quando o serviço for prestado mediante pagamento em ficha, cartão ou assemelhados, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto quando do fornecimento desses instrumentos ao usuário.*

*§ 2º Na hipótese do inciso IX, após o desembaraço aduaneiro, a entrega, pelo depositário, de mercadoria ou bem importados do exterior deverá ser autorizada pelo órgão responsável pelo seu desembaraço, que somente se fará mediante a exibição do comprovante de pagamento do imposto incidente no ato do despacho aduaneiro, salvo disposição em contrário.*

*§ 3º Na hipótese de entrega de mercadoria ou bem importados do exterior antes do desembaraço aduaneiro, considera-se ocorrido o fato gerador neste momento, devendo a autoridade responsável, salvo disposição em contrário, exigir a comprovação do pagamento do imposto.”*

Verifica-se nas hipóteses retratadas nos incisos as ações que cominam em fatos geradores do ICMS, e nota-se claramente que todos envolvem mercadoria.



Mercadoria representa coisa ou o bem que é adquirido com o objetivo de ser revendido, seja como insumo para produção de um novo bem pela industrialização deste, ou como o próprio bem em si para comercialização. Em sua obra, mais uma vez, Beltrão explica: “chamam-se mercadorias as coisas que comerciantes adquirem com a finalidade específica de revender.” (BELTRÃO, 2014, p. 572 apud MARTINS, 1998. p. 473).

Outro ponto fundamental para o estudo é a definição de quem é o contribuinte e responsável pelo ICMS. Na Lei Complementar nº. 87/1996 há a definição de quem são estes sujeitos, sendo contribuinte determinado pelo art. 4º:

Qualquer pessoa, física ou jurídica, que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior (BRASIL)

Diferentemente do contribuinte, deixa em aberto e a critério dos Estados e Distrito Federal, a definição de quem será o de responsável, dispondo seu art. 6º “Lei estadual poderá atribuir a contribuinte do imposto ou a depositário a qualquer título a responsabilidade pelo seu pagamento, hipótese em que assumirá a condição de substituto tributário” (BRASIL).

Doravante, estabelece critérios objetivando que a estipulação de responsável tributário poderá ser atribuída em caráter antecedente, concomitante ou subsequente, em uma ou mais operações, dispondo no § 1º do mesmo artigo:

A responsabilidade poderá ser atribuída em relação ao imposto incidente sobre uma ou mais operações ou prestações, sejam antecedentes, concomitantes ou subsequentes, inclusive ao valor decorrente da diferença entre alíquotas interna e interestadual nas operações e prestações que

destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, que seja contribuinte do imposto (BRASIL)

O grifo acima detalha a imputação ao consumidor final, que seja contribuinte do imposto, a complementação do diferencial de alíquota do ICMS diretamente para o Estado onde se sedia, quando este cobrar alíquota maior que a do Estado de origem da mercadoria. Sabe-se que este não tem mais o objetivo de comercialização, ou seja, entende que aquela operação será a última e não haverá operações subsequentes, portanto, chegou-se ao final da tributação.

#### **4 A NÃO CUMULATIVIDADE TRIBUTÁRIA**

Dentre seus aspectos já consolidados na legislação, o importante para este estudo será a não cumulatividade disposta, por sua importância, no art. 155, § 2º, I, CRFB/88:

*Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:*

*II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)*

*§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:*

*I - será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal; (BRASIL, 1988)*

A comercialização ou industrialização das mercadorias é fato gerador de ICMS, e cada qual na cadeia comercial paga o percentual devido ao seu

Estado. Este é o fato gerador do imposto. Normalmente o comprador credita o valor pago pelo seu fornecedor, e quando revende esta mercadoria terá de pagar o percentual equivalente ao Estado que se sedia descontado do crédito oriundo da operação anterior. Quando isso ocorre, cada contribuinte pagou o imposto que era devido apenas pela sua operação, ou seja, não cumulou com o imposto outrora pago.

A este tipo de operação, onde o contribuinte subsequente não é exigido do imposto de operações anteriores se dá o nome de operação não cumulativa, ocorre por tanto a não cumulatividade do tributo.

Neste sentido ensina BELTRÃO (2014, p. 580):

A disposição do art. 155, § 2o, I, CRFB/88, determina que esse critério não cumulativo implica na compensação do que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal. No momento de adquirir o produto, há o creditamento do valor do imposto pago quando da aquisição. O valor do imposto irá incidir somente sobre o valor agregado à mercadoria.

## **5 ASPECTOS DO SIMPLES NACIONAL FRENTE AO ICMS**

O Simples Nacional foi instituído pela Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006, estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em regime especial unificado quanto apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias, dentre outras normas em outras matérias. (BRASIL).

O ICMS se insere neste sistema no inciso VII do art. 13, e exclui se no § 1º, inciso XIII do mesmo artigo. Notoriamente, estudaremos as alíneas g e h, de onde se origina a Lei Estadual que contempla a exigência da complementação de alíquotas se baseia.

*Art. 13. O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:*

*VII - Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS; (BRASIL)*

Ao inferir que o ICMS se insere no regime especial, previsto no art. 13, VII, o legislador pretende dar tratamento diferenciado e beneficiado a estas empresas, propondo uma redução de imposto.

Esse imposto reduzido é obtido pela aplicação das alíquotas efetivas sobre a receita bruta mensal das operações de venda de mercadorias (art. 18, § 3º) calculadas a partir das alíquotas nominais constantes das tabelas dos Anexos I, conforme a receita acumulada nos últimos 12 meses disposto no art. 18, que poderá variar de 1,36% a 4,79%, em faixas que vão de R\$ 0,01 a R\$ 3.600.000,00, Valores estes atribuídos proporcionalmente ao percentual de participação do Estado na partilha.

A alíquota interna do ICMS no Estado do Tocantins é de 18%, na tabela fica demonstrado grande benefício às empresas optantes do regime em relação ao regime normal de recolhimento. Vale lembrar que o ICMS é um imposto não cumulativo, no regime normal a alíquota interna é aplicada, mas deduz se o valor pago de ICMS na aquisição (crédito da entrada) da mercadoria, tornando toda sua exigência na diferença entre o valor agregado pelo comerciante multiplicado por 18%.

Contudo, na sistemática do Simples Nacional, a benesse é mitigada quando o legislador insere uma série de exceções referentes ao ICMS no âmbito do regime especial, inserido no art. 13:

*§ 1o O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:*

*[...]*

*XIII - ICMS devido:*

*[...]*

*g) nas operações com bens ou mercadorias sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, nas aquisições em outros Estados e Distrito Federal:*

*1. com encerramento da tributação, observado o disposto no inciso IV do § 4º do art. 18 desta Lei Complementar;*

*2. sem encerramento da tributação, hipótese em que será cobrada a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, sendo vedada a agregação de qualquer valor;*

*h) nas aquisições em outros Estados e no Distrito Federal de bens ou mercadorias, não sujeitas ao regime de antecipação do recolhimento do imposto, relativo à diferença entre a alíquota interna e a interestadual;  
(BRASIL)*

Destas exceções, verifica-se no texto legal que há previsão para que os Estados e o Distrito Federal criem impostos sobre a aquisição de bens e mercadorias sujeitas (alínea g), ou não, ao regime de antecipação de recolhimento (alínea h) e caso estejam sujeitas, com (alínea g, 1) ou sem o encerramento da tributação (alínea g, 2).

Equivale dizer que de qualquer forma a empresa optante pelo Simples Nacional deverá recolher, desde que instuído pelo Ente, o ICMS sobre suas aquisições de mercadorias e insumos.

Verifica se que foi criado nesta Lei Complementar um novo fato gerador de ICMS, a aquisição de mercadorias e insumos, mas não expressamente alterou a Lei Complementar nº. 87 de Nº 87, de 13 de setembro de 1996, onde esse novo fato gerador não consta do exaustivo ali disposto no artigo 12. Não estando previsto neste rol o fato gerador não tipifica ato sujeito a incidência do imposto.

## **6 A COMPLEMENTAÇÃO DE ALÍQUOTA DO ICMS AOS OPTANTES DO SIMPLES NACIONAL**

O Estado do Tocantins por meio do Decreto Estadual nº. 4.523, de 04 de abril de 2012, alterou o Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – RICMS/TO, Decreto nº. 2.912, de 29 de dezembro de 2006, instituindo a exigência tributária para contribuintes sediados no Estado da complementação de alíquota de ICMS nas operações de aquisição de mercadorias ou insumos com objetivo de comercialização ou industrialização, respectivamente.

Este decreto atribui ao contribuinte o recolhimento da diferença entre a alíquota interestadual do remetente, e a alíquota interna aplicada no Estado do Tocantins, diretamente sobre o valor da nota fiscal de aquisição da mercadoria, conforme prevê o art. 508-B do RICMS/TO:

*Art. 508-B. As ME ou EPP optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a recolher o ICMS referente à complementação de alíquota na aquisição de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação, destinada à comercialização ou industrialização.*

*§1º O valor do imposto previsto no caput deste artigo:*

*I - é calculado mediante multiplicação do percentual da diferença entre a alíquota interna e a interestadual sobre o valor da operação*

*constante da respectiva nota fiscal de aquisição;*

*II - não gera direito a crédito fiscal, nos termos do art. 23 da Lei Complementar Federal 123/2006 e do art. 507-C deste Regulamento.*

*§2o A diferença entre as alíquotas interna e interestadual, a que se refere o inciso I do §1o deste artigo, é calculada adotando-se as alíquotas aplicáveis às operações realizadas por contribuintes não optantes do Simples Nacional.*

*§3o A complementação de alíquota é:*

*I - apurada mensalmente;*

*II - recolhida na forma e no prazo estabelecidos em ato do Secretário de Estado da Fazenda.*

Para exemplificar, sobre a compra de um determinado produto, de origem do Estado de Goiás destinado ao Estado do Tocantins, incide a alíquota interestadual de 12%, se o mesmo produto for adquirido no próprio Estado do Tocantins, a alíquota interna é de 18%.

A exigência da complementação de alíquota garante a parcela que cabe ao Estado na partilha do ICMS sobre operações interestaduais, e caso não houvesse a cobrança, ocorreria grave distorção na sistemática nacional desse imposto, isto porque a aquisição interestadual de mercadoria seria substancialmente menos onerosa do que a compra no próprio Estado, sujeita à alíquota interna mais elevada. Por outro lado não existe previsão na Lei Complementar nº. 87/1996 para esta cobrança, a não ser nos casos onde ele seja o próprio consumidor final, pois desta forma não existiria operações subsequentes com esta mercadoria no Estado, ratificando a teoria acima.

A cobrança da complementação de alíquota onera a operação da micro e pequena empresa optante pelo Simples Nacional, de modo que a complementação de 6%, como demonstrado no exemplo, seja recolhida aos cofres do Estado do Tocantins.

Cabe salientar que as empresas inseridas no regime do Simples Nacional não têm direito à apropriação do crédito de tributo oriundo de suas compras de mercadorias, como disposto no art. 23 da Lei Complementar 123/2006: “As microempresas e as empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional não farão jus à apropriação nem transferirão créditos relativos a impostos ou contribuições abrangidos pelo Simples Nacional.” (BRASIL)

É válido ressaltar que o artigo 508-B, §1º, inciso I do RICMS/TO também veda o creditamento desta complementação já recolhida, ou seja, o imposto recolhido e não lhe traz nenhum direito a nenhum benefício, diferentemente do regime normal de ICMS imposto que lhe empresta a sigla, qualquer antecipação do imposto é levantada a crédito na apuração final do imposto, pelo princípio da não cumulatividade.

Desta forma, é de saltar aos olhos que se criou um novo tributo, vez que este tem sujeito passivo, fato gerador, base de cálculo e alíquotas próprias, e é claro que o Estado tem conhecimento de que o fato gerador da complementação de alíquota já é fato gerador do ICMS, que seja a circulação de mercadorias.

## **7 A COMPLEMENTAÇÃO DE ALÍQUOTA (IN)DEVIDA NO ESTADO DO TOCANTINS**

O Estado não pode adentrar no patrimônio do contribuinte fazendo este perder sua capacidade produtiva, isto fere o princípio da capacidade contributiva, e tem ação de confisco. Por outro lado os legisladores federais ao incluírem exceções que alcançam somente as micro e pequenas empresas contribuintes de ICMS e optantes pelo regime do Simples Nacional desvincularam a condição constitucional de tratamento diferenciado e favorecido. Não há como favorecer atribuindo ônus.

O Estado do Tocantins, como outros, encontrou na edição da Lei Complementar 123/2006, que institui o Regime diferenciado e favorecido, a oportunidade de arrecadar mais da parcela empresarial de menor poder econômico.



O Estado tocaninense, segundo pesquisas nas Estatísticas do portal do Simples Nacional em abril de 2018, possuía 79.579 empresas incluídas no regime, que geraram R\$ 20.268.964,93 de repasses aos cofres do Estado do Tocantins na forma de ICMS (SIMPLES NACIONAL, 2018).

No entanto em consulta ao portal da transparência no mapa de arrecadação da Secretaria de Fazenda do Estado, o Tocantins não classificou suas receitas em rubrica específica para estes repasses federais do ICMS e também o valor da complementação de alíquota recebida no período, tendo naquele mês receitas totais de ICMS no montante de R\$ 60.773.067,00 (sessenta milhões, setecentos e setenta e três mil, sessenta e sete reais). Verifica-se que praticamente 1/3 deste imposto, caso esteja contabilizado junto, vem das micro e pequenas empresas optantes pelo Simples Nacional. (TOCANTINS, 2018)

Tal levantamento demonstra que as micro e pequenas empresas estão pagando demais, e por um motivo, estão arcando com o que não teria o dever. Estas empresas estão sendo vítimas de uma legislação falha que lhe traz prejuízos quando não observa os preceitos constitucionais tributários, conforme segue abaixo:

Para dispor sobre as normas gerais do ICMS, especialmente em matéria de definição dos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes é exigida Lei Complementar, especialmente implícito no art. 146, III, "a" da CRFB/1988.

A aquisição de mercadoria oriunda de outra unidade da Federação, destinada à comercialização ou industrialização descrito na Lei Complementar 123/2006, art. 13, § 1º, XXIII, "g" e "h", é um novo fato jurídico que cria obrigação tributária, assim considera novo fato gerador.

Não obstante, de acordo com o art. 508-B §1º do RICMS/TO, o valor da operação constante da respectiva nota fiscal de aquisição será a base de cálculo para o imposto, claramente criando uma nova base de cálculo para a recém criada complementação da alíquota de ICMS.

Partindo que o princípio da legalidade não aceita cobrança de impostos não instituídos em Lei, em especial quando se é exigida lei complementar, caso próprio do ICMS seria imperioso a adequação de sua lei complementar para absorver novo fato gerador.

A edição da Lei Complementar 123/2006, do Simples Nacional, não é auto aplicável, deve se ater que ela trata de diversos assuntos, inclusive não tem objetivo de criar novo tributo, tem objetivo de atribuir mecanismos de tratamento diferenciado e favorecido às micro e pequenas empresas. Regula como os impostos existentes devem ser tratados na sua sistemática, atribuindo a eles alíquotas menores.

A Lei Complementar 123/2006 não altera expressamente a Lei Complementar 87/1996 no sentido de criar fato gerador de imposto, quando não se reporta o art. 12 desta lei. E por equidade não alterando lei de hierarquia superior o decreto que regulamenta o ICMS no Estado do Tocantins não pode absorver diretamente a Lei Complementar 123/2006 antes que sua lei normatizadora, a Lei Complementar 87/1996, também a absorva.

Deste modo fica claro que o princípio da legalidade não foi respeitado na criação da complementação de alíquota pelo Estado do Tocantins, vez que a necessidade legislativa de lei complementar para alterar diploma de hierarquia superior não foi observada.

O Estado, ao regulamentar a cobrança da complementação de alíquota de ICMS sobre as aquisições de mercadorias e insumos, apenas apontou para as empresas optantes do Simples Nacional. Em contrariedade ao princípio da isonomia e igualdade, o RICMS/TO apenas admite a complementação de alíquota das empresas optantes do simples nacional.

O princípio da igualdade e isonomia tem o caráter de não discriminar os contribuintes, mas ao atribuir esta cobrança exclusiva às micro e pequenas empresas o Estado do Tocantins vai em sentido oposto ao que diz o art. 146, III, "d", pois não as aplica o bônus do tratamento diferenciado e favorecido, mas um ônus por demais elevado.

Evidencia-se a indevida situação desigualmente prejudicial, ao criar tributo exclusivo para micro e pequenas empresas, e não o fazer para as maiores. Por questão de justiça tributária as empresas no regime normal de tributação também deveriam recolher esta complementação, e não o faz por não haver previsão legal para tanto em nenhum diploma federal ou estadual que disponha sobre ICMS.

Com o desrespeito do princípio da isonomia, que desmerece o lado social da micro e pequena empresa, como já apresentado, o lado econômico também é afetado. Fica claro que ao instituir tributo exclusivo a estas empresas, o Estado onera demasiadamente esses contribuintes.

Da forma que tributa essas empresas, descaracteriza a isonomia, em favor do princípio da capacidade contributiva.

Para BELTRÃO (20154, p. 93) "Um imposto que, por ventura, não tivesse como hipótese de sua incidência, um fator econômico não estaria observando nem objetivamente a capacidade contributiva, não sendo, no limite, constitucional.", neste sentido a constitucionalidade da complementação de alíquota é ponto salutar, vez que não procura entender a capacidade econômica de seus contribuintes.

Quando o Estado passa a exigir demais de seus contribuintes, deve-se aferir a implementação de excesso de tributação. Fere-se o princípio da capacidade contributiva quando lhe atribui tributo por demais oneroso, que pode afetar sua capacidade econômica, dilapidar seu patrimônio e extirpar desenvolvimento de suas atividades.

O tributo não pode ter caráter sancionatório, deve ser razoável e proporcional. Todavia, quando o Estado atribui imposto ao simples fato de que o contribuinte não compra mercadoria no Estado que sedia, fica evidente o caráter sancionatório do tributo.

A exigência da complementação de alíquota se dá no momento que o contribuinte de ICMS do Estado do Tocantins adquire mercadorias ou insumos em outro Estado. Por fazê-lo, o contribuinte retira recursos que

seriam do Estado do Tocantins para outros Estados, por sua vez o pune por não aplicar seus recursos em seu no Estado.

Não é razoável o comerciante ser tributado em todas as fases de sua operação, ou seja, quando compra e quando vende. Quando compra em seu próprio Estado não é exigido de imposto, mas quando o faz em outro Estado é taxado, isso demonstra o caráter punitivo e não razoável, conforme conceitua o STF na ADI 2.010-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello:

Resulta configurado o caráter confiscatório de determinado tributo, sempre que o efeito cumulativo – resultante das múltiplas incidências tributárias estabelecidas pela mesma entidade estatal – afetar, substancialmente, de maneira irrazoável, o patrimônio e/ou os rendimentos do contribuinte.

Neste cenário, a exigência deste imposto pune de forma não razoável e desproporcional o contribuinte, contrariando o sentido imperativo do princípio do não confisco.

## **8 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A análise dos elementos principiológicos do Sistema Tributário Nacional, procurando adequar os princípios na inserção do texto que institui o recolhimento da complementação de alíquotas para as aquisições de mercadoria e insumos no Decreto nº. 2912/2006 do Estado Tocantins, possibilitou algumas conclusões.

Foi estabelecida uma ordem lógica para entendimento da matéria, vez se tratar de assunto muito complexo e controverso. Buscou-se a indicação de textos legais e a colaboração da doutrina especializada para a elucidação e devida abordagem.

Em seu primeiro capítulo, foi elencado os princípios norteadores do direito tributário em suas disposições constitucionais, onde foram reconhecidos os princípios que foram utilizados na análise.

Seguindo, foram relacionados os princípios e aspectos do ICMS, onde foi verificada sua legalidade perante CFRB/1988, e seus aspectos singulares pertinentes ao CTN. Da mesma forma foram analisados o Simples Nacional e a complementação de alíquota dos optantes.

Analisando a complementação de alíquota no Estado do Tocantins, oriundos da edição do Decreto Estadual nº. 4.523, de 04 de abril de 2012, que alterou o Regulamento do Regulamento do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, e do Decreto nº. 2.912, de 29 de dezembro de 2006, RICMS/TO, pôde se verificar ofensas à quatro princípios do Sistema Tributário Nacional, sendo estes: o da Legalidade, o da Isonomia e Igualdade, o da Capacidade Contributiva e o do não confisco, lastreados nos artigos nº. 145, nº. 146, inciso III, nº. 150, incisos I, II e IV da CRFB/1988.

Ante a flagrante inconstitucionalidade do art. 518-B do RICMS - Decreto nº. 2.912/2006, em face dos artigos constitucionais acima descritos, apresenta-se cabível a interposição de ação direta de inconstitucionalidade, nos termos do art. 102, I, da CFRB 1988, para desfazer o prejuízo que esta Lei vem trazendo aos contribuintes desde sua vigência.

## REFERENCIAS

BRASIL, **Lei nº. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Ed. Virtual em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm). Acesso em 25, maio 2018.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Ed. Virtual em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 01, abr. 2018.

BRASIL, **Lei Complementar nº. 123, de 14 de dezembro de 2006**. Ed. Virtual em

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp123.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm). Acesso em: 01, abr. 2018.

BRASIL, **Lei Complementar nº. 87 de Nº 87, de 13 de setembro de 1996**. Ed. Virtual em

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/lcp/Lcp87.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/lcp/Lcp87.htm). Acesso em 01, 02, jun, 2018.

TOCANTINS, **Decreto nº. 2.912, de 29 de dezembro de 2006**. Ed. Virtual em <http://dtri.sefaz.to.gov.br/legislacao/ntributaria/decretos/Decreto2.912-06.htm>. Acesso em 02, jun. 2018.

TOCANTINS, **Decreto nº. 4.523, de 04 de abril de 2012**. Ed. Virtual em

<http://dtri.sefaz.to.gov.br/legislacao/ntributaria/decretos/Decreto4.523.12.htm>. Acesso em: 01, abr. 2018.

TOCANTINS, **Arrecadação de ICMS do Estado - Por Tributo e Por Atividade Econômica**. Ed. Virtual em <https://central3.to.gov.br/arquivo/405347/>, Acesso em 02, jun. 2018.

BRASIL, **Simples Nacional – Estatísticas**. Ed. Virtual em

<http://www8.receita.fazenda.gov.br/SimplesNacional/Arrecadacao/EstatisticasArrecadacao.aspx>. Acesso em 02, jun. 2018.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade**. ADI nº 2.010-4/DF. Tribunal Pleno. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. MIN. CELSO DE MELLO. Disponível em:

<http://stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=55&dataPublicacaoDj=22/03/2004&incidente=1764331&codCapitulo=6&numMateria=34&codMateria=2>.

Acesso em: 02 jun. 2018.

BELTRÃO, Irapua?. **Curso de Direito Tributário** – 5ª. ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: José Bushatsky, 1970.

MARTINS, Fran. **Curso de Direito Comercial**. 22ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

NOTA:

[1] Graduado em Direito pela Unievangélica. Especialista em Direito Processual pela Unama. Especialista em Gestão Pública pela Unitins. Mestre em Direito e Relações Internacionais pela PUCGoiás. Doutor em Direito pela PUCMinas.

## DIREITO ROMANO

**BENIGNO NÚÑEZ NOVO:**

Advogado, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción.

**Resumo:** Este artigo tem por objetivo de forma sucinta demonstrar a importância do direito romano. No Brasil ainda há grande influência do direito romano, pois o mesmo possuiu importante papel na aplicação prática do direito no país. Através das Ordenações de Portugal o Direito Romano teve aplicações práticas no Brasil. Essas Ordenações possuíam validade até que a instituição do Código Civil de 1916, sendo este o primeiro conjunto de leis civis nacionais. Entre todos os códigos civis instituídos no Brasil, destaca-se a grande influência do direito romano na elaboração da constituição federal e diversos outros normativos jurídicos nacionais. Algumas das soluções jurídicas romanas, especialmente de direito privado, provaram-se atemporais, sendo adotadas até hoje. Desde o renascimento do direito romano na idade média, passando pelos glosadores, comentadores, humanistas, pela Escola Histórica e pela pandectística, até os dias atuais, como uma ciência histórica do direito romano, as antigas fontes romanas sempre nos revelaram e revelam inesperados e fundamentais novos conhecimentos.

**Palavras-chave:** Direito romano. Importância. Influência. Atualidade.

**Abstract:** This article has the objective of succinctly demonstrating the importance of Roman law. In Brazil there is still a great influence of Roman law, since it had an important role in the practical application of law in the country. Through the Ordinances of Portugal the Roman Law had practical applications in Brazil. These Ordinances were valid until the institution of the Civil Code of 1916, this being the first set of national civil laws. Among all the civil codes instituted in Brazil, the great influence of the Roman law in the elaboration of the federal constitution and several other national legal norms stands out. Some of the Roman legal solutions, especially of private law, have proved timeless, being adopted to this day. From the revival of Roman law in the Middle Ages, through the glossaries, commentators, humanists, the Historical School and Pandectics, to the present day, as a



historical science of Roman law, ancient Roman sources have always revealed us and reveal unexpected and fundamental new knowledges.

**Keywords:** Roman law. Importance. Influence. Present.

**Resumen:** Este artículo tiene por objetivo de forma sucinta demostrar la importancia del derecho romano. En Brasil todavía hay gran influencia del derecho romano, pues el mismo poseyó un importante papel en la aplicación práctica del derecho en el país. A través de las Ordenanzas de Portugal derecho romano tenía aplicaciones prácticas en Brasil. Estas Ordenaciones tuvieron validez hasta que la institución del Código Civil de 1916, siendo éste el primer conjunto de leyes civiles nacionales. Entre todos los códigos civiles instituidos en Brasil, se destaca la gran influencia del derecho romano en la elaboración de la constitución federal y diversos otros normativos jurídicos nacionales. Algunas de las soluciones jurídicas romanas, especialmente de derecho privado, se probaron atemporales, siendo adoptadas hasta hoy. Desde el renacimiento del derecho romano en la edad media, pasando por los glosadores, comentaristas, humanistas, por la Escuela Histórica y por la pandectística, hasta los días actuales, como una ciencia histórica del derecho romano, las antiguas fuentes romanas siempre nos revelaron y revelan inesperados y fundamentales nuevos conocimientos.

**Palabras clave:** Derecho romano. Importancia. Influencia. Hoy en día.

**Sumário:** Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1 Período arcaico -fundação a século II a.C. 2.2 Período clássico - século II a.C. a III d.C. 2.3 Período pós-clássico -século III d.C. a VI d.C., de Justiniano. 3. Fontes do direito romano. Conclusão. Referências.

---

## Introdução

O direito romano compreende não só a ordem jurídica que teve lugar ao longo da história de Roma, mas também as ideias e experiências surgidas desde o momento da fundação da cidade até a desagregação do Império após a morte de Justiniano. Direito romano é o nome que se dá ao

conjunto de princípios, preceitos e leis utilizados na antiguidade pela sociedade de Roma e seus domínios.

Podemos definir o Direito Romano como sendo um conjunto de normas que os romanos criaram para si como direito. Vigorando por mais de doze séculos, ou seja, desde o edito do primeiro rei até a última constituição imperial.

A aplicação do Direito romano vai desde a fundação da cidade de Roma em 753 a.C. até a morte do imperador do Oriente Justiniano, em 565 da nossa era. Neste longo período, o corpo jurídico romano constituiu-se em um dos mais importantes sistemas jurídicos criados desde sempre, influenciando diversas culturas em tempos diferentes.

Uma das principais características da expansão do Império Romano por todo ocidente e parte do oriente é que não se limitou a uma simples conquista territorial, houve um processo de colonização que impôs seus usos e costumes a todos os habitantes do império. Neste trabalho de "romanização" o direito teve um papel fundamental, sendo determinante na hora de estabelecer as normas que regiam as relações humanas daquela sociedade. Além disso, o direito romano teve grande importância na hora de dar novos conceitos aos que anteriormente não existiam nestas comunidades, apresentando autoridade e liberdade não como termos opostos, mas sim como termos complementares.

Desta maneira, o estudo do direito romano foi decisivo para entender a evolução da mentalidade europeia, proporcionando uma série de ferramentas que ainda hoje são úteis para os juristas modernos. Ainda assim, em certas ocasiões, os atuais juristas se baseiam nas fontes romanas e na sua metodologia a solução para alcançar uma perfeita interpretação da norma vigente.

## **2 Desenvolvimento**

Ulpiano, importante jurista romano, resumiu em três os conceitos pelos quais devia ser regida a sociedade romana e conseqüentemente suas leis: não prejudicar ninguém, viver honestamente e dar a cada um aquilo que lhe corresponde.

Assim quando no direito romano se diz que não se deve prejudicar ninguém, significa que as leis devem proteger as pessoas e os bens, estabelecendo mecanismos suficientes para evitar possíveis danos. Aquilo que diz respeito em viver honestamente se refere à importância do direito romano como veículo de garantia de honestidade e bons costumes, estabelecendo as sanções adequadas para todos aqueles que tiveram um comportamento contrário ao "Honestae Vivere".

O terceiro preceito de Ulpiano, parte da ideia de que tudo aquilo que se cumpre conforme a lei corresponde a cada um. Ou seja, de outra forma, a intenção da justiça não deve limitar-se apenas ao respeito das leis, mas também deve ser capaz de estabelecer quais prerrogativas correspondem a cada membro da comunidade.

Advindo o direito civil brasileiro do direito romano-germânico em todas as suas categorias jurídicas fundamentais, o estudo deste se faz imensamente útil, principalmente no que toca sua evolução histórica. Estudar o direito romano é estudar a criação das bases do direito, aplicadas a casos milenares de forma essencialmente idêntica há como são aplicadas a casos modernos. Mesmo conceitos aparentemente complexos, como a hipoteca e a fiança, encontram suas raízes nas normas romanas.

Nestes treze séculos, a constante evolução política, social e econômica de Roma correspondeu a um similar avanço no campo do direito, que precisava acompanhar os progressos da civilização. Para melhor compreender esta evolução, costuma-se dividir a história do direito romano, para fins didáticos, no período arcaico, da fundação de Roma até o século II a.C.; o período clássico, até o século III d.C.; e o período pós-clássico, até o século VI d.C. Destes três períodos, o clássico é sem dúvida o de maior importância, evoluindo o que se construiu no arcaico e sendo consolidado no pós-clássico.

## **2.1 Período arcaico - fundação a século II a.C.**

O direito do período arcaico se caracterizou por seu formalismo e primitividade. Observavam-se principalmente as regras religiosas, a guerra e

a punição dos delitos mais graves, isto é, as funções então essenciais à sobrevivência do Estado.

Com a sua gradual evolução rumo a uma maior autonomia do cidadão como indivíduo, codificou-se o direito arcaico vigente nas XII Tábuas, em 450 a.C. Foi um direito extremamente cruel, primitivo e religioso, com disposições como a de que "Se alguém matar o pai ou a mãe, que se lhe envolva a cabeça e seja colocado em um saco costurado e lançado ao rio." No entanto, graças ao ferrenho tradicionalismo romano, não se desconsiderou o direito arcaico mesmo na época de Justiniano.

## **2.2 Período clássico - século II a.C. a III d.C.**

A transição para o período clássico vem da conquista romana de todo o Mediterrâneo, no auge de sua história, exigindo assim inovações e aperfeiçoamentos do direito, que encontraram alternativas à legislação formal.

Este aperfeiçoamento não ocorreu como o seria modernamente, pela sanção de novas leis. A evolução clássica do direito romano se deu mormente por modificações práticas, aplicadas pelos magistrados e jurisconsultos a casos concretos, de forma a suprir as lacunas das normas vigentes ou mesmo contraria-las ou negá-las em todo.

Estes magistrados eram os pretores e juristas. Os pretores cuidavam da primeira fase do processo entre particulares, verificando as alegações e fixando os limites da contenda. Seu amplo poder de mando, denominado imperium, lhes dava discricção para negar ações propostas ou admitir ações até então desconhecidas pelo ius civile. Suas reformas e inovações pretendidas eram publicadas em editos, ao início de seu mando de um ano, e estes se sucediam num corpo estratificado e finalmente codificado por volta de 130 d.C., sendo este direito pretoriano intitulado ius honorarium.

Numa analogia aos nossos tempos, pode-se comparar os editos pretorianos às súmulas de jurisprudência que complementam o direito positivo; mas eram mais poderosos, dado que, mesmo sendo formalmente considerados diferentes do ius civile, na prática eles o substituíram.

Instruindo o pretor os juristas sobre as particularidades da apreciação do caso, estes adaptavam as regras às novas exigências, via uma interpretação jurisprudencial similar à que encontramos nos tribunais de hoje, conquanto mais ampla. Aos juristas de maior prestígio deram-se o nome, na época de Augusto, de jurisconsultos, cujo parecer tinha força obrigatória, excetuando quando conflitantes entre si. Seu método era casuístico, averso a abstrações e generalizações, como é próprio a este período romano.

Com esta grande produção jurídica concreta por parte dos magistrados e jurisconsultos, o direito romano viveu, no período clássico, sua época de maior gênio criativo.

### **2.3 Período pós-clássico -século III d.C. a VI d.C., de Justiniano**

O terceiro e último período, pós-clássico, já encontra sua definição no nome: se resume a uma codificação do legado jurídico clássico, sem grandes produções de cunho original além das constituições imperiais, acompanhando a decadência da civilização em quase todos os setores.

Embora aparentemente negativa, é desta decadência que surge a necessidade de superar a natural aversão romana à codificação, não se empreendendo nenhuma entre as do pós-clássico e as XII Tábuas, lá no período arcaico.

O esforço hercúleo de colecionar todo o direito clássico vigente foi obra de Justiniano. Sob suas ordens, produziram-se, com impressionante eficiência, o Digesto, compilando três milhões de linhas redigidas por jurisconsultos clássicos; o Código, das constituições imperiais; as Institutas, manual de direito para estudantes; e as Novellae, do grande número de novas leis justinianeias.

Juntos, o Código, o Digesto, as Institutas e as Novellae formam o Corpus Iuris Civilis, assim nomeados ao fim do século XVI d.C. Foi mérito dessa codificação de Justiniano a preservação do direito romano para a posteridade.

### 3. Fontes do direito romano

O Direito como fenômeno refletor da cultura de uma determinada sociedade é alicerçado nos valores que impregnam a alma de cada cidadão e nos fatos cotidianos da existência do grupo para haver a formularização das normas que terão vigência durante os períodos da história social, sejam elas positivas ou apenas transmitidas pelos costumes do agrupamento. Durante a existência da sociedade Romana, na Antiguidade e Parte da Idade Média, seu Direito evoluía de acordo com sua organização de poderes e classes sociais, a forma de governo e as sociedades que caíam sob seu domínio. Dessa variação de fatores sociais e políticos brotaram as fontes do "rio que irrigaria e daria sustento aos modernos sistemas jurídicos vigentes" na Europa e todos os pontos do mundo que sofreram sua influência nos últimos cinco séculos como colônias.

As fontes do Direito podem ser os modos de conhecimento das instituições vigentes em um determinado complexo jurídico em uma determinada época, tendo um caráter mais informativo e histórico; mas, podem ser as instituições de onde provêm a jurisprudência e o sistema jurisprudencial, as bases de seus institutos, forma, conteúdo e organização que os caracterizam e fazem vigorar.

A cidade de Roma teve como sistemas de governo a Realeza; a República e o Império, que pode ser subdividido em Principado e Dominato. Durante os dois primeiros sistemas o Direito teve grande participação popular em suas decisões, fossem sentenças, estabelecimento de diretrizes de governo ou elaboração de normas. Durante o império a autoridade delegada ao chefe supremo lhe permitia de "próprio punho" a elaboração das normas e parâmetros de governo, *constitutiones* dando assim o costume e oratória, típicos das práticas jurídicas romanas, lugar à norma que escrita procuraria a própria prevalência no espaço e no tempo.

A principal fonte do Direito em Roma durante o período em que os reis eram seus governantes maiores foi o costume dos antepassados, o *mos maiorum*.

As leis instituídas pelo soberano tinham caráter religioso e, eram elaboradas não só por ele, mas também, pelos pontífices.

Modernamente, a assertiva de Pompônio de que os reis propunham aos comícios curiatis a votação de determinadas leis régias é negada pois estas assembleias teriam realmente deliberação na apreciação de casos concretos.

Pela afirmação de Pompônio haveria sido elaborado ao fim da Realeza em trabalho de compilação das leis régias o chamado *lus Papirianum*, escrito por Sexto Papírio. Na realidade, pelo comentário de Grânio Franco este trabalho haveria de ser escrito, sim, no fim da República ou nos começos do Império, no Principado. A constatação da existência da obra foi feita tendo a compilação o mesmo objetivo citado, mas sua autoria não pode ser comprovada, pois Papírio seria provavelmente, uma personalidade fictícia, pois Cícero, Tito Lívio e Varrão se referem às leis régias e nunca aos *lus Civile Papirium*.

Durante o período republicano, com o Senado no topo da esfera de poder, o costume continuou como importante fonte jurídica, ao lado da *Lex*, do *Plebiscitum* e dos Editos dos Magistrados (pretos).

O costume, como forma primordial e espontânea da formação do Direito, o costume transpôs o período da Realeza chegando à República Romana. Era denominado por *consuetudo*, *mores* e *mores maiorum*.

Consistia na interpretação dos fatos jurídicos estabelecidos pelas práticas históricas da sociedade. Por seu caráter primordial, era impregnado pelas concepções religiosas, seguindo a suposta vontade dos deuses.

Com o surgimento da lei escrita veio ele (costume) ser institucionalizado passando a vigorar ao lado daquilo que seria editado pelos elaboradores da *lex*.

A *Lex*, com seu aparecimento surgiu no cenário jurídico a possibilidade do registro daquilo que fosse Direito e pôde haver uma primeira distinção entre os conceitos de norma e práticas usuais (costume). Seu sentido ao surgir é amplificado em relação à moderna acepção de seu conceito, incluindo-se nele toda e qualquer norma escrita.

As fontes do direito romano foram (e são) utilizadas para pautar as ações do Estado e de seus governantes. Àquela época já se pensava em estruturar o ordenamento jurídico através de pilares, sendo as fontes do direito e seus princípios.

São exemplos de fontes do direito romano: Costumes também conhecidos como mos maiorum, costumes dos ancestrais; Lei e Plebiscito os quais eram aprovados por meio da manifestação popular, podendo se manifestar os cidadãos romanos; Senatus-Consultos tratava-se de decisões tomadas pelo senado, direcionadas aos magistrados, as quais deveriam ser convertidas em indiretamente em nova legislação imperial; Constituições Imperiais eram compostas pela interpretação legal do direito realizada pelo imperador, o qual atuava como uma espécie de poder constituinte, pois criava nova lei ou a atualizava; Editos de Magistrados eram divulgados ainda no início do mandato das autoridades, uma espécie de promessa de eleitoral, o qual era cumprido durante o exercício de sua magistratura; Jurisprudência trata-se de inovações no direito, criadas através das decisões dos magistrados. A jurisprudência é utilizada até hoje no mundo jurídico, inclusive no Brasil.

É importante destacarmos a importância e influência do direito romano na formação jurídica que há no Brasil. Até hoje se debatem sobre vários princípios, fundamentos, normas e a própria estrutura de alguns instrumentos jurídicos romanos serem utilizados até hoje, em muitos países.

A partir do século XII, surgiram várias escolas do direito, as quais proporcionaram a criação do que se chama de direito comum, por meio do uso e aplicação prática de suas normas. Um exemplo de escolas do direito é a escola Jusnaturalista, a qual foi base para o código da Prússia, por meio do qual foi criado o código Francês e diversos outros ao redor do mundo, como o Alemão.

No Brasil ainda há grande influência do direito romano, pois o mesmo possuiu importante papel na aplicação prática do direito no país. Através das Ordenações de Portugal o Direito Romano teve aplicações práticas no Brasil. Essas Ordenações possuíram validade até que a instituição do Código Civil de 1916, sendo este o primeiro conjunto de leis civis nacionais. Entre



todos os códigos civis instituídos no Brasil, destaca-se a grande influência do direito romano na elaboração da constituição federal e diversos outros normativos jurídicos nacionais.

A importância do direito romano concentra-se no fantástico desenvolvimento e refinamento atingidos principalmente no campo do direito civil. O que chamamos hoje de direito romano representa um milênio de desenvolvimento do pensamento e dos sistemas jurídicos, que atingiu o seu auge no direito clássico. Algumas das soluções jurídicas romanas, especialmente de direito privado, provaram-se atemporais, sendo adotadas até hoje. Desde o renascimento do direito romano na idade média, passando pelos glosadores, comentadores, humanistas, pela Escola Histórica e pela pandectística, até os dias atuais, como uma ciência histórica do direito romano, as antigas fontes romanas sempre nos revelaram e revelam inesperados e fundamentais novos conhecimentos.

O Direito Romano: constituiu um corpo jurídico sem igual nos tempos antigos e forneceu as bases do direito. As estradas romanas, perfeitamente pavimentadas, uniam todas as províncias do império e continuaram a facilitar os deslocamentos por terra dos povos que se radicaram nas antigas terras imperiais ao longo dos séculos, apesar de seu estado de abandono. Conservaram-se delas grandes trechos e seu traçado foi seguido, em linhas gerais, por muitas das grandes vias modernas de comunicação.

As obras públicas, tais como pontes, represas e aquedutos ainda causam impressão pelo domínio da técnica e o poderio que revelam. Muitas cidades europeias mostram ainda em seu conjunto urbano os vestígios das colônias romanas que foram no passado.

A arte Romana não foi original, mas Roma transmitiu os feitos dos artistas gregos. Os poucos vestígios que sobreviveram da pintura romana mostram que as tradições gregas continuavam vivas.

O cristianismo se valeu do Império Romano para sua expansão e organização e depois de vinte séculos de existência são evidentes as marcas por ele deixadas no mundo romano.

O latim se tornou universal e está na origem do espanhol, italiano, português, francês, catalão e o romeno. Depois de quase dois mil anos, pode-se ainda falar de um mundo latino de características bem diferenciadas.

### **Conclusão**

O estudo do direito romano se realizada por meio da sua evolução histórica, demarcada em três períodos: arcaico, de direito religioso e primitivo; clássico, do gênio criativo dos pretores e juriconsultos; e pós-clássico, das codificações de Justiniano. Tem-se nestes o princípio, o desenvolvimento e a consolidação desta que é a base jurídica de quase todo o Ocidente.

É de suma importância o conhecimento do Direito Romano nos dias atuais, haja vista, a influência que exerce em nossas vidas. Percebe-se que o homem não nasceu para viver só. E quando no seio da sociedade, para que houvesse um equilíbrio nas interações, se fez necessário o Direito. O Direito que todos exercemos e é tutelado pelo Estado, tem origem no Direito Romano que rompeu barreiras por mais de doze séculos até chegar aos nossos dias, redesenhado a nossa realidade, entretanto vigora institutos dentre os quais o de compra e venda, da liberdade, arrendamento de terras, empréstimo, depósito, comodato, penhor, hipoteca, pátrio poder (poder familiar) , usucapião, divórcio, testamento, tutela, curatela, adoção e outros.

### **Referências**

ALTAVILA, Jayme. **Origem dos direitos dos povos**. São Paulo: Ícone, 1989.

BURKE, Peter. **A escola dos Anales (1929-1989)**: Revolução Francesa na historiografia. São Paulo: UNESP, 1991.

CRETELLA JR., José. **Curso de Direito Romano**. 8ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1983.

MOURA, Paulo César Cursino de. **Manual de Direito Romano**. 1ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1998.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. **Curso de Direito Romano**. Tomo I, 3ª edição, Rio de Janeiro, Haddad Editores, 1955.

## DANO MORAL NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

**FERNANDO LUCAS DIAS:**

Bacharelado do curso de Direito da Universidade Brasil campus Fernandópolis-SP.

JANAINA GUIMARÃES MANSILIA

(Orientadora)

**RESUMO:** O presente artigo será fundamentado sobre o Dano Moral na Relação de Trabalho. Uma questão muito discutida atualmente, sendo uma situação recorrente que assola todos que se submetem as relações interpessoais. O dano moral, em estudos feitos, realizados por juristas e doutrinadores, foi comprovado ocorrendo também no âmbito social e familiar, embora esta pesquisa tenha enfoque na incidência deste fenômeno nas relações trabalhistas. O objetivo principal dessa pesquisa é demonstrar que os trabalhadores submetidos a qualquer situação que caracterize o dano moral laboral, podem contar com a proteção do judiciário. A conclusão atingida é que há possibilidade de dano moral em todas as fases do contrato de trabalho, pré-contratual, contratual e pós-contratual e para buscar uma compensação do dano sofrido usa-se a reparação do dano moral.

**Palavras-chave:** Dano moral, recuperação, vítima, relações trabalhistas.

**ABSTRACT:** The present article will be based on the Moral Damage in the Work Relation. An issue that is much discussed today, a recurrent situation that plagues all who submit to interpersonal relationships. Moral damage, in studies carried out by jurists and jurists, has been proven to occur also in the social and family spheres, although this research focuses on the incidence of this phenomenon in labor relations. The main objective of this research is to demonstrate that workers submitted to any situation that characterizes the moral damage to labor, can count on the protection of the judiciary. The conclusion reached is that there is a possibility of moral damages in all phases of the contract of employment, pre-contractual, contractual and post-contractual and to seek compensation for the damage suffered is used to repair the moral damage.

**Keywords:** Moral damage, recovery, victim, labor relations.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Conceito de dano moral e a sua natureza jurídica. 3 O dano moral na relação empregatícia. 4 Elementos indispensáveis para caracterização do dano moral. 5 Dano moral na fase pré e pós-contratual. 6 Processo de valoração do dano moral. 7 Disposições Finais. REFERÊNCIAS.

---

## 1 Introdução

As relações empregatícias foram determinantes para o progresso do desenvolvimento da sociedade desde o começo do desenvolvimento globalizado, permeando as condições e a forma como encontramos na fase atual do processo de globalização. Desta forma as relações de trabalho estão ligadas de forma íntima ao progresso capitalista que tem por objetivo lucrar em cima da atividade mercantil.

Com a condição frágil na cadeia de produção mercantil, a Consolidação Das Leis de Trabalho e a Constituição Federal de 1988, buscam pelo espírito das leis equipararem a relação trabalhista, sendo um importante mecanismo desta proposição o dano moral. Materializado no artigo 483 e incisos da Consolidação das Leis do Trabalho.

Com a chegada do dano moral como elemento de matéria cível, elencado no artigo 186 do Código Civil de 2002, passa a ter uma composição de natureza trabalhista sendo processado e julgado pela justiça do trabalho, quando resultado de relação trabalhista.

Deste modo o empregado que tiver sua honra, imagem violada em razão de conduta do empregador, poderá interpor Ação Judicial na forma de reclamação trabalhista, na Justiça do Trabalho, tendo suas pretensões protegidas pelos princípios protecionistas inerentes a justiça do trabalho. Sendo uma norma trabalhista descumprida gera o dano moral que deverá ser reconhecida independente do nexo de causalidade.

Nas relações de trabalho, observa-se que o embate do limite entre o poder de direção do negócio e o abuso de poder que integram ofensas como injúrias, ultrajes e humilhações, impostas na maioria das vezes por

seus próprios empregadores, como por exemplo; assédios sexuais, a relação de revistas vexatórias, ou mesmo empregadores que divulgam declarações caluniosas, no intuito de punir determinado empregado.

Neste sentido, o presente trabalho tem a pretensão de averiguar a ocorrência, valoração e quantificação dos danos morais, em suas diversas hipóteses, onde, está visivelmente plausível estudo específico acerca do dano moral na justiça do trabalho como forma protetiva do trabalhador, na condição de hipossuficiência nas relações de emprego, e reparatória da legítima relação de trabalho.

## 2 Conceito de dano moral e a sua natureza jurídica

A reparação do dano moral não é advinda de concepção atual, pois, era admitida há muitos séculos, inclusive na era antes de Cristo, entre diferentes povos. Certamente era completamente diferente da que se possui hoje, mostrando-se relevante analisar esta importante contribuição que emana consequências até os dias atuais. Encontrando-se referência no Império Babilônico com Código de Hamurabi, O Código de UR-Nammu, o Código de Manu, o Alcorão e a Lei das XII Tábuas[1], no Código de Napoleão, no Direito Romano, Código Civil Português, dentre outros[2].

O Código de Hamurabi, datado do século XXIII antes de Cristo, apresentava dispositivos sancionadores aos que violassem a moralidade alheia. Nos Capítulos IX e X, fazia menção à injúria e à difamação da família.

Em linguagem coloquial o dano é o prejuízo material ou moral causado por alguém a outrem, detentor de um bem juridicamente protegido. Apesar de não que haja estudos mais aprofundados sobre o significado da palavra, não é realmente pertinente o dano em si, pois o que realmente interessa aqui é o resultado e seus efeitos, bem como uma forma de reparação, sendo esse um tema não tão recente. Interpreta-se com isso, que haverá possibilidade de indenização se o ato ocasionar dano, porque o que está presente no dano é a noção do prejuízo.

Para Caio Mário da Silva Pereira[3], é a circunstância elementar da responsabilidade civil, uma vez que constitui requisito fundamental da obrigação de indenizar.

Sendo assim, encontramos nos direitos da personalidade, o principal aspecto da pessoa do trabalhador, como o princípio da dignidade da pessoa nas relações de trabalho, com base da relação entre empregador e empregado. Observando que o dano moral está sempre vinculado a uma intervenção direta ao direito de personalidade, que sendo violado gera uma infração, tornando a pretensão reparável ensejando pagamento de danos morais.

O dever de reparação ao dano juridicamente causado a outrem decorre do ser humano possuir autonomia na escolha de suas ações que podem ou não irem em conformidade com a norma jurídica. Esta reparação do dano entende-se como tendo natureza jurídica reparatória, uma vez que a ideia é que todo dano é reparável, seja em pecúnia, seja in natura. É possível dizer que é punitiva quanto a pessoa do ofensor, já que o mesmo sofre uma subtração em seu patrimônio.

A responsabilidade civil trazida pelo Código Civil de 2002 esculpida em seu artigo 186 traz consigo a possibilidade de indenização civilmente por delitos de natureza criminal, como calúnia, difamação e injúria (art. 953 Código Civil de 2002)[4], bem como ofensa a liberdade (art. 954, Código Civil de 2002), a indenização por homicídio (art. 948, Código Civil de 2002)[5], e lesão corporal (art. 951, Código Civil de 2002).

A responsabilidade civil introduziu uma natureza jurídica reparatória do dano moral vinculada aos atos e fatos produzidos pelo agente, gerando a obrigação de reparar o prejuízo causado a outra, todavia não impedindo que o único ato produza o caráter da indenização. Portanto, na esfera da responsabilidade civil, a importância se dá em saber se o prejuízo da vítima pode ou não ser reparado, isto é, se a conduta configura dever de reparação, analisando em que condição e forma tal reparação será feita.[6]

### 3 O dano moral na relação empregatícia

Quando falamos em dano moral geralmente consideramos que o empregador é o causador e o empregado é a vítima. Não é uma regra, pois o empregado também pode ser causador de danos morais ao empregador e será responsabilizado a indenizar o empregador por todo prejuízo que causar. Portanto, em uma relação de trabalho é preciso analisar os

elementos que devem estar presentes na relação entre o acusador e a vítima para que surja a obrigação de reparar o dano.

A reparação pelo dano causado será trabalhista<sup>[7]</sup>, quando incidir em um caso de dano moral dentro da relação de trabalho. É muito importante evidenciar que o instituto do dano moral não é trabalhista, não existe dano moral trabalhista, igual dano moral civil, administrativo e penal, o que se relaciona ao instituto do direito aplicado é a reparação, isto é, a reparação é que será penal, administrativa ou civil.

Ao que diz respeito da competência para julgar, o artigo 114, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, teve seu dispositivo alterado pela Emenda Constitucional 45/2004<sup>[8]</sup>, que agora dispõe a Justiça do Trabalho como sendo competente para processar e julgar ações envolvendo a indenização por prejuízos morais que tenham origem na relação de emprego.

O empregador pode praticar o dano moral ao empregado quando cometer excessos que firam a honra e desrespeite a dignidade do empregado. Há inúmeras ações que podem gerar um dano moral passível de indenização como, por exemplo, a discriminação por motivo de gravidez, raça, cor, estado civil, etc., além dessas existem outras formas de discriminação que são chamadas de "listas de restrições", essas listas servem para que os empregadores saibam os empregados que já entraram com ações trabalhistas ou participaram de greves, é claramente que é uma forma ilegal de selecionar os empregados, pois ferem os dispositivos constitucionais que asseguram os direitos dos empregados, quais não agradam muito as outras partes da relação.

No artigo 12, o Código Civil de 2002<sup>[9]</sup>, prevê a possibilidade de buscar indenização por perdas e danos, já que na CLT inexistente norma específica que tutele o direito da personalidade do empregado, utilizando-se o princípio da subsidiariedade. Conforme entendimento de Maria Aparecida Alkimin:

[...] a CLT trata indiretamente da defesa dos direitos de personalidade quando autoriza, no art. 483 da CLT, o empregado a considerar indiretamente rescindido o contrato de trabalho no caso de ofensa à sua honra ou de sua família, ou ainda, quando for



tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo.[\[10\]](#)

Está previsto no artigo 8º da CLT, que: "O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste". No artigo 769 da CLT prevê o princípio da subsidiariedade. Também estando previsto na Constituição Federal no artigo 114. Sendo assim, é compreensível que o instituto do dano moral não é incompatível com os princípios do Direito do Trabalho, que visa proteger também a intimidade do empregado.

São incontáveis empregados que não sabem da possibilidade de reparação da Justiça do Trabalho, até mesmo nos dias atuais, por mais que este já seja um direito consolidado.

Existem vários fatores que os impossibilitam de buscarem seus direitos, acentuando-se quando o contrato de trabalho está em vigor, uma vez que seria prejudicial para o empregado ter a relação empregatícia deteriorada, levando-o a perder seu emprego que por vezes o deixe em uma situação ainda mais desfavorável.

Quando o contrato de trabalho já não mais está vigorando, o trabalhador se omite, encontrando dificuldades para provar o dano sofrido. Existindo vínculo entre o dano moral e a relação de emprego, o dano causado deve ser compensado, não importando em que momento ocorreu, se foi na fase pré-contratual, contratual ou pós-contratual.

#### 4 Elementos Indispensáveis para caracterização do dano moral

A justiça do trabalho adota como base para a aplicação do dano moral trabalhista o artigo 186 do Código Civil, que elenca os requisitos indispensáveis à caracterização da responsabilidade civil extracontratual, que são:

**Dolo (Ação ou omissão):** é de suma importância provar que o autor praticou ato comissivo ou omissivo que veio a prejudicar outrem. A omissão, só configura a culpabilidade quando resulta de atos praticados por terceiros, quando houver a violação do dever jurídico de agir previsto em lei ou em cláusula contratual.

**Culpa:** o dano não é voluntário, todavia é previsível. Ela é doutrinariamente interpretada como sendo resultado alcançado sem o “querer” do autor. Ou seja, ação ou omissão que ocorre por meio do resultado de imprudência, negligência e imperícia do agente que não objetivasse causar prejuízos à vítima, embora saiba da possibilidade de ocorrer.

**Culpa por negligência:** o autor age com descuido, desatenção ou inobservância do dever, em realizar determinado ato, com as precauções devidas, ou até mesmo deixando de agir quando era esperado que em determinada situação o fizesse. Enquanto a culpa por imprudência, por sua vez prevê a ação, ou omissão, de determinado ato qual não há a cautela acerca do mal que deveria prever, contudo, não previu. Quando não se toma as devidas precauções, para produzir efeitos que não lesionem o bem jurídico de outrem.

**A culpa por imperícia:** manifesta-se pela inaptidão, ignorância, falta de qualificação profissional para realização de certa atividade. Embora a culpa e o dolo sejam tratados de forma indistinta pelo artigo 186 do Código Civil, há a necessidade de saber se o autor tem consciência da ilicitude dos seus atos, para que ele consiga entender e distinguir o lícito e o ilícito direcionando sua conduta para atingir determinado resultado.

Nexo Causal é o liame entre o ato lesivo do agente e o dano, ou prejuízo, sofrido pela vítima. Se o dano sofrido não for causado pelo ato do agente, inexistente a relação de causalidade. O ato ilícito, por si só, não tem condão para produzir efeitos de causalidade.

Por fim, é necessário demonstrar no processo que o dano moral sofrido foi consequência direta do ato provocado por quem recai a responsabilidade de indenizar.

## 5 Dano moral na fase pré e pós contratual

Como visto, um dos maiores conflitos sociais é o embate entre Capital e o Trabalho, fazendo-se necessário que o Direito interfira, a fim de promover a igualdade jurídica das partes aplicando diversos mecanismos de ajustes. É possível que ocorra conflitos em todas as fases do contrato de

trabalho, o dano moral pode ocorrer antes da contratação, isto é, a pessoa ainda não possui um vínculo empregatício, se encontra na fase de testes, exames médicos requeridos, apresentação de currículo e todos os outros procedimentos antes que são realizadas para depois ser celebrado o contrato de trabalho, quando sofre alguma conduta discriminatória.

Como exemplo, é possível citar as empresas que submetem os candidatos ao detector de mentiras, o que certamente causa constrangimento e viola a privacidade a deixando a mostra de forma que seja inaceitável para o alcance de um cargo em determinada empresa. Pode-se citar as doenças infectocontagiosas que também motivam o dano moral, como exemplo a AIDS, por mais que seja uma doença até então incurável, já existem formas de tratamento que possibilitam que os agentes que são assolados por ela vivam de forma estável, nada vindo atrapalhar em suas funções empregatícias. Então, requerer em um exame admissional o teste de HIV é um ato claro e direto de discriminação.

É notório que esse tipo de discriminação não ocorre somente na fase pré-contratual, também na fase contratual, e em ambas, o empregador tem o dever de indenizar, afinal tratando-se da AIDS, o que se exige e instrui na sociedade é o acolhimento de pessoas que portem esse vírus, e não a rejeição delas, lhes dando tratamento humanitário afim de que se evite submeter o empregado a mais sofrimento que é o desemprego. Por conseguinte, é compreensível que o questionamento sobre o estado de saúde também configura ato discriminatório.

É muito comum e natural do ser humano buscar informações sobre uma pessoa com a qual terá de se relacionar. Juntamente com o bom senso e o zelo empresarial, essa busca de informações faz com que a pesquisa se de através dos ex-empregadores do candidato. É justamente nesta situação que a oportunidade da lesão moral surge. Ao contrário do que talvez muitos não saibam, é possível ocorrer dano moral na fase pós-contratual, contra o ex-empregado, como por exemplo, a divulgação de fatos desabonadores que ocasionaram a demissão mesmo que esses fatos sejam inverídicos. O empregador também pode sofrer do mesmo dano moral.

Não é de hoje que se pode encontrar jurisprudência nos Tribunais, com decisões de que está configurado o direito à reparação por dano moral aos

empregados que comprovarem que foi divulgada informação inverídica, pela empresa, quanto a demissão, ou também boatos vexatórios pela sua dispensa sem justa causa. Este tipo de constrangimento de sua vida profissional e pessoal, torna a situação passível de indenização.

E assim como a situação ocorre com o empregado tendo informações inadequadas ao seu respeito vazadas<sup>[11]</sup>, o contrário também é possível com o empregador, quando vazam informações inadequadas a respeito da conduta administrativa da empresa, desta forma gerando também danos ao empregador e direito de indenização.

É apropriado dizer que a empresa contratante não é obrigada a admitir o candidato com relação ao qual recebeu más referências, desconfigurando conduta ilícita pelo ordenamento trabalhista brasileiro, já que não há ilegalidade na prática de buscar informações do candidato entre ex-empregadores.

#### 6 Processo de valoração do dano moral

Não é dado ao juiz arbitrar livremente o valor da indenização, o mesmo deve seguir um processo que contém um critério de proporcionalidade pautado na extensão do dano lesionado. Devido a natureza dos danos morais não serem passíveis de apreciação quantitativa, sua reparação deve ser orientada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, isto é, deve-se estipular e limitar-se a padrões razoáveis, como forma de compensação para o exato dano causado.

O juiz não pode arbitrar livremente o valor da indenização devido ao fato de que, por mais que se esforce o magistrado não possui meios de adivinhar o sofrimento da vítima, nem mesmo medi-lo, ou o ânimo que moveu o agressor, nem tampouco a repercussão daquele fato no seio da sociedade. Cabe então, que o autor e o réu provem seus fatos e motivações no contraditório que irá ajudar o magistrado a formar sua convicção acerca da extensão dos danos e conseqüentemente dar uma base para o arbitramento da reparação.

Essa reparação tem que ser analisada de pessoa para pessoa, pois uma lida de uma forma diferente quando sofre uma agressão direta aos seus direitos, gerando assim alguns critérios para que o juiz leve em

consideração para fixar o montante da reparação de danos morais. A função reparatória do dano moral visa atingir uma sensibilidade extrema na sua função de quantificar monetariamente um sentimento de recomposição moral.

Por isso, é impossível para o juiz saber qual foi o impacto que cada ato teve na vítima, sem que lhe tenha sido oferecido elementos para o ajudar a estruturar sua conclusão. O magistrado deve se basear levando em consideração como aquele fato repercutiu no círculo social da vítima e na sociedade em geral.

Enquanto com relação a esfera financeira, é válido mencionar que também prevê um critério básico de proporcionalidade para que o juiz siga. Uma determinada quantia, livremente imaginada pelo magistrado, pode ter impacto de uma fortuna para uma pessoa enquanto outra pode considerar insignificante.

Entende-se então, que o autor possui o ônus da prova do fato que gera a obrigação de indenizar, perdendo o direito de pleitear a ação caso não a produza. O empregador pode produzir a prova dos fatos extintivos da referida obrigação para não sucumbir em função da prova produzida pelo autor. Contudo, o juiz pode presumir a lesão moral, vez que a presunção da culpa do empregador na relação de dano moral causado ao empregado, poderá ser comprovada de imediato sem a apresentação de prova sendo o caso comprovado por constatar a abrangência pública do fato.

## 7 Disposições Finais

O tema cobre bastante da vida cotidiana, analisando a sua ocorrência na sociedade, como foi tratado neste trabalho, e conotando a sua proporção, deve ser tratado com cautela, que, por muitas vezes, encontra-se irrecorrível pelo sistema judiciário.

Como objeto de estudo deste artigo tivemos o dano moral como dano extrapatrimonial causado a pessoa do empregado dentro da relação trabalhista, produzindo uma análise sobre os aspectos valorativos do dano moral na justiça do trabalho.

A reparação do dano deve estar acompanhada de legalidade em todo seu teor de retribuição a que se propõe reconstruir a integridade da personalidade da pessoa vitimada, que, tem reduzido o seu direito de personalidade, assim causando a existência de dano moral a vítima.

Sendo assim a valoração do dano moral, se propõe em seu caráter de reparação ao dano causado na forma de paliativo ao sofrimento da vítima, figurando na pessoa do trabalhador conforme explicitamos. Em contrapartida, a valoração do dano moral se propõe como uma forma de retribuição do mal causado, obtendo em sua liquidação a intenção de reprimir dano moral trabalhista, originado pela a conduta agressiva que lesiona o patrimônio pessoal da vítima.

### **REFERÊNCIAS**

ALKIMIN, Maria Aparecida. Assédio Moral na Relação de Trabalho. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro – Teoria Geral do Direito Civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. Vol. I.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 37

BRASIL. Constituição (2004). Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Lex: legislação federal. 1 ed. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm)>. Acesso em: 8 de maio de 2018.

ALMEIDA, Lúcio Rodrigues de. O dano Moral e a Reparação Trabalhista, p. 74-75

CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr.2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais.

BITTAR, Carlos Alberto. Reparação Civil por danos morais. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PICARELLI, Márcia Flávia Santini. Direitos Trabalhistas e previdenciários do portador de HIV/AIDS. Revista LTr, nº. 11.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Reponsabilidade Civil. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

#### **NOTAS:**

[1] Código de Hamurabi. TÁBUA SÉTIMA. **Dos Delitos:** 2. Se alguém causa um dano premeditadamente, que o repare.

[2] MARTINS, Sérgio Pinto. **Dano Moral decorrente do contrato de trabalho.** 2.ed. São Paulo: Atlas, 2008

[3] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 37

[4] Código Civil Brasileiro, **Art. 953.** A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

[5] Código Civil Brasileiro, **Art. 948.** No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações

[6] MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana:** uma leitura civil-constitucional dos danos morais.

[7] ALMEIDA, Lúcio Rodrigues de. O dano Moral e a Reparação Trabalhista, p. 74-75

[8] BRASIL. Constituição (2004). Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Lex: legislação federal. 1 ed. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm)>. Acesso em: 8 de maio de 2018.

[9] Código Civil Brasileiro, **Art. 12.** Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

[10] ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio Moral na Relação de Trabalho.**

[11] CAHALI, Yussef Said. **Dano Moral**, p. 552-553



## CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

**LEANDRO WEHDORN GANEM:** Bacharel em Direito, especialista em Direito Constitucional, Técnico Judiciário - assistente de juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 3a Região.

**RESUMO:** A ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema, o sistema capitalista, no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais.. A Constituição buscou regulamentar a economia de forma a se adequar ao Estado Social em oposição ao Estado puramente liberal. Dessa forma, trouxe em seu texto dispositivos que regulassem de forma direcionada aos interesses sociais a ordem econômica nacional, baseados em princípios de direito e com a finalidade de atingir determinados objetivos de ordem nacional, garantindo a liberdade econômica dentro de tais parâmetros.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A Ordem Econômica e a Constituição Econômica Brasileira. 3 Análise Crítica da constituição Econômica Brasileira de 1988 dos arts. 170 a 175 da CR/88. 4. Mudanças na Constituição Econômica. 5. Conclusão.6 Bibliografia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição. Ordem Econômica. Princípios.

---

### 1. Introdução

A constitucionalização de matérias de ordem econômica acompanha o desenvolvimento do Estado.

Na origem do Estado Moderno, a burguesia, classe principal do capitalismo, necessitava de uma ordem que lhe desse segurança, estabilidade e confiabilidade na ordem jurídica, por exemplo, o cumprimento dos contratos entre as partes acordantes, isto é, necessitavam de um direito posto.

Além disso, o Estado prestava serviços públicos, como transporte, saúde e educação, garantindo a acumulação de capital pela burguesia.

Os princípios do Estado sob esta perspectiva eram três, os quais mascaravam as reais pretensões da classe burguesa, quais sejam:

1º) Liberdade: que traz como conseqüência a prevalência de um poder econômico que se transforma em um poder pessoal, resultando na auto regulação do mercado (liberalismo) na busca do maior lucro.

2º) Igualdade: entendida apenas em seu sentido formal, uma vez que havia uma considerável desigualdade social. Era apenas igualdade perante a lei.

3º) Fraternidade: não poderia existir em uma sociedade que prevalecia as ideias de competição e egoísmo (a busca pelo maior lucro) e poder pessoal como motor do processo econômico. Além disso, a densidade populacional, ocasionada pela concentração em torno dos grandes centros industriais, afastava os homens uns dos outros.

Até a crise de 1929, era essa concepção de Estado que prevalecia entre os principais Estados. Com a crise e a grande depressão econômica mundial, o Estado passou a assumir um novo papel na economia, qual seja, de intervencionista na ordem econômica em prol da coletividade e da coesão social.

A partir dos anos 80 veio à tona a discussão sobre a desregulação da economia e a privatização de setores exclusivamente estatais.

Segundo Eros Grau, a política neoliberal é incompatível com as artigos 1º, 3º e 170 da CRFB, os quais são normas impositivas. As atuações do poder executivo que têm de se adaptar à Constituição e não o contrário, configurando inconstitucionalidade de programas que contrariam as imposições constitucionais no tocante à ordem econômica.

*“A ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema, o sistema capitalista, no qual joga*

*um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legítima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais. Muito ao contrário.” (ADIN 3512)*

## **2. A Ordem Econômica e a Constituição Econômica Brasileira**

O conceito de ordem econômica já bastante discutido pela doutrina tem natureza polissêmica e podemos, didaticamente, abordar três desses conceitos, como se vê abaixo.

O primeiro reflete o modo de ser de uma determinada economia com suas relações entre os fenômenos econômicos e matérias. Tratando-se então do mundo do ser, dos fatos, sem qualquer vinculação com o mundo jurídico.

O segundo é o conjunto de todas as normas, independentemente de sua origem (religiosa, moral, social), que regulam o comportamento dos sujeitos econômicos.

E, por fim, o último conceito, o qual será adotado neste trabalho e é o adotado pela CRFB, diz respeito à ordem jurídica da economia, a sua normatização jurídica, ou seja, estamos diante do mundo do dever-ser.

No artigo 170 temos o primeiro sentido de ordem econômica exposto acima, indicando o modo de ser da economia brasileira, das atividades econômicas e das relações econômicas exercidas em território brasileiro. Note-se que há os princípios que devem ser adotados pelos agentes econômicos na regulação do mercado, pois para o funcionamento deste há que ter regularidade e previsibilidade de comportamentos, que se liga às condutas praticadas por seus agentes. E essa regularidade não pode ser auferida por fatores exclusivamente subjetivos, que buscam o interesse do maior lucro e o individualismo. Há que ter normas postas pelo Estado para garantir os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, vide arts. 1º e 3º, da CR.

Já no art. 173, a expressão faz referência ao conjunto de normas jurídicas e princípios que regulam o sistema econômico no mundo do ser, da realidade econômica, que, se violadas, ensejará a coerção pelo Estado-juiz.

Do mesmo modo que existem constituições estatutárias (orgânicas) e constituições diretivas (programáticas), temos também constituições econômicas. A ruptura com a velha ordem econômica, de caráter apenas organizacional da economia, deu-se com a introdução de normas diretivas e programáticas, com o objetivo de alcançar determinados objetivos sociais, definidos por diretrizes de políticas públicas que se sustentam nessas normas.

Desse modo, temos que Constituição Econômica é:

*"o conjunto de preceitos e instituições jurídicas que, garantindo os elementos definidores de um determinado sistema econômico, instituem uma determinada forma de organização e funcionamento da economia e constituem, por isso mesmo, uma determinada ordem econômica".*  
(Moreira, 1974, p.35)

### **3. Análise da Constituição Econômica de 1988 dos arts. 170 a 175 da CR/88**

A Constituição buscou regulamentar a economia de forma a se adequar ao Estado Social em oposição ao Estado puramente liberal. Dessa forma, trouxe em seu texto dispositivos que regulassem de forma direcionada aos interesses sociais a ordem econômica nacional, baseados em princípios de direito e com a finalidade de atingir determinados objetivos de ordem nacional, garantindo a liberdade econômica dentro de tais parâmetros.

Em um primeiro olhar sobre os princípios constitucionais de direito econômico, de forma descontextualizada e isolada, podem surgir antinomias, como o princípio da propriedade privada e da função social da propriedade.

Até o julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 319, em que o STF firmou o entendimento acerca da interpretação da

ordem econômica vigente, existiam várias interpretações sustentadas por pareceres solicitados por importantes entidades empresariais e econômicas do país. Tais entidades defendiam que o Estado não poderia regular atividade econômica e que o modelo capitalista adotado era neoliberal, desobedecendo aos princípios fundamentais da Constituição que tem como um de seus objetivos e fundamentos a justiça social.

Dessa forma, o STF foi provocado para resolver tal “controvérsia” quanto à interpretação da ordem econômica. A CR/88 adotou o modelo de Estado Social e não liberal, assim o STF decidiu que a livre iniciativa só será legitimamente exercida se cumprida a sua finalidade social. Assim, não há espaço na interpretação constitucional para uma livre iniciativa de caráter absoluto, que não possa ser restringido pelo Estado.

Os princípios gerais da ordem econômica, uma vez que não possuem hierarquia devem ser aplicados ao caso concreto de forma a limitarem-se entre si, de modo que coexistam na situação concreta de forma a garantir que um valor não sobreponha ao outro de forma unânime. Por isso, o direito econômico e a aplicação dos princípios econômicos jamais podem ser encarados de forma descontextualizada, pois não há conflito entre os princípios, mas sim complementaridade que só é verificada no caso concreto. Passemos à análise de cada um desses princípios:

**I) Princípio da Soberania Nacional Econômica:** Soberania Nacional não existe apenas para o plano político, mas também quanto ao plano econômico. Por muito tempo o país teve que se submeter a políticas públicas ditadas pelo Banco Mundial e pelo FMI, desrespeitando a soberania disposta no texto constitucional. Assim, havia eleição para presidentes que nos prometiam uma política econômica autônoma e o que acontecia era o controle geral pelo capital estrangeiro, quem controlava a economia no fim das contas não era aquele presidente que o povo elegeu.

A autonomia no plano de políticas econômicas é uma prerrogativa do Estado Brasileiro. Tal princípio permite que o Estado controle o mercado de forma a estabelecer quais países e empresas terão, ou não, acesso ao mercado brasileiro, a fim de proteger o país, sem deixar que importantes oportunidades de crescimento econômico escapem ao mercado nacional. Essa prerrogativa nacional funciona como uma “peneira”

mercadológica que permite ao Estado contrabalançar a abertura econômica e o protecionismo.

**II) Propriedade privada:** A função social da propriedade, ao contrário de ser uma antinomia ao princípio da propriedade privada, só se justifica pela existência de tal princípio. Só se fala em função social da propriedade porque se fala no direito à propriedade privada.

A propriedade consiste puramente em um direito individual e cumpre sua função individual, a qual não é reputada nenhuma função social. Porém, aos abusos cometidos no seu exercício encontram a limitação no interesse da coletividade e do bem estar social. (GRAU, p. 235). Assim, a propriedade privada, garantida constitucionalmente apenas passa a ter função social quando extrapola sua função individual.

**III) Princípio da função social da propriedade:** O princípio da função social da propriedade, como norma que é, e não como regra, não se aplica de forma cogente em termos absolutos, excluindo outras normas, mas apenas direcionando a interpretação e o emprego de regras constitucionais ou legais. Tal princípio pretende reger, no caso concreto, o equilíbrio entre o direito à propriedade e o interesse social constante da Constituição.

A partir do surgimento do Estado Social nasce a idéia de que o bem estar coletivo não é apenas um dever do Estado, mas também de cada cidadão, que deve ter sua parcela de comprometimento e responsabilidade, quebrando-se a noção de domínio. Assim, a propriedade se consubstancia em um poder-dever que se volta para o objetivo individual e coletivo, atentando-se ao uso da propriedade e à dignidade humana. (FERNANDES, 2011, p.1031 e 1032)

O princípio da justiça social obriga que a política econômica do Estado se volte para uma repartição dos proveitos das atividades econômicas para que não somente o empresário usufrua, buscando dissipar o proveito por meio de políticas públicas, como um modo de repartição de lucros.

Tal princípio vem pôr fim ao dogma individualista que reputava sagrado o direito de propriedade, concedendo a seu titula o direito

intocável de usar, fruir e dispor de seus bens, sem nenhum dever social. (MENDES, 2010, p.1535)

**IV) Livre iniciativa e livre concorrência:** Como explicitado acima, a livre iniciativa que é disposta no art. 170 da CR/88 não se trata de um conceito liberal ou neoliberal, mas deve ser interpretada inserida em um Estado Democrático e Social de Direito, se caracterizando como uma livre iniciativa de forte valoração social. Tal ponto de vista foi consolidado pelo entendimento pacífico do STF no julgamento da já aludida ADIN 319.

Tal princípio pretende, inicialmente, deixar que o setor econômico e empresarial se submeta à lógica da economia de mercado. Porém, encontra-se implícito em seu conceito a possibilidade de intervenção estatal quando a livre concorrência representar ameaça à igualdade de liberdade, oferecida por tal princípio a todos os agentes econômicos, quando faltar equilíbrio, é obrigação do Estado reestabelecê-lo em nome dos princípios constitucionais.

A livre iniciativa, como já mencionado, é uma faceta do direito de liberdade, e nossa liberdade é prevista na lei, cabendo apenas à lei, estabelecer limites às atividades econômicas. Assim a liberdade de iniciativa é uma iniciativa legal.

A livre concorrência e a livre iniciativa não devem ser confundidos, pois são distintos em essência, ainda que complementares.

Se a livre iniciativa traduz a projeção da liberdade individual no campo da produção, circulação e distribuição de riquezas, caracterizando-se pela liberdade de fins e meios, a liberdade de concorrência tem caráter instrumental e traduz que o mercado é aberto de tal forma que permite a livre negociação e o livre estabelecimento de preços e de políticas empresariais de forma a contribuir com a competitividade positiva de um negócio no mercado. No entanto, assim como a livre iniciativa, sofre limitações pelos próprios princípios elencados juntamente com este no art. 170 da CR/88. A livre concorrência, como princípio inserido dentro de uma ordem democrático-social, deve ser limitada pelos princípios da proteção do consumidor, da dignidade humana e de redução das desigualdades sociais.

O modelo capitalista em sua essência nos tempos do liberalismo não era muito simpático à concorrência e se valia de diversos meios para concluir o objetivo de eliminar a concorrência, chegando até mesmo a interferir na criação de leis que os beneficiassem, ferindo o princípio da livre concorrência.

Nesse sentido, a súmula 646 do STF diz que o Município não pode fixar o local de funcionamento de estabelecimentos comerciais, com exceção de quando há notório interesse coletivo.

**V) Defesa do meio ambiente:** O STF consolidou o entendimento de que é válida a política econômica que proibiu a importação de pneus usados, visto que prejudica a saúde pública e o meio ambiente.

**VI) Defesa do consumidor:** Tal princípio é extremamente recente na história constitucional brasileira, aparecendo apenas na CR/88 como direito fundamental e princípio da ordem econômica.

Trata-se de um princípio relevante, pois guarda relação direta com o princípio da soberania econômica, visto que tem influência direta no desenvolvimento do mercado interno brasileiro. A partir do momento que a Constituição enuncia que o Estado deve proteger o consumidor como princípio da ordem econômica, diversas práticas enganosas, abusivas e lesivas ficaram obstadas.

Porém um dos setores que mais resistiu à proteção ao consumidor foi o setor financeiro. De forma que foi proposta no STF a ADIN 2.591 que se alegou a inconstitucionalidade do CDC. Por motivos óbvios tal ADIN foi improvida e em seus votos os ministros indagaram qual a razão para as instituições financeiras não desejarem se submeter ao código de defesa do consumidor, aduzindo que o motivo seria pelo fato de que são as instituições financeiras que mais lesam os consumidores.

Cabe ainda se ressaltar que tal princípio também se submete à lógica de restrições e complementaridades em que consiste o processo de concretização dos princípios e valores constitucionais, interpretados ao caso concreto. (MENDES, 2010, p.1543)



**VII) Busca do Pleno Emprego:** Grande parte da doutrina chegou a alegar que tal princípio tratava-se de uma norma programática de aplicação diferida. Até que o STF no julgamento do REsp 299.355 decidiu que em nome da manutenção de empregos e da dignidade humana, pode-se invalidar cláusula contratual abusiva que leve à falência de determinada empresa. O princípio em comento diz respeito ao emprego dos meios de produção, não se fala em desemprego zero, se fala em pleno emprego dos recursos e a perspectiva de um pleno emprego traduz que não devem ser adotadas políticas recessivas que vão contra o pleno emprego, que gerasse por si só desemprego e desestruturação econômica, como no exemplo supracitado.

Dispõe o artigo 172 da Constituição Federal que:

*"A lei disciplinará, com base no interesse nacional, os investimentos de capital estrangeiro, incentivará os reinvestimentos e regulará a remessa de lucros."*

É importante observar que a Constituição, em nome do interesse nacional, trata de maneira diferenciada o capital nacional em relação ao estrangeiro, estabelecendo benesses ao primeiro, como, por exemplo, o tratamento favorecido de que trata o inciso IX do art. 170.

Da mesma maneira, objetivando preservar o capital no território nacional, a Constituição permite que a lei incentive os reinvestimentos, perpetuando-os no país, e regule a remessa de lucros, a fim de dificultá-la, evitando assim uma volatilidade excessiva na política cambial e monetária nacional em momentos de maior conturbação no cenário econômico.

Por outro lado no art. 173 da CRFB temos o tratamento sobre a exploração da atividade econômica pelo Estado, esta em seu sentido estrito, qual seja, a atuação direta do Estado como agente econômico, em área da titularidade do setor privado.

Da leitura do caput do art. 173, já é possível denotar que o Estado tem o poder de explorar diretamente a atividade econômica quando necessário for para a manutenção da segurança nacional ou para a efetivação de relevante interesse coletivo. A expressão interesse coletivo

aqui abordado é diferente da ideia de justiça social enunciada no art.170 da Carta Magna. Interesses coletivos são determinados no plano da sociedade civil, expressando particularismos e interesses corporativos. Já a noção de justiça social do art.170 está ligada à coesão social, aferido no plano do Estado brasileiro e no plano da universalidade da nação.

Nota-se que a expressão atividade econômica empregada no art. 173 refere-se ao seu sentido estrito. Ainda que seja aqui o Estado realizando atividade econômica, ele o fará através das sociedades de economia mista e das empresas públicas, ambas as pessoas jurídicas de direito privado, ainda que pontuadas com algumas características de direito público. Tal característica é importante, uma vez que o Estado, ao competir com o setor privado, o faz em desigualdade de condições, uma vez que é também agente normativo e regulador da atividade econômica.

É também buscando estabelecer a igualdade de condições que a Constituição estabelece que as empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado. Ressalvando que tais entes quando da prestação de serviço público gozarão dos mesmos benefícios da Administração Direta, autárquica e fundacional.

A nossa Constituição delinea três funções estatais no que tange a ordem econômica, quais sejam, a de organizar a estrutura política, a de limitar o poder estatal e a de promover políticas públicas. A Constituição requer uma postura ativa do Estado de forma que esse possa ser de fato, o agente da promoção e efetivação dos direitos e garantias nela prevista, que os seus fins, seus objetivos sejam cumpridos. Dentro dessa perspectiva, de acordo com o Ministro Eros Graus, podemos dizer que o Estado pode atuar de três formas na economia.

A primeira seria por absorção ou participação, ou seja, atuação direta. Certo é que a iniciativa privada é preceito constitucional, mas essa não tem caráter absoluto, dado que, o Estado, entendendo ser relevante sua atuação no mercado para consecução dos fins, das garantias e direitos constitucionais, pode atuar diretamente na Economia. Como por exemplo, nos casos das empresas públicas, caso do art. 173, da CR. Todavia ressalta-

se que, para manter o equilíbrio e, em respeito a livre concorrência, tais empresas não podem ter benefícios fiscais de forma tornar desleal a concorrência com as empresas privadas.

A segunda forma de atuação estatal seria por indução. A indução ocorreria quando o Estado desejasse impulsionar, empurrar a economia privada para determinado comportamento, induzindo dos agentes econômicos certo comportamento. Tal indução, poderia ser feita pelo Estado por meio do manejo de certos instrumentos de política fiscal, monetária, juros.

A terceira função atribuída ao Estado compete com a direção, a qual, se difere da indução pelo fato de impor determinado comportamento, enquanto a segunda tem um caráter maior de orientação a ser seguida pelos agentes privados, do que uma imposição, posta como norma a ser cumprida.

O art. 174 mostra as formas com que o Estado em sua função de regulador da economia pode de acordo com a norma legal atuar. Tal dispositivo, elenca em seu caput as funções normativas/regulatórias de fiscalização, incentivo e planejamento, destacando que o último é determinante para o setor público e indicativo para o privado. Nos parágrafos do dispositivo indica de formas gerais de incentivo do Estado dentro dessa estrutura de direcionamento, orientação e impulsão que vislumbram o desenvolvimento da economia brasileira.

#### **4. Modificações na Constituição Econômica**

Com o passar dos anos certas previsões legais podem se tornar obsoletas, ou mesmo incompletas, sendo necessária uma revisão de seus artigos, de modo a adaptá-los a realidade e adequá-los a um novo contexto ou paradigma, em situações nas quais simples mudanças interpretativas se mostrem insuficientes para dar a atualidade fundamental da Carta Magna. A Constituição Econômica, que vem para disciplinar e limitar a atuação do poder econômico, tanto na esfera pública quanto na privada, também sofreu alterações em seu corpo legal, com as Emendas Constitucionais nº 6 de 1995, nº 42 de 2003, e 19 de 1998. Neste presente trabalho nos

limitaremos a discutir apenas acerca das alterações realizadas nos artigos 170 a 175 da CR/88.

No artigo 170 da CR/88, houve apenas duas alterações em seus incisos, quais sejam, o inciso VI e IX.

O inciso VI deste artigo teve em seu texto normativo uma complementação, isto é, foi acrescentado em sua redação outras possibilidades e especificações, de forma a torná-lo mais abrangente e completo. Após sua modificação, a CR/88 deixa claro que a defesa do meio ambiente passa a ter uma maior importância no cenário econômico, seguindo toda a tendência mundial em busca de proteger o meio ambiente e garantir uma qualidade de vida saudável a todos os cidadãos. Assim, agora é previsto que o tratamento na questão ambiental pode ser diferenciado, de acordo com o impacto ambiental gerado pelos produtos e serviços, assim como com o seu processo de produção e elaboração, objetivando tornar mais efetiva e eficaz a proteção ambiental.

O inciso IX, por sua vez, sofreu uma alteração com o objetivo de tornar-se mais claro e conciso, substituindo a expressão “empresas brasileiras”, por “empresas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”. O entendimento do que são empresas brasileiras se mostrou um tanto quanto aberto, e inadequado para as pretensões modernas de proteção ao mercado interno, livre concorrência e globalização. O tratamento favorecido, que tem por objetivo preservar a necessária concorrência dos agentes de mercado, impedindo concentrações descabidas e contrárias à noção de competitividade, não deve, pois, ser limitado à noção de empresas brasileiras, mas sim das que funcionam sob o nosso ordenamento jurídico, instaladas e administradas no Brasil.

A completa revogação do artigo 171 vem obedecendo essa mesma lógica exposta acima, da incompatibilidade da conceituação de empresas brasileiras usada na CR/88 com a nova lógica econômica, e também demonstra o entendimento atual da desnecessidade de se prever no texto constitucional o que vem a ser capital nacional e internacional, evidenciando a coerência com o moderno cenário mercadológico, no qual tal divisão faz cada vez menos sentido.

Assim, o legislador optou por revogar completamente o artigo 171, por meio da Emenda Constitucional de número 6, de 1995, ao invés de simplesmente adaptar o texto à nova realidade. Tal atitude demonstra o total deslocamento em que tais preceitos se encontravam em nossa Carta Magna.

O artigo 173, por sua vez, foi alvo de profundas modificações, tendo sido alterado seu §1º, o qual recebeu cinco novos incisos, através da Emenda Constitucional número 19, de 1998.

As alterações trazidas por tal emenda demonstram o objetivo do Estado de não mais sujeitar as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias diretamente ao regime jurídico das empresas privadas, tendo exigido, por meio da nova redação dada ao §1º, que as regras a que estariam submetidas dependeriam de regulamentação posterior, haja vista suas especificidades e características únicas.

Dentre os objetivos fundamentais das referidas alterações, podemos citar:

a) reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público;

b) contribuir para a modernização do parque industrial do país, ampliando sua competitividade e reforçando a capacidade empresarial nos diversos setores da economia.

O que se extrai do atual texto constitucional é que as empresas estatais, assim como na redação anterior, sujeitam-se ao regime próprio das empresas privadas (inciso II do §1º), mas, como se trata de ente da administração pública, tal regime jurídico é parcialmente derogado pelo direito público, naquilo que os textos legais ou constitucionais assim dispuserem.

Um ponto de extrema relevância que se verifica do inciso II, é a sujeição das empresas estatais ao regime de contratação de pessoal próprio

das empresas privadas, isto é, o regime celetista. No entanto, o fato de serem celetistas e de pertencerem fundamentalmente ao regime jurídico das empresas privadas, a Constituição Federal de 1988 não abandonou a obrigação das empresas estatais de contratarem seus empregados públicos através de concurso público.

Vale também citarmos a dicção do inciso III, que pretendeu simplificar o regime licitatório das empresas públicas, fixando que a licitação e contratação de obras, serviços, compras devem observar os princípios da administração pública. Tal já era o entendimento sob a égide dos dispositivo modificado. O que se pretende agora é que as empresas públicas estejam obrigadas a observar, tão somente os princípios básicos, regulamentando, segundo sua especificidade, a forma de licitar.

O artigo 173, § 1º, inciso III da CR/88, prevê a obrigatoriedade da licitação para as duas espécies de empresas estatais: as que exploram atividade econômica e as que prestam serviços públicos. Enfatiza, porém, que a licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações nestas empresas deverão observar os princípios da administração pública. Flexibiliza-se, assim, sem suprimir-lhe, o regime licitatório nestas agências econômicas do Estado. A licitação continua prevalecte nas empresas públicas, porém, de forma mais simplificada.

Vemos, desse modo, que as alterações trazidas pela EC 19/88 viabilizam a sujeição das empresas estatais ao princípio da legalidade, ao interesse público, e ao desenvolvimento social do país. Ocorre que até hoje, essas entidades carecem da regulamentação exigida no texto do §1º que, segundo a Constituição de 1988, deveria dispor sobre sua função social, fiscalização e controle, sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas quanto aos direitos e obrigações, licitação e contratação, dentre outros assuntos não menos importantes.

## **5. Conclusão**

Ante o exposto ao longo deste trabalho, percebe-se que o legislador constituinte atribuiu à República federativa do Brasil o modelo econômico embasado no liberalismo social democrata, o qual está fundamentado na livre iniciativa e no valor social do trabalho.

O Estado, nos ditames da Constituição Federal, deve se guiar nos termos em que se põe a ordem econômica constitucional, objetivando a realização da justiça social, seja como agente prestador de serviços públicos ou explorador de atividade econômica, seja como regulador, indutor, norteador da atuação econômica exercida pelo particular.

## **6. Bibliografia**

- AVELÃS, Nunes. Do capitalismo e do Socialismo. Atlantida Editora, Coimbra, 1972, pg. 125.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 10a ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 3.ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GRAY, John. False dawn. Londres, Granta Books, 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo 15a ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco. – 5.ed.- São Paulo: Saraiva, 2010.
- MOREIRA, Vital. Economia e constituição. Faculdade de Direito, Coimbra, 1974.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas de direito econômico. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.t

## **ANIMAIS E CULTURA HUMANA: ASPECTOS FILOSÓFICOS**

**CAMILA PIMENTEL DE OLIVEIRA  
FERREIRA:**

**RESUMO:** O presente trabalho, utilizando a metodologia de pesquisas bibliográficas, tem como objetivo a análise da relação cultural entre o homem e o animal, por meio de uma exposição histórica e cronológica do avanço desta interação, tendo como termo inicial o antropocentrismo.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Antropocentrismo; 2.1. Visão da Igreja Católica; 2.2. Visão das religiões orientais; 3. Diferença entre os seres humanos e os animais; 4. Evolução do pensamento: Homens e animais como seres semelhantes; 5. Uso dos animais no desenvolvimento da cultura humana; 6. Práticas culturais; 6.1. Touradas; 6.2. Farra-do-boi; 6.3. Rinhas de galo; 6.4. Vaquejada; 6.5. Rodeio; 7. Conclusão; 8. Bibliografia;

---

### **1. Introdução:**

O presente trabalho busca realizar uma análise histórica e detalhada, no tocante ao tema da relação existente entre o homem e o animal, demonstrando-se que a evolução histórica não é linear, possuindo avanços e retrocessos.

Ainda, destaca-se o importante papel que as religiões desempenharam – e continuam desempenhando – no trato e na proteção dos animais, frente a ação predatória dos seres humanos.

Portanto, é através da análise das civilizações antigas e do pensamento então vigente, que se busca demonstrar os aspectos filosóficos existentes entre o direito cultural humano e o “direito” dos animais.

### **2. Antropocentrismo:**

No período da Idade Média, o pensamento grego antigo de admiração da natureza e da busca de harmonia na mesma foi substituído pelo



pensamento judaico-cristão, que vê o meio ambiente como fruto de uma criação divina, devendo a todos servir.

“Se o centro das atenções do homem grego era a fisis e seu logos, as atenções do homem medieval se dirigem para o autor da fisis, que é Deus, e o seu logos, que é Jesus Cristo. Assim, a natureza deixa de ser algo a ser admirado e que orienta a existência. O que é admirável e que deve orientar o homem agora é Deus Pai e sua vontade” (COSTA, 2007, p.15).

Com o renascimento surge o antropocentrismo, filosofia que coloca o homem como centro de todo o universo, como o ser que pode e deve se utilizar da natureza para se satisfazer de todas as formas.

Durante o período da monarquia absolutista na Inglaterra, sobretudo durante as dinastias Tudor e Stuart, o antropocentrismo era o pensamento dominante (THOMAS, 1989, p. 21). Segundo Thomas, durante esse momento histórico, “a visão tradicional era que o mundo fora criado para o bem do homem e as outras espécies deviam se subordinar a seus desejos e necessidades.”

Na visão do homem, tudo havia sido criado para sua sobrevivência e para seu bem. “As plantas foram criadas para o bem dos animais e esses para o bem dos homens. Os animais domésticos existiam para labutar, os selvagens para serem caçados” (THOMAS, 1989, p.21). Nesse contexto histórico, a natureza era vista apenas como algo feito para atender às necessidades e aos interesses humanos.

## **2.1 Visão da Igreja Católica:**

A visão da Igreja Católica durante os séculos XVI, XVII e seguintes, foi marcada pelo antropocentrismo, no qual o homem era o centro de todo o universo. A Bíblia, como principal fonte do Catolicismo, trouxe em seu teor inúmeras justificativas para a conduta humana, que utilizava-se da natureza da maneira que melhor lhe aprouvesse.

No livro de Gênesis, capítulo primeiro, versículos 27 e 28, ratifica-se a ideia de dominação ao afirmar que, “Assim Deus criou o homem e a mulher e os abençoou dizendo: [...] espalhem-se por toda a terra e a dominem. E tenham poder sobre os peixes do mar, sobre as aves que voam no ar e sobre os animais que se arrastam pelo chão” (GÊNESIS apud THOMAS, 1989, p.22).

Ao comer do fruto proibido, Adão e Eva cometeram o primeiro pecado e, em decorrência disso, “o homem perdeu o direito de exercer um domínio fácil e incontestado sobre as outras espécies” (THOMAS, 1989, p. 22). Entretanto, segundo Thomas, “com o Dilúvio, Deus renovou a autoridade do homem sobre a criação animal.”

Tudo leva a crer também que o primeiro casal de humanidade, segundo a alegoria bíblica, até saborearem do fruto da árvore do conhecimento, e serem expulsos do Jardim do Éden, viviam na mais completa harmonia com a natureza, e se alimentavam unicamente de frutos e ervas [...] (XAVIER, 2013, p.16005).

Portanto, como visto, a Bíblia consagrou o pensamento antropocêntrico da época, confirmando, inúmeras vezes, o domínio humano sobre a natureza.

Os pensadores ingleses da época, compartilhavam da mesma ideologia católica, e afirmavam: “Ele [Deus] fez os outros para o homem e o homem para si próprio” (JEREMIAH BURROUGHES, 1657 apud THOMAS, 1989, p. 23); “Se procuramos as causas finais, o homem pode ser visto como centro do mundo, de tal forma que se o homem fosse retirado do mundo todo o resto pareceria extraviado, sem objetivo ou propósito” (FRANCIS BACON apud THOMAS, 1989, p.23).

Contudo, a própria Bíblia também trouxe a concepção contrária, dizendo que, mesmo dominando os animais, devem os homens cuidar dos mesmos, tratando-os com dignidade. Essa ideia pode ser demonstrada em uma das passagens do livro de Provérbios, capítulo 12, versículo 10, do Antigo Testamento, que diz: “o justo cuida das necessidades do seu gado,

mas cruéis são as entranhas do ímpio”, ou seja, os justos devem cuidar bem dos seus animais, e, portanto, também devem exercer o papel de responsáveis pelas criaturas criadas por Deus, e dadas a eles para atender aos seus interesses (THOMAS, 1989, p. 29).

Também pode-se ver essa posição ambígua quando do acontecimento do Dilúvio, no qual Noé salvou em sua arca um casal de cada espécie de animal com a finalidade de garantir a vida na Terra (LEVAI, 1998, p.13).

E, por fim, é importante destacar o grande papel de São Francisco de Assis, por volta do século XIII, para a evolução do pensamento da época, quanto ao trato correto e humanizado dos animais. Por conta de sua grande contribuição, é comemorado no dia de sua morte, dia 4 de outubro, o Dia da Ecologia e o Dia Universal dos animais, sendo ele, também, proclamado patrono dos ecologistas (LEVAI, 1998, p.15).

## **2.2. Visão das religiões orientais:**

O mundo oriental, de regra, diferentemente do mundo ocidental, via os animais de uma forma diferenciada, pois não os tinha como dominados, mas, sim, como iguais, ou até mesmo como seres superiores, Deuses. Quase todos os Deuses da religião hindu possuem características animais, como é o exemplo do Ganesha, o principal ou um dos principais deuses desta religião, sendo metade humano e metade animal, uma vez que possui o corpo de homem e cabeça de elefante. Entretanto, não só nisso diferem da religião católica, predominante no lado ocidental, pois os hinduístas cultuam muitos animais, respeitando-os e venerando-os de forma incondicional (CASTRO, CASSANI et al, 2012, p.76).

Na Índia, a vaca é tida como um ser sagrado, e, por isso, passou a ser adorada em muitas ocasiões religiosas, sendo proibido matá-la (GAARDER et al, apud XAVIER, 2013, p. 16004).

Os budistas consideram a natureza sagrada, sendo contra a morte, seja de um animal ou de um ser humano. Buda, o Deus maior desta religião, em um de seus ensinamentos disse: “Tende piedade de todas as criaturas vivas

e dessa forma o fogo de vossa vida se extinguirá e mergulhareis numa abençoada eternidade de paz” (BUDA apud LEVAI, 1998, p.14).

Como assevera Levai, o primeiro dos Mandamentos do budismo diz: “Não matarás nenhuma criatura vivente” (LEVAI, 1998, p.14). Ou seja, “O budismo fundamenta-se na crença de que nenhuma criatura viva deve ser sacrificada e que não se deve causar dor ou sofrimento aos seres sencientes” (XAVIER, 2013, p. 16004).

Os mulçumanos não se alimentam de carne de porco por acreditarem que tal alimento, ao ser consumido, impedirá o acesso do homem ao céu (XAVIER, 2013, p.16005).

Entretanto, não podemos concluir, como decorrência lógica do que já foi afirmado, o fato de ser o ocidente o único culpado dos atuais problemas ecológicos, pois, conforme afirma Thomas (1989, p.29),

o desmatamento e a extinção de espécies tiveram lugar em partes do mundo onde a tradição judaico-cristã não teve qualquer influência. Os maias, os chineses e os povos do Oriente Próximo foram capazes de destruir seu meio ambiente sem a ajuda do cristianismo.

Além disso, também não é correto concluir que apenas a religião Católica pregava o antropocentrismo, e que somente a Europa Ocidental seguiu tal ideologia, pois outras religiões, inclusive algumas do mundo oriental, pregavam o antropocentrismo, afirmando que seus deuses haviam criado o mundo e tudo que nele há, para servirem aos seres humanos.

### **3. Diferença entre os seres humanos e os animais:**

Durante a evolução humana, inúmeros pensadores desenvolveram estudos com o fito de analisar e destacar as grandes diferenças entre os homens e os animais, como forma de justificação do domínio humano sobre o mundo natural. O grande filósofo grego, Platão, ao desenvolver seu estudo, frisou na postura ereta, afirmando que “os animais olhavam o chão, mas o homem alçava os olhos para o Céu” (PLATÃO apud THOMAS, 1989,

p. 38). Já Uvedale Price, filósofo da época, focou no nariz, afirmando que o homem era o único ser que o possuía.

Muitos pensadores trouxeram três elementos como sendo os principais para essa diferenciação. O primeiro deles seria a fala, sendo esta, segundo Ben Jonson, a forma de expressão da superioridade humana. O segundo elemento seria a razão, pertencente aos homens, sendo os animais seres irracionais. Havia grande discussão a respeito de serem os animais totalmente ou parcialmente irracionais, dividindo-se, portanto, os filósofos da época em duas correntes. O terceiro elemento era considerado como a consciência e instintos religiosos. E, por fim, cabe ressaltar que os seres humanos, em contraposição aos animais, possuíam também, além desses três elementos, uma alma imortal (THOMAS, 1989, p. 38 e 39).

Em 1554, Gomez Pereira, criou uma doutrina com a finalidade de demonstrar tais diferenças, e que foi, posteriormente, desenvolvida por Descartes, em 1630. Para ambos, tanto os animais como os seres humanos seriam máquinas ou autômatos, pois desenvolvem funções complexas, de maneira inconsciente (THOMAS, 1989, p. 39 e 40).

Entretanto, para eles, o homem possui mente e alma, enquanto os animais não possuem nenhum destes atributos. Os seguidores desta doutrina, acreditavam que os animais, por serem desprovidos de alma, não sentiam dor ou qualquer outra sensação, afirmando, ainda, que os reflexos externos destes não teriam qualquer ligação com os reflexos interiores. Em suma, para a teoria de Pereira, os animais eram máquinas desprovidas de sensações, mas feitas por Deus (THOMAS, 1989, p. 39 e 40).

#### **4. Evolução do pensamento: homens e animais como seres semelhantes:**

A partir do século XVI, a sociedade europeia começou a seguir uma nova tendência, qual seja, a da criação de animais domésticos. Inicialmente, tal criação seria mais uma forma de demonstração do poder humano sobre os animais, uma que vez que a domesticação é fruto de um processo de dominação e de subjugação. Entretanto, os homens, ao longo da

convivência, passaram a se afeiçoar por seus animais domésticos, tratando-os com muito esmero (THOMAS, 1989, cap. III).

Com criação dos animais nos lares, os homens passaram a ter um novo entendimento sobre o discernimento e capacidade destes seres.

Não resta dúvida que foi observando os animais de estimação que se começou a defender a inteligência e o caráter animais. [...] foi a experiência direta, e não a tradição clássica, que mais estimulou a crença crescente na inteligência animal. A observação dos animais de estimação, aliada à experiência com os domésticos, forneceu apoio à visão de que os mascotes podiam ser racionais, sensíveis e compreensivos (THOMAS, 1989, p. 145 e 146).

Com essa nova tendência e, conseqüentemente, com essa nova concepção sobre os animais, os pensadores da época passaram a criar novas teorias a respeito destes. Segundo Thomas, durante o século XVII, a tese mais defendida pelos intelectuais da época era a de que os animais possuíam razão, mas essa não seria semelhante à do ser humano, distinguindo-se desta apenas por grau. "Possuíam sensibilidade, imaginação e memória, porém nenhuma capacidade de reflexão" (THOMAS, 1989, p.150).

No século XVII, difundiram-se as teorias evolucionistas, tendo como conteúdo a ideia de que os homens seriam animais, diferenciando-se dos demais apenas por um maior nível de evolução, ou seja, os seres humanos seriam animais mais evoluídos. Foi no ano de 1835, que Charles Darwin criou a sua famosa Teoria da Evolução das Espécies, sendo "uma primorosa análise dos seres vivos em função do meio em que vivem" (LEVAI, 1998, p.14).

A teoria evolucionista da espécie humana, que encontra em Charles Darwin - o autor da célebre obra A Origem das Espécies - o seu expoente maior, apresentou ao mundo a ideia de que o homem evoluiu dos macacos, e que ambos têm um ancestral

comum, afirmação esta que, segundo Sigmund Freud, representou um golpe na vaidade humana, por ter rebaixado o homem à condição de ser inferior (XAVIER, 2013, p.16006).

Portanto, com a teoria evolucionista de Darwin, houve um avanço no pensamento humano com relação aos animais, uma vez que, segundo esta, todos os seres seriam, originariamente, iguais, distinguindo-se, posteriormente, apenas pelo grau de desenvolvimento e evolução.

### **5. Uso dos animais no desenvolvimento da cultura humana:**

O desenvolvimento das civilizações foi marcado pela predominante dependência dos seres humanos dos recursos naturais, utilizados como fonte de alimento, de vestuários, de trabalho, e de transporte. Os animais desempenharam papel fundamental neste desenvolvimento, uma vez que, além de serem utilizados como o principal alimento da dieta humana, permitiram que os homens se locomovessem e trabalhassem de forma mais rápida e eficaz. Como protagonistas deste papel estão o cavalo e o boi, ambos de suma importância para o transporte e tração. Antes da domesticação de tais animais, o trabalho do homem era muito lento e exaustivo (THOMAS, 1989, p.31).

De acordo com Childe (1965, p.129)

A utilização da força do boi ou dos mares, e da força do vento, foi a primeira tentativa efetiva do homem para fazer com que as forças naturais trabalhassem para ele. Ao ter êxito, viu-se pela primeira vez controlando, e mesmo dirigindo, forças contínuas que não eram proporcionadas pelos seus próprios músculos. Estava no caminho certo para libertar seu corpo das formas mais brutais de atividade física [...]. Com dois bois e um arado, um homem pode cultivar num dia uma área muito maior do que uma mulher com uma enxada [...]. Tudo isso significa colheitas maiores, mais alimento e aumento

da população. A introdução de veículos de rodas, puxados por bois ou outros animais, acelerou as comunicações e simplificou enormemente o transporte de mercadorias.

Segundo Herder, se não existissem os camelos, os desertos africanos e da Arábia não seriam acessíveis, e se não fossem os cavalos europeus, não teriam conquistado a América (apud THOMAS, 1989, p. 34). E segundo Childe (1965, p.131) “[...] com os camelos, os desertos deixam de ser barreiras e se tornam, como os mares, elos entre centros de população.”

Desta forma, é evidente que, ao se deparar com a história e a evolução humana, o animal teve seu papel fundamental e imprescindível, pois além de auxiliar o homem na agricultura e nas construções, acelerou o processo de desenvolvimento social e cultural de uma maneira imensurável. Portanto, sem a sua presença a sociedade humana haveria evoluído a passos lentos, não existindo atualmente o grau de desenvolvimento alcançado.

## **6. Práticas culturais:**

Com base em tudo já mencionado, é possível observar o preponderante e fundamental papel que os animais desenvolveram ao longo da história.

As sociedades humanas, ao longo dos séculos, vêm sendo marcadas por práticas que têm como principal objeto os animais. Inicialmente, foram eles utilizados como alimento, passando, ao longo dos anos, a serem usados, também, para confecção de roupas, para a facilitação do trabalho humano, além de outras inúmeras funções.

Mas foram e ainda são as práticas culturais influentes meios de dominação e introdução do animal no cotidiano humano. Estas se tornaram frequentes em muitas sociedades, e ainda podem ser observadas com frequência no mundo moderno. Tais práticas são manifestações culturais, “e a cultura é um modo de vida transmitido através de gerações” (LACERDA, 2003 apud CONCEIÇÃO, p.3).

### **6.1. Touradas:**



As Touradas, podem ser dadas como um primeiro exemplo do que seria uma prática cultural que faz uso do animal. Existem vários tipos de touradas, sendo as mais comuns realizadas na Espanha e em Portugal.

A lide de touros é uma prática bastante recuada no tempo, e de certa forma a sua origem não está totalmente esclarecida, embora haja, referências que remontam ao Império Romano, e mesmo antes disso, havendo a menção de que os gregos capturavam touros que destinavam ao sacrifício nas suas festas pagãs (LOPES, 2003, apud MENDONÇA, 2012, p.1).

Nesta prática, vivenciada há muitos anos, o homem se posiciona dentro de uma arena, juntamente com o animal, para que a partir dessa apresentação, aquele demonstre a sua superioridade sob este. Fica clara, assim, a finalidade de autoafirmação humana e de subjugação da raça animal, neste “espetáculo” cultural.

Diz-se que o touro, coadjuvante e vítima da bestialidade humana, participa de uma luta inglória. Tem as forças minadas pela lança dos picadores. [...] Por fim, esvaído em sangue, recebe a estocada mortal do toureiro [...]. Estima-se que, somente na Espanha, a indústria da tauromaquia mata 30 mil animais por ano (LEVAI, 1998, p.51).

O touro é atraído por uma capa vermelha usada pelo toureiro, e irritado para que cada vez mais torne-se agressivo. O toureiro, por seu turno, realiza uma espécie de dança, desviando o seu corpo da fúria do animal. Todas as vezes que o touro ataca, vai sendo furado com lanças, até que chegue à morte, sendo esta, por sua vez, a parte mais apreciada de todo o “espetáculo”.

## **6.2. Farra-do-boi:**

Outro exemplo, e que é considerado como uma versão brasileira da tourada, é a Farra-do-boi, introduzida no período colonial pelos açorianos, e praticada, de modo geral, nas regiões litorâneas de Santa Catarina.

Esta prática, na maioria dos casos, é feita nos dias que precedem o feriado da Páscoa, mas em alguns lugares é realizada na época de Natal, Dia Santo, ou até mesmo, em festividades como casamentos, jogos de futebol, dentre outras ocasiões. Nesta prática, as famílias ou a própria comunidade adquirem um boi, de preferência bravo e corredor, para que seja abatido. Mas, antes de sua morte, o boi é solto em um pasto para que as pessoas corram atrás dele, iniciando-se, a partir daí, a matança do animal (CONCEIÇÃO).

“Munidos de paus, pedras, açoites e facas, participam da farra, homens, mulheres, velhos e crianças. Assim que o boi é solto, a multidão o persegue e o agride incessantemente. O primeiro alvo são os chifres, quebrados a pauladas. Em seguida os olhos são perfurados. A tortura só termina quando o animal, horas depois, já com vários ossos quebrados, não tem mais forças para correr às cegas, sendo definitivamente abatido e carneado para um churrasco” (DIAS apud LIMA, 2007, p.53).

Como já foi dito, tal prática introduzida pelos açorianos, que “associando o boi a entidades pagãs, supliciam este animal até à morte, representando o linchamento, a vitória do cristianismo sobre os mouros” (LIMA, 2007, p.53).

### **6.3. Rinhas de galo:**

Além disso, existem as rinhas de galo, sendo por muitos considerada uma prática de origem milenar.

Os galistas (praticantes das rinhas de galo) afirmam que os animais combatentes agem por instinto. [...] os galos são provocados - indiretamente - pelo próprio homem, que os coloca na rinha para uma

luta de vida ou morte. [...]. Os galos de briga, que desde cedo experimentam a dor física - suas orelhas, cristas e barbelas são cortadas sem emprego de anestesia - têm o bico e as esporas reforçadas com aço inoxidável, de modo que a luta não termina enquanto um deles não tombar mortalmente ferido (LEVAI, 1998, p.52).

A briga de galo é uma tradição antiga, tendo sua primeira citação histórica datada de 5.000 a.C. no Código de Manu - antiga legislação da Índia -, no qual continha as regras primeiras de tal competição (ESCOBAR, et al, 2012, p.275).

Ao serem postos no ringue, os animais, muitas vezes equipados de materiais pontiagudos, se atacam, e só param com a morte do outro. É um “espetáculo” no qual só a morte basta, e os animais mais fortes se tornam valiosos e caros. Simultaneamente à luta, existe todo um aparato de apostas, as quais geram muito lucro para os organizadores das rinhas (CALHAU, 2005, p.12).

Segundo Hirata (2008), referida prática cultural, além de envolver crueldade e agressividade, quando não leva o galo à morte, gera inutilização de membros do corpo, ao exemplo de olhos, pernas, asas e etc. (apud ESCOBAR et al, 2012, p.275).

A briga de galo foi trazida pelos espanhóis ao território brasileiro, durante o período de colonização, mais propriamente no ano de 1530, e, rapidamente, difundiu-se por todo o país, levando à popularização da prática (LIMA apud ESCOBAR et al, 2012, p.276).

No Brasil, as rinhas de galo são proibidas desde 1934, pelo Decreto Federal número 24.645. Entretanto, tais brigas continuam a ser realizadas ilegalmente, e “algumas pessoas agora praticam o crime de rinha na?o so? com galos, mas com cana?rios, pitbulls etc.” (CALHAU, 2005, p.12).

#### **6.4. Vaquejada:**

Prática muito comum nos tempos modernos, a vaquejada tem sua origem na região Nordeste do Brasil, mas vem sendo realizada, de maneira geral, em quase todo território brasileiro.

A vaquejada é uma “modalidade esportiva” praticada, sobretudo, no Nordeste brasileiro, na qual dois vaqueiros a cavalo devem derrubar um boi, dentro dos limites de uma demarcação a cal, puxando-o pelo rabo. Vence a dupla que obtiver maior número de pontos (SILVA apud BRANDÃO, 2014, p.95).

Cada vaqueiro tem um papel previamente delineado. Um deles tem a incumbência de derrubar o boi puxando o seu rabo, enquanto o outro tem que dar apoio ao primeiro, devendo fazer com que o animal não saia do trilho da corrida para a conquista da pontuação. O primeiro deles, é denominado de vaqueiro-puxador, enquanto o segundo é denominado de bate-esteira (MARASCHIN apud BRANDÃO, 2014, p.95).

“A vaquejada atualmente envolve não apenas o aspecto “esportivo”, mas, também, grandes argumentos a favor da vaquejada, por seus defensores, que afirmam que elas geram grandes investimentos financeiros, além de incrementar o turismo nas regiões onde é realizada, além de gerar empregos. Porém, quando se analisa o sofrimento a que são submetidos os animais, estes aspectos ficam em segundo plano” (BRANDÃO, 2014, p.96).

O esporte, segundo LEVAI (1998, p.50), “consiste na perseguição e derrubada de bovinos em fuga, mediante enlaçamento ou puxões de cauda, sagrando-se vencedor o vaqueiro que tombar o animal com as patas viradas para cima.”

### **6.5. Rodeio:**

O rodeio utiliza-se do boi ou do cavalo, nos quais o homem monta. O objetivo é permanecer o maior tempo possível sobre os mesmos, que, por

sua vez, saltam na arena. “Costumam ser utilizados métodos espúrios para provocar a ira dos bovinos e equinos, a fim de que eles saltem na arena” (LEVAI, 1998, p.49).

Dá-se o nome de rodeio à atividade de montaria em dorso de animal, em que o ‘peão’ (pessoa participante da prova) se propõe ao desafio de permanecer o maior tempo possível montado, enquanto o animal pula e se contorce na arena (NEVES apud BRANDÃO, 2014, p. 96).

O rodeio praticado no Brasil possui inúmeras modalidades, podendo ser realizado utilizando-se de bovinos, equinos e até mesmo caprinos, os quais são “expostos a pretensão de dominação do ser humano, que utiliza diversas artimanhas e apetrechos para que o animal pareça bravo e então seja domado pelos peões” (MARTINS, 2009, p.368).

Durante esta prática, coloca-se o sedém (instrumento que se configura como um tipo de amarra, pressionando o dorso do animal, e muitas vezes esmagando os órgãos genitais do mesmo para que pule com mais intensidade) no animal, enquanto o peão tenta equilibrar-se no dorso do mesmo. Vence quem permanece mais tempo (BRANDÃO, 2014, p. 97).

Por fim, cabe ressaltar, que, em suas origens, tanto o rodeio como a vaquejada eram realizadas com fito cultural. Entretanto, segundo Brandão, ao longo dos anos, “o fator econômico passou a ser cada vez mais preponderante, já que muito dinheiro vem sendo investido”. Em decorrência disto, tais práticas transformaram-se em eventos de enormes dimensões, “e os animais passaram a ser, também, mais exigidos, o que aumentou o nível de violência, crueldade e maus tratos cometidos contra eles” (BRANDÃO, 2014, p.94).

## **7. Conclusão:**

Com base no exposto, observa-se que o avanço histórico trouxe significativa mudança na relação entre o homem e os animais. Nesse contexto, as religiões possuem forte papel influenciador no modo dessa

relação, uma vez que seus dogmas são essenciais para determinar a forma como os animais serão vistos.

Nesse sentido, observa-se que o ser humano sempre se utilizou dos animais, seja para auxílio na produção, no trabalho, como alimento, para práticas culturais, ou até mesmo como integrantes de sua família (animais domésticos).

Conclui-se, portanto, que a mencionada relação é de suma importância para o desenvolvimento social, contudo, deve-se atentar que não será legítima, dentro dos valores modernamente vigentes na ordem social brasileira, se exercida de forma irrestrita, com a total subjugação dos animais. É preciso garantir a proteção ao meio ambiente equilibrado – conforme propugnado na Constituição Federal, em seu art. 225 –, no qual se insere a proteção dos animais.

#### 8. Bibliografia:

BRANDÃO, Igor Macedo. CRIMES AMBIENTAIS: UMA VISÃO SOBRE AS PRÁTICAS DO RODEIO E DA VAQUEJADA. Interfaces científicas. Aracaju, v.2, n.2, p.93-104, fevereiro. 2014. Disponível em: <<https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/view/1222/663>>. Acesso em: 20 de abril de 2014.

CALHAU, Lélío Braga. MEIO AMBIENTE E TUTELA PENAL NOS MAUS-TRATOS CONTRA ANIMAIS. Revista Jusnavigandi, out. 2005. Disponível em: <[http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art\\_srt\\_arquivo20090329184921.pdf](http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20090329184921.pdf)>. Acesso em: 20 de abril de 2014.

CASTRO, Jáder Gurrutia et al. As principais religiões do mundo e suas influências sobre o meio ambiente sob uma perspectiva global. Revista Ciências do Ambiente On-line, v.8, n.2, p.75-81, out. 2012. Disponível em: <<http://www2.ib.unicamp.br/revista/be310/index.php/be310/article/view/336/264>>. Acesso em: 15 de abril de 2014.

CONCEIÇÃO, José Antônio. A polêmica farra-do-boi. Disponível em: <[http://www.faccrei.edu.br/gc/anexos/rvartigos\\_26.pdf](http://www.faccrei.edu.br/gc/anexos/rvartigos_26.pdf)>. Acesso em: 15 de abril de 2014.

DIAS, Edna Cardozo. A tutela jurídica dos animais. Belo Horizonte, Mandamentos, 2000. apud. LIMA, Vivian Pereira. "CRIME DE MAUS-TRATOS A ANIMAIS". 2007. 94p. Monografia para obtenção do título de Bacharel em Direito. Qualidade FMU, São Paulo. Disponível em: <<http://arquivo.fmu.br/prodisc/direito/vpl.pdf>>. Acesso em: 18 de junho de 2014.

ESCOBAR, Marco Lunardi; AGUIAR, José Otávio. O Direito Animal em Face da Espetacularização. O caso das rinhas de galo no nordeste brasileiro: Isso é manifestação cultural?. Revista UNIABEU, Belford Roxo, v.5, n.10, p.274-286, agosto. 2012. Disponível em: <<http://www.uniabeu.edu.br/publica/index.php/RU/article/view/452>>. Acesso em: 20 de abril de 2014.

GAARDER, Jostein; HELLERN, Victor; NOTAKER, Henry. O livro das religiões. São Paulo: Companhia das letras, 2005. apud. XAVIER, Cláudio. Direitos dos animais no século XXI: Uma abordagem ambiental, filosófica e jurídicas das questões que envolvem os direitos dos animais. RIDB (ISSN 2182-7567), nº 13, 16001-16028, Ano 2 (2013). Disponível em: : <[http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013\\_13\\_16001\\_16028.pdf](http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_13_16001_16028.pdf)>. Acesso em: 14 de abril de 2014.

HIRA T A, Giselle. Como é realizada uma briga de galo? Revista Mundo Estranho, 10a ed. São Paulo: Ed Abril, 2008. apud. ESCOBAR, Marco Lunardi; AGUIAR, José Otávio. O Direito Animal em Face da Espetacularização. O caso das rinhas de galo no nordeste brasileiro: Isso é manifestação cultural?. Revista UNIABEU, Belford Roxo, v.5, n.10, p.274-286, agosto. 2012. Disponível em: <<http://www.uniabeu.edu.br/publica/index.php/RU/article/view/452>>. Acesso em: 20 de abril de 2014.

LACERDA, Eugênio Pascele. Farra do boi: introdução ao debate. Disponível em: <<http://www.terravista.pt/enseada/3680/farraint.htm>>. apud. CONCEIÇÃO, José Antônio. A polêmica farra-do-boi. Disponível em:

<[http://www.faccrei.edu.br/gc/anexos/rvartigos\\_26.pdf](http://www.faccrei.edu.br/gc/anexos/rvartigos_26.pdf)>. Acesso em: 15 de abril de 2014.

LEVAI, Laerte Fernando. Direito dos animais: O direito deles e o nosso Direito sobre eles. Campos do Jordão: Mantiqueira, 1998.

LIMA, Vívian Pereira. "CRIME DE MAUS-TRATOS A ANIMAIS". 2007. 94p. Monografia para obtenção do título de Bacharel em Direito. Qualidade FMU, São Paulo. Disponível em: <<http://arquivo.fmu.br/prodisc/direito/vpl.pdf>>. Acesso em: 20 de abril de 2014.

Lopes, F. 2003. Notas Etnográficas. Instituto Histórico da Ilha Terceira. Angra do Heroísmo. apud. MENDONÇA, Carina Andreia Ormonde. PERCEÇÃO DE RISCO DOS INTERVENIENTES NAS TOURADAS À CORDA NA ILHA TERCEIRA-AÇORES- PORTUGAL. 2012. 156p. Dissertação apresentada à Universidade dos Açores para obtenção do grau de Mestre em Engenharia do Ambiente. UNIVERSIDADE DOS AÇORES, Angra do Heroísmo. Disponível em: <<http://repositorio.uac.pt/bitstream/10400.3/1569/1/DissertMestradoCarinaAndreiaOrmondeMendonca2012.pdf>>. Acesso em: 15 de abril de 2014.

MARASCHIN, Claudio; ITAQUI, Cintia. Os direitos dos animais e o judiciário: uma proposta de estudo. Revis , v. 3, 2009. apud. BRANDÃO, Igor Macedo. CRIMES AMBIENTAIS: UMA VISÃO SOBRE AS PRÁTICAS DO RODEIO E DA VAQUEJADA. Interfaces científicas. Aracaju, v.2, n.2, p.93-104, fevereiro. 2014. Disponível em: <<https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/view/1222/663>>. Acesso em: 20 de abril de 2014.

MARTINS, Renata de Freitas. Parecer: utilização de animais em rodeios. Revista Brasileira de Direito Animal, Santo André, ano 4, n.5, p.367-394, jan-dez. 2009. Disponível em: <<http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/viewFile/10638/7685>>. Acesso em: 20 de abril de 2014.

MENDONÇA, Carina Andreia Ormonde. PERCEÇÃO DE RISCO DOS INTERVENIENTES NAS TOURADAS À CORDA NA ILHA TERCEIRA-AÇORES-



PORTUGAL. 2012. 156p. Dissertação apresentada à Universidade dos Açores para obtenção do grau de Mestre em Engenharia do Ambiente. UNIVERSIDADE DOS AÇORES, Angra do Heroísmo. Disponível em: <<http://repositorio.uac.pt/bitstream/10400.3/1569/1/DissertMestradoCarinaAndreiaOrmondeMendonca2012.pdf>>. Acesso em: 15 de abril de 2014.

NEVES, Isadora Ferreira. Da inconstitucionalidade da prática de rodeios. , 10 março 20028. Disponível em: <<http://www.iuspedia.com.br>>. Acesso em: 11 maio 2012. apud. BRANDÃO, Igor Macedo. CRIMES AMBIENTAIS: UMA VISÃO SOBRE AS PRÁTICAS DO RODEIO E DA VAQUEJADA. Interfaces científicas. Aracaju, v.2, n.2, p.93-104, fevereiro. 2014. Disponível em: <<https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/view/1222/663>>. Acesso em: 20 de abril de 2014.

SILVA, Thomas de Carvalho. manifestações das culturas ou crime de crueldade e maus tratos contra os animais? 2007. 50p. Monografia (Graduação em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza, Fortaleza. apud. BRANDÃO, Igor Macedo. CRIMES AMBIENTAIS: UMA VISÃO SOBRE AS PRÁTICAS DO RODEIO E DA VAQUEJADA. Interfaces científicas. Aracaju, v.2, n.2, p.93-104, fevereiro. 2014. Disponível em: <<https://periodicos.set.edu.br/index.php/direito/article/view/1222/663>>. Acesso em: 20 de abril de 2014.

THOMAS, Keith. O homem e o mundo natural: Mudanças de atitude em relação às plantas e aos animais (1500-1800). São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

XAVIER, Cláudio. Direitos dos animais no século XXI: Uma abordagem ambiental, filosófica e jurídicas das questões que envolvem os direitos dos animais. RIDB (ISSN 2182-7567), nº 13, 16001-16028, Ano 2 (2013). Disponível em: <[http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013\\_13\\_16001\\_16028.pdf](http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_13_16001_16028.pdf)>. Acesso em: 14 de abril de 2014.

## **A RESPONSABILIDADE PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS E A (DES)CONFORMIDADE AO COMPLIANCE**

**JOZIEL BARBOSA FERNANDES:** Especialista em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela Escola Superior da Magistratura Tocantinense. Bacharelado em Direito pela Universidade Católica do Tocantins - FACTO e Bacharel em Contabilidade pela Universidade Federal do Tocantins - UFT. Papiloscopista Policial Civil, analista do Laboratório de Tecnologia contra à Lavagem de Dinheiro da Secretaria da Segurança Pública.

VINICIUS PINHEIRO MARQUES<sup>[1]</sup>

(Orientador)

**RESUMO:** Este artigo tem por finalidade propor uma reflexão acerca do instituto do *compliance* no âmbito das instituições financeiras. Em razão da utilização dos serviços financeiros como meio de cometimento de crimes do colarinho branco, motivo de grandes casos de corrupção no Brasil, algumas instituições financeiras estão sendo penalizadas, seja por não cumprir o dever de comunicar aos órgãos de controles sobre operações suspeitas, seja por não atender uma determinação judicial no cumprimento de uma obrigação de fazer. Partindo do conceito, da origem e de como as empresas devem se comportar no advento deste instituto, é de suma importância ter estudos voltados para debater, conceituar e definir o que se entende por *compliance*, bem como, verificar como a atuação desse setor dentro das instituições financeiras pode evitar uma responsabilização penal, civil e administrativa. Defronte de todas as legislações voltadas para combater a lavagem de dinheiro e a corrupção, surge a figura da colaboração de setores privilegiados, em especial as instituições financeiras, que passaram a ter uma responsabilidade no dever de informação. O *compliance* vem para contribuir de forma positiva tanto na prevenção quando no combate aos crimes de branqueamento de capitais, com políticas que visam adequar as atividades empresariais de acordo com a

legislação, porém, quando este setor falha, as instituições estão sujeitas à aplicações de penalidades.

**Palavras-chave:** *Compliance*; Lavagem de Dinheiro; Corrupção.

**ABSTRACT:** This article aims to propose a reflection about the compliance institute within financial institutions. Because of the use of financial services as a means of committing white collar crimes, which is the reason for large corruption cases in Brazil, some financial institutions are being penalized, either for not complying with the duty of reporting suspicious operations to the for not complying with a judicial determination in the fulfillment of an obligation to do. Starting from the concept, origin and how companies should behave in the advent of this institute, it is of the utmost importance to have studies focused on debating, conceptualizing and defining what is meant by compliance, as well as verifying how the performance of this sector within the financial institutions can avoid criminal, civil and administrative accountability. In front of all legislation aimed at combating money laundering and corruption, there is the figure of the collaboration of privileged sectors, especially financial institutions, which have a responsibility in the information duty. Compliance comes to contribute in a positive way both in prevention and in combating money laundering crimes, with policies aimed at adapting business activities according to legislation, but when this setor fails, institutions are subject to the application of penalties.

**Keywords:** Compliance; Money laundry; Corruption.

---

## 1. INTRODUÇÃO

As instituições financeiras sempre desempenharam um papel importante na economia, quase a totalidades das moedas que circulam em território nacional transitam pelos bancos. Não por menos, vultuosos valores são transacionados. No passado, era praticamente impossível rastrear a origem e o destino dos valores que circulavam pelas instituições financeiras. Assim, tornou-se um campo fértil para serem utilizadas como meio para as mais diversas práticas de infrações penais.

A referida prática delituosa consiste no conjunto de atos que visam ocultar a origem de valores ou bens e o dono desses valores ou bens. A necessidade de “lavar o dinheiro” deriva, geralmente, de delitos como tráfico, corrupção, terrorismo, exploração sexual, jogo ilícito, entre outros. A intenção do autor do crime é ocultar a origem ilícita do dinheiro para que ele circule no mercado financeiro simulando ser originário de uma fonte legal.

É nessa perspectiva que, seguindo uma tendência internacional, os bancos nacionais passaram a adotar a implementação de setores exclusivos para atender as demandas dos órgãos de persecução penal. Esse setor é o denominado “Setor de *Compliance*”, os quais possuem *status* de órgão independente, que além de cumprir uma função de verificação de regularidade, também estão ligados à área da governança corporativa e não por menos, atuam como setores que auxiliam o poder público no combate à lavagem de dinheiro.

A prática de lavagem de dinheiro não é de exclusividade do Brasil, por esses motivos os países estão se unindo em busca de mecanismos para combater esse crime contra a ordem econômica. Todavia, as Convenções Internacionais têm dado um enfoque cada vez maior no combate aos crimes financeiros, principalmente no que diz respeito à lavagem de capitais. A exemplo disso, podemos citar a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, as quais o Brasil é signatário, surgindo a partir da década de 80 as primeiras leis que criminalizaram essa atividade. Nesse sentido Galvão (2014) trás o seguinte panorama:

A Organização das Nações Unidas (ONU) em 1988 promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas – Convenção de Viena-. O Estado brasileiro se tornou signatário dessa convenção em 1991 através do Decreto n. 154. Esse dispositivo possui dentre os seus temas à lavagem de dinheiro, à cooperação internacional e o combate a outros crimes como o financeiro. (GALVÃO 2014, p. 07).

Contudo, no Brasil, a primeira lei voltada para criminalizar e combater a lavagem de dinheiro foi a Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998, alterada pela Lei nº 12.683, de 09 de julho de 2012, ficando conhecida popularmente como Lei de Lavagem de Dinheiro. Com o passar dos anos e com a evolução dos modos como esse delito vem sendo praticado, constatou-se que as medidas adotadas pelo Estado não estavam sendo suficientes para prevenir, evitar e punir essa espécie de delito, até então com um rol restrito e taxativo dos delitos que caracterizavam o crime de lavagem de dinheiro, ficando circunscrita apenas e tão-somente para alguns delitos considerados antecedentes.

Dessa forma, visando rastrear as transações ilícitas a lei de lavagem de dinheiro, inovou ao determinar que as pessoas jurídicas devem colaborar com os órgãos de controle. Não obstante, a Lei 12.846/13, conhecida como Lei Anticorrupção (LAC), trouxe uma série de condutas que constituem atos lesivos à Administração Pública, que são praticadas pelas pessoas jurídicas mencionadas no art. 1º “contra patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil”.

Cabe destacar que a Constituição Federal de 1988, dispõe em seu art. 173, § 5º que “a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”.

O objetivo do presente artigo é propor uma reflexão sobre as implicações do não cumprimento por parte das Instituições Financeiras das decisões/obrigações determinadas por lei ou diante de uma decisão de autoridade judicial, bem como verificar qual seria a responsabilidade das pessoas jurídicas quando estas não agirem em conformidade com o que estabelece a lei.

Assim, face a existência dos setores de *compliance* dentro das instituições, que tem o condão de assegurar que normas vigentes estão sendo integralmente cumpridas, surge o seguinte questionamento: como

tais setores podem colaborar, de modo a minimizar e reduzir os riscos da imputação de responsabilização das instituições financeiras?

É de suma importância ter estudos voltados para debater, conceituar e definir o que se entende por *compliance*, demonstrando de que forma a responsabilização das pessoas jurídicas de direito público ou privado estão contribuindo com o controle e o combate à corrupção, especificamente no que concerne ao crime de lavagem de dinheiro.

## **2. CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO COMPLIANCE NO BRASIL**

O termo *compliance* origina-se do verbo inglês *to comply* que significa “agir de acordo com um pedido, conjunto de regras e pedidos” (CAMBRIDGE 2017). O sistema de *compliance* originou-se nos Estados Unidos com objetivo de prevenir delitos econômicos empresariais, por meio de uma correção estatal e privada, valendo-se de um código de conduta empresarial, o qual deve ser seguido por parte dos organizadores e dos próprios indivíduos (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 114).

De acordo Benedetti (2014), o *compliance* é o sistema interno de uma instituição que permite dar segurança àquele que se utiliza de ativos econômico-financeiros para gerenciar riscos e prevenir a realização de eventuais operações ilegais, que podem culminar em desfalques, não somente à instituição, como também, aos seus clientes, investidores e fornecedores.

Para Bergamini Júnior (2005) o objetivo do *compliance* pode ser dividido em duas áreas: sendo o alinhamento às normas internas, de nível operacional ou estratégico, e o atendimento às normas externas, provenientes de leis e regulamentos. De acordo Beccari (2006), o objetivo das atividades de *compliance* é suavizar o risco da imagem da instituição, monitorando os processos de cumprimento das normas internas e externas.

Os autores Candeloro, Rizzo e Pinho (2012, p. 30), explicam claramente o que consiste o instituto do *compliance* no âmbito empresarial, definindo como “um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legal, que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará

o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como a atitude dos seus funcionários”. Este instituto busca definir as condutas que as empresas deverão seguir, tanto no âmbito legal quanto ético, orientando de que modo as empresas em si devem conduzir suas ações no mercado em que atuam, sendo aplicada aos seus funcionários, compondo um dos pilares da governança corporativa.

Por sua vez, no Brasil o sistema surgiu no começo da década de 90 e foi implantado principalmente nas instituições bancárias. Neste período, grande parte das empresas direcionou as atividades para serem desempenhadas pelo setor de assessoria jurídica, pois a atividade era equivocadamente compreendida apenas como sinônimo de adequação jurídica. Com o passar do tempo, percebeu-se que o *compliance* vai além do conhecimento e interpretação das normas que regem as atividades de uma empresa. Nesse seguimento o *compliance* é um método de controle de procedimentos e condutas éticas e legais.

Para Sobrinho (2015, p.143) o *compliance* tem por objetivo primordial evitar a tentativa ou prática de irregularidades dentro do contexto empresarial, é uma espécie de código de condutas internas pactuadas pelas pessoas jurídicas e seus funcionários com o intuito de assegurar o cumprimento de regras vigentes tanto no âmbito interno como no ordenamento jurídico, expandindo, ainda, sua aplicação para analisar os riscos das atividades inerentes ao ramo comercial de cada empresa. Seria a conformidade da atuação das empresas com as normas e regulamentos externos e internos, além das políticas e diretrizes dos órgãos reguladores.

No âmbito empresarial, o termo é utilizado para se referir às organizações que possuem um departamento exclusivo e especializado com a finalidade de verificar se suas atividades estão em consonância com as normas vigentes. Uma empresa que dispõe de um sistema de *compliance* procura transmitir aos sócios, investidores e clientes uma boa imagem, é dizer que segue as normas relativas ao seu âmbito de sua atuação. “A presença de um sistema de *compliance* serviria para identificar e prevenir a ocorrência de tais desvios estruturais e, portanto, em contrapartida, sua ausência conduziria fatalmente ao reconhecimento de culpabilidade” (BUSATO e REINALDET, 2015, p. 41).

Benedetti (2014, p. 80), por sua vez, assevera que o instituto pode ser dividido em dois campos de atuação. O primeiro, de ordem subjetiva, com a efetivação de boas práticas dentro e fora da empresa, agindo em conformidade com a legislação pertinente à área de atuação buscando a prevenção de práticas ilícitas. O outro campo de atuação é a de ordem objetiva, que são as pessoas jurídicas elencadas no art. 9º da Lei 9.613/98, que teve seu rol ampliado pela Lei 12.683/12. Essas pessoas estão diretamente ligadas a setores sensíveis à ocorrência de lavagem de dinheiro, estando obrigadas, por lei, a comunicar aos órgãos de fiscalização quando identificarem uma movimentação financeira suspeita.

A principal função do *compliance* é a prevenção de crimes corporativos, principalmente, no que tange à corrupção e à concessão de vantagens ilícitas que geralmente têm como consequência a lavagem de dinheiro. Foi nessa perspectiva, que os Estados perceberam que poderiam utilizar os mecanismos de *compliance* empresarial como instrumento de prevenção e enfrentamento aos vultosos desvios de recursos públicos. A percepção de que pessoas jurídicas deveriam fazer parte do sistema de controle da atividade financeira por parte do Estado não surgiu instantaneamente, mas decorreu de uma série de fatores.

O Brasil se comprometeu a efetivar em sua legislação mecanismos para coibir práticas de corrupção em decorrência de compromissos assumidos internacionalmente. Dentre as principais podemos citar: Convenção sobre o combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE, 1997, promulgada pelo Decreto 3.678/2000; Convenção Interamericana de combate a corrupção, Convenção da OEA, realizada em Caracas no ano de 2006, promulgada pelo Decreto 4.410/2002; e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, denominada convenção de Mérida, 2003, promulgada pelo Decreto nº 5.687/2006 (CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO, 2008).

Nos últimos anos, vem sendo comum se ouvir falar em todas as mídias sobre a corrupção e a lavagem de dinheiro. Essas ocorrências podem ser direcionadas, principalmente, ao papel que o Brasil assumiu em busca de mecanismos para combater e punir aquele que vir a praticar tal delito,



expondo e combatendo os grandes esquemas de lavagem de dinheiro no país. Desde modo pode-se dizer que o *compliance* surge no Brasil no mesmo momento em que a Lei de Lavagem de Dinheiro é promulgada passando a integrar o grupo mundial de combate à lavagem de dinheiro, o terrorismo e a corrupção.

Não obstante, anterior à edição de referida lei, os bancos que operam em território nacional já haviam implantado políticas de prevenção e combate à lavagem de capitais, por meio do *compliance*, em atendimento à Resolução nº 2.554/98 do Banco Central (SOARES, 2017)

Assim, o art. 1º traz o seguinte comando:

Determinar às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil a implantação e a implementação de controles internos voltados para as atividades por elas desenvolvidas, seus sistemas de informações financeiras, operacionais e gerenciais e o cumprimento das normas legais e regulamentares a elas aplicáveis (BANCO CENTRAL DO BRASIL, RESOLUÇÃO Nº 2.554).

Depreende-se do instituto do *compliance* a ideia de que as empresas devem ter um controle interno eficaz de forma que regule suas atividades, investigue os atos praticados em desconformidade com as normas e princípios da ética, moral, probidade e transparência, retifiquem os erros, informe aos empregados sobre as inovações no ordenamento jurídico, capacite seus profissionais para incorporar os conceitos éticos e transmiti-los aos setores mais sensíveis da empresa.

### **3. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS**

Para efeitos de responsabilidade, antes de tudo, faz necessário compreender em qual ramo do direito se encaixa as instituições financeiras. A Lei 7.492 de 16 de junho de 1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências, traz o seguinte conceito:

Art. 1º Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou

privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (Vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira:

I - a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros;

II - a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual.

O Código civil de 2002 estabelece que pessoas jurídicas de direito público se divide em: interno ou externo. As pessoas jurídicas de direito público interno são: a União; os Estados, o Distrito Federal e os Territórios; os municípios; as autarquias, inclusive as associações públicas e as demais entidades de caráter público criadas por lei. Já as pessoas jurídicas de direito público externo são os Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público.

O art. 43 do Código Civil ainda estabelece que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

Ainda de acordo com o Código Civil, são definidas como pessoas jurídicas de direito privado: as associações; as sociedades; as fundações; as organizações religiosas; os partidos políticos e as empresas individuais de responsabilidade limitada.

No que concerne as pessoas jurídicas de direito privado, Diniz (2009, p. 138) quando leciona sobre a personalidade da pessoa jurídica, aduz que, com o registro do contrato social elencado no art. 985 do Código Civil, surge a personalidade jurídica e a sociedade passa a ser pessoa jurídica, adquirindo direitos e obrigações, inclusive quanto a legitimidade processual ativa e passiva bem como responsabilidade civil.

Na conceituação de responsabilidade civil, há o entendimento de que a aplicação de parametro que obriguem uma pessoa a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros, se dá de diversas formas: seja por um ato por ela mesma praticado; por pessoa por quem ela responde; por alguma coisa a ela pertencente ou ainda, meramente emanada de uma simples imposição legal. (DINIZ, 2015, p. 50).

Casariago (2011), narra que, o entendimento jurisprudencial atual aplicável à atividade bancária, é baseada na teoria do risco empresarial, conhecida por "culpa de serviço" define que acolhido o risco empresarial, o banqueiro, que retira proveito dos riscos criados em razão da atividade financeira, deve arcar com as conseqüências de sua ilicitude, conforme preceitua a Súmula 28 do STF, que reconheceu que o banqueiro deve responder pelos danos que causar, em virtude dos riscos que assume em razão de sua atividade.

Nesse desiderato, Nader (2015, p. 699), entende que por um mesmo fato alguém poderá responder tanto civil quanto criminalmente, sendo que, na primeira esfera, se encontra o interesse privado enquanto que na segunda, o público. No que tange a ação civil, a vítima busca uma reparação pelo dano sofrido, de ordem patrimonial ou moral; já no âmbito criminal, é o Estado que busca reprimir a conduta que atinge indiretamente a sociedade.

Por seu turno, a despeito do legislador prever a possibilidade de sanção da pessoa jurídica responder independente de personificação, há o seguinte entendimento:

É difícil compreender por que uma lei que pretenda responsabilizar a pessoa jurídica externa a

possibilidade de a pessoa jurídica responder independentemente de ela ser personificada ou não. Talvez fosse o caso de avisar o legislador que a existência da pessoa jurídica está condicionada à aquisição da personalidade jurídica. Isso é ilustrado, por exemplo, com uma sociedade de fato a qual não é uma pessoa jurídica por não ter seu ato constitutivo registrado no órgão competente, ainda que ela possa ter um patrimônio especial (separado de seus sócios). O adequado seria o teor do art. 1º prever “entes despersonalizados”, como fez o CDC no seu art. 3º, ou poderia alcançar situações, como a da massa falida, exemplificativamente (TEIXEIRA, 2016, p 827).

De acordo com o inciso III e seguintes, do art. 10, da Lei de Lavagem de Dinheiro, as empresas elencadas no artigo 9º do mesmo dispositivo legal, deverão criar um setor de *compliance*, adotando políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, são elas:

Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas físicas e jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não:

I - a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira;

II – a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial;

III - a custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários.

Parágrafo único. Sujeitam-se às mesmas obrigações:

I – as bolsas de valores, as bolsas de mercadorias ou futuros e os sistemas de negociação do mercado de balcão organizado;

II - as seguradoras, as corretoras de seguros e as entidades de previdência complementar ou de capitalização;

III - as administradoras de cartões de credenciamento ou cartões de crédito, bem como as administradoras de consórcios para aquisição de bens ou serviços;

IV - as administradoras ou empresas que se utilizem de cartão ou qualquer outro meio eletrônico, magnético ou equivalente, que permita a transferência de fundos;

V - as empresas de arrendamento mercantil (leasing) e as de fomento comercial (factoring);

VI - as sociedades que efetuem distribuição de dinheiro ou quaisquer bens móveis, imóveis, mercadorias, serviços, ou, ainda, concedam descontos na sua aquisição, mediante sorteio ou método assemelhado;

VII - as filiais ou representações de entes estrangeiros que exerçam no Brasil qualquer das atividades listadas neste artigo, ainda que de forma eventual;

VIII - as demais entidades cujo funcionamento dependa de autorização de órgão regulador dos mercados financeiro, de câmbio, de capitais e de seguros;

IX - as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que operem no Brasil como agentes, dirigentes, procuradoras, comissionárias ou por qualquer forma representem interesses de ente estrangeiro que exerça qualquer das atividades referidas neste artigo;

X - as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis;

XI - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem joias, pedras e metais preciosos, objetos de arte e antiguidades.

XII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor, intermedeiem a sua comercialização ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie;

XIII - as juntas comerciais e os registros públicos;

XIV - as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações:

a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza;

b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos;

c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários;

d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas;

e) financeiras, societárias ou imobiliárias;

e

f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais;

XV - pessoas físicas ou jurídicas que atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares;

XVI - as empresas de transporte e guarda de valores;

XVII - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de alto valor de origem rural ou animal ou intermedeiem a sua comercialização;

XVIII - as dependências no exterior das entidades mencionadas neste artigo, por meio de sua matriz no Brasil, relativamente a residentes no País.

Por esse dispositivo fica evidente que a grande maioria das empresas elencados no rol do artigo 9º são instituições financeiras, ou seja, estão subordinadas ao controle de órgãos estatais, devendo, sempre que solicitado, colaborar com os tais e auxiliá-los sempre que forem demandados.

Posto isto, é forçoso concluir que há uma norma que impõe deveres às empresas descritas no dispositivo legal. No entanto, quando essas empresas obrigadas a colaborar com os órgãos de controle, não obedecem esse dispositivo e não cumprem com seu dever de *compliance*, surgem responsabilidades que podem ser apuradas em diversas esferas.

Neste sentido, Souza (2016, p 188), ressalta que “nada impede que uma mesma conduta indesejada seja considerada ilícita por diversos ramos do ordenamento jurídico, constituindo ao mesmo tempo um ilícito civil, administrativo e penal”. Desse modo, mesmo não estando inserida no âmbito do direito penal, a Lei 12.846/13, nos termos do art. 2º, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas por condutas praticadas contra a Administração Pública em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

#### **4. O NÃO CUMPRIMENTO DO DEVER DE *COMPLIANCE***

Com a entrada em vigor da Lei nº. 12.683 de 09 de julho 2012, que alterou a Lei 9.613/98, o rol de pessoas que devem auxiliar a Administração Pública no combate à lavagem de capitais foi ampliado. No intuito de reduzir a impunidade, a legislação penal brasileira avocou a participação de algumas modalidades de empresas e entidades para auxiliar no combate e

na prevenção da lavagem de capitais através da implantação do sistema de *compliance* em suas estruturas.

A lei de lavagem de dinheiro em seu art. 11, inciso II, determina a comunicação imediata ao Conselho de Controle de Atividades Financeira – COAF o nome de qualquer pessoa, no prazo de 24 horas, que formule proposta ou realize transações em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais e qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos das instruções por elas expedidas. As empresas deverão identificar seus clientes e manter cadastro atualizado, devendo, porém, preservar o sigilo das informações prestadas.

Dentre os mecanismos de *compliance*, necessários às instituições previstas no art. 9º da Lei 12.683/12, estariam inclusos procedimentos de detecção e comunicação às autoridades, conhecimento dos seus clientes, treinamento dos funcionários, bem como o controle das transações realizadas.

Insta ressaltar que, no que concerne à finalidade de combater o crime de lavagem de capitais, a preocupação primordial está diretamente relacionada com a adequação das pessoas sujeitas ao cumprimento das normas, visando adequar suas transações financeiras empresarias, de modo que, possam estar em consonância com o estipulado pela legislação vigente, uma vez que estão obrigadas a prestar informações de suas atividades ao órgão competente, por menor que seja e mesmo sem aparência de ilegalidade, qualquer transação financeira suspeita de fraude.

Venosa (2010, p. 215) argumenta que, para o mesmo fato ou ato, ou série de atos, podem ocorrer concomitantemente à persecução criminal e a ação de ressarcimento. Homiídios, leões corporais, delitos de automóveis, crimes do colarinho branco com frequência trazem repercussões simultâneas”

Assim, tem-se que para um mesmo ato ou fato nada impede que seja a pessoa jurídica responsabilizada na esfera, civil, administrativa e ainda na esfera penal. Sendo assim convém estudar individualmente as implicações de cada âmbito quando do cometimento de um ilícito por



parte das instituições Financeiras, ainda que esta possua um departamento de *compliance*.

#### 4.1. O *COMPLIANCE* NA DOGMÁTICA PENAL

Quando Benedetti (2014, p. 66) fala sobre a Teoria da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica, ele enfatiza que o “intuito de realização foi pautado como instrumento necessário para coibir a prática de infrações das corporações, diante da ineficiência dos meios tradicionais de punição apenas às pessoas naturais”, ante à necessidade de punições mais severas e destinadas também as pessoas jurídicas que pratica infrações corporativas nasce a responsabilidade penal.

O princípio da culpabilidade tem por significado a premissa de que ninguém será penalmente punido se não houver agido com dolo ou culpa, dando mostras de que a responsabilização não deve ser objetiva, mas sim subjetiva (*nullum crimen sine culpa*). Trata-se de uma conquista do direito penal moderno, voltado à ideia de que a liberdade é a regra, sendo exceção a prisão ou a restrição de direitos (NUCCI, 2014, p. 35).

Ademais, por serem pessoas jurídicas, as Instituições Financeiras como dito tem responsabilidade objetiva. Isso significa dizer que a empresa será responsabilizada pela prática do ato ilícito independentemente de dolo ou culpa. Ou seja, basta que a conduta (comissiva ou omissiva omissão) da pessoa jurídica enseje ato lesivo tipificado na lei para que ocorra a responsabilização (SILVA, 2015).

Em nosso ordenamento há previsão de empresas jurídicas também possuem responsabilidade objetiva. A Constituição Federal, em seu artigo 225, §3º, estabelece que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Pertinente se faz observar a Lei 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências, que traz o seguinte comando:

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

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

Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

Em relação a presunção de culpa das pessoas jurídicas, há no entanto, entendimento divergente. [Streck](#) (2015), manifesta que “presumir é impedir que o sujeito prove o contrário; enfim, presumir é impedir que o utente prove sua inocência. No direito penal não pode haver responsabilidade objetiva.”

Quando trata da imputação penal ativa, [Diniz](#) (2009, p. 138) descreve que a pessoa jurídica “poderá ser ainda sujeito passivo de imputação penal, na hipótese de delito contra sua imagem-atributo, causando abalo creditório, atingido sua boa fama, **e sujeito ativo de crime ambiental** (Lei. N. 9605/98, art. 3º)” (grifo nosso).

É possível constatar que a discussão a respeito do tema *compliance* não gravita apenas na esfera do Direito Civil ou Empresarial, mas tem se transportado para a dogmática do ramo do Direito Penal. É oportuno dizer que há diversos tipos de *compliance*, que são estabelecidos de acordo com o setor e com a complexidade das atividades da empresa, como por exemplo, setor de *compliance* com o fim de garantir o cumprimento das normas tributárias, ambientais, trabalhistas.

Para a construção dessa reflexão, na seara do *criminal compliance*, que também decorre dessas divisões acima citadas, podemos trazer à baila o conceito fornecido por Antonietto e Castro (2014, p. 02) no qual aduzem que "o *criminal compliance*, cujo termo advém do verbo inglês *to comply*, que significa estar em conformidade", trata-se de um instituto que busca prevenir a prática de crimes e individualizar os atos dos infratores, evitando a responsabilização criminal da pessoa jurídica na pessoa de seus diretores, estando em conformidades com o estabelecido em lei.

Nesse sentido, as pessoas jurídicas são responsabilizadas penalmente e a empresa se compromete a monitorar e punir dentro da área administrativa e legal quem praticar atos em desacordo com as normas. Nesse enquadramento, os autores supracitados explicam ao abordar o *criminal compliance* que:

Pode-se assim falar em Criminal Compliance, representado por políticas internas de prevenção de riscos normativos específicos da área penal, de maior ou menor necessidade de acordo com o tipo de atividade empresarial desenvolvida. Atividades nas áreas financeiras, ambientais e tributárias, por exemplo, possuem um elevado risco normativo penal (ANTONIETTO E CASTRO 2014, p. 4).

O *criminal compliance* estabelece o dever de garante, que deve preceder à aceitação do(s) superior(es) da empresa (garantidor), que assume a responsabilidade de possíveis infrações praticadas por subordinados. Depreende-se que, quando a companhia adota o programa de *compliance*, há uma presunção do cumprimento de todas as obrigações.

A priori, somente as empresas denominadas como instituições financeiras usavam o *compliance*, pois estas eram as mais vulneráveis as punições legais por algum tipo de prática ilícita. Contudo, mediante a evolução da sociedade, o *compliance* tornou-se mais abrangente passando a integrar diversas áreas, a exemplo disso, como boas práticas ambientais, proteção do consumidor, direito tributário e ambiental.

Nos apontamentos de Benedetti (2014, p. 92), “o *criminal compliance* surge como uma ferramenta de prevenção de ilícitos criminais, mas, também e principalmente, como instituto de transferência de responsabilidade penal”. É dizer que o legislador procurou transferir a responsabilidade da prevenção da prática de ilícitos penais para as pessoas físicas e jurídicas elencadas no art. 9º da Lei 9.613/98, alterada pela Lei 12.643/13.

Nessa perspectiva, o *compliance* no Brasil surge como ferramenta de prevenção de auxílio no e combate aos crimes de lavagem de capitais, fazendo com que as pessoas jurídicas sejam responsabilizadas criminalmente por práticas e ocultações de informações que estejam relacionadas com a corrupção. Entretanto, por termos uma sociedade absolutamente capitalista e em razão da necessidade de estar de acordo com o estabelecido nos dispositivos legais, o *compliance* virou regra dentro das sociedades empresariais.

Como se pode observar, a previsão de responsabilidade penal ativa por parte das pessoas jurídicas está adstrita apenas para crimes ambientais. O Direito Penal é regido pelo princípio da legalidade, nos termos do art. 5º, XXXIX, da CF, no qual prevê que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”, ratificado pelo art. 1º do Código Penal, sob a vertente do *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*.

Como bem explica Lima (2016, p. 2051), “diante desse silêncio eloquente, não se pode querer estender à suspensão a limitação temporal imposta para a transação penal, sob pena de verdadeira analogia in malam partem, em clara e evidente afronta ao princípio da legalidade (CF, art. 5º, XXXIX)”.

Desta forma, por falta de previsão legal, em se tratando de ilícitos de natureza financeira, às pessoas jurídicas ainda não podem ser consideradas sujeito ativo e portanto não podem ser responsabilizadas penalmente.

No entanto, em se tratando de desobediência aos descumprimento de prestar informações aos órgão de controle, nada impede que seja

imputado aos diretores/administradores o crimes como o de desobediência, como será visto mais adiante.

#### 4.2. O COMPLIANCE SOB A ÓTICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVA

Tentando blindar a empresa contra os riscos advindos da própria atividade empresarial, o *compliance* possui vários focos. Quando falamos sobre o *compliance* administrativo, este realiza a implantação de procedimentos e padronizações que tornam a empresa organizada, instituindo regramentos internos, o que inclui até mesmo a sucessão patrimonial, trazem a atividade empresarial expertise para manter seus lucros e sua competitividade no mercado em tempos de crise. Nesse ínterim, fundamental destacar o *compliance* fiscal e trabalhista, que visa à adequação da empresa tanto ao ordenamento jurídico vigente, como às relações com terceiros, para redução máxima de problemas advindos do descumprimento da legislação (CORDOVEZ, 2017).

Por esse motivo, a lei de lavagem de dinheiro destinou um capítulo inteiro na caracterização da responsabilização administrativa das pessoas jurídicas, que deixem de cumprir as obrigações previstas nos arts. 10 e 11. Entre as sanções, estão previstas a aplicação de multa pecuniária; inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas referidas no art. 9º; e a cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento.

Por via de regra, para o procedimento de aplicação das sanções previstas no parágrafo anterior, serão assegurados o contraditório e a ampla defesa, entretanto afirma o dispositivo legal que, o procedimento para a aplicação da responsabilidade será regulado por decreto.

Por sua vez, a Lei 12.846, de 1º de agosto de 2013, dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira, ficou conhecida como Lei Anticorrupção (LAC). Antonietto e Castro (2011), entendem que essa nova lei tem a mesma finalidade que a lei de lavagem

de dinheiro, entretanto, dispõe sobre a responsabilização objetiva de pessoas jurídicas no âmbito civil e administrativo pela prática de atos contra a Administração Pública.

Diante desse novo cenário, agora voltado à responsabilidade empresarial, Bacigalupo (2011) faz uma ressalva quanto ao instituto do *compliance* explicando que:

O *compliance* seria fruto de um novo risco da atividade empresarial, diferente do tradicional risco econômico, estar-se-ia falando de um risco normativo. Este risco normativo surge como o problema do empresário em se adaptar a toda gama de normas que regem sua atividade, tais como as normas de proteção ao sistema financeiro, meio ambiente, consumidor, dentre outras. Assim, o *compliance*, em sentido amplo, pode ser definido como prevenção de riscos de responsabilidade empresarial por descumprimento de regulações legais (BACIGALUPO 2011, p. 22).

Cumprе salientar que Zenkner (2016, p 523) sustenta que a nomenclatura mais adequada para se referir à Lei Federal nº 12.846/2013 é “Lei da Integridade das Pessoas Jurídicas”, uma vez que “os ilícitos nelas descritos não guardam subsunção apenas o crime de corrupção, possuindo uma abrangência muito maior”.

O *compliance*, nesta seara, seria fruto de um novo risco, agora, normativo, devendo os empresários se adequarem a todas as normas pertinentes à atividade exercida. Nesse sentido, o *compliance* busca tanto combater a corrupção e a lavagem de dinheiro, isto do ponto de vista de colaboração com o Poder Público, como prevenção aos riscos de responsabilidade empresarial.

A Lei Anticorrupção estimula as empresas a possuírem programas de *compliance*, podendo, em razão disso, atenuar as possíveis sanções administrativas e/ou judiciais. Quando se estiver diante da possibilidade da prática de atividades ilícitas acobertadas ou diretamente relacionadas às

práticas econômicas e financeiras de determinada pessoa jurídica, deve-se examinar toda a estrutura dos programas de *compliance*, observando-se sempre os princípios incidentes ao caso para aplicação das sanções previstas na Lei 12.846/2013 (GABARDO, 2015).

A prática dos atos previstos no art. 5º da referida Lei poderá constituir não somente em aplicação de sanções administrativas, que poderá ensejar tanto na aplicação de multa e/ou publicação extraordinária da decisão condenatória, estas disciplinadas no art. 7º, como também de sanções judiciais previstas no art. 19 do mesmo diploma, e, em caso de omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa, as sanções judiciais serão aplicadas sem prejuízos das sanções administrativas.

Em relação aos cumprimentos de decisão judicial as instituições financeiras por vezes não obedecem ao comando determinado, a exemplo, podemos citar o ocorrido no processo 0011560-98.2017.5.03.0012, da 12ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte. O juiz diante do descaso da instituição em não cumprir com o que emanava a decisão judicial, prolatou o seguinte despacho:

Compulsando os autos verifico que, até a presente data, o Banco Itaú não cumpriu a determinação constante do mandado de ID.b9ece34, cumprido em 02 de fevereiro do presente ano, conforme certidão de ID.e03a05c.

Tal descumprimento atrai a aplicação da multa fixada naquela ordem judicial, que ora arbitro em R\$75.000,00 (15 dias de atraso x R\$5.000,00 por dia).

Conforme art. 139, IV, do CPC, é dever do Magistrado prevenir e reprimir os atos atentatórios à dignidade da Justiça, e destes, o mais grave é o desrespeito às ordens judiciais, omissão que desmoraliza o Poder Judiciário, que se vê na lamentável situação de não conseguir fazer com que suas determinações sejam cumpridas.

Bancos, por hábito, descumprem ordens judiciais, como temos registrados em diversos casos nesta 12ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte. Importante salientar que, com fundamento na boa-fé processual, já constava claro do mandado que o descumprimento da ordem importaria em astreintes, e mesmo assim o valor lá fixado não foi suficiente para que a Instituição Financeira atendesse o comando do Judiciário.

Mera decorrência, e visando por fim à inércia e ao descaso do obrigado para com as ordens do Poder Judiciário, determino a expedição de novo mandado, ao Banco Itaú, concedendo uma vez mais 10 dias para cumprimento da ordem judicial já entregue, sob pena de multa ora majorada para R\$20.000,00 por dia de atraso, aplicada conforme art. 139, IV do CPC, na parte que trata de prevenir atos atentatórios à dignidade da Justiça, multa que será majorada paulatinamente até o seu efetivo cumprimento.

Ainda, nos termos do art. 40, do CPP, determino a expedição de ofício à Polícia Federal para ciência da prática do crime de desobediência, pelo Banco Itaú, a fim de que sejam tomadas as providências pertinentes, devendo constar do mandado que até o momento da sua expedição o banco não tinha cumprido a ordem judicial (ação continuada).

No mandado endereçado ao Itaú deverá constar que ele deve, também no prazo de 10 dias, depositar em conta judicial, à disposição desta 12ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, a importância de R\$75.000,00, relativo à multa aplicada, sob pena de ser executado pelo equivalente.

INTIMEM-SE as partes. EXPEÇA-SE o mandado. CUMPRA-SE. OFICIE-SE à Polícia Federal. (Marcos Vinícius Barroso - Juiz do Trabalho Substituto - Belo Horizonte, 09 de março de 2018.).



Percebe-se que, diante do não cumprimento da decisão, o juiz reconheceu que a inércia do banco insurgiu no cometimento do crime de desobediência, e determinou a expedição de ofício para que a Polícia Federal apurasse a prática da infração.

É oportuno consignar que, seguindo ainda as lições de Zenkner (2016, p 523), cuida-se de analisar que a Lei em questão está alicerçada na responsabilidade objetiva, a qual não exige comprovação do dolo ou culpa para que haja a devida responsabilização; bastando a demonstração de que houve a prática de um ato lesivo, que tenha ele sido praticado por empregados ou pessoas que agem em nome da empresa e que a conduta praticada tenha como finalidade beneficiar, exclusivamente ou não, de determinada pessoa jurídica.

A Lei Anticorrupção (LAC), doravante já denominada também de “Lei da Integridade das Pessoas Jurídicas”, trouxe em seu arcabouço a previsão de programas de *compliance* (intitulado pela legislação como programa de integridade) bem como a exigência de que as empresas demonstrem compromisso com a ética, comprometendo-se a implementar políticas internas de integridade, também, reforçando o entendimento anterior, “requer a adoção de responsabilidade à pessoa jurídica, independentemente de haver dolo ou culpa nos atos lesivos praticados contra o poder público nacional ou estrangeiro” (DOBROWOLSKI, 2016).

Diante disto, o artigo 7º, inciso VIII da referida LAC, prevê que serão levados em consideração na aplicação das sanções: “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica”. Por sua vez, para que as empresas possam usufruir dos benefícios contidos nesse inciso, deverão observar os requisitos indicados no inciso 42 do Decreto Federal nº 8.420/2015, quais sejam:

Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:

VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;

[...]

VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica;

[...]

IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;

[...]

XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;

Nesse sentido, Queiroz (2016, p. 586), aponta que a responsabilização judicial é proposta por meio de uma ação cível que visa à responsabilização da pessoa jurídica quando esta pratica ato lesivo à Administração Pública e busca a aplicação, isolada ou cumulada de sanções de perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtido da infração; suspensão ou interdição parcial das atividades da pessoa jurídica; e proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras ou controladas pelo poder público.

A função de *compliance* envolve a avaliação se todas as normas, procedimentos, controles e registros que compõem o ambiente de controles internos estão funcionando adequadamente para prevenir e minimizar os riscos das atividades exercidas pelas organizações (MANZI, 2008).

As ações de *compliance* deverão ser doravante concretamente incentivadas e implementadas pelas empresas, pois delas poderão

decorrer atenuantes na aplicação das punições previstas pela nova lei, que prevê mecanismos de delação premiada para a empresa que denunciar a práticas de atos ilegais em razão de uma política de *compliance* efetivamente implementada, com isenção de determinadas penalidades administrativas e redução da pena de multa, poderá ser reduzida em 2/3, o que significa que todos os processos de *due dilligence* doravante terão que necessariamente incorporar itens específicos de anticorrupção (SOUSA, 2014).

Como se pode verificar, o instituto *compliance* frente à lei anticorrupção surge como uma ferramenta dupla. No que tange à responsabilidade judicial, os dirigentes só serão responsabilizados por atos ilícitos na medida de sua culpabilidade. Por outro lado, caso as empresas possuam departamentos que ofereça mecanismo de verificação de integridade, este fator tem o condão de reduzir as sanções aplicáveis, segundo consta na Lei Anticorrupção.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Na política de *compliance*, as atividades são realizadas de forma rotineira e permanente em todas as áreas da organização; realiza verificação e monitoramento; atua na prevenção e controle de riscos, de forma a assegurar e certificar que todas as áreas estão cumprindo normas e procedimentos definidos pela alta administração.

No que diz respeito a princípios éticos e legais, o *compliance* exige que as empresas adotem esses princípios nas suas organizações e façam cumprir. Por meio da adoção do *compliance*, as Instituições Financeiras tende a conquistar maior confiança no mercado, contribuindo para o aumento da lucratividade.

Não basta a simples existência de normas internas e códigos de conduta interna. Um bom programa de *compliance* deve ter pelo menos uma estrutura definida a partir de um mapeamento dos riscos, código de conduta, treinamentos, equipe com capacidade e independência para monitoramento, comprometimento da alta administração, avaliações de

eficácia, adequação evolutivas, canal de denúncias e punições em caso de descumprimento.

Assim, fica evidenciado o papel fundamental do instituto do *compliance* dentro das Instituições Financeiras, vez que as mesmas são as responsáveis para evitar sanções de organismos de controle.

Defronte de todas as legislações voltadas para combater a lavagem de dinheiro e a corrupção, em especial a punição as pessoas jurídicas, o *compliance* vem para contribuir de forma positiva tanto na prevenção quando no combate, com políticas que visam adequar as atividades empresariais de acordo com a legislação. Acredita-se, que as empresas com um sistema forte de *compliance* dificilmente serão penalizadas.

Do contrário, quando este setor falha, em especial ao não cumprimento de decisões exaradas pelo poder judiciário, a empresa poderá responder por atos atentatórios à dignidade da Justiça.

Assim, faz-se necessário que os setores de compliance estejam atentos para fazer valer a Lei e cumprir com seu dever de prestar informações bem como de cumprir decisões judiciais. Desta forma poderão evitar a responsabilização de suas pessoas jurídicas nos âmbitos penal, civil e administrativo.

## REFERÊNCIAS

ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro; CASTRO, Rafael Guedes. CRIMINAL COMPLIANCE: a política de cumprimento de normas penais e seus impactos na atividade econômica empresarial. 2014.

AMENDOLARA, Leslie. **Compliance e a nova lei sobre lavagem de dinheiro**. 27 de março de 2013. Disponível em: . Acesso em: 22 out. 2017.

BACIGALUPO, Enrique. **Compliance y Derecho Penal**, Pamplona, Thomson Reuters, 2011.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em . Acesso em 23 abr.2018

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 154, de 26 de Junho de 1991.** Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. Disponível em: . Acesso em: 02 nov. 2017

\_\_\_\_\_. **Lei nº 7.492, de 3 de março de 1998.** Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 18 jun. 1986. Disponível em: . Acesso em: 12 abr. 2018

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: . Acesso em: 23 abr. 2018

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012.** Altera a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 jul. 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2)>. Acesso em: 27 abr. 2017

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.846, de 1 de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 jul. 2012. Disponível em: . Acesso em: 27 abr. 2017

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 3678, de 30 de novembro de 2000.** Promulga a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, concluída em Paris, em 17 de Dezembro de 1997. Disponível em: . Acesso em: 25 set. 2017

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 4.410, de 07 de outubro de 2002.** Promulga a Convenção Interamericana contra a Corrupção, de 29 de março de 1996, com reserva para o art. XI parágrafo 1º inciso "c". Disponível em: . Acesso em: 27 set. 2017

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 8.420, de** 18 de março de 2015. Regulamenta a Lei no 12.846, de 1o de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em: 26 out. 2017

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 5.687, de** 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: . Acesso em: 27 set. 2017

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 2.799**, de 8 de outubro de 1998. Decreto nº 2.799, de 8 de outubro de 1998. Aprova o Estatuto do Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF. Disponível em: >. Acesso em: 30 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 2554**, de 24 de setembro de 1998, Banco Central do Brasil. Dispõe sobre a implantação e implementação de sistema de controles internos. Disponível em: . Acesso em: 27 out. 2017

BECCARI, Ennio Ricardo. **A ética e o sistema bancário no Brasil**. f. 102. Dissertação (Mestrado em Administração). Pontifícia Universidade de São Paulo, Departamento de Administração. São Paulo, 2006. Disponível em: Acesso em: 02 de novembro de 2017.

BENEDETTI, C. R. **Criminal Compliance - Instrumento de Prevenção Criminal Corporativa e Transferência de Responsabilidade Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

BERGAMINI JÚNIOR, Sebastião. **Controles internos como um instrumento de governança corporativa**. 2005, p.39. Disponível em: 55 [http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2406.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/rev2406.pdf) . Acesso em: 02 de novembro de 2017.

BUSATO, Paulo Cesar; REINALDET, Tracy Joseph. **Críticas ao Uso dogmático do compliance como eixo de discussão de uma culpabilidade de pessoas Jurídicas**. In. GUARAGNI, Fábio André, BUSATO,

Paulo Cesar (Coord.). DAVID, Décio Franco. (Org.). Compliance e direito penal. São Paulo: Atlas, 2015.

CASARIEGO, Alessandra Campanha Puig. Responsabilidade civil das instituições financeiras. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 87, abr 2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9385](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9385)>. Acesso em abr 2018

**CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO.** Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção. **Brasília. 2008.**

**CORDOVEZ, José Renato Miglioli.** A importância do Compliance para as empresas no atual cenário político e econômico brasileiro. **25 de Fevereiro de 2017. Disponível em:** <<http://www.pontonacurva.com.br/opiniao/a-importancia-do-compliance-para-as-empresas-no-atual-cenario-politico-e-economico-brasileiro/2044>>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.

CAMBRIDGE advanced learner's dictionary. Cambridge: University Press, [s.d.]. Disponível em: Acesso em: 11 set. 2017.

CANDELORO, Ana Paula P.; RIZZO, Maria Balbina Martins de; PINHO, Vinícius. **Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo.** São Paulo: Trevisan Editora Universitária, 2012.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Brasileiro, v. 8, Direito de empresa. São Paulo: 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil brasileiro, v.7, responsabilidade civil, 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 50

DOBROWOLSKI, Samantha Chantal. Breve nota sobre a lei anticorrupção e a responsabilização de pessoas jurídicas. **Revista Consultor Jurídico.** 2 de maio de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-02/mp-debate-lei-anticorrupcao-responsabilizacao-pessoas-juridicas>>. Acesso em: 22 out. 2017

GALVÃO, Jéssica Alves. **Lavagem de dinheiro: Surgimento, evolução, conceito e fases.** 2014. Disponível em: . Acesso em: 03 nov. 2017.

**GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e.** A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. **A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional. Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015. Disponível em: < <http://www.editoraforum.com.br/ef/wp-content/uploads/2015/08/lei-anticorrupcao-compliance.pdf>>. Acesso em: 02 de novembro de 2017.**

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

**STRECK, Lenio Luiz.** Pode haver responsabilidade objetiva no direito penal? **2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-dez-31/senso-incomum-haver-responsabilidade-objetiva-direito-penal>>. Acesso em: 19/04/2018.**

MANZI, Vanessa A. **Compliance no Brasil: consolidação e perspectivas.** São Paulo: Saint Paul, 2008.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil - Contratos.** São Paulo – SP, 8ª edição: Editora Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado.** 14. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de. **Responsabilização Judicial da Pessoa Jurídica na Lei Anticorrupção.** Organizadores Jorge Munhós de Souza e Ronaldo Pinheiro de Queiroz. Lei anticorrupção e temas de compliance. 2 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

SANTOS, Akhenaton Augusto Nobre dos. **Considerações sobre a alteração à lei de lavagem de capitais e a atuação da polícia judiciária no combate a lavagem de capitais.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-mai-02/mp-debate->



[lei-anticorruptao-responsabilizacao-pessoas-juridicas](#) >. Acesso em: 26 out. 2017

**SILVA, Araune C. A. Duarte da.** A Lei nº 12.846/2013 e a responsabilidade das pessoas jurídicas. **Disponível em: . Acesso em: abr. 2018**

SILVEIRA, Renato Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção.** São Paulo: Saraiva, 2015.

SOBRINHO, Fernando Martins Maria. **Compliance e crime culposos:** Viabilidade. In. GUARAGNI, Fábio André, BUSATO, Paulo Cesar (Coord.). DAVID, Décio Franco. (Org.). Compliance e direito penal. São Paulo: Atlas, 2015.

SOUZA, Jorge Munhós de. **Responsabilização Administrativa na Lei Anticorrupção.** In. Jorge Munhós de Souza e Ronaldo Pinheiro de Queiroz (organizadores). Lei anticorrupção e temas de compliance. 2 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

SOUZA, Alexandre Gaiofatto de; TEIXEIRA, Márcio Holanda. **Lei anticorrupção: seus impactos na vida empresarial e adequações necessárias.** 11 de março de 2014. Disponível em: . Acesso em: 02 de novembro de 2017.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito empresarial sistematizado:** doutrina, jurisprudência e prática. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 03ª REGIÃO, 12ª VARA DO TRABALHO DE BELO HORIZONTE. RTOrd 0011560-98.2017.5.03.0012. Despacho do Juiz MARCOS VINICIUS BARROSO. Disponível em: < [https://pje.trt3.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p\\_num\\_pje=1193094&p\\_grau\\_pje=1&popup=0&dt\\_autuacao=&cid=267430](https://pje.trt3.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/DetalhaProcesso.seam?p_num_pje=1193094&p_grau_pje=1&popup=0&dt_autuacao=&cid=267430)> Acesso em: 11 mar. 2018

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade civil. 10 ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

ZENKNER, Marcelo. **O papel do setor privado na promoção da integridade nos negócios**. In. Jorge Munhós de Souza e Ronaldo Pinheiro de Queiroz (organizadores). Lei anticorrupção e temas de compliance. 2 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

**NOTA:**

[1] Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC MINAS). Professor do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins (FACTO) e da Universidade Federal do Tocantins (UFT). Advogado. E-mail: [vinicius.marques@catolica-to.edu.br](mailto:vinicius.marques@catolica-to.edu.br)

## MÉTODO APAC: UM NOVO CONCEITO DE SISTEMA PRISIONAL

**JANAYNA NOGUEIRA:** Bacharelanda do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

**ENIO WALCÁCER DE OLIVEIRA FILHO**<sup>[1]</sup>

(Orientador)

**Resumo:** O presente artigo tem como tema a Associação de Proteção e Assistência ao Condenado (APAC), demonstrando um novo conceito de Sistema Prisional e enfatizando sua eficácia no que concerne a tríade funcional da pena (prevenir, punir e ressocializar). Imperioso reconhecer que a pena privativa de liberdade, pelo menos nos moldes em que é tradicionalmente aplicada, não tem sido capaz de evitar a reiteração criminosa, sendo este um dos fatores que conduzem ao aumento da criminalidade e a sensação de insegurança que assola uma grande parcela da população. Diante desse cenário atual, pretende-se analisar se a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC), enquanto instituição civil de direito privado, a qual opera como entidade auxiliar do poder Judiciário e Executivo, respectivamente, tendo como escopo o efetivo cumprimento dos dispositivos elencados na Lei de Execução Penal (LEP) e a reinserção dos ditos 'recuperandos' na sociedade, pode auxiliar o Estado diante do caos que se tornou o Sistema Penitenciário Brasileiro como uma alternativa mais humanitária para a execução penal.

**PALAVRAS-CHAVE:** método APAC; ressocialização; execução penal.

**Abstract:** The present article has as its theme the Association of Protection and Assistance to the Convicted (APAC), demonstrating a new concept of the Prison System and emphasizing its effectiveness as regards the functional triad of punishment (preventing, punishing and resocializing). It is imperative to recognize that deprivation of liberty, at least in the ways in which it is traditionally applied, has not been able to avoid criminal reiteration, which is one of the factors leading to increased crime and the sense of insecurity plaguing a large of the population. In view of this current scenario, it is intended to analyze whether the Association for the Protection

and Assistance of Convicted (APAC), as a civil institution of private law, which operates as an auxiliary entity of the Judiciary and Executive, respectively, with the scope of effective compliance with (LEP) and the reintegration of the so-called 'recoverers' in society, can help the State in the face of the chaos that has become the Brazilian Penitentiary System as a more humane alternative to criminal execution.

**KEYWORDS:** APAC method; resocialization; penal execution.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO — 2. A FALÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO — 3. TODO HOMEM É MAIOR QUE SEU ERRO? BASES PARA UMA REFLEXÃO SOBRE O MÉTODO ALTERNATIVO DE GESTÃO CARCERÁRIA — 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS — 5. REFERÊNCIAS.

---

## 1. INTRODUÇÃO

Em 18 de novembro de 1972 foi criada a primeira APAC, uma associação sem fins lucrativos, lograda na cidade de São José dos Campos – SP, com o objetivo de ser um órgão parceiro da justiça nas formas de execução da pena, de acordo com as normas internacionais e nacionais sobre direitos humanos, estando presente em vários estados brasileiros e expandida em 28 países, sendo a FBAC (Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados) a entidade jurídica, de utilidade pública, responsável pela regulamentação e orientação das APACs em funcionamento no Brasil e assessoramento da aplicação do método no exterior.

Após longos anos de experiência vividos pelo então idealizador do método, liderando um grupo de voluntários cristãos, que atuavam como pastorais penitenciárias na cadeia pública local, que, então, começou a examinar e dedicar todo seu tempo aos descasos e falhas a respeito da aplicação da pena, o que proporcionou a criação do método revolucionário.

O sistema prisional e as formas de aplicação das sanções brasileiras se encontram em total descrédito perante a população nacional. São corriqueiros e desgastantes os debates acerca da melhor forma de emprego da pena privativa de liberdade e a legalidade do poder punitivo do Estado, que se encontra prejudicado em garantir os direitos fundamentais dos encarcerados.

A Constituição Federal, principal norma jurídica brasileira, traça em seus artigos, por meio de princípios e regras, direitos e garantias fundamentais inerentes aos seus cidadãos, principalmente no que diz respeito

à cidadania e a dignidade da pessoa humana, sendo este último violado diariamente em nossos estabelecimentos prisionais, onde um Estado que se rotula em democrático de direito, não possibilita a concretização de suas garantias.

Dessa forma, é crucial, para que comece a estancar uma enfermidade de longo tempo, identificar qual é o real significado da prisão, do poder punitivo estatal, cujo discurso estampado na Lei de Execução Penal de punir, prevenir e ressocializar, não mostram a realidade vivida corriqueiramente pelos encarcerados, sendo necessário encontrar uma saída rápida e eficaz, evitando que os estabelecimentos penais se tornem em um abismo sem volta.

É diante da péssima administração em conduzir o sistema prisional, que surge um método capaz de acabar com o paradigma negativo das prisões e fazer renascer a verdadeira acepção da palavra ressocializar, designado como APAC (Associação de Proteção e Assistência aos Condenados), criado pelo então advogado Mário Ottoboni. Este sistema, hoje, transforma milhares de encarcerados em novos seres humanos, ganhando reconhecimento tanto nacional como internacionalmente.

O presente artigo destina-se, exatamente à discussão dessa temática. Para tanto, analisa, de um lado, a estrutura do Sistema Prisional predominante, com enfoque no descumprimento por parte do Estado quanto à Lei de Execução Penal - LEP, demonstrando que a tríade funcional da pena (prevenir, punir e ressocializar) não tem sido eficaz, tornando exorbitante a reincidência de crimes. E, por outro lado, visa trazer em voga o mecanismo de funcionamento do método apaqueano, o qual possui o índice de reincidência três vezes menor em comparação ao Sistema Prisional convencional, garantindo o cumprimento de uma pena mais humanitária e a ressocialização do indivíduo apenado.

## **2. A FALÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO**

O sistema penitenciário pode ser representado pela conhecida frase que Dante Alighieri (1999, Canto III, p. 45) após à entrada do inferno: *"deixai toda esperança, vós que entráis!"*. Longe de ser uma característica local, esta percepção depreciativa do sistema penitenciário é largamente difundida na sociedade e constitui uma característica compartilhada internacionalmente (mas com cores locais) pelas instituições prisionais. Fala-se em "crise" do sistema penitenciário em diversos países do mundo (FOUCAULT, 1991: 32 e 234). As origens e as razões para esta crise são assunto de intensa discussão, que não pretende-se esgotar no escopo deste trabalho.

Foucault (1991), porém, nos adverte para o fato de que esta crise é contemporânea da própria origem da prisão: já em 1820 ficam evidentes as diferenças entre os efeitos esperados da pena de prisão (contenção, punição e reeducação do homem preso) e seus efeitos reais. Sabe-se, desde aquela época, que a prisão não reduz a criminalidade; que ela pune, talvez inadvertidamente, a família do infrator; que ela favorece, enfim, direta ou indiretamente, a organização de um meio delinquencial hierarquizado e solidário. Na década de 1850, as mazelas prisionais já eram amplamente reconhecidas na Inglaterra e nos Estados Unidos. As sociedades ocidentais, de modo geral, representam a pena de prisão através da idéia da “falência” (BITENCOURT, 2001).

A punição vai lentamente migrando para espaços reservados, longe dos olhos do público e esta mudança está relacionada às atitudes da audiência popular e da elite política, que passaram a não tolerar mais da mesma forma a existência dos suplícios: não se executam mais em público os condenados à morte; já não mais se os marca com ferro quente; já não se ataca seu corpo, mas sua “alma”.

“Verdadeiros depósitos onde se acotovelam infratores de todas as espécies, os presídios brasileiros são uma versão terceiro-mundista do inferno”, afirma Gonçalves (2 jun. 2004). Sentenciados a perderem a liberdade, e somente ela, os condenados em sentença penal têm lutado para conseguir aquilo que nenhuma decisão judicial lhes pode retirar: a dignidade.

De acordo com o artigo 5º, XLIX, da Constituição Federal, “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”, porém o Estado não assegura o cumprimento da lei. Seja por indiferença do governo, ou por indiferença do corpo social, o qual por diversas vezes sentem-se encarcerados diante do medo e da insegurança, ou pelo aliciamento que ocorre no interior dos presídios.

As superlotações carcerárias são um dos principais fatores esclarecedores da crise vivenciada no sistema prisional, uma vez que as prisões “parecem mais com campos de concentração para pobres, ou com empresas públicas de depósito industrial dos dejetos sociais, do que com instituições judiciárias servindo para alguma função penalógica [...]” (WACQUANT, 2001, p. 09), tornando as celas lugares insalubres e de péssima higiene pessoal, proliferando moléstias graves e, especialmente doenças sexualmente transmissíveis, a já consolidada realidade do sistema carcerário brasileiro desvela a brutalidade e a crueldade com que o homem é capaz de tratar os seus iguais.

Como diria Beccaria (2001, p. 08): “[...] o aspecto abominável dos xadrezes e das masmorras, cujo horror é ainda aumentado pelo suplício mais insuportável para os infelizes, a incerteza”.

A pena de prisão atualmente somente reforça a inutilidade do Estado, uma vez que os presídios são uma verdadeira escola do crime, redutos de violência e violação dos direitos humanos, sendo inúmeros os problemas vivenciados pelos condenados no cumprimento de suas penas. Conforme destaca Bitencourt, “o sistema penitenciário tradicional não consegue reabilitar o delinquente; ao contrário, constitui uma realidade violenta e opressiva e serve apenas para reforçar os valores negativos do condenado” (2004, p. 161), demonstrando a ineficácia no processo de reabilitação, não atendendo aos preceitos da Lei de Execução Penal.

O DEPEN (Departamento de Penitenciário Federal) em conjunto com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, realizou no ano de 2016 uma pesquisa com o objetivo de realizar um diagnóstico acerca da realidade prisional brasileira, por meio do INFOPEN (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias).

Os dados apresentados informam que o Brasil, em 2016, possuía 726,712 presos, distribuídos nos sistemas penitenciários e secretarias de segurança, para um total de 368,049 vagas permitidas pelo sistema, ou seja, um grande déficit. Estes dados confirmam as superlotações carcerárias e indicam a falência dos centros prisionais, ratificando que não basta somente prender se não há um suporte suficiente de recuperação.

É notório que a pena privativa de liberdade não atende às finalidades apontadas pela LEP, seja tanto punindo, quanto prevenindo a nova prática criminal, tornando um alto custo ao erário, uma vez que o nível de reincidência é totalmente elevado para não se ter um retorno positivo.

Ante a falência do sistema prisional brasileiro, é notória a necessidade de métodos alternativos que sejam efetivamente ressocializadores, capazes de mudar o cenário caótico, onde “um sistema desta natureza é um mal social. Os problemas que ele pretende resolver – e que, de forma alguma, resolve, pois nunca faz o que pretende – deverão ser enfrentados de outra maneira” (HULSMAN, 1993, p. 91), evitando o Estado permanecer desordenado, de maneira irresponsável, determinando a participação social da comunidade.

### **3. TODO HOMEM É MAIOR QUE SEU ERRO? BASES PARA UMA REFLEXÃO SOBRE O MÉTODO ALTERNATIVO DE GESTÃO CARCERÁRIA**

Uma prisão sem policiais, sem agentes penitenciários e sem nenhuma arma. As pessoas que ali respondem por seus crimes são os responsáveis pelas chaves das celas e dos portões de entrada, bem como realizam todas as atividades necessárias para o funcionamento. Um lugar onde as fugas são praticamente inexistentes, o índice de reincidência é de menos de 10% e a reinserção social do egresso é uma realidade. Embora o Sistema Prisional Brasileiro esteja longe de ser uma referência quando a matéria em foco são os direitos humanos, esse modelo de prisão existe e é o modelo APAC.

A metodologia desenvolvida pelas Associações de Proteção e Assistência ao Condenado tem como escopo proporcionar oportunidades aos presos de fazer uma nova escolha, um novo caminho, que, por vezes, não era possível, pois eles nem sequer o conheciam.

O método apaqueano prioriza a valorização do condenado como ser integral, restaurando valores inerentes à personalidade humana, promovendo, assim, sua transformação, capacitando-o a conviver de forma harmoniosa e pacífica em seu meio social. Ademais, o envolvimento da sociedade através de sua participação voluntária no trabalho de recuperação do condenado, bem como no estabelecimento de parcerias com órgãos públicos e outras entidades, faz-se imprescindível para a eficácia do método.

*"Todo homem é maior do que seu erro"* é o pilar que sustenta a crença na recuperação do preso, e dele derivam os outros objetivos. Assim, a filosofia que APAC prega desde os primórdios de sua existência que é preciso matar o criminoso e salvar o homem. Do mesmo modo que o sistema comum de encarceramento, a APAC privilegia a privação da liberdade como punição, portanto, não se propõe como uma alternativa à prisão e sim como uma prisão alternativa. A APAC adere à inicial concepção cristã da prisão como um tempo-espço de expiação das culpas, de penitência, de onde, aliás, vem o termo penitenciário.



O processo de recuperação que o método APAC propõe consiste em um trabalho com os condenados de aprendizado social, espiritual e profissionalizante, colocando-os no mercado de trabalho e acompanhando-os nas primeiras etapas de reintegração social. O método procura reformular interiormente o condenado, a partir de um sistema de méritos que fiscaliza o comportamento dos/as recuperandos/as nos mínimos detalhes da vida diária. A promoção progressiva dos internos do estágio fechado até o aberto depende, como toda pena, de critérios objetivos e subjetivos, sendo os primeiros regidos pela lei e os segundos avaliados segundo o desempenho do preso nas atividades propostas pelo método para cada etapa.

Quanto ao emprego do eufemismo 'recuperando', considerada a proposta de valorização humana do Método APAC, o uso desse termo é admissível, em detrimento de outras designações como: 'preso', 'interno', 'apenado', 'condenado', 'sentenciado' e 'encarcerado', as quais não deixam de depreciar o ser humano.

Da mesma forma que os grupos terapêuticos de autoajuda, como Alcoólicos Anônimos (AA), Narcóticos Anônimos (NA), Fumantes Anônimos (FA), entre outros grupos, a metodologia da APAC fundamenta-se em 12 elementos, sendo eles: *1. A participação da Comunidade; 2. O recuperando ajudando o recuperando; 3. O trabalho; 4. Assistência Jurídica; 5. Espiritualidade; 6. Assistência à saúde; 7. Valorização Humana; 8. A família; 9. O voluntário e o curso para sua formação; 10. Centro de Reintegração Social – CRS; 11. Mérito; 12. Jornada de Libertação com Cristo* (OTTOBONI, 2014).

Com esses 12 passos, a APAC fundamenta uma terapêutica penal, cujo objetivo é a "recuperação" ou a "cura" do criminoso, concebido como um "doente" espiritual e o crime como uma "doença". Propõe assim, uma metodologia sustentada pela articulação de dimensões teológicas, psicoterapêuticas e criminológicas que serão alvo de análise.

Aos presos que se ajustam ao método, a APAC oferece oportunidades concretas para voltar à sociedade, abrindo-lhes algumas portas. O método oferece ferramentas que conseguem transformar e substituir a racionalidade do criminoso e do mundo do crime pela racionalidade do bom cidadão cristão, isto é, do trabalhador honesto, centrado na vida familiar, entre outros. Contudo, essa transformação individual e a aceitação e incorporação do método como forma de vida, implicam, necessariamente, uma conversão religiosa ao cristianismo - real ou estratégica -, mediante a qual o/a recuperando/a vai progredindo de regime até obter a liberdade.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No contexto brasileiro, o Método APAC, como alternativa ao sistema prisional tradicional, perfaz seu primeiro benefício ao conclamar a sociedade a participar do problema e ajudar na sua solução, de forma que a partir do voluntariado, e da consequente minimização dos custos com o preso, mais vagas são criadas sem que os cofres públicos sejam onerados em um aporte que, atualmente, eles não comportam. Ademais, a ênfase na educação, e o oferecimento de trabalho à quase totalidade da população carcerária prima por ressocializar este novo perfil de preso, jovem-adulto, de baixa escolaridade e que está em sua maioria, encarcerado por crimes contra o patrimônio.

Em outra diretriz de análise, foi apresentado ao longo do presente trabalho a adequação das prerrogativas básicas da metodologia à Lei de Execuções Penais. A amplitude de assistência provida pelo Método não só ao preso, mas também à sua família, faz que a sentença condenatória não ultrapasse, tanto quanto possível, a pessoa do condenado, individualizando

a pena. Este parâmetro consolida a efetivação da sentença condenatória tal qual ela foi prescrita, atendendo ao objetivo da LEP.

Frente às observações interpostas, há de se concluir que a APAC prima por aplicar a punição àqueles que infringiram as normas penais de maneira concomitante à sua ressocialização, de acordo com o previsto na Lei de Execuções Penais. Esta política pública, de caráter *sui generis*, não está prescrita como pena alternativa já que mantém a restrição de liberdade.

Entretanto, apesar da conclusão positiva de que as Associações de Proteção e Assistência aos Condenados, quando seguem a metodologia tal como foi preconizada por Mário Ottoboni, aplicam de forma proficiente as disposições legais da Execução Penal brasileira, as ressalvas em relação ao método não podem ser desconsideradas. O engajamento dos reeducandos é essencial ao sucesso do Método, tanto para que a adesão aos preceitos seja plena, como que para os baixos parâmetros de segurança sejam respeitados. Assim, esta seleção do preso apto a migrar para a APAC faz-se mister ao progresso do Método e denota uma conclusão necessária: o Método não é aplicável a toda a população prisional, e deve ser disseminado com cautela, dado que o encaminhamento de um preso que tenha tendência a fugir ou incorrer em outras faltas graves à APAC coloca em risco a sociedade como um todo.

Sob o lema de "matar o criminoso e salvar o homem", o Método APAC enfrenta a principal dificuldade da pena nos dias de hoje: conciliar, com equilíbrio, a prevenção, a punição e a ressocialização da pena, tudo isso em um ambiente onde tira-se a liberdade para que o homem reaprenda a viver em liberdade. A sociedade, ciente das dificuldades do Sistema Penitenciário como um todo, deve sempre atentar-se às alternativas apresentadas para solucionar a crise da pena, ciente de que cada modalidade tem em seu bojo um público alvo diferenciado. Assim, a APAC, tal como o monitoramento eletrônico, as penas restritivas de direitos e outras modalidades alternativas atendem a um público específico e, em nenhuma destas espécies reside, sozinha, a solução para o sistema carcerário. Não há um remédio único para as dificuldades do sistema

penitenciário, mas a conjugação de forças, estudos, fatores e projetos que há de buscar, cotidianamente, a otimização da custódia.

## 5. REFERÊNCIAS

ALIGHIERI, Dante (1265-1321). **A Divina Comédia: inferno / Dante Alighieri**. Versão em prosa, notas, ilustrações e introdução por Helder L. S. da Rocha. Ilustrações de Gustave Doré, Sandro Botticelli e William Blake. – São Paulo, 1999

BECCARIA, Cesare, Marchesi di, 1738-1794. **Dos Delitos e das Penas**. Edição eletrônica: Ed. Ridendo Castigat Mores, 2001. Disponível em: . Acesso em: 09 de abril de 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em:.. Acesso em: 19 de maio de 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: . Acesso em: 19 de maio de 2018.

DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. **Mapa de Estabelecimentos Penais**. Disponível em:.. Acesso em: Acesso em: 09 de abril de 2018.

FBAC. Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados. **Quantitativo de Associações de Proteção e Assistência aos Condenados**. Disponível em: . Acesso em: 09 de abril de 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: o nascimento da prisão**. 20ª ed. Tradução Raquel Ramalhete. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 1999.

GONÇALVES, Marcos Augusto. **Folha de São Paulo: Novela Macabra**. Disponível em: . Acesso em: 09 de abril de 2018.

HULSMAN, L; DE CELIS, J. B. **Penas perdidas: o sistema penal em questão**. 1 ed. Rio de Janeiro: Luam Editora LTDA, 1993.

OTTOBONI, Mario: **Vamos Matar o Criminoso?** São Paulo: Ed. Paulinas, 2014.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria.** Tradução Ed André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.

NOTA:

[1] Enio Walcácer de Oliveira Filho. Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins - UFT. Especialista em Ciências Criminais e Direito Administrativo pela UFT. Possui graduação em Direito e graduação em Comunicação Social pela mesma universidade. Professor da Sociedade de Ensino Serra do Carmo, na cadeira de Processo Penal e professor convidado de Direito Penal I e II na UFT. Membro do Conselho Editorial da Revista Vertentes do Direito - UFT. Associado do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito e servidor efetivo da Polícia Civil do Tocantins. ewalcacer@gmail.com.

## DANO MORAL DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO

**ELVINA GOMES DE SOUZA:**

Bacharelanda do curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins - FACTO.

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA<sup>[1]</sup>

(Orientadora)

**RESUMO:** O presente trabalho permeia-se sobre a possibilidade de responsabilização civil dos pais que abandonam afetivamente seus filhos. Trata-se de uma temática polêmica em torno da possibilidade de reparação/compensação do dano moral por parte da jurisprudência e doutrinariamente. Tendo como relevância neste estudo a fundamentação que trata do abandono afetivo e da indenização mediante a reparação por dano moral, será traçado o contexto histórico da legislação incidente nas relações familiares, bem como mostrar a instituição familiar em seu contexto atual mediante a legislação vigente, com o fito de apontar os aspectos da reparação moral como instrumento inibidor do abandono afetivo. Assim, demonstrar-se-á por meio de pesquisas bibliográficas e da legislação vigente quais os elementos do abandono afetivo causadores do dano moral, e a conseqüente relevância ou possível excesso da reparação civil/imaterial, para suprir o dano causado ao filho pelos seus genitores, visando esclarecer o cuidado sobre a precisa materialização deste Direito, tendo como base os princípios constitucionais, principalmente da dignidade da pessoa humana, e o princípio da afetividade tão exaltado na nova concepção do Direito de Família.

**Palavras-chave:** Abandono Afetivo; Dano Moral; Responsabilidade Civil.

**ABSTRACT:** The present work permeates the possibility of civil responsibility of parents who leave their children affectively. This is a polemic issue around the possibility of reparation compensation for moral damages by jurisprudence and doctrinally. Having as its relevance in this study the reasoning that deals with affective abandonment and compensation through reparation for moral damages, will be traced the historical context of the legislation incident on family relations, as well as

showing the family institution in its current context through the current legislation, with the aim of pointing out the aspects of moral repair as an inhibiting instrument of affective abandonment. Thus, it will be demonstrated through bibliographical research and current legislation which elements of affective abandonment cause moral damage, and the consequent relevance or possible excess of civil immaterial reparation, to compensate for the harm caused to the child by their parents, aiming to clarify the care about the precise materialization of this Law, based on the constitutional principles, mainly of the dignity of the human person, and the principle of affection so exalted in the new conception of Family Law.

**Keywords:** Affective abandonment; Moral damage; Civil liability.

**Sumário:** Introdução. 1. Contexto Histórico do Direito de Família. 2. O Direito de Família e a Lei Vigente. 3. Relação Socioafetiva. 4. Responsabilidade Civil. 5. Abandono Afetivo. 6. Possível Dano Causado. 7. Dever de Cuidar e Amar. 8. O Abandono Afetivo e o Dano Moral. Conclusão 20. Referencias.

---

## INTRODUÇÃO

O Direito de Família e as relações familiares evoluem conforme as necessidades da sociedade. O reflexo deste desenvolvimento está visível na constituição atual da família que a legislação vem fazendo esforço para acompanhar, como vemos na Carta Maior e no atual Código Civil, além das doutrinas e das decisões dos Tribunais.

O poder familiar já não é mais regido pelo autoritarismo, ou tão somente pelo casamento e/ou pela relação patrimonial, mas sim pela afetividade, onde o respeito mútuo prepondera em consonância com o princípio da dignidade humana.

As transformações que ocorreram no Direito de Família em muito beneficiam os filhos em detrimento dos pais, quando não cumprido o seu dever de cuidar, de proteger a sua prole, como está prescrito na

Constituição Federal de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/90, bem como no Código Civil brasileiro.

Partindo das inovações da legislação atual, e considerando que a relação parental se dá pelo princípio da afetividade, os genitores devem cuidar da sua prole; além de resguardá-los de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, como afirma Carvalho e Marques (2015).

O abandono afetivo dos pais para com seus filhos tem sido bastante discutido na legislação vigente, com o escopo de ver reparado o dano causado aos filhos pelo comportamento negligente dos seus genitores, que acarretam prejuízo psíquico-social-moral, principalmente na infância e na adolescência.

Nos últimos anos, tem chegado aos Tribunais um número crescente de demandas judiciais com o fito de reparar o dano moral causado pelo abandono afetivo dos pais, suscitando discrepância entre os Tribunais e doutrinas quanto à responsabilização civil, a possibilidade de indenização imaterial.

Com este estudo, pretender-se-á demonstrar por meio de pesquisas bibliográficas, e da legislação vigente quais os elementos do abandono afetivo causadores do dano moral, e a conseqüente relevância ou possível excesso da reparação civil/imaterial, para suprir o dano causado ao filho pelos seus genitores.

A abordagem inicial desta temática, constante deste trabalho, demonstra a evolução do Direito de Família, com enfoque na legislação atual; e ainda sobre o abandono afetivo, o dever de amar e cuidar dos pais para com sua prole evitando uma conseqüente reparação do dano causado.

É possível se mensurar o valor do afeto, mesmo constatando a negligência e omissão dos pais? Tentar-se-á mostrar, ainda, as divergências de opinião nos Tribunais e nas doutrinas sobre a tão atual e polêmica discussão decorrente do abandono afetivo pelos pais/mães para com seus filhos.



## 1 CONTEXTO HISTÓRICO DO DIREITO DE FAMÍLIA

O Direito de Família evoluiu, assim como a sociedade que no Direito Romano era organizada sob o princípio da autoridade, em que o *pater* exercia poder absoluto sob sua prole, como afirma Gonçalves, (2012, p. 31), “O *pater* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes”; exercendo, assim, o direito de vida e de morte.

Cabe observar que a expressão “pátrio poder”, utilizada no artigo 380 do Código Civil de 1916, foi substituída por “poder familiar”, no artigo 1.630 do Código Civil de 2002.

Com o tempo esse poder perdeu sua “força” passando-se à concepção cristã da família, onde predominam as preocupações de ordem moral, bem como o estímulo a criação de patrimônio independente para os filhos. “Durante a Idade Média as relações de família regiam-se exclusivamente pelo direito canônico, sendo o casamento religioso o único conhecido.” (GONÇALVES, 2012, p.32).

Seguindo essa evolução, e não mais sob a influência do Direito Canônico, eis que surge o contrato para regular as relações familiares.

Só recentemente, em função das grandes transformações históricas, culturais e sociais, o direito de família passou a seguir rumos próprios, com as adaptações a nossa realidade, perdendo aquele caráter canonista e dogmático intocável e predominando ‘a natureza contratualista, numa certa equivalência quanto à liberdade de ser mantido ou desconstituído o casamento’. (GONÇALVES, 2012, p.32).

O Direito de Família é visto como um leque de abrangência o qual é regulado pelo Código Civil de 2002, como se observa:

Constitui o direito de família o complexo de normas que regulam a celebração do casamento, sua

validade e os efeitos que deles resultam, as relações pessoais e econômicas da sociedade conjugal, a dissolução desta, a união estável, as relações entre pais e filhos, o vínculo de parentesco e os institutos complementares da tutela e curatela. (DINIZ, 2010, p.3).

É percebido que o Direito de Família está intimamente ligado à vida, pois este constitui a base de um Estado, o núcleo de toda a organização social, que tem como objeto a própria família.

[...] a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social. [...] o vocábulo família abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. (GONÇALVES, 2012, p.17).

Assim, o Direito de Família, como afirma Gonçalves, regula as relações entre os seus diversos membros e as consequências que delas resultam para as pessoas e bens.

O objeto do Direito de Família é a família, que a partir da Constituição Federal de 1988 ganhou abrangência significativa, como aduz o seu artigo 226, §§ 3º e 4º

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (BRASIL, 1988)

A Carta Maior e o Código Civil de 2002 vieram reconhecer como família a decorrente do matrimônio, e como entidade familiar não só a proveniente de união estável como também a monoparental, ou seja, [...] “comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.” (BRASIL, 1988).

Com este novo panorama, há uma concepção abrangente sobre o que é família no contexto atual dando uma nova interpretação ao Direito de Família, que este seja pautado na afetividade e na solidariedade, a partir da igualdade de seus membros.

## **2 O DIREITO DE FAMÍLIA E A LEI VIGENTE**

O Direito de Família existe em função da família, que é uma das formações mais antigas, e esse depende da sua realidade social. “Em cada momento histórico, novas necessidades, novos interesses e, conseqüentemente, uma peculiar estruturação familiar.” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p.1).

E, é dessa estruturação que depende o Direito de Família como tutela jurídica, para se fundamentar e se concretizar. “Essa tutela jurídica destinava-se ao patrimônio, de forma extremada, em detrimento do sujeito. E fundava-se na preservação estrutural das famílias para a consecução dos objetivos patrimoniais familiares.” E ainda acrescenta

Não se admitia finalizar o matrimônio porque se perderiam as condições básicas para a obtenção patrimonial, quais eram: o recurso reprodutivo e a força de trabalho daí decorrente. Da mesma forma, a impossibilidade de reconhecimento dos filhos ilegítimos justificava-se porque, do contrário, gerar-se-ia fracionamento patrimonial injustificado, em caso de sucessão. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p.10).

Assim, com a influência do Direito Romano que se fundamentava na religião, surgiu o Código Civil brasileiro de 1916. E com essa referida influência romana, como aduz Almeida e Rodrigues Júnior (2012, p. 7) “formula-se, então o casamento como assento de família. [...] E para o

cristianismo, as únicas relações afetivas aceitáveis são as decorrentes do casamento entre um homem e uma mulher.”

Tendo essa mesma concepção adotada no Código Civil de 1916 que, a partir daí, pauta toda a sua estrutura jurídica direcionada à sua proteção. Como afirma Almeida e Júnior (2012, p. 10) “A família tradicional era muito mais uma unidade produtiva e reprodutora do que uma unidade afetiva.” E com essa concepção de família, Almeida e Rodrigues Júnior destacam as suas características, sendo: matrimonial, hierarquizada, e patrimonial.

Com o marco do crescimento industrial no Brasil, em 1930, a formação patrimonial da família se enfraquece. E, em face desses acontecimentos, os filhos concebidos fora do casamento que não eram reconhecidos, bem como o pátrio poder que era exercido pelo pai, chefe de família, onde os filhos e a mulher integravam a força do trabalho, vão se desfazendo. “Em 1949 é promulgada a Lei nº 883 (Dispõe sobre o reconhecimento de filhos ilegítimos), que veio a admitir que tivessem estabelecida sua paternidade os rebentos legítimos, inclusive os oriundos de adultério [...]”. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p.16).

Em 27 de agosto de 1962, a Lei 4.121, denominada Estatuto da Mulher Casada, mudou essa situação. “Essa legislação veio a admitir, entre outras coisas, que a mulher pudesse exercer atividade profissional, aceitar herança ou legado, tutela ou curatela, tudo isso dispensando a autorização marital.” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p.17).

Em 1977, com a Emenda Constitucional nº 9 (que dá nova redação ao § 1º do artigo 175 da Constituição Federal) e a Lei do Divórcio, Lei nº 6.515/77, enfraquecem a interferência religiosa na seara familiar. “A família não é mais apenas casamento; não é hierarquia, patriarcalismo, tampouco patrimonialismo. Com isso, a família não se enquadra mais na moldura oferecida pelo Código Civil de 1916.” (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p.17).

Constatada essa sequência evolutiva na família, e sob o prisma de uma adequação do Direito à realidade social, surge a Constituição Federal de 1988 que em seu artigo 226, § 8º, vem assegurar a assistência à família na pessoa de cada um de seus integrantes: “O Estado assegurará a assistência

à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

A Carta Maior vem estabelecer grandes transformações no Direito de Família, primando pela dignidade da pessoa humana, considerando-se os principais eixos básicos para essa evolução, como aduz Gonçalves (2012, p. 33), o artigo 226 que afirma a entidade familiar ser plural e não mais singular, tendo várias formas de constituição; no artigo 227, § 6º que discorre sobre a alteração do sistema de filiação, assim proibindo designações discriminatórias decorrente do filho ter sido gerado fora do casamento; e a considerada grande revolução situada nos artigos 5º, inciso I, e 226, § 5º, ao consagrar o princípio da igualdade entre homens e mulheres.

Com a Nova Carta, abriram-se novos horizontes ao instituto jurídico da família “dedicando especial atenção ao planejamento familiar e à assistência direta à família (art. 226, §§ 7º e 8º)”. Primando, assim, pela limitação da natalidade.

No tocante ao planejamento familiar, o constituinte enfrentou o problema da limitação da natalidade, fundando-se nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável [...]. Não desconsiderando o crescimento populacional desordenado, entendeu, todavia, que cabe ao casal a escolha dos critérios e modo de agir. (GONÇALVES, 2012. p. 33).

Em 2002, surge o atual Código Civil Brasileiro que traz conseqüente evolução no Direito de Família em detrimento ao Código Civil de 1916, sendo visível essa dicotomia.

Em desarranjo a estrutura patriarcal da família, o art. 1.565 é expressivo ao enunciar que marido e mulher assumem, mutuamente, a qualidade de responsáveis pelos encargos familiares. No mesmo sentido, o art. 1.631 reitera que o poder familiar compete aos pais, em conjunto. Verdadeira

concretização do ideário de igualdade sediado na Constituição [...]. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, p. 22).

Ainda seguindo esse avanço do novo Código, percebemos progresso relativo à filiação, “[...] Havidos ou não da relação de casamento, naturais ou não, todos os filhos possuem os mesmos direitos, não se admitindo quaisquer discriminações nesse aspecto”. (ALMEIDA; RODRIGUES JÚNIOR, 2012, p.22).

Continuando a evolução do Direito e, conseqüentemente, a Lei vigente têm também as decisões dos Tribunais que retratam as crescentes inovações da sociedade, de repercussão geral referente à paternidade socioafetiva, como podemos observar em decisão de 21 de setembro de 2016, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu ser possível a chamada dupla paternidade estar inserida no registro civil dos cidadãos brasileiros, a que se destacar o voto do relator Ministro Luiz Fux

O indivíduo jamais pode ser reduzido a mero instrumento de consecução das vontades dos governantes, por isso que o direito à busca da felicidade protege o ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei. (BRASIL, *RE 898060* – RECURSO EXTRAORDINÁRIO, 2016).

Seguido pelo Ministro Dias Toffoli que salienta o direito ao amor estar relacionado com as obrigações legais do pai biológico para com o filho, ainda que este tenha sido criado por outra pessoa “A ideia de paternidade responsável precisa ser levada em conta, sob pena de estarmos estimulando aquilo que é corrente porque estamos a julgar um recurso com repercussão geral reconhecida.”

Assim, esse fundamento leva a importância de se reconhecer a própria origem, como reforça o Ministro Edson Fachin em seu voto, “mesmo que seja apenas o vínculo socioafetivo a se impor juridicamente”.

A Ministra Cármen Lúcia destacou que “amor não se impõe, mas cuidado sim e esse cuidado me parece ser do quadro de direitos que são assegurados, especialmente no caso de paternidade e maternidade responsável”.

Como observamos, os Tribunais mostram o cenário atual do Direito de Família que corresponde não só a lei vigente, mas também aos anseios da sociedade enquanto agente tutelado e protegido juridicamente.

### **3 RELAÇÃO SOCIOAFETIVA**

Diferente do Código Civil de 1916 em que a família era instituída somente pelo casamento e pelos filhos advindos deste, no atual Código Civil de 2002, a família é baseada na afetividade.

Independentemente do vínculo genético, e mesmo com o surgimento do exame de DNA, fator determinante do reconhecimento da filiação, a afetividade é fundamental nas relações pais e filhos, “O que vivemos hoje, no moderno Direito Civil, é o reconhecimento da importância da paternidade (ou maternidade) biológica, mas sem fazer prevalecer a verdade genética sobre a afetiva.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 634).

No Código Civil de 2002, artigo 1.593, preceitua: “O parentesco pode ser natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. (BRASIL, 2002)

Observa-se que o referido artigo 1.593 ratifica o reconhecimento da paternidade socioafetiva, consagrando que pais e filhos não são unidos apenas pelos laços de sangue, mas também pelo amor, carinho, afetividade, respeito e cuidados.

Assim, a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais é proveniente da afetividade.

E como se observa, o Código vigente concebe uma forma mais abrangente das relações de parentesco, uma vez que o afeto e a responsabilidade passam a ser considerados os pontos mais proeminentes na formação da estrutura familiar. “O poder familiar engloba um complexo de normas concernentes aos direitos e deveres dos pais relativamente à

pessoa e aos bens dos filhos menores não emancipados”. (DINIZ; 2010, p. 569).

Assim, percebe-se que o afeto e a responsabilidade estão intrínsecos ao poder familiar.

[...] a vida íntima da família se desenvolve por si mesma e sua disciplina interna é ditada pelo bom senso, pelos laços afetivos que unem seus membros, pela convivência familiar, e pela convivência das decisões tomadas. (DINIZ, 2010, p. 570)

Acrescenta-se o princípio da afetividade como norteador do Direito de Família, sendo base do respeito à dignidade humana e da solidariedade familiar, mesmo que este princípio ainda não tenha dispositivo legal, como afirma Maria Berenice Dias (2005, p. 66) ser este princípio, o norteador do direito das famílias.

Ainda podemos observar, o princípio da afetividade decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, e, conseqüentemente, do princípio da solidariedade familiar, os quais visam à efetivação dos direitos e garantias apontados na Carta Maior.

Neste contexto, existem várias ações de investigação de paternidade socioafetiva nos Tribunais, vê-se ementa

**Ementa:** RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 45 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. NÃO OCORRÊNCIA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA DEMONSTRADA COM O ADOTANTE. MELHOR INTERESSE DO ADOTANDO. DESNECESSIDADE DO CONSENTIMENTO DO PAI BIOLÓGICO. 1. Cinge-se a controvérsia a definir a possibilidade de ser afastado o requisito do consentimento do pai biológico em caso de adoção de filho maior por adotante com quem já firmada a paternidade socioafetiva. 2. O ECA deve ser interpretado sob o prisma do melhor interesse do adotando, destinatário e maior interessado da proteção legal. 3. A realidade dos autos, insindicável nesta instância especial, explicita que o pai biológico está afastado do filho por mais de 12 (doze) anos, o



que permitiu o estreitamento de laços com o pai socioafetivo, que o criou desde tenra idade. 4. O direito discutido envolve a defesa de interesse individual e disponível de pessoa maior e plenamente capaz, que não depende do consentimento dos pais ou do representante legal para exercer sua autonomia de vontade. 5. O ordenamento jurídico pátrio autoriza a adoção de maiores pela via judicial quando constituir efetivo benefício para o adotando (art. 1.625 do Código Civil). 6. Estabelecida uma relação jurídica paterno-filial (vínculo afetivo), a adoção de pessoa maior não pode ser refutada sem justa causa pelo pai biológico, em especial quando existente manifestação livre de vontade de quem pretende adotar e de quem pode ser adotado. 7. Recurso Especial não provido. (DISTRITO FEDERAL, Superior Tribunal de Justiça, Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, 2015).

Observa-se a importância inerente da paternidade socioafetiva nas relações familiares, pois não afasta o vínculo biológico, mas tem sua real afirmação na contribuição do crescimento favorável do adotado, mesmo este sendo maior de idade.

**Ementa:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. DECLARAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. INVIABILIDADE. Em sendo controvertida a afirmação de que havia paternidade socioafetiva, a eventual pretensão de ver declarada a existência de tal relação não cabe na esfera de cognição restrita do inventário, devendo, se for do interesse das partes, ser deduzida na via ordinária. NEGARAM PROVIMENTO. (Agravado de Instrumento Nº 70057493546, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 27/02/2014). (DISTRITO FEDERAL, Superior Tribunal de Justiça do RS, Rel. Rui Portanova, 2014).

É visível que a relação socioafetiva exterioriza a convivência familiar pela afetividade; admitindo-se, assim, o reconhecimento da filiação, bem como a responsabilidade patrimonial advinda dessa relação, como deixa evidente Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 839). Estes ainda acrescentam a relevância dessa relação quando da adoção não formalizada, mas que existe o comportamento, na família, que o integra como filho biológico fosse.

Essa relação socioafetiva a cada dia se acentua nas relações familiares “É no reconhecimento de novas modalidades de constituição de família e, conseqüentemente, de filiação, que se descortina um Direito de Família mais humano e solidário.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 640).

O que se observa nas novas constituições de família é o acentuado poder do “princípio da afetividade” como valor fundamental a preponderar nas relações familiares.

#### **4 RESPONSABILIDADE CIVIL**

Para se falar de temática tão atual, há de se definir a responsabilidade civil como ato que “deriva da transgressão de uma norma jurídica preexistente, impondo, ao causador do dano, a conseqüente obrigação de indenizar a vítima”. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 738).

Essa transgressão à norma existe quando presente três elementos fundamentais: a conduta humana que pode ser comissiva ou omissiva (positiva ou negativa), própria ou de terceiros ou, mesmo, ilícita (regra geral) ou lícita (situação excepcional); o dano: a violação a um interesse juridicamente tutelado, seja de natureza patrimonial, seja de violação a um direito da personalidade; e o nexo de causalidade: a vinculação necessária entre a conduta humana e o dano, segundo Gagliano e Pamplona Filho, (2013, p. 738).

A essa infração, considera-se também “o elemento anímico, a culpa, de caráter eventual, compreendida como a violação a um dever jurídico preexistente, notadamente de cuidado”, como aduz Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 738). E ainda, levando em conta a responsabilidade Civil objetiva e subjetiva previstas, respectivamente, nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e

causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL, 2002)

Assim, ao se verificar o cometimento de um ato culposo ou doloso, no âmbito da entidade familiar, que cause dano material ou moral, é devida a ação de reparação para ressarcimento da responsabilidade civil nas relações familiares.

O Código Civil de 2002 não distingue dolo e culpa, tenha o pai ou mãe omitente agido com dolo, culpa grave ou mesmo levíssima deverá ressarcir integralmente o filho lesado. (GONÇALVES, 2013, p.325).

A reparação civil está evidenciada no artigo 932 do Código Civil, onde no seu inciso I está destacada a responsabilidade dos pais.

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro,

mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;

V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia. (BRASIL, 2002)

A responsabilidade dos pais sobre seus filhos é inerente ao poder familiar, bem como aduz o artigo supramencionado, bem como são responsáveis pela reparação civil dos danos causados aos filhos menores que estiverem sob a sua responsabilidade.

A responsabilidade civil referente ao menor, destacam-se em três situações a seguir:

Responsabilidade civil por ofensa aos direitos e interesses assegurados à criança e ao adolescente, individuais, difusos e coletivos, [...].

Responsabilidade por crimes praticados contra menor [...] Responsabilidade por infrações administrativas lesivas ao menor [...]. (DINIZ, 2010, p. 716 - 724).

A competência para julgar matéria de responsabilidade civil nas relações de família deve ser, quando existente, da Vara de Família, como assevera Gagliano e Pamplona Filho (2013, p. 739).

Apesar de alguns Tribunais já terem proferido decisões favoráveis à responsabilização civil dos pais em virtude do abandono afetivo, ainda é percebida grande resistência na jurisprudência pátria acerca do tema, sendo que a grande maioria das demandas é julgada improcedente.

## **5 ABANDONO AFETIVO**

O abandono afetivo dar-se por parte do pai ou da mãe por não prestar assistência afetiva a seus filhos, seja pela convivência, seja pela visitação periódica.

A ausência, o descaso e a rejeição do pai ou da mãe em relação aos seus filhos prejudicam o seu desenvolvimento. E, quando o legislador atribui aos pais à função de educar os filhos, qualquer atitude contrária desrespeita não só a ordem moral, mas, principalmente, a ordem legal.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/90, em seu artigo 232 caracteriza ilícito civil e penal aos pais que são negligentes com

os seus filhos. “Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou a constrangimento: Pena - detenção de seis meses a dois anos.”

E ainda, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069/1990, disciplina o abandono afetivo no seu artigo 232-A

Deixar, sem justa causa, de prestar assistência moral ao filho menor de dezoito anos, nos termos dos §§ 2º e 3º do artigo 4º desta Lei, prejudicando-lhe o desenvolvimento psicológico e social.

Pena – detenção, de um mês a seis meses.

Assim, o abandono afetivo é caracterizado como crime, e nessa perspectiva surge à indenização por dano moral na tentativa de concretizar a responsabilidade civil aos pais no direito de família; tendo como base o argumento da perda da chance de convivência com o pai/mãe. Há muitas discussões sobre o tema, mesmo a Lei vigente, os Tribunais e as doutrinas vislumbrando a possibilidade de indenização por dano moral. As decisões ainda são dicotômicas, muitos são os posicionamentos que definem ou não a materialização do afeto em indenização por dano moral. (PEDROSO, 2017).

Nessa perspectiva, e, mais recentemente, surge a reparação pelo dano causado por meio da ação por dano moral/material na tentativa de suprir a carência afetiva do filho.

A Constituição Federal de 1988 assegura aos pais e ao Estado o dever de cuidado as suas crianças e adolescentes em seu artigo 227, bem como os direitos e garantias fundamentais para o pleno desenvolvimento desses indivíduos.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à

convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos:

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos. [...] (BRASIL, 1988).

Assim, não se pode justificar o abandono afetivo ao filho por parte dos seus genitores quando a Lei assegura a assistência devida.

O abandono afetivo prejudica o desenvolvimento da criança, gerando danos passíveis de reparação, conforme vem entendendo o Superior Tribunal de Justiça, em atenção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e da proteção integral da criança e do adolescente.

As demandas propostas no judiciário, até o presente momento, dizem respeito ao abandono afetivo provocado pelo pai em relação ao seu filho, mas, nada impede que a mãe seja a responsável pelo abandono afetivo do filho, caso em que se aplicariam as mesmas regras referentes à reparação civil do dano moral provocado pelo descumprimento de dever jurídico.

## **6 POSSÍVEL DANO CAUSADO**

A negligência ou omissão daqueles que seriam os responsáveis de maior interesse a defender, cuidar da sua prole, seja o pai ou a mãe, causam muitas vezes danos irreversíveis às suas crianças ou adolescentes, e a estes cabe sanção.

O pai ou mãe negligente em suas obrigações parentais viola o dever jurídico de agir, daí decorre a relevância de tal conduta para o Direito, bem como a responsabilização civil pelos danos morais causados aos filhos, uma vez que se tivesse agido teria evitado o resultado lesivo, qual seja a ocorrência de danos psicológicos. (CARVALHO; MARQUES, 2015).

Quando essas obrigações, esse direito é violado, tem se observado uma crescente procura pelo judiciário, a fim de que sejam resolvidos os casos de abandono afetivo na filiação, provenientes do não cumprimento dos deveres jurídicos decorrentes do exercício do poder familiar.

Surge, assim, a reparação pelo dano moral causado ao filho pelo pai ou a mãe negligente para com os cuidados com sua prole, sob a alegação de causar prejuízo ao desenvolvimento psíquico-social e afetivo da criança e do adolescente.

Espera-se que o pai ou a mãe ofereça aos seus filhos o amparo afetivo necessário para uma assistência moral e psíquica que viabilize a formação de um ser pleno de honra, dignidade, moral e de reputação ilibada na sociedade em que está inserido.

É notório que os genitores devem a seu filho a guarda e companhia, propiciando a esse ser um desenvolvimento saudável de sua personalidade, de maneira que se torne um adulto equilibrado, contribuindo de forma positiva para o progresso da sociedade onde vive.

Observa-se ser necessária uma análise criteriosa acerca dos requisitos caracterizadores do dano moral, a fim de evitar a banalização do instituto, mas sem reforçar a impunidade dos pais que, de forma irresponsável e injustificada, prejudicam o desenvolvimento sadio da criança e do adolescente.

## **7 DEVER DE CUIDAR E AMAR**

Aos pais não há a faculdade, mas o dever jurídico de cuidar de seus filhos, como afirma a Ministra do Superior Tribunal de Justiça Nancy

Andrigni, no Recurso Especial Cível nº 1159242 – SP, sendo que o descumprimento dos deveres paterno-maternos cause, principalmente nas crianças e adolescentes, sérios danos que comprometam o seu desenvolvimento psíquico-social.

Em observância aos artigos 186 e 927 do vigente Código Civil, uma vez comprovado que a omissão culposa dos pais deu causa ao dano moral sofrido pelos filhos, aqueles ficam obrigados a repará-lo.

O cuidado constitui uma obrigação legal, estando, portanto, superado o argumento da impossibilidade de se obrigar a amar sempre utilizado nas discussões sobre o abandono afetivo.

Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos.

O amor diz respeito à motivação, questão que refoge os lindes legais, situando-se, pela sua subjetividade e impossibilidade de precisa materialização, no universo meta-jurídico da filosofia, da psicologia ou da religião.

O cuidado, distintamente, é tizado por elementos objetivos, distinguindo-se do amar pela possibilidade de verificação e comprovação de seu cumprimento, que exsurge da avaliação de ações concretas: presença; contatos, mesmo que não presenciais; ações voluntárias em favor da prole; comparações entre o tratamento dado aos demais filhos – quando existirem –, entre outras fórmulas possíveis que serão trazidas à apreciação do julgador, pelas partes.

Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.



(DISTRITO FEDERAL, Superior Tribunal de Justiça, Rel. Ministra Nancy Andriahi, 2012).

Se não há o dever de amar um filho, há o dever moral e jurídico de cuidá-lo, educando-o, acompanhando-o, com o fito de se cumprir não apenas com o dever legal, mas também com a formação integral do cidadão.

A presente discussão não está no inexistente dever de amar, mas sim no positivado dever de cuidar, constante em princípios e em dispositivos constitucionais, infraconstitucionais, bem como em normas internacionais.

Se não há cuidado não haverá amor, ambos os termos estão intrínsecos, mas no Direito é assegurado o cuidado da criança e do adolescente pelo pai, mãe, responsável, e ainda pelo Estado.

## **8 ABANDONO AFETIVO E O DANO MORAL**

No Direito e mais recentemente nas decisões dos Tribunais muito se discute a relevância da reparação por dano moral aos filhos que foram negados, privados do convívio, do cuidado pelos seus genitores.

O que se percebe com a pós-modernidade é que a legislação tem beneficiado os filhos, atentando para que os pais, além do cuidado pertinente a eles, amem-lhes, para que não surjam problemas futuros como os psíquico-sociais; evitando o abandono afetivo, em que os pais não têm tempo para cuidar e amar seus filhos.

Nessa perspectiva, e, mais recentemente, surge a reparação pelo dano causado por meio da ação por dano moral/material na tentativa de suprir a carência afetiva do filho.

Como assegura Maria Helena Diniz (2009, p. 96) "O dano moral decorre de uma violação do direito extrapatrimonial, mas o fato dos efeitos do direito violado serem imateriais não implica a inexistência da violação e do direito lesado".

A grande discussão está em se mensurar o *quantum* da indenização, pois é possível o preço da dor, do sofrimento, do descaso? A reparação pecuniária de um dano moral imposta ao culpado representa uma sanção justa para o causador, afirma Maria Helena Diniz (2009, p. 99). E, cabe ao juiz, examinando as circunstâncias de cada caso, decidir com fundamento e moderação, para que não se efetive o enriquecimento ilícito, sem causa. Como acrescenta:

A reparação pecuniária do dano moral não pretende refazer o patrimônio, visto que este, em certos casos, não sofreu nenhuma diminuição, mas dar ao lesado uma compensação, que lhe é devida, pelo que sofreu, amenizando as agruras oriundas do dano não patrimonial. (DINIZ, 2009, p. 99)

A questão do abandono afetivo na [filiação](#) impõe a discussão acerca da possibilidade ou não da reparação do dano moral causado ao filho menor, em razão da atitude omissiva do pai/mãe no cumprimento dos encargos decorrentes do poder familiar.

Em conformidade com o artigo 186 do Código Civil, pode-se afirmar que o primeiro elemento da responsabilidade civil por abandono afetivo é a omissão do pai/mãe em cumprir o dever jurídico de assistir cuidadosamente seus filhos.

As opiniões divergem, há os que defendem que a questão do abandono afetivo na filiação encontra solução dentro do próprio direito de família, com a destituição do poder familiar, e há aqueles que começam a se manifestar favoravelmente às reparações pecuniárias, uma vez comprovada a existência do dano moral, como forma de o filho ver-se reparado pelo dano causado.

As decisões dos Tribunais ainda são polêmicas, tendo havido decisões favoráveis, bem como decisões denegadas. A primeira e polêmica decisão favorável à reparação do dano moral por abandono afetivo foi em 2012.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu, no dia 24 de abril de 2012, pelo cabimento de indenização por danos morais decorrentes do abandono afetivo, como versa a ementa

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses

em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (DISTRITO FEDERAL, Superior Tribunal de Justiça, Rel. Ministra Nancy Andrichi, 2012).

A decisão acima submetida à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, a 3ª Turma por maioria dos votos deu parcial provimento ao Recurso Especial nº 1.159.242, condenando o pai negligente à reparação pecuniária do dano moral causado a filha, entretanto com redução do *quantum* para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Assim, o Poder Judiciário não pode obrigar alguém a amar ou a ter um relacionamento afetivo; caso contrário, a indenização pleiteada não cumpriria nenhuma função.

## CONCLUSÃO

Na Carta Maior e na Lei 8069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, a criança e o adolescente são protegidos de qualquer forma de negligência e gozam de prioridade absoluta com relação a seus interesses, em função de serem sujeitos vulneráveis e em desenvolvimento. Com relação aos pais, é dever decorrente do cuidado responsável, além do material, o moral e afetivo, no qual se insere também o dever de convivência familiar. Assim, apesar de não ser possível ao Direito obrigar o pai ou mãe a amar seu filho, a ausência do amparo moral e da convivência familiar é fator relevante ao Direito, pois nem o Judiciário nem ninguém possui esse dever de interferir nos sentimentos humanos, mas não defendemos aqui o inexistente dever de amar, e sim o positivado dever de cuidar constantes em princípios, em dispositivos constitucionais, infraconstitucionais e internacionais.

A omissão dos pais com relação ao dever de cuidado configura ato ilícito e gera danos de ordem moral ao filho, imaterial, pois afeta o desenvolvimento da personalidade do indivíduo, causando profundas consequências negativas que serão refletidas ao longo de toda a sua vida. Assim, surge como consequência o dever de responder pelo dano por parte

do genitor/genitora negligente e omissos nas suas responsabilidades; e, como forma de compensar, mesmo que minimamente o dano, e representar para o pai ou mãe um meio de sanção, pois não é suficiente a destituição do poder familiar para punir os pais que abandonam afetivamente seus filhos, considerando que esta só serviria de prêmio aos pais negligentes.

Portanto, é viável a indenização por abandono moral e afetivo, se presentes os pressupostos da responsabilidade civil e se utilizada com bom senso e cautela. Vislumbrando-se uma forma salutar para a adequação do direito de família, visto a proteção da dignidade da pessoa humana, dos direitos da personalidade e da solidariedade nas relações pessoais. Ainda assim, é extremamente necessária cautela na solução do caso concreto, uma vez que a questão não pode se transformar em meio para obtenção de vantagens, fazendo uso da criança para o enriquecimento ilícito, do filho/filha, que venha a fortalecer sentimentos mesquinhos, pessoais do genitor/genitora que tem ou teve a guarda, ou ainda do filho que quer se vingar do pai, sentimentos estes que devem ser totalmente afastados pelo Direito.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de Outubro de 1988**. Disponível em: . Acesso em: 29 ou 2017.

\_\_\_\_\_. Lei Federal 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o estatuto da criança e do adolescente, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Executivo. Brasília, DF 16 de Julho de 1990. Disponível em: . Acesso em: 10 ago 2017.

\_\_\_\_\_. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil Brasileiro. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Executivo. Brasília, DF 11 de Janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 10 ago 2017.

JUSBRASIL. Senado Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) – ADI 4277 SF, de 5 de maio de 2011. Relator: Ayres Britto. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, (Encampação dos Fundamentos da ADPF Nº 132 RJ pela ADI 4.277 DF) para conferir interpretação conforme à Constituição Federal ao artigo 1.723 o Código Civil. Atendimento as condições da ação. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/.../acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df->. Acesso em: 11 ago 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Cível nº 1159242 – SP (2009/0193701 – 9). Recorrente: Antônio Carlos Jamas Dos Santos. Recorrido:

Luciane Nunes de Oliveira. Relator: Nancy Andrighi. São Paulo, 24 de abril de 2012. LexML: Rede de informação Legislativa e Jurídica. Disponível em: . Acesso em: 30 out 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 14447.47 – DF (2015/14447-47). Recorrente: E.T.M. (adotante) em favor de V.T.S.C. (adotando). Recorrido: M.M.C. (pai biológico de V.T.S.C.) Relator: Ricardo Villas Bôas Cueva, Distrito Federal, 17 de março de 2015. **JusBrasil**. Disponível em: . Acesso em: 29 out 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 70057493546. Relator: Rui Patanova. Rio Grande do Sul, 27 de fevereiro de 2014. **JusBrasil**. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/.../agravo-de-instrumento...70057493546.../inteiro-teor..> Acesso em: 29 out 2017.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 898060. Relator: Luiz Fux. Brasília, 15 de março de 2016.* JusBrasil. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/.../agreg-no-recurso-extraordinario-agr-re-898060-sc-santa.reg.no.recurso.extraordinario:agr.re.898060sc-santa.catarina>>. **Acesso em:** 23 de out 2017.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

CARVALHO, Justiny Rodrigues; MARQUES, Vinicius Pinheiro. **Responsabilidade Civil Decorrente do Abandono afetivo dos**

**Pais** **Perante** **seus**  
**Filhos.** <https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/direito/article/view/1399/8239> de VP Marques - 2015 - [Artigos relacionados](#). Acesso em: 30 de out 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 5, direito de família**. 25 ed. – São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 7, responsabilidade Civil**. 23 ed. reformulada – São Paulo: Saraiva, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito de família: As famílias em perspectiva constitucional**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume 6, direito de família**. 9 ed. – rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do Trabalho Científico**. Procedimentos Básicos; Pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos. – 7ed. – 2. Reimpr. – São Paulo: Atlas, 2014.

\_\_\_\_\_, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. Fundamentos da Metodologia Científica. – 7 ed. – São Paulo: Atlas, 2009.

**PEDROSO, Juliane**. Abandono afetivo frente ao ordenamento jurídico Brasileiro. **Disponível**

**em:** <<https://juuliane.jusbrasil.com.br/.../abandono-afetivo-frente-ao-ordenamento-juridico>. Acesso em: 11 de ago. 2017.

NOTA:

[1] **Faculdade Católica do Tocantins – FACTO**; Prof<sup>a</sup>. Dra. em  
Tecnologia Nuclear IPEN/USP

karine.mota@cotolica-to.edu.br



## **CONSIDERAÇÕES ACERCA DA NATUREZA JURÍDICA DO PEDÁGIO: TAXA OU TARIFA.**

**DANILO CAMPOS TEIXEIRA:**  
Bacharelado do curso de Direito de  
Faculdade Serra do Carmo

**ANTÔNIA MARIA DA SILVA**

(Orientadora)<sup>[1]</sup>

**RESUMO:** Este estudo tratará sobre a natureza jurídica do pedágio cobrado pelo uso de vias conservadas pelo Poder Público: se taxa ou tarifa. Como taxa seu regime seria o tributário e a obrigação legal, já como tarifa o regime e a obrigação seriam contratuais. O trabalho procurará expor os pensamentos doutrinários e jurisprudenciais divergentes sobre o tema a fim de propor reflexão e ao final um posicionamento sobre a natureza jurídica que o pedágio pode assumir. A pesquisa será teórica e usará uma abordagem qualitativa de doutrinas e jurisprudências. Ainda mostrará que o pedágio no Brasil tem assumido a natureza tarifária, sem exceção, mas que não há óbice que sua cobrança se dê por meio de taxa. Por fim, será demonstrado que o pedágio pode assumir tanto o caráter tributário, ao ser cobrado por empresas públicas, quanto o de tarifa, ao ser cobrado por concessionárias de serviço público.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pedágio; Tributo; Tarifa; Natureza Jurídica.

**ABSTRACT:** This study will deal with the legal nature of the toll charged by the use of roads conserved by the Public Power: if rate or rate. As rate its regime would be the tributary and the legal obligation, since as tariff the regime and the obligation would be contractual. The work will try to expose the divergent doctrinal and jurisprudential thoughts on the subject in order to propose reflection and at the end a position on the legal nature that the toll can assume. The research will be theoretical and will use a qualitative approach to doctrines and jurisprudence. It will also show that the toll in Brazil has assumed the tariff nature, without exception, but that there is no obstacle that its charge is given by means of a fee. Finally, it will be demonstrated that the toll can assume both the tax character, when being charged by public companies, and the tariff, when it is charged by public service concessionaires.

**KEYWORDS:**Toll; Tribute; Tariff; Legal nature.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 TRIBUTO E SUAS ESPÉCIES. 2.1 CONCEITO. 2.2 IMPOSTOS. 2.3 TAXAS. 2.4 CONTRIBUIÇÕES DE MELHORIA. 2.5 EMPRÉSTIMOS COMPULSÓRIOS. 2.6 CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS. 2.7 LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR. 2.7.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 2.7.2 PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE. 2.7.3 PRINCÍPIO DA ANTERIORIDADE. 2.7.4 PRINCÍPIO DA NOVENTENA. 2.7.5 PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE TRÁFEGO. 3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PEDÁGIO. 3.1 CONTEXTUALIZAÇÃO. 3.2 CONCEITO. 3.3 DISTINÇÕES ENTRE TARIFA, PREÇO PÚBLICO E TAXA. 4 PONDERAÇÕES ACERCA DA REAL NATUREZA JURÍDICA DO PEDÁGIO. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

No cenário político atual, as privatizações têm tomado posição de destaque no Brasil. Na área de transporte, as privatizações de rodovias são tidas como solução para o problema de infra-estrutura da combalida malha rodoviária do país. Assim, surge a figura do pedágio, visto que ele é a forma de retribuição pelos serviços prestados pelas concessionárias ou empresas públicas que conservam as rodovias.

Pode-se dizer que o pedágio é uma restrição à liberdade de tráfego constitucionalmente permitida. O usuário que utilizar uma via conservada pelo poder público ou por uma concessionária de serviço público deverá retribuir o seu uso através do pedágio. Mas que espécie de cobrança seria o pedágio? Qual a sua natureza jurídica? Uma taxa ou uma tarifa?

Há divergências doutrinarias e jurisprudenciais acerca da real natureza do pedágio. Na doutrina há os que o defendem como um tributo, visto que sua posição no texto constitucional fazer referência a tributos. Outra linha de pensamento já o considera uma tarifa por possuir características eminentemente contratuais.

O presente trabalho investigou sobre essa natureza jurídica, se taxa ou tarifa. Em sendo uma taxa o vínculo obrigacional será de natureza tributária do contrário, como uma tarifa, suas características serão de natureza contratual.

Diante do possível caráter tributário do pedágio, o trabalho conceituará os tributos, mostrando suas espécies e as limitações ao poder de tributar. Em seguida trará a noção sobre o pedágio, suas características, histórico e contextualização, bem como o conceito de preço público e tarifa. Ao final, estudará as concepções acerca do tema nas doutrinas e jurisprudências a fim de definir a natureza jurídica do pedágio.

Este estudo assume relevância, tendo em vista que procurará trazer esclarecimento sobre a natureza jurídica desse instituto, uma vez que não há no nosso ordenamento jurídico posição definitiva sobre a questão em comento. Tampouco a doutrina e a jurisprudência se alinham no mesmo sentido.

O método utilizado neste trabalho será o de pesquisa teórica descritiva, pois serão elencadas as características do pedágio e seus correlatos: taxa e tarifa. Serão expostas suas aplicações, buscando expor seus conceitos e interpretá-los.

A abordagem utilizada no estudo será qualitativa, haja vista que o critério usado para a identificação dos resultados será valorativo, tendo um caráter subjetivo. No estudo sobre o pedágio não serão levados em conta números ou estatísticas, mas tão somente conceitos. A pesquisa bibliográfica e documental norteará a investigação sobre as características do pedágio. Para tanto, serão utilizados livros e artigos já publicados sobre o tema e jurisprudências.

O trabalho está organizado em quatro capítulos. No primeiro capítulo temos a conceituação de tributo e as principais espécies tributárias. No segundo foi tratado das limitações ao poder de tributar. O conceito de pedágio foi tratado na terceira seção, bem como a noção sobre tarifas. Por fim, foram feitas as considerações sobre a natureza jurídica do pedágio.

## 2. TRIBUTO E SUAS ESPÉCIES

### 2.1. CONCEITO

A finalidade da existência do Estado é proporcionar o bem comum, a justiça social e atender o interesse coletivo. Para atingir tais objetivos faz-se necessário organização e financiamento. Segundo Alexandre (2017, p.40), para atingir tal mister, o Estado precisa obter recursos financeiros, o que faz, basicamente, de duas formas, qual seja, obtendo receitas derivadas e originárias.

No contexto, a receita pública originária advém da exploração do próprio patrimônio estatal. As derivadas se originam da exploração do patrimônio de terceiros.

Os tributos se enquadram como receitas derivadas já que derivam da exploração do patrimônio de terceiros, sendo que o conceito legal de tributo encontra-se definido no Código Tributário Nacional em seu artigo 3º:

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.

A definição legal destaca que o tributo é uma prestação pecuniária, ou seja, definida em dinheiro. É compulsória, o que segundo Alexandre (2017), por ser uma receita derivada, sujeita ao regime de direito público, não há espaço para a autonomia da vontade, não há consentimento, deve-se pagar o tributo.

Não obstante, o tributo não se confunde com a multa. Alexandre (2017, p.48) afirma que a diferença entre tributo e multa reside em que a multa é, por definição, justamente o que o tributo, também por definição, está proibido de ser: a sanção, a penalidade por um ato ilícito.

Todo tributo deve ser instituído por lei, sendo esta uma regra que não admite exceções. Isso porque apenas o Poder Legislativo, representante das vontades populares, pode impor obrigações tributárias a todos.

Por fim, a cobrança do tributo não é feita sem limites. A Constituição Federal de 1988/CF impõe regras a este poder de tributar através de princípios constitucionais, representando tais princípios, limitações ao poder de tributar.

A Constituição Federal e o Código Tributário Nacional elencam apenas três tipos de tributos, a saber: taxas, impostos e contribuições de melhoria, referendando a teoria da tripartição dos tributos. Contudo doutrina e jurisprudência atuais têm sido unânimes em distinguir mais duas espécies de tributos que seriam os empréstimos compulsórios e as contribuições especiais. Conforme Sabbag (2018) essa nova distinção das

espécies tributárias faz parte da teoria intitulada pentapartida, que complementa a teoria da tripartição dos impostos

## 2.2.IMPOSTOS

O artigo 16 da Lei 5.172/1966 (Código Tributário Nacional/CTN) define o imposto como tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

Por seu fato gerador se embasar em uma situação independente de atividade estatal, dizemos que o imposto é um tributo não vinculado, ou seja, sua cobrança não depende ou se vincula a uma contraprestação estatal. A exigência do imposto não está ligada a uma atividade estatal, mas sim a uma circunstância particular do contribuinte (Sabbag, 2018).

Paulsen (2014, p.67) entende que os impostos são tributos que incidem, necessariamente, sobre revelações de riqueza do contribuinte. Nesse sentido, são as normas de competência dos artigos 153, 155 e 156, da CF/88, que indicam bases econômicas relacionadas exclusivamente aos contribuintes, como a aquisição de renda, a circulação de mercadorias, a propriedade predial e territorial urbana. Os fatos geradores de impostos, portanto, serão situações relacionadas ao contribuinte, e não ao Estado, ou seja, fatos geradores não vinculados a qualquer atividade do Estado.

Nesse sentido, os impostos conforme Alexandre (2017, p.59), não incorporam, no seu conceito, a destinação de sua arrecadação a esta ou àquela atividade estatal. Aliás, como regra, a vinculação de sua receita a órgão, fundo ou despesa é proibida diretamente pela Constituição Federal (art. 167, IV). Portanto, além de serem tributos não vinculados, os impostos são tributos de arrecadação não vinculada. Sua receita presta-se ao financiamento das atividades gerais do Estado, remunerando os serviços universais (utiuniversi) que, por não gozarem de referibilidade (especificidade e divisibilidade), não podem ser custeados por intermédio de taxas.

## 2.3. TAXAS

As taxas são tributos cujo fato gerador é uma atividade que o poder público presta ao contribuinte, sendo, portanto, tributos que se vinculam a uma atividade estatal.

O seu conceito se encontra no artigo 77 do CTN, prescrevendo que as taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

O fato gerador das taxas se limita e se divide em exercício regular do poder de polícia e a utilização efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível. Tais fatos geradores realçam o caráter contraprestacional e retributivo das taxas, ou seja, o contribuinte sabe qual a destinação o Estado dará ao tributo (Alexandre, 2017).

Nesse sentido, o artigo 78 do CTN pontua que considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

A taxa de serviço tem sua cobrança vinculada à utilização efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto a sua disposição (art. 77, caput, CTN), sendo a divisibilidade e especificidade são fatores preponderantes para a criação das taxas de serviço.

De acordo com entendimento de Alexandre (2017, p.65), a criação das taxas de serviço só é possível mediante a disponibilização de serviços públicos que se caracterizem pela divisibilidade e especificidade, que segundo o Código Tributário Nacional, os serviços são específicos quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade públicas; são divisíveis quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários, consoante art. 79, incisos II e III, do CTN.

#### 2.4. CONTRIBUIÇÕES DE MELHORIA

Assim como as taxas, as contribuições de melhoria também são tributos vinculados a uma atividade estatal específica.

A CF/88 em seu art. 145, III, atribui competência tributária para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituírem contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

Já o art. 81 do CTN dispõe que a contribuição de melhoria cobrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, é instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.

São, portanto, contribuições derivadas de obras públicas que tragam valorização imobiliária para o contribuinte.

## 2.5. EMPRÉSTIMOS COMPULSÓRIOS

São tributos tratados na CF/88 em seu art. 148, atribuindo à União, mediante lei complementar, instituí-los com os seguintes objetivos: (i) para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; e (ii) no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o princípio da anterioridade do exercício.

Alexandre (2017, p.82) define que os empréstimos compulsórios são empréstimos forçados, coativos, porém restituíveis. A obrigação de pagá-los não nasce de um contrato, de uma manifestação livre das partes, mas sim de determinação legal. Verificada a ocorrência do fato gerador, surge a obrigação de "emprestar" dinheiro ao Estado, cuja aplicação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição nos termos do parágrafo único do art. 148 da CF/88.

## 2.6. CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS

As contribuições especiais são tratadas no art. 149 e 149-A da CF/88, tendo como subespécies as contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico, de interesse das categorias profissionais ou econômicas e o serviço de iluminação pública.

Quanto à definição do tributo, assim discorre Paulsen (2014, p. 75):

Há situações em que o Estado atua relativamente a um determinado grupo de contribuintes. Não se trata de ações gerais, a serem custeadas por impostos, tampouco específicas e divisíveis, a serem custeadas por taxa, mas de ações voltadas a finalidades específicas que se referem a determinados grupos de contribuintes, de modo que se busca, destes, o seu custeio através de tributo que se denomina de contribuições.

Ainda conforme Paulsen (2014, p.76) outra característica importante das contribuições é a referibilidade que consiste na exigência do tributo de determinados grupos de contribuintes. O benefício do tributo não será individual, mas se relacionará a atividade do grupo. Assim são as contribuições sindicais de grupos profissionais.

## 2.7. LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR

Dentre as limitações ao poder de tributar, destacam-se os princípios da legalidade, irretroatividade, anterioridade, noventena e liberdade de tráfego.

Conforme Sabbag (2018) as limitações são verdadeiros controles ao poder de tributar do Estado, impedindo uma invasão do patrimônio do contribuinte.

### 2.7.1. Princípio da legalidade

Tal princípio enseja que todo e qualquer tributo só poderá ser criado por lei.

O art.150, I, da Constituição Federal, textualmente veda se exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça, sendo corolário do ditame contido no conceito veiculado no art.3º do CTN ao dizer que tributo é prestação "instituída em lei".

Ainda comentando o art.150, I, da CF Alexandre (2017, p.130) diz:

A palavra "exigir"; constante do transcrito art. 150, I, da CP, possui o sentido de cobrar o tributo. Como a cobrança depende, por óbvio, da prévia instituição da



exação, o dispositivo acaba por impor que o tributo só pode ser criado por lei, seja ordinária, casos em que pode haver a utilização de Medida Provisória, ou complementar.

Convém ressaltar que o princípio da legalidade também abarca a majoração e a redução dos tributos, bem como sua extinção, ou seja, aumentar, diminuir ou extinguir um tributo somente ocorrerá por meio de lei.

### **2.7.2. Princípio da Irretroatividade**

De acordo com o art. 150, III, a, da CF/88, é vedado aos entes federados, cobrar tributos sem relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado.

A vedação se refere a situação hipotética em que uma lei criada na presente data venha a exigir tributo que tenha seu fato gerador ocorrido em data anterior a vigência da lei, cuja intenção é proteger o contribuinte dando-lhe segurança jurídica quanto a novos fatos tributários.

O princípio da irretroatividade juntamente com os princípios da anterioridade e noventena fazem parte do princípio geral "da não surpresa", os quais, de acordo com Alexandre (2017) protegem o contribuinte de surpresas tributárias quanto a fatos passados e presentes.

### **2.7.3. Princípio da anterioridade**

O princípio da anterioridade está previsto no art.150, III, b, da Constituição Federal, o qual veda aos entes federados, cobrar tributos "no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os houver instituído ou aumentado".

O dispositivo em questão estabelece como regra que o ente federado que tenha editado uma lei para criar um tributo só poderá passar a cobrar a exação no ano seguinte ao que foi publicada a lei.

Para Alexandre (2017, p. 164), a idéia fundamental do princípio é proteger o contribuinte contra a imediata aplicação de normas que aumentem a carga tributária a que ele já está sujeito (casos de instituição ou majoração de tributos).

É importante frisar que princípio visa proteger contra aumentos da carga tributária, não atingindo diminuições ou extinções de tributos já que são medidas benéficas ao contribuinte.

Sobre o princípio e sua finalidade de trazer segurança ao contribuinte, Sabbag (2018, p.94), afirma que a anterioridade objetiva ratificar o sobreprincípio da segurança jurídica, evitando-se que o contribuinte se veja diante de inesperada cobrança tributária.

#### **2.7.4. Princípio da noventena**

Também conhecido como princípio da anterioridade nonagesimal, está descrito no art. 150, III, c, da CF/88, o qual veda aos entes federados, cobrar tributos antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o dispositivo na alínea b.

O princípio diz que o tributo só pode ser cobrado em 90 dias após a publicação da lei que o instituiu. Tal princípio reforça o princípio da anterioridade anual. Nesse contexto Sabbag (2018), diz que com o robustecimento da anterioridade de exercício, em face do “reforço de anterioridade”, trazido pela Emenda Constitucional n. 42, passou a exigir, a partir de 2004, a aplicação cumulativa das anterioridades anual e nonagesimal.

#### **2.7.5. Princípio da liberdade de tráfego**

O princípio em questão é o que norteia o presente estudo, pois é nele em que se insere a problemática do instituto do pedágio.

Como os princípios tratados anteriormente, este também se encontra no art.150, V, da CF/88, o qual determina que é vedado aos entes federados estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público. O referido princípio tem como base um direito fundamental que é a liberdade de locomoção, também tratado na Constituição Federal em seu art. 5º, XV, onde se diz que é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

O princípio em si procura proteger a livre circulação de pessoas e bens pelo território nacional, sem que sobre eles sobrevenha tributação,

dificultando a livre locomoção. Porém o mesmo princípio traz como ressalva o pedágio, que seria uma exação permitida como contraprestação pelo uso de vias conservadas pelo Poder público.

Sobre o pedágio, Alexandre (2014, p.182) escreve que, no que se refere ao pedágio, a questão é bastante controversa, principalmente com relação a sua natureza jurídica (tributária ou não). É nessa controvérsia que o presente estudo se baseará.

### **3. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PEDÁGIO**

#### **3.1. CONTEXTUALIZAÇÃO**

Na definição de Savaris (2004, p. 35), "a noção de pedágio se prende, desde sempre, à obrigação de pagamento pela passagem por determinado caminho. É a partir desse núcleo invariável que se elaboram os conceitos oferecidos pela doutrina".

O surgimento do pedágio no Brasil como uma cobrança, constitucionalmente permitida, se deu primeiramente com a Constituição de 1946. No entanto, em períodos anteriores já se vislumbrava a concessão da exploração de estradas e pontes para a iniciativa privada, tais concessões ainda se davam por intermédio de atos legais específicos (Savaris, 2004).

Como dito, foi na Constituição de 1947, que pela primeira vez foi citado o pedágio como exceção ao princípio da não limitação ao tráfego de pessoas e bens, o que foi repetido na Constituição de 1967. Já na Constituição de 1969 o pedágio foi retirado do texto e passou a ser normatizado através de Decreto-lei como preço público ou tarifa. Somente com a Constituição Federal de 1988 o pedágio voltou ao texto constitucional, na parte reservada aos tributos. Contudo as mudanças no tratamento legal dado ao instituto do pedágio, no decorrer da história, acabaram por imprimir incertezas sobre a sua natureza jurídica (Sabbag, 2018).

É certo que com a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a consequente redemocratização do Brasil, houve uma mudança nos paradigmas da política nacional da década de 90.

O Estado até então governado pelos militares, havia se agigantado e não alcançava seus fins. Uma nova tendência para reduzir a máquina pública tomava a consciência política, e conforme Savaris (2004, p.19), a

partir da década de 90, verificou-se em nosso País uma onda de opções políticas que se dirigiam a reduzir o Estado por meio da alienação de suas empresas e transferência da execução de obras e serviços públicos para o setor privado.

Nesse contexto, o deficitário setor de infraestrutura e transportes entrou na pauta governista, e as rodovias e estradas nacionais passaram a ser cedidas à iniciativa privada. Em contrapartida foi oferecida às empresas a possibilidade de remunerar o serviço de conservação das vias através da cobrança do pedágio.

### 3.2. CONCEITO

Paulsen (2014, p.191) assim leciona que o pedágio é cobrado pela utilização de rodovia conservada pelo poder público, visando a fazer frente às despesas com a conservação.

O pedágio tem sua previsão legal no artigo 150, V, da CF/88, em que é vedado aos entes federados estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público.

O referido inciso trata da liberdade de tráfego que é uma das limitações constitucionais ao poder de tributar. Portanto, o pedágio se apresenta como uma ressalva a este princípio.

Para Sabbag (2018, p.271) é uma ressalva baseada unicamente na utilização das rodovias conservadas pelo Poder Público, e não pela mera transposição de Município ou de Estado. De modo objetivo, o constituinte quis garantir que a exigibilidade do pedágio não fosse ameaçada pelo agito do princípio da liberdade de tráfego.

Não restam dúvidas que o fato jurídico que enseja a cobrança do pedágio é a utilização da rodovia e não a mera transposição de divisas entre entes federados. Ressalte-se ainda que apenas aqueles que utilizarem efetivamente a via conservada terão que pagar o pedágio.

A via conservada é entendida como aquela que irá oferecer ao seu usuário as melhores condições para se trafegar, como bom asfalto, boa iluminação e serviços de atendimento ao usuário em geral (Sabbag, 2018). Não há que se confundir a conservação com a construção de estradas, pois a construção poderia dar ensejo à cobrança de contribuição de melhoria,

mas não do pedágio que é destinado apenas à conservação da via (Amaro, 2014).

Já quanto à natureza jurídica do pedágio há uma grande controvérsia sobre a sua verdadeira feição, se tributo ou tarifa. Primeiramente o pedágio é tratado na Constituição na parte reservada aos tributos.

Alexandre (2017, p.182), a esse respeito, ensina que por uma questão de lógica, é possível afirmar que o legislador constituinte originário imaginou o pedágio como um tributo. O raciocínio é bastante simples: só se exclui de uma regra algo que, não fora a disposição excludente, faria parte da regra.

Nesse sentido, seria então o pedágio um tributo, pois a própria Constituição o referendou como tal ao posicioná-lo na parte reservada aos tributos em seu texto.

Mas a aplicação do pedágio nas estradas brasileiras mostra outra realidade. O que se vê é que ele é exigido como se tarifa fosse obedecendo a um regime verdadeiramente contratual.

### 3.3. DISTINÇÕES ENTRE TARIFA, PREÇO PÚBLICO E TAXA

Preço público e tarifa são receitas originárias, ou seja, obtidas com base na exploração do patrimônio do Estado. As tarifas são espécie do gênero preço público, sendo assim diferenciados:

a) os preços públicos obtidos pela venda de produtos ou serviços produzidos ou prestados por empresas públicas e sociedade de economia mista: os preços públicos, hauridos de operações de venda de produtos ou serviços produzidos ou prestados por empresas públicas e sociedade de economia mista são inquestionáveis receitas originárias.

b) as tarifas exigidas pelas entidades prestacionistas: as tarifas, como exemplos de preços públicos, são os clássicos exemplos de receitas originárias, colocando-se em lado diametralmente oposto ao dos tributos – nítidas receitas derivadas. Com efeito, “trata-se de receita derivada e de receita originária, respectivamente, o tributo e a tarifa”, Sabbag (2018, p.46).

Os preços públicos são receitas obtidas quando o Estado explora serviços por intermédio de suas empresas públicas ou sociedades de

economia mista, já as tarifas são receitas obtidas por empresas que obtêm a concessão ou permissão da exploração de serviços públicos.

Cabe ainda ressaltar a diferença conceitual entre taxas de serviço e tarifa. Ambas são espécies de receita pública e tem caráter contraprestacional, além do que é necessário que se identifique o beneficiário do serviço público para que sejam cobradas (Alexandre, 2017).

Alexandre (2017, p.74) ainda discorre que a principal diferença entre os dois institutos consiste em que o regime jurídico a que estão submetidas as taxas é o tributário, tipicamente de direito público. Já as tarifas estão sujeitas a regime contratual, ineludivelmente de direito privado. Dessa diferença fundamental decorrem as demais.

Como a tarifa não é tributo, a ela não se aplicam as limitações ao poder de tributar como o princípio da legalidade. As tarifas derivam da autonomia da vontade, sendo instituídas por contratos, ou seja, se submetem ao regime jurídico do direito privado. Sua prestação não é compulsória e sim facultativa, pois como dito derivam da autonomia da vontade.

Ainda podemos elencar como diferença, que as tarifas irão englobar apenas os serviços não essenciais ao interesse público que em geral são delegáveis, como a tarifa de energia.

Nesse sentido, a realidade brasileira nos mostra que os pedágios têm sido cobrados na forma de tarifa tanto nas rodovias concedidas à iniciativa privada quanto naquelas administradas por autarquias estaduais ou por sociedade de economia mista (Sabbag, 2018).

As estradas e ruas são bens de uso comum do povo e conforme o art. 103 do Código Civil Brasileiro, o uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem. Tal dispositivo permite a cobrança pelo uso de bens públicos entre eles as estradas e essa possibilidade poderá ser exercida tanto pela própria administração quanto por entidades as quais ela delegar tal poder.

Nesse mesmo entendimento é possível que o poder público, por meio de licitação, faça a concessão ou permissão da prestação de serviços públicos, conformecaputdo art. 175 da CF/88. Este mesmo artigo em seu inciso III estabelece que a lei disporá sobre a política tarifária, ou seja, o

dispositivo constitucional afirma que a forma de retribuição pelos serviços concedidos a iniciativa privada será por meio de tarifas.

A Lei 10.233/2001 que regula a concessão de exploração de infraestrutura e transporte público, também afirma que a exploração dos serviços públicos pelas concessionárias será retribuída por meio de tarifas o que é demonstrado pelo art. 28, II, b, da referida lei.

#### **4. PONDERAÇÕES ACERCA DA REAL NATUREZA JURIDICA DO PEDÁGIO**

O pedágio é uma retribuição pelo uso de rodovias conservadas pelo poder público. É também uma ressalva constitucional ao princípio da liberdade de tráfego já que sua cobrança restringe a livre locomoção pelo território nacional.

Contudo as certezas sobre o pedágio param por aí. Adoutrina e a jurisprudência sustentam controvérsias sobre a sua real natureza jurídica: taxa ou tarifa? A questão assume importância pelo fato de que se o pedágio for considerado uma taxa deverá obedecer a todos os limites do poder de tributar, mas se for entendido como uma tarifa sua cobrança ficará restrita apenas a observância de questões contratuais (Sabbag, 2018).

Uma primeira concepção doutrinária entende o instituto como um tributo, levando-se em conta sua posição no texto Constitucional.

Para Amaro (2014, p.64), não resta dúvida quanto à natureza tributária do pedágio, tendo em vista que a disposição deu legitimação constitucional expressa ao pedágio. Além disso, reconheceu-lhe natureza tributária (por oposição à ideia de que ele traduziria um preço público), pois essa figura está referida num dispositivo que cuida de tributos, e como exceção a um princípio que limita a criação de tributos.

Assim, na concepção de Amaro (2014) o pedágio seria uma figura tributária autônoma, que integraria o rol de tributos da Constituição.

Na mesma linha de raciocínio, Alexandre (2017, p.182) comenta que por uma questão de lógica, é possível afirmar que o legislador constituinte originário imaginou o pedágio como um tributo. O raciocínio é bastante simples: só se exclui de uma regra algo que, não fora a disposição excludente, faria parte da regra.

Como tributo, o pedágio seria uma espécie de taxa de serviço, específica e divisível, cobrada pela utilização efetiva do serviço de conservação de vias. Tal entendimento também encontra respaldo em julgamento do STF dos Recursos extraordinários 181.475 e 194.862 sobre o já extinto selo-pedágio. Embora tenha características diferentes do pedágio atual o antigo selo-pedágio também era dotado de especificidade e divisibilidade (Alexandre, 2017).

Reiterando este entendimento, escreve Soares de Melo (1996, p.52), que o pedágio foi elevado a estatura constitucional, por expressa referência, torna-se conveniente examinar sua natureza jurídica e os princípios que lhe são aplicáveis. Como sua materialidade centra-se na “utilização de vias conservadas pelo Poder Público”, é revelada nitidamente a figura da taxa, em razão dos mencionados serviços.

Em oposição ao entendimento da natureza tributária do pedágio outra linha doutrinária entende ser ele um preço público. Reforçando essa visão temos a realidade das rodovias pedagiadas no país nas quais a exação é cobrada na forma de tarifa que é uma modalidade de preço público.

Para essa outra linha, a posição do pedágio na Constituição, na parte reservada aos tributos, não dá certeza sobre a sua natureza tributária.

Azambuja (2008, p.176) afirma que, a ser assim, deveria então considerar como obrigações não tributárias a Contribuição para o Salário-Educação (CF, art. 212, § 5º) e a Contribuição para o PIS (CF, art. 239), pois ambas estão fora do capítulo relativo ao Sistema Tributário Nacional, não estando compreendidas também no art. 195, da CF/88, cujas contribuições mencionadas são efetivamente tributos por força do disposto no art. 149 da Lei Magna.

Na mesma linha de entendimento sabe-se que a prestação dos serviços públicos, inclusive a conservação de vias, é passível de delegação ou concessão e lei específica disporá sobre a política tarifária, conforme art. 175, CF/88. Nas rodovias concedidas à iniciativa privada, o pedágio passa a ser a forma de retribuição pelos serviços prestados pela empresa privada, vencedora da licitação. Tal fato afasta a natureza tributária da cobrança, pois, se tributo fosse, estaria afeto às limitações ao poder de tributar (legalidade, anterioridade etc).

Na mesma linha, Sabbag (2018, p.272) ensina que o pedágio é prestação comumente arrecadada e fiscalizada por entidade privada com



fins lucrativos (as concessionárias), que se colocam na condição de “sujeitos ativos” – um paradoxo inconcebível no campo da obrigação tributária, uma vez que a sujeição ativa deve ser exercida por pessoa política de direito público interno.

A Lei 10.233/2001 que regula a concessão de exploração de infraestrutura e transporte público reforça o caráter tarifário do pedágio nas concessões como no §2º do art. 26, em que diz:

§ 2º Na elaboração dos editais de licitação, para o cumprimento do disposto no inciso VI do *caput*, a ANTT cuidará de compatibilizar a tarifa do pedágio com as vantagens econômicas e o conforto da viagem, transferidos aos usuários em decorrência da aplicação dos recursos de sua arrecadação no aperfeiçoamento da via em que é cobrado”.

Outro ponto abordado pela doutrina é a análise da compulsoriedade no uso das rodovias pedagiadas. Como se sabe uma das características definidoras do tributo é a sua compulsoriedade, ou seja, a sua exigência ou pagamento independe da vontade do contribuinte, conforme art. 3º do CTN.

A ADI nº800/RS de 11/6/2014 tratou da natureza jurídica do pedágio cobrado pelo DAER/RS, uma autarquia estadual. O pleno do STF considerou o pedágio um preço público, tendo como núcleo de sua argumentação que a sua exigência não é compulsória, ou seja, há a faculdade em usar ou não uma rodovia pedagiada. Considerou ainda que a definição do pedágio como taxa ou tarifa depende do preenchimento dos requisitos do art. 3º do CTN, e que a falta da compulsoriedade desqualifica o pedágio-taxa.

Ao analisar a compulsoriedade como fator essencial para a elucidação da natureza do pedágio, a Suprema Corte desconsiderou outros argumentos que merecem ser examinados, pois há tributos, como as taxas de serviço, que são devidos apenas quando da utilização efetiva ou potencial do serviço.

Alexandre (2017, p.183) dá como exemplo as taxas judiciárias (custas judiciais), que remuneram serviço público específico e divisível (jurisdição) cuja utilização efetiva é imprescindível para que a cobrança seja possível.

Não há que se falar em compulsoriedade na cobrança de taxa de serviço, o que contraria até mesmo a Súmula 545 do STF que considera tal fator preponderante para diferenciar taxa de tarifa:

Sumula n. 545. Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização orçamentária, em relação à lei que as instituiu.

Sabbag (2018, p.282) assim se posiciona sobre a Súmula 545 do STF:

Não conseguimos considerar tal critério exaustivo e suficiente, pois a Súmula, ao mencionar que as taxas são compulsórias, e os preços não o são – o que é pouco inovador, pois os tributos são dotados de compulsoriedade (art. 3º do CTN) –, não teria querido assegurar que o fato gerador “utilizar o serviço público” será sempre compulsório, pois é sabido que a taxa de serviço pode ser de utilização efetiva ou potencial (art. 145, II, CF e art. 79, I, “b”, do CTN)

Portanto, não pode ser a compulsoriedade o único fator relevante para diferenciar taxa de tarifa. As taxas de serviço podem ser cobradas apenas pelo seu uso efetivo, existindo então voluntariedade na escolha do seu pagamento.

Distanciando-se da compulsoriedade, Sabbag (2018, p.502) define que o traço marcante que deve diferir taxa de preço público está na inerência ou não da atividade à função do Estado. Assim, se houver evidente vinculação e nexos do serviço com o desempenho de função eminentemente estatal, teremos a taxa. Doutro modo, se ocorrer desvinculação do serviço com a ação estatal, inexistindo óbice ao desempenho da atividade por particulares, haverá tarifa.

Sabe-se que não há óbice quanto a concessão da conservação de rodovias à iniciativa privada, conforme prevê o art.175 da CF/88. Assim, nessas concessões, despontaria para o pedágio a natureza de tarifa.

Mas por outro lado, é também possível que o próprio Estado institua o pedágio, cobrando-o através de suas autarquias ou empresas públicas.

Nessa situação, estaríamos diante de uma exação cobrada pela utilização efetiva de serviços públicos específicos e divisíveis postos à disposição do contribuinte tendo como sujeito ativo pela sua cobrança o Estado, através de sua autarquia, o que evidenciaria a natureza de taxa de serviço para o pedágio.

Reforçando essa posição, Savaris (2004, p.91), conforme citado por Antonio Carlos Cintra do Amaral (2002, p.26), comenta:

Antonio Carlos Cintra do Amaral, fiel à sua concepção de que a remuneração paga à concessionária pelo usuário de serviço é preço público, afirma que o pedágio tanto pode ser taxa como tarifa: " Se a rodovia é explorada diretamente pelo Poder Público, o pedágio pago pelo usuário é taxa. Se a rodovia é explorada indiretamente, mediante concessão, com fundamento no art. 175 da Constituição, o pedágio pago pelo usuário à concessionária é tarifa.

De toda sorte, a regra seria que, se a exploração se der diretamente pelo Estado estaremos diante de uma taxa, mas do contrário, se a exploração se der por um ente privado teremos a tarifa.

## **5. CONCLUSÃO**

O desenvolvimento desta pesquisa trouxe a análise sobre a natureza jurídica do pedágio, se taxa ou tarifa. Para tanto foram pormenorizados conceitos e características dos tributos, dos preços públicos e em especial do pedágio.

O pedágio é considerado uma exceção ao princípio tributário da não limitação ao tráfego de pessoas e bens, se apresentando, para alguns doutrinadores, como um verdadeiro tributo, em virtude de sua posição na parte reservada aos tributos na Constituição Federal.

Como um tributo seria uma taxa de serviço já que a sua cobrança se dá pela utilização efetiva de serviços públicos específicos e divisíveis. Sendo uma taxa, princípios como o da legalidade, anterioridade e outros deveriam ser respeitados.

Já como uma tarifa, ao pedágio não se aplicariam as limitações ao poder de tributar como o princípio da legalidade, pois as tarifas derivam da autonomia da vontade, sendo instituídas por contratos, ou seja, se submetem ao regime jurídico do direito privado. Sua prestação não é compulsória e sim facultativa, pois deriva da autonomia da vontade.

No Brasil, a maioria das rodovias pedagiadas são administradas por empresas privadas (concessionárias), mas há também rodovias em que o próprio poder público se faz sujeito ativo da cobrança através de suas empresas públicas, sociedades de economia mista ou autarquias. Em todas estas rodovias o pedágio tem sido cobrado na forma de tarifa, sem exceção

A concessão da conservação de rodovias a empresas concessionárias é plenamente permitida pela Constituição, bem como por leis infraconstitucionais, sendo remunerada por seus serviços através do pedágio, cuja natureza jurídica será de tarifa, pois se tributo fosse não haveria a menor possibilidade legal do sujeito ativo de uma obrigação tributária ser ente privado.

Nas rodovias em que o próprio Estado assume a sua conservação, através de suas empresas ou autarquias, exigindo como contraprestação o pedágio, tem-se a cobrança da taxa. Nessa situação o pedágio assume o regime de direito público (tributos). Tal fato seria possível, visto as características similares do pedágio com a taxa e por ser o Estado o sujeito ativo da obrigação tributária.

Enfim, o pedágio pode assumir tanto a feição tributária sendo uma taxa, como a feição de preço público, ou seja, de tarifa. Em concessões à iniciativa privada da conservação de rodovias o único regime possível seria o de tarifa, já nas rodovias em que o próprio Estado seja o pólo ativo da cobrança do pedágio teríamos a taxa.

## REFERÊNCIAS

AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. **Concessão de Serviço Público**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 11 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

BERTI, Flávio de Azambuja. **Pedágio Natureza Jurídica**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Brasília, DF, 5 de Out, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/constituicao.htm>>. Acesso em 15 de Mar de 2018.

\_\_\_\_\_. LEI Nº 10.406 DE 10 DE JANEIRO DE 2002. **Código Civil**. Brasília, DF, 10 de Jan, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em 15 de Mar de 2018.

\_\_\_\_\_. LEI Nº 5.172 DE 25 DE OUTUBRO DE 1966. **Código Tributário Nacional**. Brasília, DF, 25 de Out, 1966. Disponível em: . Acesso em 24 de Mar de 2018.

\_\_\_\_\_. LEI 8.987, DE 13 DE FEVEREIRO DE 1995. **Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências**. Brasília 13 de Fev.de 1995. Disponível em:

\_\_\_\_\_. LEI Nº 10.233 DE 5 DE JUNHO DE 2001. **Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, e dá outras providências**. Brasília, DF, 05 de Jun, 2001. Disponível em: . Acesso em 30 de Mar de 2018.

\_\_\_\_\_.Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 181.475-6/RS**. Recorrente: SETECERGS. Recorrido: DEPARTAMENTO NACIONAL DE ESTRADAS DE RODAGEM. Relator: Min. Carlos Veloso, julgado em 04/05/1999. Disponível em: . Acesso em 20 de Mar de 2018.

\_\_\_\_\_.Supremo Tribunal Federal. **ADI 800/RS**. Requerente: Partido Socialista Brasileiro. Recorrido: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 11/06/2014. Disponível em: . Acesso em 20 de Mar de 2018.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 545**. Preços de serviços públicos e taxas não se confundem, porque estas, diferentemente daqueles, são compulsórias e têm sua cobrança condicionada à prévia autorização

orçamentária, em relação à lei que as instituiu. Disponível em: Acesso em: 20 Mar. 2018.

MELO, José Eduardo Soares de. **Contribuições Sociais no Sistema Tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário Completo**. 6 ed. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado, 2014.

SAVARIS, José Antonio. **Pedágio Pressupostos Jurídicos**. 1. ed. 3 reimpressão. Curitiba: Juruá, 2004.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NOTA:

<sup>[1]</sup> Auditora Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União e Professora de Direito Tributário e Agrário na Faculdade Serra do Carmo e Instituto Federal do Tocantins. Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás. Especialista em Direito Tributário pela Unisul e Direito Notarial e Registral pela Universidade Cândido Mendes. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Tocantins. E-mail: antonia.m.s@hotmail.com.

## **A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE RURAL**

**MANOEL PEREIRA DE SÁ FILHO:**  
Bacharelado do curso de Direito da  
Faculdade Serra do Carmo.

**ANTÔNIA MARIA DA SILVA<sup>[1]</sup>**

**(Orientadora)**

**RESUMO:** O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 elenca os Direitos e Garantias Fundamentais, consagrando o Direito à Propriedade e prescrevendo que esta atenderá sua função social. Nesse sentido, há uma necessidade da atuação e tomada de medidas administrativas por parte do Estado de Tocantins, a fim de proporcionar um novo paradigma que contribua para seu desenvolvimento atendendo à propriedade funcionalizada. Para tanto, a regularização fundiária é condição de desenvolvimento, pois modifica a estrutura social agrária, desestabilizando a desigualdade e fomentando a economia estadual, por meio de uma melhor distribuição de terras, garantia de moradia, produção e geração de renda, cuja complexidade enfrentada gira em torno dos conflitos territoriais, da passagem de terras do público para o privado. No presente trabalho, pretende abordar a questão, utilizando-se da metodologia de pesquisas bibliográficas e normativas, trazendo opiniões de pesquisadores e doutrinadores que dominam o ramo da Regularização Fundiária.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição Federal; Função Social; Propriedade.

**ABSTRACT:** In article 5 of the 1988 Federal Constitution sets forth the Fundamental rights and guarantees, including the right to property, and that this will meet your social function. There is a need for action and administrative measures on the part of the State of Tocantins, in order to provide a new paradigm that will contribute to your development. The agrarian regularization proposes a formula which modifies the agrarian social structure, destabilizing inequality and fostering the State economy, since a better distribution of land ensures the housing, production and generation of rent. The complexity faced rotates around of territorial

conflicts, the passage of public lands for private. In this study we used the methodology of bibliographic research and standards, bringing reviews of researchers and scholars who dominate the field of agrarian regularization. Employed theoretical bibliographic method.

**KEYWORDS:**Federal Constitution; Social Function; Property.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À PROPRIEDADE. 3. DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO BRASILEIRA E O DIREITO A PROPRIEDADE E À MORADIA. 4. DA FUNÇÃO SOCIAL E DO DIREITO A PROPRIEDADE. 5. A CRIAÇÃO DO ESTADO DE TOCANTINS E A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

---

## 1. INTRODUÇÃO

Nas campanhas eleitorais no Brasil, de um modo geral - o dinheiro exerce grande influência no processo eleitoral trazendo enormes consequências, como: a desigualdade de oportunidades entre os candidatos, o abuso de poder econômico nas disputas das eleições, corrupção, caixa dois, favorecimento de doadores de campanha, dentre outros.

A Constituição Federal trouxe em seu bojo o Direito à Propriedade e sua função social no capítulo dedicado aos Direitos e Garantias Fundamentais, conforme preceitua o art. 5º, incisos XXII a XXVI.

O cerne do presente artigo é a regularização fundiária e a função da propriedade rural no Estado de Tocantins. Ainda que o tema seja de extrema importância é alvo de pouquíssimas abordagens no âmbito acadêmico.

Observou-se a necessidade de uma maior celeridade por parte do Estado no tocante aos processos administrativos, criação de programas que viabilizem o pleno domínio do imóvel e proporcionar, assim, o desenvolvimento de atividades agro econômicas atingindo sua função social, geração de renda e, conseqüentemente, o crescimento sócio econômico do Estado de Tocantins.



O Ministro Celso de Mello define os elementos constituintes da função social da propriedade rural:

O acesso a 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<sup>[2]</sup>.

A regularização das propriedades perante aos órgãos estatais permite ao agricultor acesso aos créditos para fomentar os investimentos para a produção e, conseqüentemente, promove a geração de renda aos pequenos agricultores, o desenvolvimento econômico do Estado e a efetivação da função social da propriedade.

Destarte, é precípua definir que, a regularização fundiária trata-se de um instituto jurídico que tem por objetivo abarcar os aspectos físico, social, ambiental e jurídico, a fim regularizar as situações fundiárias em desconformidade com o ordenamento jurídico, permitindo a ocupação de terras públicas, devolutas e particulares, por agricultores e familiares.

## **2. DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO À PROPRIEDADE**

Com promulgação da Constituição Federal em 1988, houve uma maior preocupação com a proteção dos Direitos do Homem, dentre eles o Direito à Propriedade, que deve atender a sua função social.

Assim como os demais direitos, o Direito de Propriedade não foi diferente, passou pelo período pré-romano que, segundo Maria Helena Diniz, existia uma visão coletiva de terra para a subsistência. No período subsequente, o direito a propriedade era de caráter individualista, sem a necessidade de se cumprir a função social.

Com a chegada do período medieval, novamente, a propriedade passa a ter novas características, não mais de caráter individualista, como no período anterior. Para Orlando Gomes (2001, p. 97) a propriedade

medieval perde sua concepção unitária, em que há uma separação entre o proprietário que possui o domínio "perpétuo" e quem efetivamente utiliza a propriedade para fim econômico, o primeiro concede o uso e em troca recebe serviço ou renda por essa espécie de arrendamento.

O iluminismo e a burguesia trouxeram novas definições para a propriedade. A ideia de liberdade e individualismo teve força neste momento da história, uma vez que o Estado deveria interferir minimamente na organização da sociedade. A Revolução Francesa traçou um novo paradigma para a história da humanidade, tracejando uma nova rota para os direitos do Homem. Fernanda Cavedon ensina:

O Direito Moderno tem seu marco histórico na Revolução Francesa de 1789, que traz modificações no contexto social, político e jurídico, marcado pela concepção individualista, produto da exaltação das liberdades individuais e da mínima intervenção do estado na organização social<sup>[3]</sup>.

Destarte, entende que após a Revolução Francesa, criou-se um novo paradigma para ordenamento jurídico na qual o homem passa a ser a figura central, possuidor de liberdades individuais.

### **3. DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO BRASILEIRA E O DIREITO A PROPRIEDADE E À MORADIA**

Só se projeta o futuro, conhecendo o passado e entendendo o presente.

Antes de se falar no presente do ordenamento jurídico pátrio é preciso saber o que aconteceu no passado, como se deu a evolução e organização sociopolítica do Brasil.

Em 1500, com o descobrimento do Brasil, foram adotados muitos costumes de Portugal. O país era então regido pela ordem jurídica portuguesa, tais ordenações provenientes do reino, compreendidas como ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas.

As ordenações Afonsinas eram compostas por cinco livros. Seu quarto livro tratava a matéria do direito à propriedade, regulado pelo Direito Civil. As ordenações Manuelinas não trouxeram nada inovador, somente com as ordenações Filipinas de domínio espanhol, no tocante aos direitos de propriedade houve mudanças, com a punição de quem causasse prejuízo à propriedade alheia.

Com relação às constituições, apenas com a Constituição de 1824, influenciada pelos ideais liberais e individuais, disciplinou o direito à propriedade, independente desta atingir sua função (FERREIRA, p. 180-192, 2007).

A 2ª Constituição Brasileira de 1891, conhecida como Constituição Republicana, preceituava em seu artigo 72, o direito a propriedade, marcado pelo individualismo, semelhante ao direito expresso no artigo 5º, inciso XXII da Constituição Democrática, uma vez que a Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade.

Após 43 anos, a Constituição de 1934, reconhece os direitos individuais, conforme Constituições anteriores. No entanto, entende que o direito a propriedade deve atender o interesse coletivo, conforme aduz seu artigo 113, inciso XVII, que é garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar.

Somente na Carta Magna de 1946, disciplinou-se em seus artigos 147 e 141, parágrafo 16, a sobreposição do bem-estar coletivo em relação ao individual, com a justa distribuição de propriedade. Tal constituição traz um importante marco para o direito a propriedade, qual seja, a desapropriação para o interesse social. Cabe ao proprietário um direito-dever, não somente abstenções.

A Constituição Militar de 1967 efetivamente abordou sobre a função social da propriedade, no entanto, em sentido estrito, de um melhor aproveitamento no uso da sua propriedade.

Enfim, com a promulgação da Constituição de 1988 pode-se abordar sobre o Direito a Propriedade e sua função social, sem caráter absoluto, tema central do presente artigo. Assim, efetivamente, o Direito a Propriedade condicionou-se à sua função social, conforme disciplina os artigos, 5º, incisos XXII, XXIII e 170, incisos II e III:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

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;

Nesse sentido, a partir de 1988 o direito de propriedade passou ter nova concepção, voltado à garantia dos direitos fundamentais do homem e sua efetiva concretização. O Direito à Propriedade passa a ter seu caráter limitado, reconhece o direito individual, porém, o direito coletivo também deve ser reconhecido, a visão patrimonialista deixa de existir (FIUZA, FREIRE DE SÁ, NAVES, p. 455, 2009).

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles conceitua com que:

A propriedade é um direito individual por excelência, porém ela deixou de ser exclusivamente o direito subjetivo do proprietário para se transformar

na função social do detentor de riqueza, ou seja, é um direito individual condicionado ao bem-estar da comunidade.

#### **4. DA FUNÇÃO SOCIAL E DO DIREITO A PROPRIEDADE**

A função social da propriedade, segundo Bastos (1992, p.210), nada mais é do que o conjunto de normas da Constituição Federal que visa, por vezes até com medidas de grande gravidade jurídica, a recolocar a propriedade na sua trilha normal em razão da supremacia do interesse público, por conta disso faz-se necessário buscar um equilíbrio. A função social da propriedade é alcançada com a conciliação do interesse privado com o interesse público.

Assim, a propriedade rural é atendida, segundo artigo 186 da Constituição Federal da seguinte forma:

Art. 186. 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.

Além do direito à propriedade e sua função social, a Constituição Federal em vigência prevê expressamente, em seu artigo 6º, o direito social à moradia, qual seja esta uma das formas de garantir o fundamento do estado supracitado, a Dignidade da Pessoa Humana:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à

maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição..

Referido direito, embora recente, se dá em âmbito internacional, conforme cita Rosseto e Marcheri (2004) “o reconhecimento do direito à moradia como um direito humano fundamental é recente tanto no que diz respeito ao ordenamento jurídico internacional, quanto em relação ao ordenamento jurídico interno”, e vai além ao dizer que no âmbito internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 é o primeiro a citar a moradia como um direito fundamental, no entanto, não ocorreram grandes mudanças para a efetivação de tal direito. Dentre outros documentos, cita o Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais do ano de 1966, que traz em seu bojo o direito a moradia.

O direito à moradia, na concepção de Rangel, se dá em proveito da Dignidade Humana e deve ser feita pelo poder público, uma vez que:

A garantia do direito a cidades sustentáveis, em especial o direito à moradia, significa, por extensão, importante diretriz destinada a nortear a política do desenvolvimento urbano em proveito da dignidade da pessoa humana e seus destinatários, compreendendo-se os brasileiros e os estrangeiros residentes no território nacional, a ser executada pelo Poder Público, dentro da denominada tutela dos direitos materiais metaindividuais. (RANGEL, 2014)

A função social da propriedade passou a ser uma regra fundamental normatizadora constitucional e infraconstitucional, enquanto o direito à moradia trata-se de direito internacional e supraconstitucional, assim como a Dignidade da Pessoa Humana.

## **5. A CRIAÇÃO DO ESTADO DE TOCANTINS E A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA**

Coube a cada Estado promover a ordem fundiária em razão de seus próprios interesses.

Com a promulgação da Constituição Federal em 5 de outubro de 1988, com a redação dada pelo artigo 13 do Ato das Disposições

Constitucionais Transitórias da Constituição, a região que até então pertencia ao norte goiano, torna-se independente, criando-se assim o Estado de Tocantins. Um ano exato, após a criação do Estado de Tocantins, em 5 de outubro de 1989 foi promulgada a Constituição do Estado, nos mesmos moldes da Constituição Federal.

A Constituição Tocantinense, em seu título XII, artigo 120, já disciplinava a necessidade de se concretizar uma política agrícola, visto que, até então, sua regularização fundiária era realizada pelo IDAGO - Instituto de Desenvolvimento Agrário do Estado de Goiás. Assim o Estado deverá implantar política integrada de fomento e incentivo à produção agropecuária através de planejamento e execução, com efetiva participação dos produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e transportes, prestando assistência de crédito e tecnologia, conforme dispostos do artigo 187 da Constituição Federal. Além disso, os órgãos deverão desenvolver apoio, preferencialmente, aos beneficiários de projetos de assentamento nas posses já consolidadas, e também aos estabelecimentos que venham cumprindo a função social do uso da terra.

A fim de substituir o Instituto de Desenvolvimento Agrário do Estado de Goiás, em 27 de outubro de 1989, foi promulgada a Lei nº 87, a qual deu origem ao Instituto de Terras do Estado do Tocantins - ITERTINS, estabelecendo:

Art. 2º. O Instituto de Terras do Estado do Tocantins - ITERTINS é órgão executor da política fundiária do Estado do Tocantins, compreendendo atividades concernentes à organização da estrutura fundiária, à deliberação sobre as terras públicas e devolutas, ao reconhecimento das posses legítimas, à alienação das terras de seu domínio, ao exercício de diversas formas de aquisição de terras, à promoção do processo discriminatório administrativo de acordo com a legislação vigente, podendo ainda exercer outras atividades correlatas.

Art. 3º. Compete especificamente ao Instituto de Terras do Estado do Tocantins - ITERTINS:

I - participar na formulação da política fundiária do Estado;

II - alienar a particulares as terras públicas ou devolutas, arrecadadas ou incorporadas ao seu patrimônio, conciliando o interesse público e a justiça social, de acordo com a legislação específica;

III - reconhecer e regularizar a posse legítima localizada em áreas de domínio público ou devolutas, bem como reconhecer o domínio de particulares;

IV - preservar as terras públicas devolutas e recuperar as que indevidamente não se encontrarem em sua posse ou domínio.

Neste sentido o Instituto de Terras do Estado de Tocantins, deverá formular e executar as políticas públicas e organização fundiária, conciliando o interesse privado e o bem coletivo, além de reconhecer e regularizar as posses de terras.

Por sua vez a Lei Urbana de nº 10.257/2001, em seu artigo 2º, inciso XIV, também regulamenta a política fundiária:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;

Em complemento, o artigo 46 da Lei 11.977/09 estabelece que regularização fundiária consista no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais que visam à regularização de assentamentos irregulares e à titulação de seus ocupantes, de modo a garantir o direito social à moradia, o pleno desenvolvimento das funções sociais da propriedade urbana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.



A mesma lei, em seus artigos 48, estabelece que a regularização fundiária deve ser feita observará os seguintes princípios:

I – ampliação do acesso à terra urbanizada pela população de baixa renda, com prioridade para sua permanência na área ocupada, assegurados o nível adequado de habitabilidade e a melhoria das condições de sustentabilidade urbanística, social e ambiental;

II – articulação com as políticas setoriais de habitação, de meio ambiente, de saneamento básico e de mobilidade urbana, nos diferentes níveis de governo e com as iniciativas públicas e privadas, voltadas à integração social e à geração de emprego e renda;

III – participação dos interessados em todas as etapas do processo de regularização;

IV – estímulo à resolução extrajudicial de conflitos; e

V – concessão do título preferencialmente para a mulher.

Por seu termo, o artigo 51 dispõe que o projeto de regularização fundiária deverá definir, no mínimo, os seguintes elementos:

a) as áreas ou lotes a serem regularizados e, se houver necessidade, as edificações que serão relocadas;

b) as vias de circulação existentes ou projetadas e, se possível, as outras áreas destinadas a uso público;

c) as medidas necessárias para a promoção da sustentabilidade urbanística, social e ambiental da área ocupada, incluindo as compensações urbanísticas e ambientais previstas em lei;

d) as condições para promover a segurança da população em situações de risco; e

e) as condições para promover a segurança da população em situações de risco, considerado o disposto no parágrafo único do art. 3º da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979; e

f) as medidas previstas para adequação da infraestrutura básica.

De acordo com Pinho, a regularização fundiária trata-se de um direito do indivíduo, ligado à dignidade humana e dever do estado, por entender que a regularização fundiária, do ponto de vista dos poderes públicos é dever, e do ponto de vista dos beneficiários, a regularização fundiária é direito, exigível juridicamente, bem como todos os demais direitos conexos à dignidade da pessoa humana no ambiente urbano, como saneamento básico, espaços de lazer públicos, qualidade ambiental, direito aos transportes públicos. Todos estes direitos são manifestações de um amplo “direito à Cidade. (PINHO, 2017)

Um dos meios para a regularização fundiária, conforme Pessoa e Vieira, é o da usucapião e a concessão de uso especial para fins de moradia, tendo em vista que visando o interesse social, o Poder Público vem promovendo um conjunto de medidas jurídicas que tendem amenizar a problemática que se tornou a efetivação do direito à moradia, possibilitando uma regularização fundiária. Ao lado de instrumentos de regularização fundiária como a Usucapião (dirigida à terrenos particulares), destacamos a Concessão de Uso Especial para fins de moradia (CUEM), que foca-se naqueles terrenos cujo titular é a União. (PESSOA; VIEIRA, 2009)

Para Santos (2014), a regularização fundiária trata-se de resgate ao direito de moradia, que deve observar as diretrizes e planejamento, pois de nada adianta regularizar uma terra, se não for observada um padrão mínimo do qual se possa extrair sua função social. Além do mais a concessão e regularização promove uma qualidade de vida e salubridade.

A efetivação de tais políticas não permite mera ocupação das terras, mas também, a regularização fundiária, a liberação de crédito para financiamentos de máquinas, equipamentos e insumos para a

produção agrícola, visto que só é possível com a documentação da posse de terras, normalmente demorada e burocratizada.

## **6. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O estado do Tocantins veio a tornar-se um estado delimitado apenas em 1989. Até então o mesmo fazia parte do norte goiano.

Após desagregar-se, adveio a Constituição do Tocantins, que regulamenta a participação do estado na política fundiária.

A regularização fundiária é de precípua importância para que se coloquem em prática alguns direitos garantidos pela Constituição Federal do Brasil de 1988, ainda em vigência, tais como o direito à propriedade que atenda sua função social, a moradia e a Dignidade da Pessoa Humana.

Uma vez que se trata de direito social, o direito à moradia, aludido não só pela Carta Magna, mas em âmbito internacional, a regularização fundiária que tem por finalidade a normalização de assentamentos irregulares, apresenta-se como uma das formas de garantia de tal direito.

O direito supramencionado está diretamente ligado à Dignidade da Pessoa Humana, que embora seja um fundamento do estado, a mesma também é reproduzida em esfera internacional. Não há dignidade em se viver sem um lugar para morar, para produzir e prosperar, uma vez que a moradia é o lugar de acolhimento do indivíduo que reserva sua intimidade, privacidade e atende suas necessidades mais básicas, como higiene pessoal, alimentação, descanso, entre outros e a terra é local natural, para produção agrícola, e cuidado ao meio ambiente.

Já o direito à propriedade, também previsto na atual Constituição, tem seu caráter limitado em vista do interesse social e coletivo, pois toda propriedade deve ter seu desígnio. Assim, se uma propriedade é desmazelada e desabitada, deve ter sua função restabelecida em benefício da sociedade, no caso em tela, com a distribuição das terras, os pequenos agricultores e suas famílias terão a possibilidade e oportunidade de se regularizar perante o Estado e as instituições de financeiras, o que irá propiciar uma maior possibilidade de concessão de crédito para financiamento de

materiais de construção, insumos, máquinas e equipamentos para o cultivo.

Diante de todo o exposto, conclui-se que o meio mais eficaz para que sejam garantidos o direito à propriedade, à moradia e a Dignidade da Pessoa Humana é a regularização fundiária, consentida pela Constituição do Tocantins, que não se contrapõe à Constituição Federal, à qual contempla o direito à propriedade, uma vez que o mesmo tem sua forma limitada para benefício da sociedade e garantia dos demais direitos.

## REFERÊNCIAS

ADI nº 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4/4/2002, Plenário, DJ de 23/04/2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

CAVEDON, Fernanda de Salles. **Função Social e Ambiental da Propriedade**. Florianópolis, 2003, pág. 18.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, v. 4.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de Família. v. 5. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERREIRA, Simone Nunes. Rev. Jur. Brasília, v. 8, p. 180-192, fev./mar., 2007.

FIUZA, C.; FREIRE DE SÁ, M. F.; NAVES, B. T. O. **Direito Civil: Atualidades III - princípios do direito privado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p 455.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais. (atualizado por Humberto Theodoro Junior)**, Rio de Janeiro, 2001, p. 97.

MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito agrário brasileiro**. 5 ed. Goiânia : AB Editora, 2004. 296 p. rev. atual. eampl.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 596.

PESSOA, Fernanda Reis; VIEIRA, Marina Nunes. Concessão de uso especial para fins de moradia: uma nova ordem urbanística. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 67, ago 2009. Disponível em: . Acesso em maio 2018.

PINHO, Ruy Veridiano Patu Rebello. Eficiência e democracia na regularização fundiária: propriedade ou C.U.E.M.?. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XX, n. 160, maio 2017. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18914&revista\\_caderno=7](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18914&revista_caderno=7). Acesso em maio 2018.

RANGEL, Tauã Lima Verdan. Análise do direito à moradia enquanto axioma estrutural das cidades sustentáveis no ordenamento jurídico: aspectos oriundos do Estatuto das Cidades. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 120, jan 2014. Disponível em: [http://ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14123](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14123). Acesso em maio 2018.

ROSSETO, Jefferson Matos; MARCHERI, Pedro Lima. **O direito fundamental à moradia e a constitucionalidade da impenhorabilidade do bem de família do fiador**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 123, abr 2014. Disponível em: . Acesso em maio 2018.

SANTOS, Patricia Rodrigues dos. **O direito à moradia: um desafio às políticas públicas de regularização fundiária**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVII, n. 121, fev 2014. Disponível em:. Acesso em maio 2018.

NOTAS:

[1] Auditora Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União e Professora de Direito Tributário e Agrário na Faculdade Serra do Carmo e Instituto Federal do Tocantins. Mestra em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás. Especialista em Direito Tributário pela Unisul

e Direito Notarial e Registral pela Universidade Cândido Mendes. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Tocantins. E-mail: [antonia.m.s@hotmail.com](mailto:antonia.m.s@hotmail.com).

[2] ADI nº 2.213-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 4/4/2002, Plenário, DJ de 23/04/2004.

[3] CAVEDON, Fernanda de Salles. Função Social e Ambiental da Propriedade. Florianópolis, 2003, pág. 18.

## CASTRAÇÃO QUÍMICA COMO DIREITO INDIVIDUAL, VOLUNTÁRIO E ALTERNATIVO PARA PEDÓFILOS REINCIDENTES NO BRASIL: UM ESTUDO COMPARATIVO DO MÉTODO UTILIZADO PELA UNIÃO EUROPEIA

**BRENDA ALBUQUERQUE FERNANDES:**  
Bacharelada do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo.

**ÊNIO WALCACER**[\[1\]](#)

**(Orientador)**

**Resumo:** Revisão bibliográfica sobre a aplicação da castração química, mutilação hormonal, pela qual incapacita o indivíduo para a prática sexual anormal, suprimindo seu aporte de hormônios, para a diminuição de crimes sexuais, especificamente reincidência em pedofilia. Utilizado como parâmetro os casos e dados da União Européia, que já utiliza o método há quase uma década e em 04 anos declinou de 75% para 0,2%, a reincidência em crimes de pedofilia. Definiu-se como pedofilia qualquer referência ao desejo sexual de adultos por crianças e adolescentes nas fases pré puberal e início da puberdade, indo de simples fantasias á consumação de atos sexuais com crianças e adolescentes. Revisamos aspectos quanto à origem, causas e diagnóstico diferencial e o uso de tratamento voluntário e alternativo aos apenados.

**Palavras-chave:** Castração Química; Pedofilia; Parafilia; Penas Alternativas.

**Abstract:** Literature review on the application of chemical castration, hormonal mutilation, by which it incapacitates the individual for the sexual practice, supplying his hormones supply, for the reduction of sexual crimes, specifically recidivism in pedophilia. Used as a parameter the cases and data of the European Union, which has already used the method for almost a decade and in 4 years declined from 75% to 0.2%, the recidivism in pedophilia crimes. Pedophilia was defined as any reference to the sexual desire of adults by children and adolescents in the pre-pubertal and early puberty phases, ranging from simple fantasies to the consummation of sexual acts with children and adolescents. We reviewed aspects regarding

origin, causes and differential diagnosis and the use of voluntary and alternative treatment to the victims.

**Keywords:** Chemical castration; Pedophilia; Paraphilia; Alternate penalties.

**Sumário:** Introdução. 1. Os distúrbios sexuais na psicologia e suas implicações criminais. 2. Crimes Sexuais em números no Brasil. 3. Castração Química. 4. A Castração química no Direito comparado europeu. 5. Implantação no ordenamento Brasileiro. 6. Considerações Finais. Referências.

## 1. introdução

O aumento da preocupação pública com os crimes sexuais e seus riscos obrigam os governantes a procurar novos e eficazes paradigmas punitivos e tratamentos capazes de minorar os altos índices de criminalidade. Apresentam-se também, a necessidade de abordagens alternativas de tratamento, com apoio dos direitos humanos, políticas revolucionárias que acompanhem a evolução da nação mundial, além de uma maior conscientização pública sobre o método adotado por outros países.

Pesquisas realizadas pelo DATASUS (2009-2014), IPEA (2015/2017), Disque 100 (2015/2016), Fórum de Segurança Nacional Brasileira (2014), Vigilância de violência e acidentes (VIVA) (2011), Ministério da Saúde (2012), Polícia Federal (2008), Organizações de Direitos Humanos (2014), Direito Infantil no Brasil (2014), Organização Mundial do Trabalho (OIT) (2014) e Pesquisa Nacional de Vitimização (2013), evidenciam que o Brasil é o 4º país no ranking de maior incidência de pedofilia, em 05 anos (2009-2014) houve um crescimento de mais de 160% na incidência desse crime, além da exorbitante taxa de reincidência de pedófilos condenados, qual seja: 70%, sendo 13,20% condenados de crimes sexuais, as quais 51,60% reincidem no mesmo crime penalizado apenas entre 2015 e 2016 foram recebidos mais de 37 mil casos de denúncias de violência sexual na faixa etária de 0 a 18 anos.



Com o intuito de minorar as porcentagens exorbitantes, o governo analisa inúmeras opções emergenciais para tratar da crescente. Há que se considerarem os altos resultados positivos trazidos por países adotantes do método, como exemplo a Rússia que em 2010, teve mais de 9.500 casos de abusos sexuais contra menor de 14 anos, segundo a ONU (2014), o maior índice mundial de crimes de pedofilia. Possuindo resultados positivos na inclinação da reincidência de pedófilos, de 75% para 0,2%, possibilitando uma reinserção bem sucedida do condenado a sociedade.

Neste sentido, e com vistas a buscar soluções a estas problemáticas, o presente artigo faz um apanhado sobre a possibilidade de inserção do método de Castração Química no Código Processual Penal Brasileiro, como tratamento voluntário, alternativo, individual para pedófilos reincidentes.

Este artigo utilizou subsídios teóricos capazes de contribuir com a análise da possibilidade de inserção do tratamento a pedófilos condenados no ordenamento jurídico Brasileiro, bem como uma comparação de dados entre países Europeus adotantes ao método de castração farmacológica e o Brasil.

Atualmente tramita no Congresso Nacional Brasileiro, um Projeto de Lei ([PL 5398/13](#)), com autoria do deputado federal Jair Bolsonaro, a qual vislumbra a inserção no ordenamento brasileiro da castração química como medida emergencial para a redução de reincidência criminal nos crimes de pedofilia, sendo um tratamento voluntário e alternativo na condenação de pedófilos, diante do aumento descontrolado de abusos sexuais contra menores no Brasil.

Diante do crescimento constante dos crimes de pedofilia, esta se tornou uma questão social importante na sociedade moderna, no entanto, continua havendo insegurança no entendimento e percepção da sociedade em relação a esse fenômeno.

O presente artigo examinara as atuais posições teóricas e de pesquisa em torno da pedofilia na sociedade moderna, através do exame de sua etiologia, comportamentos, personalidades, distorções cognitivas,

tratamentos potenciais e alternativos usados na Europa, para contribuir com a redução do índice de reincidência no Brasil.

A pedofilia é tratada pelo CID-10 (código internacional de doenças) como espécie do gênero de parafilia, uma patologia psíquica, a qual ocasiona descontrole sobre o desejo sexual compulsivo do indivíduo por crianças e adolescentes.

Diante da necessidade de melhorias em âmbito de proteção e punibilidade, tal estudo comparativo se mostra primordial, uma vez que os tratamentos tradicionais para reabilitação e o encarceramento não possuem grande sucesso. Por outro lado, inúmeras constituições internacionais, têm aberto a visão de saúde pública e optado pela alternativa proposta que é a castração química, considerando suas posições éticas, legais e eficazes

## **2. OS DISTURBIOS SEXUAIS NA PSICOLOGIA E SUAS IMPLICAÇÕES CRIMINAIS**

Os distúrbios sexuais se manifestam das mais variadas formas, para a psicologia, são transtornos de sexualidades, tratados como parafilicos, variantes do erotismo e dissemelhança comportamental e estimulações sexuais, caracterizados por desejos, fantasias ou atos sexuais envolvendo humilhação, sofrimento, sexo com animais, crianças, pessoas contra a sua vontade, objetos não humanos, entre outros.

A parafilia é um vocábulo empregado para transtornos da sexualidade, conhecidos como “perversões sexuais” em níveis leves, moderados ou severos com emprego de compulsões, como no caso da pedofilia. (FIORELLI; MANGIN, 2017)

Conforme (AYUSH, 1987):

as parafilias são caracterizadas, até hoje, tanto como fenômeno de inclusão, quanto fantasia de estímulo erótico que, persistentemente e obcecadamente, inclui imagem idiossincrática ou bizarra, não sujeita ao controle voluntário, que não se associa, habitualmente, á norma imaginária idealizada de associação erótica de homem-mulher maduros.

Sendo também, conceituadas por psiquiatras especializados em impulsos sexuais, como: (CONTI, 2008).

anseios, fantasias ou comportamentos sexuais recorrentes, intensos, que envolvem objetos, atividades ou situações incomuns e causam sofrimento clinicamente significativo ou prejuízo no funcionamento social ou ocupacional ou ainda em outras áreas importantes da vida do indivíduo.

Portanto, um indivíduo que para alcançar prazer sente necessidade de substituir atitudes sexuais normais por atitudes sexuais incomuns, notadamente está incluso nos quadros de parafilia, as quais praticadas de forma reiterada se transformam em compulsão sexual, levando o indivíduo a não obter controle sob seus próprios desejos.

Alguns comportamentos ou desejos sexuais em particular têm grande relevância para a psicologia jurídica, assim como para o direito penal atual e a recorrente punição penal de determinado tipo de parafilia, detalhado a seguir.

Dentro dos distúrbios parafílicos encontra-se, como espécie, a *pedofilia*. O termo "pedofilia" é formado pelos vocábulo gregos *paidós* (que significa criança ou menino) + *filia* (inclinação, afinidade). Significando então, "*afinidade com crianças*" (PENTEADO; SAMPAIO, 2016). Define qualquer referência ao desejo sexual de adultos por crianças e adolescentes nas fases pré puberal e início da puberdade (CID 10, 1997), indo de simples fantasias á consumação de atos sexuais com crianças e adolescentes.

Também pode ser chamada de pedossexualidade ou de *paedophilia* erótica, estando entre as doenças classificadas pela Organização Mundial de Saúde (OMS) como transtornos mentais de preferência sexuais, descrito também pelo Código Internacional de Doenças como transtorno de personalidade (CID-10, 1997) e patologia compulsiva, espécie do gênero

de parafilia, definida como "um grave problema de saúde pública de proporções surpreendentes". (BRADFORD, 2000, p. 248).

Estudos realizados pelas ciências humanas, afirmam que a pedofilia é caracterizada por um comportamento e não uma ação, ou seja, um padrão constante de desejos relacionados à atração sexual por crianças. (ALMEIDA, 2005).

Ponderoso diferenciara pedofilia do abuso sexual. Enquanto o abuso sexual é a prática de todos os atos propriamente dita, uma violação à dignidade sexual, independente da presença de qualquer transtorno de personalidade, englobando abuso e/ou exploração do corpo e da sexualidade, envolvendo o turismo sexual, a pornografia, o tráfico e a prostituição de garotos e garotas, sendo preconizado pelo Código Penal como crime (BRASIL, 1940). Em contrapartida a pedofilia é o desejo incontrolável de manter relações sexuais com crianças e adolescentes, caracterizados pela sociedade como imorais e não aceitos. Encontrando-se classificada no Código Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde como doença, diagnosticada por profissionais da saúde como uma das espécies de transtorno de personalidade. Trata-se, portanto, de um termo médico, e não jurídico referente a um transtorno sexual, cujo diagnóstico depende de uma reiteração de fantasias por um período mínimo de seis meses. (LAURIA, 2008).

Contudo, a violência sexual praticada contra criança e adolescente é estabelecida como crime, tornando todos os atos cometidos passíveis de punições, elencados na Legislação Penal Brasileira e no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA (BRASIL, 1990). Sobre a qual recai a tutela e proteção da dignidade sexual da criança e do adolescente, preconizado na Constituição Federal do Brasil em seu Art. 227: (BRASIL, 1988)

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de

toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Neste sentido, a Constituição Brasileira trata do abuso, violência e exploração sexual da criança e do adolescente como necessariamente protegidas e punidas severamente, uma vez que o artigo 213, caput do Código Penal define o estupro, (BRASIL, 1940):

Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: pena - reclusão, de 08 (oito) a 12 (doze) anos.

Verifica-se, a prática do referido crime e subsequente punição, emerge uma ideia de proteção e defesa de crianças e adolescentes. Entretanto, tais legislações não prevêm reduções penais ou agravantes se comprovado a pedofilia, o que na ideia de estudiosos sobre o assunto seria de grande importância para a sociedade.

### 3. CRIMES SEXUAIS EM NÚMEROS NO BRASIL

O número de casos de crimes sexuais no Brasil é superior ao noticiado pela Polícia e pelo Judiciário, tendo em vista o pouco índice de denúncias e instrumentos adequados que possam estudar o assunto sobre a estatística nacional, tecnicamente chamado como cifra negra<sup>[2]</sup>. Entretanto, Estudos do Departamento de Medicina Legal da Unicamp, de 1997, indicam que as vítimas que denunciam o estupro ficam entre 10 % e 20%. (DREZETT, 2000).

No ano de 2015 a central de atendimento do disque 180 relatou um aumento de 129% no número total de relatos de violências sexuais (estupro, assédio, exploração sexual), representando uma média de 125 vítimas por dia, o que totalizou 45.460 casos de estupro. Em relação a 2016

foram mais de 49.497 vítimas, 24 para cada 100 mil habitantes, tendo como um aumento de 3,5% sobre 2015 (DISQUE 180).

As denúncias entre os anos de 2011 e 2016 estimam que no Brasil apenas no ano de 2011 527 mil pessoas foram estupradas ou molestadas sexualmente, (IPEA/SINAN 2014). Tal número seria maior, já que 35% dos casos não são relatados e denunciados.

No tocante aos dados específicos de crimes sexuais contra menores, a falta de estatísticas oficiais, prejudica na ampla visão desse problema social. Contudo, dados levantados por *Disque denúncias, Delegacias de Polícia, Ministério Público, Conselhos Tutelares, Varas de Infância e da Juventude, ONGs de Direitos Humanos e Direitos da Criança e Adolescente*, disponibilizam que em 05 anos (2009-2014) houve um crescimento de mais de 160% na incidência desse crime. Entre os anos de 2015 e 2016 foram recebidos mais de 37 mil casos de denúncias de violência sexual na faixa etária de 0 a 18 anos.

Dados disponibilizados pela Secretaria Nacional de Direitos Humanos do Governo Federal no ano de 2015 evidenciam que o Brasil é o 4º país no ranking de maior incidência de pedofilia. Foram registradas 80.437 denúncias de violações a direitos humanos contra crianças e adolescentes, 12% a menos, em comparação ao ano de 2014. Denúncias de violações sexuais contra menores são as mais recebidas, do total de registro de 32.238 denúncias, 17.583 denúncias são relativas a esse grupo, ou seja, 58% das denúncias anônimas correspondem a abusos sexuais contra crianças e adolescentes.

Calcula-se que a cada 11 minutos, um menor (0-14 anos) está sendo abusado. Do número total de casos denunciados em 2011, 70% das vítimas eram crianças ou adolescentes. Destes, 35% já possuíam histórico de estupros anteriores, sendo que 24,1% foram abusadas por pais ou padrastos e 32,3% por conhecidos ou amigos.

#### 4. CASTRAÇÃO QUÍMICA

Antagônico ao entendimento de castração física, a qual se trata de mutilação do órgão reprodutor masculino, a castração química é definida pela área médica, conforme (ANDREI, 1997):

Supressão ou impedimento do funcionamento das glândulas genitais (testículos ou ovários). Podendo ser realizada por exposição á raios x, qualquer outra radiação ionizante ou medicamento.

A castração química, portanto, é melhor descrita como uma mutilação hormonal, uma vez que seu principal objetivo é impossibilitar o indivíduo pedófilo á prática sexual anormal, suprimindo hormônios masculinos (testosterona) e femininos (estrogênio). De acordo com (AGUIAR, 2007):

Consiste na aplicação de hormônios femininos, as quais reduzem drasticamente ou inibem os níveis de testosterona do homem, reduzindo-se assim a libido do individuo e consequentemente seus impulsos sexuais, perdurando seus efeitos apenas enquanto durar o tratamento, tratando em uma das hipóteses de contenção social, sendo o procedimento reversível.

Contudo, a terminologia vulgar e imprópria “castração química” tem sido rejeitada e, portanto, denominada internacionalmente como: tratamento médico de natureza hormonal antiandrógena (THA).

A castração hormonal, não é um método moderno ou desconhecido. Desde a Lei de Talião[3] fora utilizada como sanção aos autores de crimes sexuais. No Egito antigo era utilizado como forma de punição para o adultério. Na era medieval fora utilizada em guardas reais para que não gerassem prole nos haréns reais, já na Europa Ocidental, em meados ao século XII, como punição ao estupro e também no século XIII foi instrumento Francês na cura do homossexualismo. Contudo, o primeiro país a utilizar a castração com finalidade terapêutica para tratamentos psiquiátricos foi a Suíça, porém de forma errada e injusta.

Por ser invasivo, mutilador, ferir a dignidade do homem e demais direitos humanos, a castração física é inadmissível na maioria das constituições, sendo constante alvo de críticas aos países que ainda a adotam, por extrapolar as próprias funções do Direito Penal e Direitos do Homem, internacionalmente protegidos.

Surge então, uma nova perspectiva de controle de delinquência sexual, qual seja:(THA), uma possibilidade alternativa, voluntária, terapêutica, medicinal e menos lesiva ao homem e aos direitos inerentes a este, uma vez que são ministradas drogas supressoras de hormônios, sendo temporárias, reversíveis e acompanhadas por equipes multiprofissionais de saúde, capacitadas para tal. Sendo inclusive utilizada para tratamento cancerígeno em órgão masculinos, independente de terem cometido crime sexuais.

Em vista disso o THA, consentido, informado, voluntário, alternativo e terapêutico é realizado mediante aplicação temporária e reversível do fármaco Depo-Porvera (acetato de medroxyprogeterona), medicamento sintético da progesterona, hormônio feminino produzido na pró-gestação, agindo no paciente como inibidor de comportamentos compulsivos sexuais, através de injeções intramusculares, sincronicamente com terapias individuais e grupais, diminuindo assim a libido do paciente e consequentes condutas sexuais involuntárias. Reduzindo a reincidência de compulsões sexuais de 75% para 2% e neutralizando-se a perigosidade sem recorrer à pena privativa de liberdade (WUNDERLIH 2012).

No mesmo sentido, Trindade explique que “em casos extremos, alguns países têm recorrido á denominada castração química. Uso de fármacos inibidores de impulsos sexuais bloqueadores de desejo, utilizando drogas que neutralizam o hormônio que os testículos produzem” (REGHELIN, 2017).

O autor do crime sexual ao utilizar tal método de tratamento deve também ser submetido a acompanhamento psiquiátrico, psicoterápico regular e devido acompanhamento de equipes multiprofissionais de saúde, uma vez que os transtornos sexuais possuem fortes ligações com fatores psicológicos e fisiológicos, conforme entendimento do Código Internacional de Doenças (CID-10, 1997).



Estudos realizados na Europa e nos EUA, citados por Weinberger e outros, mostram que após utilização do THA os índices de reincidência em delitos criminais são muito baixo, uma vez que a agressividade relacionada ao delito sexual tinha relação com altos níveis de testosterona (WEINBERGER, 2005).

O que se constata é que a castração hormonal, apesar de ser uma possibilidade como alternativa à redução da reincidência, pode não ter efeito nos casos em que a patologia seja alusiva á fatores psicológicos extremos. No entanto, há uma evidente redução na reincidência em diversos casos, mostrando assim sua eficiência, *prima facie*, no que tange à influência hormonal em grande parte das condutas criminosas, contribuindo de forma significativa na redução da problemática criminal enfrentada por diversos países, principalmente pelo Brasil.

Nos EUA, estudos de 2005, realizados pelo *Hamot Medical Center*, mostraram que o uso de Acetato de Medroxyprogesterona em pacientes com desejos sexuais por crianças, reduziu os níveis de desejos por masturbação relacionados a imagens e pensamentos conectados a infantes, reduzindo-se assim drasticamente os sintomas da pedofilia. (FOLHA DE SÃO PAULO 2008).

## 5. A CASTRAÇÃO QUÍMICA NO DIREITO COMPARADO EUROPEU

Atualmente a Europa é o continente que mais utiliza o método THA como medida de tratamento para pedófilos no mundo. Cerca de nove países europeus ministram fármacos para evitar o aumento de reincidências em crimes sexuais. De forma voluntária e alternativa o THA vem sendo a opção preferida no combate á pedofilia.

A Polônia inaugurou e inovou a utilização do THA ante o combate á reincidência de crime sexual no país. Sendo o primeiro país a aprovar o método e sua utilização em 2009 pelo parlamento polonês, com o apoio de 84% da população como medida alternativa e voluntária para pedófilos. (REGHELIN, 2017).

Diante das críticas por parecer violar a constituição polonesa, o Ministro da Justiça, Zbigniew Cwiakalski, rebateu:

as críticas de violação á constituição, na qual proíbe punições físicas ou cruéis, porém a castração química não é igual á cirúrgica por ser um “procedimento reversível”- logo não viola nossa constituição. As drogas mais usadas na intervenção química são antidepressivos e produto de contracepção Depo-Provera.(REGHELIN, 2017).

No mesmo sentido o médico diretor de programas de investigação e desenvolvimento nacional da Grã-Bretanha afirma que:

alguns pedófilos buscam o medicamento por conta própria. Temos a ideia de que criminosos sexuais querem fazer coisas más o tempo todo. Alguns deles estão tentando desesperadamente fazer alguma coisa com suas vidas e querem ajuda para colocar fim ao flagelo que sofrem” (PENQUE;CHRISTIAN, 2012).

Diante do grave aumento de índices de reincidência criminal em casos de pedofilia e crimes sexuais no ano de 2010, a Rússia foi considerada pela ONU (2014) como o país com maior índice mundial de crimes de pedofilia. Sendo assim implantou propostas á condenados por crimes sexuais a se submeterem voluntariamente á castração química, o que lhe garantiria uma liberdade condicional antecipada, valendo tanto para nacionais quanto estrangeiros. Em 04 anos o declínio da reincidência em crimes de pedofilia, decaiu de 75% para 0,2%, possibilitando uma reinserção bem-sucedida do condenado a sociedade.

Na Itália o THA é utilizado á muitos anos, aplicando-se á pessoas voluntárias, de forma não oficial por profissionais da saúde, altamente qualificados, as quais confirmam terem encontrado a solução para a diminuição de crimes de natureza sexual.

Ao que se demonstra em sede de direito comparado, antes de ser posicionamento isolado, o THA é um método amplamente utilizado em

vários países dentre os mais democráticos do mundo, com efeitos positivos, e sem violação direta aos direitos humanos fundamentais e às constituições, já que se apoiam na ideia de aplicabilidade voluntária e alternativa a métodos menos eficientes como o encarceramento.

## 6. IMPLANTAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

O tratamento severo vem sendo utilizado como ideia de punição rigorosa a fim de expurgar o crime da sociedade. Diante da evolução do Direito Penal, sabe-se que tal pensamento é arcaico e ineficaz, uma vez que o Direito visa acompanhar a evolução histórica da sociedade e adequar-se aos novos paradigmas coletivos. Principalmente em face de um sistema carcerário que não possibilita, na maioria das vezes, a ressocialização dos apenados, demonstrando índices altíssimos de reincidência nas práticas delitivas.

No ordenamento pátrio é possível a substituição de penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, conforme preconiza o Código Penal, (BRASIL, 1940):

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente;

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma

pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

§ 3o Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

§ 4o A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão.

§ 5o Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior.

Diante da crescente problemática de crimes sexuais no Brasil, a alteração de normas gerais de Direito Penal como maneira de compatibilização aos interesses da sociedade e medida adequada frente aos altos índices de crimes sexuais, se faz necessárias perante a reformulação de penas alternativas diante de transtornos psicológicos como a pedofilia.

Atualmente tramita no Congresso Nacional Brasileiro, um Projeto de Lei ([PL 5398/13](#)), com autoria do deputado federal Jair Bolsonaro, a qual vislumbra a inserção no ordenamento brasileiro da castração química como medida emergencial para a redução de reincidência criminal nos crimes de pedofilia, sendo um tratamento voluntário e alternativo na condenação de pedófilos, diante do aumento descontrolado de abusos sexuais contra menores no Brasil.

O assunto é polêmico e deve ser analisado sob o aspecto de terapia voluntária, médica, alternativa e individual, afastando a ideia de pena ou qualquer outra sanção punitiva do Estado. Tratando, portanto, de um tratamento voluntário, alternativo, reversível e medicinal.

Importante destacar a prevalência do direito individual do abusador sexual à escolha do THA, uma vez que a própria Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 5º prevê a todas garantias fundamentais de sobrevivência, tendo amplo direito à educação, propriedade, à integridade física, à vida, ao corpo, integridade moral, à honra, a saúde, a integridade psíquica e outros, que por sua vez é responsabilidade do Estado em manter e oferecer o integral cumprimento.

Dessarte a Constituição Federal Brasileira garantir direitos aos homens e apenados em geral, importe é ratificar que o Brasil como signatário de acordos e convenções internacionais é garantidor de forma direta e indireta de direitos humanos, direitos do homem, direitos fundamentais e direitos à integridade individual.

Sendo assim, diante da demasiada e crescente desordem criminológica, expansão diária de crimes sexuais contra menores e da superlotação carcerária, a qual não sistematiza qualquer melhora nesse tipo de infração penal, é amplamente constitucional e legal a implantação da utilização do THA como tratamento voluntário, individual e alternativo, a fim de minorar os altos índices de reincidência sexual contra menores de idade, uma vez que não há qualquer violação de direitos ou garantias ao pedófilo.

#### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Finda a referida pesquisa, conclui-se, que a criminalidade sexual não é apenas um problema penal, mas também de natureza social e epidemiológico. Assim empregar soluções com o objetivo de minimizar tal problema é um desafio para a sociedade. Psicoterapias, intervenções médicas e farmacológicas muitas vezes são instrumentos imprescindíveis e indispensáveis no combate à reincidência criminal.

Em sede de direito comparado, os países europeus mesmos sujeitos às legislações mais modernas e desenvolvidas do mundo, em defesa dos direitos humanos, inclusive em sede de Convenção Europeia de Direitos Humanos, não reputa o THA como violador de direitos do homem, exatamente por ser um método de tratamento alternativo e voluntário, e não punições, penalidades ou castigos ao abusador sexual.

Logo, o Brasil como país progressista, não encontra nenhum óbice legal e jurisprudencial na adoção de tal medida para combater o crescimento exacerbado de pedofilia e crimes correlacionados.

#### REFERÊNCIAS.

AGUIAR, ALEXANDRE MAGNO FERNANDES MOREIRA. **O “direito” do condenado á castração química**. Disponível em: . Acesso em: 15 de mai. 2018

ALMEIDA, Marco Aurélio C. de. **Sobre o significado de pedofilia**. Boletim IBCCRIM.

ANDREI, Edmondo (ed.) **Dicionário Médico Andrei**. São Paulo: Andrei,1997, p. 126.

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 10, 2016, São Paulo/SP. Título. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**: Fundação Ford, Dez/2016. Pag.138

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 11, 2017, São Paulo/SP. Título. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**: Fundação Ford, Out/2017. Pag.108.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Organização da Sociedade Civil de Interesse Público - Childhood Brasil. **Números da Causa: Cenário da Infância & Adolescência**. São Paulo, 2015. Disponível em: . Acesso em: 05 mar. 2018.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres – SPM. **Balanco 180**. Brasília, 2015. Disponível em:

<<http://www.spm.gov.br/centralconteudos/publicacoes/publicacoes/2015/balanco180-10meses-1.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2018.

BRASIL. Presidência da República. **Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres – SPM**. Brasília: ADESSE, 2005.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto lei nº 2848 de 1940. Brasília: Senado Federal, Centro

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de Julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em acesso em 15/05/2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado

Federal, 1988.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: **as atualizações e a persistência da cultura do estupro no brasil**. Brasília: Ipeia, 2017.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. IPEA - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada: **Relatório final de atividades da pesquisa sobre reincidência criminal, conforme Acordo de Cooperação Técnica entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Ipea (001/2012) e respectivo Plano de Trabalho**. Rio de Janeiro: Ipeia, 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Justiça: **ESTUDO COMPARADO SOBRE RECURSOS, LITIGIOSIDADE E PRODUTIVIDADE: a prestação jurisdicional no contexto internacional**. Brasília: CNJ, 2011.

BRASIL, Organização Mundial da Saúde. CID-10 **Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde**. 10a rev. São Paulo: Universidade de São Paulo; 1997. vol.1 e 2

BRASIL, **Violência sexual no Brasil: perspectivas e desafios**, 2005 / organizadoras Cecília de Mello e Souza, Leila.

CAMPOS, S. M. C. S. **Sistemas Prisionais Europeus**. 2015. 113f. Dissertação (Mestrado em Direito e Segurança) - Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas. Universidade de Lisboa, Portugal.

LAURIA, Thiago. **Pedofilia é crime?** Disponível em: acesso em 15/05/2018.

MARQUES, A. **A lei de talião ainda sobrevive para o autor do crime de estupro**. Revista Migalhas de Peso, São Paulo, set. 2009. Disponível em: Acesso em: 31 mai 2018.

MARTINS, Jorge Henrique Schaefer. **Penas Alternativas**. 2 ed. (ano 2001). Curitiba: Juruá 2006.

MEYER III; COLE. In: **Jornal Of Offender Rehabilitation**. V.25 n.3-4, 1997, p.1-18

PAIVA, A. P. **Brasil é o quarto no ranking da pedofilia, diz PF**. Estadão, São Paulo, 03 set 2008. Disponível em: . Acesso em: 19 maio 2018.

PENQUE J. **Castração Química nos casos de Crimes Sexuais cometidos por pedófilos**. Departamento de Direito, Rio de Janeiro, v. 1, 2012. Disponível em: . Acesso em: 15 out. 2017.

REGHELIN, Elisangela Melo. **"Castração" química, liberdade vigiada e outras formas de controle sobre delinquentes sexuais**. Curitiba: Juruá, 2017.

TRINDADE, Jorge; BREIER, Ricardo. **Pedofilia: aspectos psicológicos e penais**. 2ª ed. rev. atual. de acordo com as Leis 11.829/08 e 12.015/09 – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 21

Vide: NO EXTERIOR, **pesquisas tiveram resultados favoráveis á castração química**. Folha de São Paulo, 15 de mai.2018

WEINBERGER; Sreenivasan; Garrick; Osran. In: **Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law**, v. 33 n. 1, 2005, p. 16-36.

WUNDERLIH, Alberto. **Castração Química. Mente e Corpo**. Porto Alegre, n 22-24, out.-dez.2006



WUNDERLIH, Alberto; Borba, Márcio Fernandes. **Castração Química: uma visão constitucional**. Guaíba: Sob Medida, 2012.

NOTA:

[1] Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, Especialista em Ciências Criminais e em Direito e Processo Administrativo, Graduado em Direito e em Comunicação Social, todos pela Universidade Federal do Tocantins – UFT. Delegado de Polícia do Tocantins e Professor de Processo Penal.

[2] Alusão à porcentagem criminal não solucionadas/punidos ou desconhecidas "oficialmente".

[3] Expressão bíblica utilizada no século XVIII a. C, contida no código de Hamurabi, para punições e suas proporções equivalentes.

## A DEFINIÇÃO LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL EM FACE DO CONFLITO DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS AMBIENTAIS E CULTURAIS: A VAQUEJADA

**LAURA FERNANDA SOUSA:** Bacharelanda do do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

**ANTÔNIO CESAR MELLO**<sup>[1]</sup>

(Orientador)

**Resumo:** O presente artigo busca influenciar discussões no âmbito jurídico, filosófico e popular acerca da tutela do animal. Atualmente, o Estado se mostra omissivo perante essa questão, e após ser levantado o assunto da prática da vaquejada ser ou não ato cruel, observa-se a despreparação legislativa acerca de quais princípios constitucionais devem prevalecer, a proteção ao meio ambiente sadio e equilibrado, ou questões culturais.

**Palavras-chave:** Vaquejada. Maus-tratos. ADI 4983. Declaração Universal dos Direitos dos Animais. EC 96/17.

**Abstract:** This article seeks to influence discussions in the juridical, philosophical and popular sphere regarding the guardianship of the animal. Nowadays, the State is silent on this question, and after raising the subject of the practice of the vaquejada whether or not it is a cruel act, one observes the legislative lack of preparation about which constitutional principles should prevail, the protection of the healthy and balanced environment, or cultural issues.

**Keywords:** Vaquejada. Mistreatment. Direct Action of Unconstitutionality 4983. Universal Declaration of Animal Rights. Constitutional Amendment 96/17.

**Sumário:** 1- Introdução 2- Breve história sobre a criação da vaquejada 3- Declaração universal dos direitos dos animais em consonância com a legislação brasileira 4- A importância dada aos animais não-humanos no decorrer da história 5- Laudo técnico da veterinária da USP e outros questionamentos sobre os maus-tratos aos animais 6- O que diz a ação

direta de inconstitucionalidade 4.983 e demais decisões que seguem a ADI 7- A emenda constitucional 96/17 8- Considerações finais 9- Referências

---

## 1 INTRODUÇÃO

A vaquejada é uma prática conhecida desde os meados do século XVII, não necessariamente da mesma forma que encontra-se hoje, porém algo similar, que pode ter dado sua origem. De início quem comandava este movimento eram os coroneis e grandes fazendeiros, que soltavam o gado no cerrado nordestino, e após alguns meses os peões saíam em sua busca para juntá-los no curral.

Com o passar dos anos, se tornou uma disputa para entretenimento da população nordestina, regulamentada por lei e que anima multidões, movimentando cerca de 600 milhões de reais anualmente no Brasil (número equivalente ao ano de 2014/2015).

Os estados nordestinos que mais organizam vaquejadas são: Bahia, Rio Grande do Norte, Pernambuco, Paraíba, Alagoas e Ceará. Assim, os representantes das grandes vaquejadas alegam ser uma prática cultural, sendo direito fundamental garantido pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Porém, ao abordar tal temática sob o prisma dos princípios que garantam direitos fundamentais, esta justificativa se torna contraditória por entrar em conflito com outro direito fundamental assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB, que protege a fauna e a flora, discriminando práticas cruéis contra a vida do animal, então questiona-se qual dos direitos devem prevalecer.

Como proposta de solução para o conflito principiológico, a situação, inicialmente, deverá ser contextualizada, para que seja possível a realização do juízo de ponderação.

## 2 BREVE HISTÓRIA SOBRE A CRIAÇÃO DA VAQUEJADA

Encontra-se relatos de práticas similares à vaquejada desde o século XVII. Entre 1760 e 1790, no sertão nordestino, as fazendas não possuíam cerca para demarcá-las, assim os gados eram criados soltos. Sendo assim, os fazendeiros marcavam seus bois para identificá-los, e após um tempo contatavam os peões no intuito de que estes buscassem o gado, encontrados em fazendas vizinhas ou mata a dentro.

Esses peões eram dados como símbolo de bravura pois o serviço de apartar os bois era extremamente complexo, exigia habilidade e força. Com isso, foi iniciado a chamada "festa de apartação", que reunia peões para encontrar e auxiliar o gado ao seu devido dono.

Logo mais a festa de apartação chamou atenção da comunidade local, assim os fazendeiros deram início às pecuárias, reunindo a população que assistiam os peões (ou vaqueiros) capturarem os bois, e como estes bois eram criados livres, alguns procriavam e cresciam na caatinga, se tornando selvagens, sendo uma tarefa mais árdua para os vaqueiros os capturarem. Então era oferecido ao peão uma recompensa pela captura do animal selvagem, momento este em que se origina a essência da vaquejada.

Então em 1960 iniciaram as disputas com um valor de recompensa aos vaqueiros ganhadores, as regras de pontuação foram estabelecidas, o pagamento para disputar na vaquejada e mais tarde, com o aumento do público, a cobrança para assistir ao espetáculo.

Com o passar dos anos a vaquejada cresceu e expandiu e atualmente gera empregos e lucro, movimenta a economia das regiões e atrai turistas. Os números de 2006, segundo a Confederação de Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA), mostra que a movimentação econômica foi de R\$ 164 milhões. Os cálculos de 2013 feitos pela Associação Brasileira de Vaquejada (ABVAQ) apontaram para uma movimentação de R\$ 50 milhões, e em 2014/2015 o giro econômico chegou a 600 milhões. Essas estatísticas anuais abrangem além dos espetáculos, as premiações e a publicidade, investimento dos vaqueiros para disputar, leilões, feira agropecuária e shows.

Outro ponto importante sobre o assunto é que a prática de vaqueiro é regulamentada pela Lei nº 10.220, de 11 de abril de 2001, colocando-o como esportista. Vejamos:

"Art. 1º Considera-se atleta profissional o peão de rodeio cuja atividade consiste na participação, mediante remuneração pactuada em contrato próprio, em provas de destreza no dorso de animais eqüinos ou bovinos, em torneios patrocinados por entidades públicas ou privadas."

A questão da regulamentação do vaqueiro como atleta profissional reforça os argumentos dos apoiadores da vaquejada, que diz se tratar de um esporte como futebol, vôlei, etc., e que não há motivos para impedir tal evento.

A ABVAQ reforça também que a vaquejada possui uma história muito longa e duradoura no nordeste brasileiro, como uma herança repassada de pai para filhos, se tornando uma prática cultural da região, enraizada em suas histórias e influenciadora de grandes nomes da música nordestina brasileira. A livre manifestação cultural encontra-se elencada no artigo 215 da Carta Magna, que diz:

"Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional."

A definição da palavra "cultura" se mostra extensa e complexa, podendo ser expressa de diversas maneiras como forma artística, musical, religiosa e ideal. E se tratando da competição da vaquejada, seus seguidores acreditam expressar esta cultura de forma costumeira, uma prática iniciada há muitos anos atrás, por motivos de necessidade da época, que fora repassada e reformulada, passando por mutação e adaptações até se mostrar como é hoje, puro entretenimento às pessoas e geradora/movimentadora do capital.

### **3 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS ANIMAIS EM CONSONÂNCIA COM A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

A Declaração Universal dos Direitos dos Animais foi proclamada pela UNESCO em Bruxelas-Bélgica, na data de 27 de Janeiro de 1978, este documento possui caráter normativo e sua finalidade é orientar as nações sobre a necessidade de leis protetivas à fauna, no intuito de resguardar a integridade da vida e morte dos animais, e tipificar crimes contra os mesmos.

Em seu preâmbulo deixa claro que todos os animais possuem direitos, e que esses direitos devem ser respeitados, porém compreendem também que estes direitos são desprezados pela raça humana por questão de ignorância e/ou maldade intrínseca, sendo assim, é traçado um paralelo de que a crueldade cometida contra os animais pode levar a pessoa a ser cruel com outro de sua espécie.

A DUDA se mostrou a frente de seu tempo, em um momento na qual a humanidade estava em fase de aceitação dos animais como algo além de "coisas", mero objeto, entretanto a declaração aceita a morte por abate para alimentação, e o uso para trabalho, como por exemplo o transporte. Assim vemos nos artigos:

"Art. 7º. Todo o animal de trabalho tem direito a uma limitação razoável de duração e de intensidade de trabalho, a uma alimentação reparadora e ao repouso.

[...]

Art. 9º. Quando o animal é criado para alimentação, ele deve de ser alimentado, alojado, transportado e morto sem que disso resulte para ele nem ansiedade nem dor."

Destarte é demonstrada certa preocupação no momento da morte do bicho, porém somente aceita para a alimentação, outros modos de se matar que venham a acarretar sofrimento físico ou psicológico serão considerados biocídio, ou seja, crimes cometidos contra a vida dos animais, e se houver

morte em grande número, será considerado genocídio, um crime contra a espécie, outrossim a poluição e a destruição do meio ambiente serão englobadas por este crime.

Por fim, a DUDA exprime em seu dispositivo legal o descontentamento trazido pela exploração de animais para diversão do ser humano, como espetáculos e exposições, descrevendo como atos que ferem a dignidade do bicho. Assim dispõe:

"Art. 10º 1. Nenhum animal deve de ser explorado para divertimento do homem.

2. As exposições de animais e os espetáculos que utilizem animais são incompatíveis com a dignidade do animal."

A UNESCO, agência das Nações Unidas que atua nas áreas da educação, ciências naturais, ciências humanas e sociais, cultura, comunicação e informação, tem o Brasil como Estado-Membro desde 1964, e possui a finalidade de desenvolver projetos de cooperação técnica em parceria com o governo, auxiliando na formulação de políticas públicas, através de convenções internacionais, programas intergovernamentais e acordos, nesse sentido a legislação brasileira tem o dever de se adaptar a tal declaração e suas diretrizes devem ser respeitadas a nível normativo.

Apesar da criação da DUDA, o estado se mostra omissivo perante o assunto de tutela dos direitos dos animais, a legislação atual separou alguns dispositivos, porém de forma vaga e indefinida. A CRFB possui em seu corpo o capítulo VI para tratar sobre assuntos do meio ambiente, no artigo 225 diz:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

A Carta Magna expõe de forma clara o dever do Estado e de seus cidadãos em manter o equilíbrio ecológico do meio ambiente protegendo a fauna e a flora de tudo que possa a vir prejudicá-la, incluindo a crueldade aos animais como forma de afetar diretamente este equilíbrio.

Outra legislação que protege a fauna é a lei 9.605/98, Lei dos Crimes Ambientais, em seu capítulo V, porém mais voltado para animais silvestres e em extinção. O artigo que trata de forma geral dos animais é o art. 32, que diz:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

[...]

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

Nesse sentido, a legislação brasileira se pronuncia contra a crueldade aos animais, e penalizam aqueles que venham a praticá-la, todavia em nenhuma dessas leis definem quais práticas podem ser dadas como cruéis, e quais práticas não são.

Em 10 de Julho de 1934 fora criado o Decreto nº 24.645 que estabelecia medidas de proteção aos animais, definindo em seus artigos o



que viria a ser considerado maus-tratos, dizia que praticar ato de abuso, manter animais em locais anti-higiênicos, obrigá-los a trabalhar excessivamente, açoitar, golpear ferir ou mutilar voluntariamente o animal, bem como abandoná-los seria alguns exemplos de atos cruéis, porém esse Decreto hoje se encontra REVOGADO, demonstrando a necessidade de medidas urgentes para haver certa definição legislativa e acabar com as dúvidas no âmbito jurídico quando o assunto se tratar de crueldade com os animais.

#### **4 A IMPORTÂNCIA DADA AOS ANIMAIS NÃO-HUMANOS NO DECORRER DA HISTÓRIA**

Os questionamentos relacionados à proteção que o homem deve exercer perante o animal é um assunto outrora comentado por grandes pensadores antigos, de forma favorável ou não.

Alguns, como Descartes, abominou o pensamento de que os animais poderiam ser sencientes, ou seja, possuir a capacidade de ter sentimentos de forma consciente. Descartes nega que os animais viriam a ter consciência, juízo e até alma, com isto afirma a falta de sofrimento destes, assim restando-lhes apenas estímulos e movimentos corpóreos puramente mecânicos. Em sua concepção, a falta de capacidade de se comunicar, usando sua voz para juntar palavras e demonstrar seu pensamento é o que torna os bichos máquinas conduzidas por instintos naturais.

Em contrapartida Voltaire defende a importância dos animais, mostrando incômodo sobre a banalização da crueldade, principalmente em abates. O filósofo rebateu as ideias de Descartes, dizendo:

“Animais têm suas faculdades organizadas como nós, recebem a vida como nós e a geram da mesma maneira. Eles iniciam o movimento da mesma forma e comunicam-no. Eles têm sentidos, sensações, ideias e memórias. Animais não são totalmente sem razão. Eles possuem uma proporcional acuidade de sentidos”. *Lettres de*

*Memmius à Cicéron (Cartas de Gaius Memmius a Cícero) em 1772.*

Para ele, era importante mostrar ao ser humano que o antropocentrismo não passava de mera arrogância, e que não há privilegiado na natureza, e sim um convívio equilibrado. Não há confirmação de que esse filósofo tenha sido vegetariano, outrossim seguia ideais do filósofo grego Porfírio que pregava os benefícios da abstinência do consumo da carne do animal.

Porfírio acreditava que os homens pensavam mais com o estômago do que com a cabeça, o que explicaria, segundo ele, esse gosto mórbido por comer "cadáveres". Este filósofo explicou que a questão do consumo de alimentos de origem animal viria a ser nocivo para o corpo humano, deixando-o pesado e atrapalhando seus pensamentos, além de atitude apática e cruel.

Charles Darwin escreveu o livro *Expressão das emoções no homem e nos animais* (1872) no qual além de analisar formas humanas de expressar seus sentimentos, as comparavam com a forma de expressão dos bichos. Seu estudo consistia primeiramente em observar expressões faciais de uma pessoa quando sentia algo, como dor, alegria, medo, indecisão, etc., principalmente em crianças, loucos, pessoas cultas, de diversas faixas etárias, e em animais mais conhecidos que demonstrariam seus sentimentos arduamente.

Darwin ao analisar feições faciais humanas ao expressar emoções percebeu similaridade com as feições de macacos antropoides em relação à movimentação dos músculos e pele da face, bem como alguns sentimentos de amor dos cães para com os seus donos, afeição materna em fêmeas de todas as espécies, a dor de uma macaca ao perder seus filhotes, a vingança arquitetada por diversos animais, a demonstração de dor e medo em um animal ameaçado ou ferido.

Diante disso Darwin buscou entender as variadas formas que humanos usam para demonstrar o que está sentindo, e ao descrever também sobre as expressões dos animais, fez surgir uma nova linha de pensamento que é a semelhança existente entre o ser humano e o animal

não-humano, assim pode-se dizer que o animal sofre como o homem, sente dor como o homem, bem como se alegra ao vivenciar bons momentos como o homem.

Com uma linha de pensamento similar, Immanuel Kant aceitou os animais como sencientes mas isentou a raça humana de obrigações morais para com os mesmos, reconhecendo o sofrimento e dor dos bichos, concluiu que humanos que demonstram ser violentos com animais, poderiam ser potencialmente violentos com outras pessoas. E de forma mais evoluída, o filósofo e advogado Jeremy Bentham além de compreender a dor e sofrimento, buscou ensinar um tratamento mais humanitário para com os bichos. Bentham dizia que "a questão não era saber se são capazes de raciocinar, ou se conseguem falar, mas, sim, se são passíveis de sofrimento."

Como Bentham, o filósofo australiano Peter Singer desenvolveu seus ideais com base no respeito aos animais. Singer entendia que o homem e o animal são iguais, de maneira que devem viver em harmonia. Ele faz comparações que provoca inquietude, principalmente quando diz haver semelhança entre aqueles que cometeram abusos escravagistas antigamente, e os que exploram animais hoje. Para o filósofo, existe uma ditadura humana sobre os demais animais, e não há motivos para a raça humana se considerar superior.

Se um ser sofre, não pode haver justificação moral para desprezar esse sofrimento ou para recusar considerá-lo de forma igual ao sofrimento de qualquer outro ser. Mas o inverso é também verdadeiro. Se um ser não for capaz de sofrer, ou sentir prazer, não há nada a ter em conta. (SINGER, 1990, p.134)

Singer ainda, de forma polêmica, compara animais não-humanos com crianças recém-nascidas e deficientes mentais, pois os mesmos não possuem capacidade para se comunicar ou colocar os pensamentos em ordem.

## 5 LAUDO TÉCNICO DA VETERINÁRIA DA USP E OUTROS QUESTIONAMENTOS SOBRE OS MAUS-TRATOS AOS ANIMAIS

Professora aposentada da faculdade de medicina veterinária da Universidade de São Paulo (USP), Irvênia Prado deu uma entrevista ao jornal Folha de S. Paulo contando sobre seu parecer técnico usado na ADI 4983 sobre as consequências da vaquejada *para os animais*.

*Na entrevista a Dr. Irvênia explica que elaborou o parecer técnico em conjunto com a médica veterinária Dr. Vania Plaza Nunes, e que este parecer não foi diretamente solicitado pela Procuradoria Geral da República (PGR), e sim pelo Fórum Nacional de Proteção e Defesa Animal. Segundo a veterinária, o Conselho Federal de Medicina Veterinária (CFMV) e a Associação Brasileira de Medicina Veterinária Legal (ABMVL) são entidades que se manifestaram contrárias às práticas da vaquejada e que inclusive emitiram nota pública informando estar de acordo com a inconstitucionalidade.*

*O parecer técnico elaborado pela médica veterinária conclui a existência de maus-tratos aos animais participantes das competições, demonstrando lesões físicas e mentais, como fraturas nas patas, ruptura de ligamentos e vasos sanguíneos, traumatismos e deslocamento da articulação do rabo ou até o total arrancamento deste, comprometimento da medula espinhas e dos nervos espinhais. Nos cavalos foram identificados problemas como tendinite, tenossinovite, exostose, miopatias focal e por esforço, fraturas e osteoartrite társica.*

*A Dr. Irvânia comenta que é contra a prática da vaquejada, sendo ela ativista defensora dos direitos animais, e afirma não ser possível continuar as competições de uma forma que não machuque os bichos. Conta que ao ver a Associação Brasileira de Vaquejada (ABVAQ) argumentar a possibilidade de minimizar os riscos aos animais estão confirmando a existência dos maus-tratos, e tomaram essas medidas apenas para "venderem" a imagem de que são cuidadosos, ao invés de suprimir o sofrimento dos animais.*

*Outro ativista das causas animais e escritor Tom Regan tratou do assunto em variados livros, dentre esses o chamado "Jaulas vazias:*

*encarando o desafio dos direitos dos animais" merece destaque. Regan é ativista e professor de Filosofia pela North Carolina State University, e possui trabalhos em conjunto com Peter Singer e Carl Cohen. Esse autor comenta sobre muitos assuntos importantes voltadas para a defesa dos animais, como: a personificação dos ativistas, a indústria frigorífica, a indústria de roupas que usam peles, e a questão do uso dos animais em espetáculos, dentre outros levantamentos. A partir de observações em campo, como visitas às granjas e abatedouros, Regan analisou como as normas de bem-estar do animal eram infringidas a todo momento sem nenhuma preocupação, pois, segundo o mesmo, não havia fiscalização correta nos locais, o Governo era omissivo, e em suas palavras, quem dita as regras são os que tem mais dinheiro. Sabendo que o que realmente importa para as grandes indústrias é o lucro, pouco interessa a estes de qual forma os animais estão sendo tratados.*

*Regan também escreveu sobre competições envolvendo os bichos, a caça esportiva, rodeio e corrida de galgos, como os usados para entretenimento do público, em circos e exposições de mamíferos marinhos. No que tange ao rodeio e competições de laços, Regan comenta sobre os métodos utilizados para açoitar os cavalos e bois participantes, pois é facilmente perceptível que o animal não aceita de bom grado o seu "dever" na arena, assim o uso de esporas, choques elétricos, correias que apertam áreas sensíveis e incômodas no animal, são algumas das formas utilizadas para que o bicho se torne hostil.*

*Com toda a repercussão que os maus-tratos aos animais tomou, as organizações de rodeios e vaquejadas indagaram que seria providenciado métodos menos agressivos para o bem-estar dos cavalos e bois, como uma forma de tratamento mais "humanitário". Entretanto, ao analisar esse denominado "esporte" pode-se perceber que não há como existir métodos humanitários sem que acabe de vez com as competições, já que os animais precisam ainda serem açoitados para concluir sua participação, e o boi sujeito a laçamento pelo pescoço enquanto atinge certa velocidade, ou ser perseguido, derrubado, amarrado. Regan citou ainda a carta que o médico veterinário E. J. Finocchio enviou para os legisladores estaduais de Rhode Island, que dizia:*

"Como veterinário de animais de grande porte durante 20 anos ... testemunhei, em primeira mão, a morte instantânea de bezerros, depois que sua medula espinhal foi rompida por causa de uma parada brusca, pela ponta de uma corda, quando eles corriam a 48 quilômetros por hora. Também testemunhei e cuidei de bezerros que ficaram paralisados ... e cujas traquéias foram total ou parcialmente rompidas ... A pancada contra o chão causou a ruptura de alguns órgãos internos, levando alguns deles a uma morte lenta e agonizante". (Livro Jaulas Vazias: encarando os desafios dos direitos dos animais, Cap. 9, Pág. 189)

Com isso, o autor mostrou que essas competições consideradas um esporte é inerentemente desumano, uma vez que é impossível continuar os espetáculos sem causar *danos* físicos e psicológicos aos bichos.

## **6 O QUE DIZ A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.983 E DEMAIS DECISÕES QUE SEGUEM A ADI**

*Em uma publicação no Jornal Estadão, o ex presidente do STF, Carlos Ayres Britto explica que há uma grande diferença da palavra "cultural" vista em dicionários de português, e o significado expresso pela Constituição da República. O ponto é que no passar das décadas muitos atos foram considerados culturais por sua simples definição de transmitir costumes dentro de uma sociedade, e pode-se citar a escravidão e a submissão da mulher perante o gênero masculino. Atualmente sabe-se que esses costumes não são mais aceitos, muitos protestos foram travados até serem implementados na Carta Magna em seu artigo 3º, I, que dá o direito de liberdade a todos, e o artigo 5º caput e inciso I, que iguala a mulher ao homem.*

*No exemplo citado trata-se de seres humanos sendo injustos com outros de sua própria espécie. Porém ao analisar algumas jurisprudências pode-se observar casos similares ao do espetáculo da vaquejada julgados*

*inconstitucionais. Como exemplo temos a "Briga de Galo", sua inconstitucionalidade foi proposta pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1856, e em decisão unânime, os relatores alegaram a total descaracterização cultural e a terrível crueldade que as aves eram submetidas, afrontando diretamente a Constituição da República, bem como a chamada "Farra do Boi" discutida pelo STF pelo R. Extraordinário n.º 153.531, ambas descumprindo o artigo 225 da CRFB, que diz:*

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[...]

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Sendo assim, é de notória compreensão que mesmo por se tratar de uma manifestação cultural, ou hábito da coletividade, não necessariamente será protegida pela *Constituição da República por afrontar diretamente um direito fundamental inerente ao ecossistema saudável, que pode causar grande impacto à natureza, e conseqüentemente a vida dos seres humanos.*

*E ao analisar cada uma das práticas citadas dadas como culturais, os laudos técnicos demonstram o sofrimento desnecessário do animal, e até a sua morte durante os espetáculos, tanto na Farra do Boi, que o gado era solto pelas ruas e açoitado por diversos participantes munidos de instrumentos perfuradores para continuar a correr até sua exaustão total, e após morrer sua carne era servida como churrasco, como na Briga de Galo, que as aves eram criadas para se tornarem hostis, assim só se encerrava o confronto com a morte de um dos galos. E na vaquejada, por ser o boi*

*açoitado, perseguido e derrubado, causando-lhe lesões na cauda e coluna vertebral, além de outras escoriações e ossos quebrados, segundo o laudo da ADI 4983. Seguem as ementas que entenderam pela inconstitucionalidade/ilegalidade das práticas de "briga de galo" e "farra do boi":*

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - BRIGA DE GALOS (LEI FLUMINENSE Nº 2.895/98) - LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE, PERTINENTE A EXPOSIÇÕES E A COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES, FAVORECE ESSA PRÁTICA CRIMINOSA - DIPLOMA LEGISLATIVO QUE ESTIMULA O COMETIMENTO DE ATOS DE CRUELDADE CONTRA GALOS DE BRIGA - CRIME AMBIENTAL (LEI Nº 9.605/98, ART. 32) - MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE - PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAUNA (CF, ART. 225, § 1º, VII) - DESCARACTERIZAÇÃO DA BRIGA DE GALO COMO MANIFESTAÇÃO CULTURAL - RECONHECIMENTO DA INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ESTADUAL IMPUGNADA - AÇÃO DIRETA PROCEDENTE. LEGISLAÇÃO ESTADUAL QUE AUTORIZA A REALIZAÇÃO DE EXPOSIÇÕES E COMPETIÇÕES ENTRE AVES DAS RAÇAS COMBATENTES - NORMA QUE INSTITUCIONALIZA A PRÁTICA DE CRUELDADE CONTRA A FAUNA - INCONSTITUCIONALIDADE. - A promoção de briga de galos, além de caracterizar prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configura conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de



crueidade, cuja natureza perversa, à semelhança da "farra do boi" (RE 153.531/SC), não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico. Precedentes. - A proteção jurídico-constitucional dispensada à fauna abrange tanto os animais silvestres quanto os domésticos ou domesticados, nesta classe incluídos os galos utilizados em rinhas, pois o texto da Lei Fundamental vedou, em cláusula genérica, qualquer forma de submissão de animais a atos de crueldade. - Essa especial tutela, que tem por fundamento legitimador a autoridade da Constituição da República, é motivada pela necessidade de impedir a ocorrência de situações de risco que ameacem ou que façam periclitare todas as formas de vida, não só a do gênero humano, mas, também, a própria vida animal, cuja integridade restaria comprometida, não fora a vedação constitucional, por práticas aviltantes, perversas e violentas contra os seres irracionais, como os galos de briga ("gallus-gallus"). Magistério da doutrina. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. - Não se revela inepta a petição inicial, que, ao impugnar a validade constitucional de lei estadual, (a) indica, de forma adequada, a norma de parâmetro, cuja autoridade teria sido desrespeitada, (b) estabelece, de maneira clara, a relação de antagonismo entre essa legislação de menor positividade jurídica e o texto da Constituição da República, (c) fundamenta, de modo inteligível, as razões consubstanciadoras da pretensão de inconstitucionalidade deduzida pelo autor e (d) postula, com objetividade, o reconhecimento da procedência do pedido, com a conseqüente declaração de ilegitimidade constitucional da lei questionada em sede de controle normativo

abstrato, delimitando, assim, o âmbito material do julgamento a ser proferido pelo Supremo Tribunal Federal. Precedentes. (ADI 1856, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 26/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-02 PP-00275 RTJ VOL-00220- PP-00018 RT v. 101, n. 915, 2012, p. 379-413)

COSTUME - MANIFESTAÇÃO CULTURAL - ESTÍMULO - RAZOABILIDADE - PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA - ANIMAIS - CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado "farra do boi". (RE 153531, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 03/06/1997, DJ 13-03-1998 PP-00013 EMENT VOL-01902-02 PP-00388)

Logo conclui-se que não existe realmente um conflito de normas sob o aspecto cultural e a crueldade intrínseca, mas uma omissão legislativa, ou seja, a falta de esclarecimento do que realmente viria a ser a expressão cultural, por mais que tenha sido criada a Emenda Constitucional autorizando a vaquejada, detalhadamente mostrando quais pontos passam da fronteira da cultura e quais a integram, assim como o que a Carta Magna quis passar quando comentou em sua letra do artigo sobre a "crueldade", até que ponto poderia ser denominado cruel, e qual a importância dos animais para o sistema legislativo.

Houveram várias decisões pelo país contrárias à vaquejada, uma em particular no estado do Distrito Federal do Juiz Jansen Fialho de Almeida no processo nº 2015.01.1.017379-7. Na decisão o Juiz explica que o Poder

Público está incumbido de proteger a fauna e a flora, e que a derrubada do boi se dar por meio de força bruta via tração em um pequeno espaço, não havendo como considerar lícita tal prática. Diz ainda que nenhum animal fora concebido fisiologicamente para sofrer derrubada desta maneira, principalmente os bovinos, então mesmo que as lesões e mutilações dos bovinos não ocorram em todos os casos de participação dos animais, o alto risco a que são submetidos já é suficiente para a proibição do esporte, segundo o Juiz.

Ele prossegue afirmando que a pecuária possui o escopo de beneficiar a humanidade com bens imprescindíveis para seu desenvolvimento, como alimentação, matéria-prima industrial etc. Com isso a vaquejada se encontra em atividade secundária e prescindível, da mera exploração dos animais pelo ser humano.

Nesse sentido, pode-se preponderar a real finalidade da prática da vaquejada, pois a pecuária é formada não só pela disputa dos vaqueiros, mas também por shows, leilões, culinária e artesanatos, dando às pessoas variadas formas de entretenimento que não cause dano a fauna brasileira, logo a questão de gerar empregos e movimentar a economia do local poderia continuar, porém com um espetáculo a menos.

## **7 A EMENDA CONSTITUCIONAL 96/17**

Popularmente conhecida como "PEC da vaquejada", trata-se de proposta de emenda à Constituição apresentada pelo Senador Federal Otto Alencar (PSD/BA) no dia 15 de Fevereiro de 2017.

Esta iniciou-se como PEC 270/16, e depois foi modificada para PEC 304/17. Assim acrescentada ao parágrafo 7º do art. 225 da CRFB determina que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis. A PEC foi votada e transformada na Emenda Constitucional 96/17, que diz:

Art. 1º O art. 225 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte § 7º:

"Art. 225.

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos."

Nesse sentido, a PEC 304/17 após ser votada e promulgada em rápidos quatro meses, torna a vaquejada legal derrubando a decisão do STF que a dava como inconstitucional, também abrangendo demais práticas desportivas, como os rodeios.

A PGR ainda este ano se manifestou de forma contrária à EC 96/17. Uma petição foi criada pela ONG VEDDAS informando a PGR que seu dever é pedir o controle de constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) quando houver aprovação de leis e emendas constitucionais que afrontem as normas da CRFB. A ONG apresentou seus argumentos na petição, sendo um destes pontuando que as determinações feitas pelo Poder Legislativo ao reconhecer a prática da vaquejada e rodeios como patrimônio imaterial são exclusivas do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), órgão este inserido no Poder Executivo, sem a prévia consulta e em falta com qualquer parecer favorável ou apresentação de estudos científicos. Com todo o exposto é fato que a vaquejada como desportiva e cultural será questionada e atacada por certo tempo.

## **8 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante todo o exposto, destaca-se a importância de discutir tal tema, após lançada a ADI 4983 que proibiu a prática da vaquejada no estado do Ceará, o principal estado que possui essa tradição enraizada em seus costumes há muitos anos, e que gera números altíssimos de lucro, ou seja, a população se mostrou insatisfeita com essa prática, e o Supremo Tribunal Federal também se posicionou contra entendendo que a crueldade aos animais usados, como bois e cavalos, é intrínseco, assim discutindo ser

impossível eliminar o sofrimento dos bichos, ou mesmo amenizar enquanto ainda forem usados na arena.

O tema gerou grande discussão, acarretando de forma extraordinariamente rápida, uma votação e promulgação da Emenda Constitucional 96/17 pela mesa da Câmara dos Deputados e Senado Federal, que autorizou o prosseguimento da vaquejada pois, segundo a EC, não deve ser considerado ato de crueldade aos animais. Demonstrando com isso a preocupação dos Deputados e Senadores pelo lucro acima do bem-estar dos animais, já provado em laudo da ADI 4983 que existe maus-tratos, sem possibilidade de amenizá-los enquanto houver a derrubada e perseguição.

As pessoas se mostram insatisfeitas com a crueldade aos animais desde muitos séculos atrás, preocupados com o abate, com o uso para testes científicos, e principalmente o uso para entretenimento. No Brasil, circos não são mais permitidos a usar animais para espetáculos, decisões do STF impediram as práticas da briga de galo e da farra do boi, com isso se torna claro que a luta em defesa do direito dos animais irá continuar, o número de ONG'S protetoras crescem a cada dia, e tomam voz no âmbito político, como exemplo temos o Instituto Luisa Mell que teve seu trabalho reconhecido pela Assembleia Legislativa, no qual receberam homenagens por Honra ao Mérito Legislativo do Estado de São Paulo.

Assim, a preocupação com o meio ambiente saudável e em equilíbrio está tomando grandes proporções, o Estado cada vez mais cobrado para cumprir com o seu papel de tutela à fauna e a flora, e para definir o conflito existente entre questões ambientais e questões culturais.

## 9 REFERÊNCIAS

Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CASTILHO, Fernando Moreno; MARTINS, Lilian Al-Chueyr. **As concepções evolutivas de Darwin sobre a expressão das emoções no homem e nos animais**. Disponível em:

<[www.ib.usp.br/revista/system/files/Castilho-10.7594-revbio.09.02.03.pdf](http://www.ib.usp.br/revista/system/files/Castilho-10.7594-revbio.09.02.03.pdf)>  
Acesso em: 15 de Maio de 2018.

TRINDADE, Gabriel Garmendia da; NUNES, Lauren de Lacerda. **Jaulas Vazias: Encarando o desafio dos direitos dos animais**. Disponível em: <http://www.revistafundamento.ufop.br/Volume1/n3/vol1n3-10.pdf>> Acesso em: 15 de Maio de 2018.

REGAN, Tom. **Jaulas Vazias: Encarando o desafio dos direitos animais**. Tradução: Regina Rheda. Editora Lugano. 2006.

DARWIN, Charles. **A Expressão das Emoções nos Homens e nos Animais**. Tradução: Leon de Souza Lobo Garcia. Companhia das Letras. 2000.

SINGER, Peter. **Libertação Animal: O clássico definitivo sobre o movimento pelos direitos dos animais**. 1ª Ed. São Paulo. Editora WMF Martins Fontes. 2010.

COETZEE, John Maxwell. **A Vida dos Animais**. São Paulo. Companhia das Letras. 2003.

BEZERRA, Felipe Adriano Saraiva Lustosa. **Igualdade para os animais: Especismo e sofrimento animal sob a perspectiva utilitarista singeriana**. Disponível em: Acesso em: 17 de Maio de 2018.

ARIOCH, David. **Voltaire: "Os sofrimentos de um animal nos parecem males, porque, sendo animais nós mesmos, sentimentos que deveríamos incentivar a compaixão"**. Disponível em: <<https://davidarioch.com/2017/02/08/voltaire-os-sofrimentos-de-um-animal-nos-parecem-males-porque-sendo-animais-nos-mesmos-sentimos-que-deveriamos-incentivar-a-compaixao/>> Acesso em: 17 de Maio de 2018.

ROCHA, Ethel Menezes. **Animais, homens e sensações segundo Descartes**. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-512X2004000200008](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2004000200008)> Acesso em: 17 de Maio de 2018.

SCHÖPKE, Regina. **Os filósofos e os animais**. Disponível em: <<https://www.anda.jor.br/2012/02/os-filosofos-e-os-animais/>> Acesso em: 17 de Maio de 2018.

PINHEIRO, Gilberto. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais - UNESCO - ONU**. Disponível em: Acesso em: 17 de Maio de 2018.

Procuradoria-Geral da República. **PGR defende Inconstitucionalidade de norma que permite a prática da vaquejada**. Disponível em: Acesso em: 17 de Maio de 2018.

GHILARDI, Carolina Machado. **Animais Não-humanos como Sujeitos de direito: Fundamentos e perspectivas no direito brasileiro**. Disponível em: Acesso em 17 de Maio de 2018.

COMPARINI, Artur. **Direito dos animais sob a ótica moral, filosófica e legal**. Disponível em: Acesso em: 17 de Maio de 2018.

CANÔNICO, Marco Aurélio. Folha de S. Paulo. **Vaquejada tem de ser proibida imediatamente, diz veterinária da USP**. Disponível em: Acesso em: 17 de Maio de 2018.

NOTA:

[1] Bacharel em Direito pela Unirriter, Especialista em Direito e Estado pela UNIVALE, Mestre em Ciências do Ambiente pela UFT e Doutorando pela PUC Minas. Professor da Faculdade Católica do Tocantins e do Centro Universitário Luterano de Palmas. Email: antoniocesarmello@hotmail.com

## **A ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA TERRITORIAL NO PROCESSO DO TRABALHO E A REFORMA TRABALHISTA**

**ALLAN TORRES BELFORT SANTOS:**  
Graduado em Direito AESO BARROS MELO. Especialista em Direito do Processual Civil e do Trabalho. Advogado.

**RESUMO:** O presente trabalho tem a finalidade de traçar uma abordagem inicial acerca dos institutos da jurisdição e competência, bem como neste caso as de caráter absoluto e relativo para que, ante a análise, verifique-se os parâmetros acerca da incompetência territorial no âmbito do processo do trabalho à luz da nova instrumentalidade trazida pela lei nº 13.467/2017 possibilitando a arguição previamente ao momento da apresentação da defesa que ocorre na audiência inaugural.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Conceito de jurisdição e competência; 3. Competência absoluta e relativa. 4. A competência territorial na justiça do trabalho. 5. Arguição da incompetência territorial sob a égide da reforma trabalhista. 6. Conclusão.

---

### **1. INTRODUÇÃO**

O princípio do juiz natural consiste numa garantia fundamental resultante da junção dos incisos XXXVII e LIII do art. 5º da CF/88 por meio da qual se proíbe juízo ou tribunal de exceção e que ninguém será processado senão pela autoridade competente<sup>[1]</sup>.

Neste sentido, no âmbito do exercício da jurisdição, poder estatal por meio do qual o Estado aplica os diplomas normativos, há a divisão, para fins de melhor prestação forense, da competência entre os diversos órgãos integrantes do Poder Judiciário.

Ainda, quando da análise do órgão competente, observa-se a fixação de critérios absolutos, que inclusive devem ser analisados pelo magistrado por se tratar de questões de ordem pública, bem como relativos, por meio



dos quais as partes podem dispor ou ainda haver a derrogação ante a ausência de manifestação a respeito.

Sob o enfoque da competência relativa, tem-se o aspecto territorial que será objeto do presente trabalho, com enfoque no âmbito do processo trabalhista, inicialmente traçando os aspectos materiais para fixação, tanto no âmbito legal como na jurisprudência do c. Tribunal Superior do Trabalho, para que se possa analisar o novo procedimento trazido pela lei nº 13.467/17.

## **2. CONCEITO DE JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA**

Dentro do Estado de Direito, está consagrada a teoria da Separação dos Poderes, onde o Poder do Estado Soberano é exercido através do Poder Executivo, Poder Legislativo e Judiciário. Tal forma de governo, isto é, meio de o Estado se dividir quanto ao exercício do poder, está consagrada em boa parte dos Países do Ocidente.

As três funções, de forma ampla, do Estado se dão em criar normas legais de forma que sejam executadas de forma isonômica a todos os indivíduos do território onde o Estado Democrático de Direito exercer sua soberania. E no caso de haver litígio no que concerne a aplicação das leis, que seja decidida de acordo com a norma criada para todos, cabendo ao Juiz decidir de forma imparcial, para que as normas sejam aplicadas a todos de forma isonômica.

Ao Poder Judiciário, é atribuído o exercício da Jurisdição, que visa solucionar os conflitos de acordo com as normas emanadas pelo Legislador. A jurisdição é justamente o nome dado ao poder que o Estado tem que aplicar o direito ao fato concreto, sendo o direito criado pelo Poder Legislativo e a sua aplicabilidade ou não ficando a critério da apreciação do Poder Judiciário. Pois bem, o Judiciário é o poder responsável pela aplicação do direito ao caso concreto, isto é, é o que exerce a jurisdição.

A jurisdição tem como princípio o da Inércia, da indeclinabilidade e o do Juiz Natural. Ou seja, a atividade jurisdicional deve ser provocada pelas

partes, não podendo a jurisdição de ofício ser exercida, uma vez que acarretaria na instabilidade da imparcialidade.

Assim também não pode o juiz recusar-se a decidir ou delegar tal função a outro ente, haja vista vedação contida no Art. 4º da Lei de introdução ao Código Civil, em que dispõe que na omissão da lei, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.

Quanto ao princípio do juiz natural, importante salientar que se dá em razão de que a jurisdição só pode ser exercida pelo órgão determinado em documento legal de maior importância, no caso do Brasil, na respectiva Constituição Federal, sendo vedados os tribunais de exceção, conforme art. 5º, XXXVII da CF/88.

Não há que se falar em tribunais ou juízos de exceção no que tange aos tribunais arbitrais, uma vez que estes apenas podem proceder com juízo de direitos disponíveis, tendo a mera função de evitar a apreciação de demandas que possam ser evitadas no que tange aos inúmeros processos que hoje possui o Poder Judiciário.

A Jurisdição é, portanto, no âmbito do processo civil,

a função que consiste primordialmente em resolver conflitos que a ela sejam apresentados pelas pessoas, naturais ou jurídicas (e também pelos entes despersonalizados, tais como espólio, a massa falida e o condomínio), e em lugar dos interessados, por meio da aplicação de uma solução prevista pelo sistema jurídico. Por solução do sistema, entendemos aquela prevista pela função normatizadora do direito, consistente em regular a apropriação dos bens da vida pelas pessoas, mediante o uso de um sistema de comandos coativos ou de medidas de incentivo, de sorte que seja possível alcançar soluções compatíveis com a necessidade de manutenção da paz social.<sup>[2]</sup>

Ainda, a Jurisdição:

consiste no poder conferido ao Estado, através dos seus representantes, de solucionar conflitos de interesses não dirimidos no plano extrajudicial, conflitos que se revestem da característica de litígios, revelando a necessidade da intervenção do Estado para que a pendenga estabelecida entre as partes seja solucionada.[3]

Por sua vez, a competência se dá pela divisão em vários órgãos em relação ao exercício da jurisdição. Ou seja, é através da distribuição de competências que o Estado exerce a Jurisdição. Ficando possível definir que:

a competência consiste no fracionamento da função jurisdicional, atribuindo-se a cada juiz ou tribunal parcela da jurisdição, possibilitando o seu exercício. As regras de Competência se justificam por uma questão de racionalização do serviço forense, atribuindo-se a cada órgão judicial parcela do trabalho de distribuir a justiça em todos os cantos da federação.[4]

Ainda se pode atribuir à competência outra explicação. De tal sorte, importante salientar que:

a competência é exatamente o resultado de critérios para distribuir entre vários órgãos as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição. A competência é o poder de exercer a jurisdição nos limites estabelecidos por lei. É o âmbito do qual o juiz pode exercer a jurisdição. É a Medida da Jurisdição.[5]

A competência se dá pela distribuição de forma concreta da jurisdição aos órgãos que são definidos como tais, ou seja, determinado instrumento normativo, no caso do Brasil, a Constituição Federal em seu artigo 92, distribui a jurisdição entre os órgãos tidos como competentes. Em suma, a competência é o exercício de Jurisdição pelo Estado, que a distribui

de forma a tornar mais dinâmica à prática forense. Isto significa dizer que a jurisdição é distribuída de uma forma que visa a especialização dos órgãos.

Em suma, importante se faz apresentar os conceitos da jurisdição e da competência sob o ponto de vista prático, sendo possível observar que a distribuição da Jurisdição em Competência visa justamente, de forma ampla, garantir aos jurisdicionados um processo com duração razoável, já que especializa uma determinada vara para apreciação de determinado ramo do direito.

### **3. COMPETÊNCIA RELATIVA E ABSOLUTA**

No que concerne o conceito de competência, vale ressaltar que este fixador é tido de forma híbrida, uma vez que poderá ser relativa ou absoluta a competência do juízo.

O caráter absoluto se dá por exceção, haja vista que a distribuição de competência é uma mera forma de organização para evitar conflitos entre as diversas comarcas. Ou seja, vista determinar que o juízo seja competente para processar e julgar uma respectiva demanda pelo fato de que o evento se deu dentro do território que abrange a comarca.

Tal fixador se apresenta de forma frágil, uma vez que pode ser derogável no caso de haver conveniência entre as partes. Isto se dá em razão da relevância dos interesses jurídicos. Quando se trata de interesse público de fixação de um juízo competente para julgar e processar determinada demanda, a legislação trata de tal matéria, com o intuito de evitar prevenção ou declínio da competência, e como tal evitando prejuízo para uma das partes.

Sendo relativa, a competência pode ser conceituada como aquela em que as partes possuem disponibilidade para escolha do foro. Tal escolha não se dá por mera liberalidade no caso geral, mas sim quando não for apresentada impugnação, o foro é prorrogado.

Assim, não há que se falar em intervenção por norma jurídica no que tange ao prejuízo da parte que possa estar prejudica pelo fato de não ter apresentado a impugnação no momento adequado. Neste caso, não

havendo alegação de incompetência, a parte que se absteve não poderá mais reaver a situação com previsão jurídica.

#### **4. A COMPETÊNCIA TERRITORIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO.**

A competência territorial no âmbito da Justiça do Trabalho é observada de acordo com o local, em regra, da prestação de serviços do empregado, seja ele reclamante ou reclamado, nos termos do art. 651 da CLT. É definida levando-se em consideração o limite territorial da competência de cada órgão que compõe a justiça do trabalho<sup>[6]</sup>.

Art. 651 - A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutra localidade ou no estrangeiro.

§ 1º - Quando for parte de dissídio agente ou viajante comercial, a competência será da Junta da localidade em que a empresa tenha agência ou filial e a esta o empregado esteja subordinado e, na falta, será competente a Junta da localização em que o empregado tenha domicílio ou a localidade mais próxima.

§ 2º - A competência das Juntas de Conciliação e Julgamento, estabelecida neste artigo, estende-se aos dissídios ocorridos em agência ou filial no estrangeiro, desde que o empregado seja brasileiro e não haja convenção internacional dispondo em contrário.

§ 3º - Em se tratando de empregador que promova realização de atividades fora do lugar do contrato de trabalho, é assegurado ao empregado apresentar reclamação no foro da celebração do contrato ou no da prestação dos respectivos serviços.

Por se tratar de regra infraconstitucional de distribuição no que tange a organização da jurisdição, a competência territorial da Vara do

Trabalho do local da prestação de serviços deve ser analisada com base no direito fundamental ao acesso à justiça esculpido no art. 5º, XXXV, da CF/88, principalmente quando se trata de trabalhador hipossuficiente.

A regra trazida pelo art. 651 da CLT possui critérios objetivos com a finalidade, também de resguardar o princípio da segurança jurídica do empregador, além do devido processo legal, ampla defesa e do contraditório. Em julgamento proferido pelo c. TST, observou-se o caráter objetivo trazido pelo caput do art. 651 da CLT

**COMPETÊNCIA TERRITORIAL. DISSÍDIO INDIVIDUAL TÍPICO. CRITÉRIOS OBJETIVOS DE FIXAÇÃO. ART. 651 DA CLT. DOMICÍLIO DO EMPREGADO.** A Vara do Trabalho do domicílio do empregado, quando não coincidente com a localidade da celebração do contrato ou da prestação dos serviços, normalmente não é competente para o julgamento de dissídio individual típico resultante do contrato de emprego. A determinação da competência territorial, em regra, define-se pelo local da prestação dos serviços do empregado, seja ele reclamante ou reclamado (art. 651, *caput*, da CLT). Cuida-se de norma de cunho protecionista e ditada pela observância do princípio constitucional da acessibilidade (art. 5º, XXXV). Excepcionalmente, nos termos do art. 651, § 3º, da CLT, toma-se em conta o juízo da localidade da contratação do empregado. Sob esse entendimento, a SBDI-1, por unanimidade, conheceu dos embargos, por divergência jurisprudencial e, no mérito, pelo voto prevalente da Presidência, negou-lhes provimento. Vencidos, totalmente, os Ministros Walmir Oliveira da Costa e Hugo Carlos Scheuermann e, parcialmente, os Ministros Renato de Lacerda Paiva, Aloysio Corrêa da Veiga, Guilherme Augusto Caputo Bastos, Augusto César Leite de Carvalho e Cláudio Mascarenhas

Brandão, que divergiam quanto à fundamentação.<sup>[7]</sup> (grifo nosso)

Em outra oportunidade, diante da especialidade do postulante, que no caso apreciado havia filho menor, entendeu o c. TST pela aplicação da regra especial disciplinada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

**ACIDENTE DE TRABALHO. FALECIMENTO DO EMPREGADO. AÇÃO MOVIDA POR VIÚVA E FILHOS MENORES. PRETENSÃO DEDUZIDA EM NOME PRÓPRIO. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. LOCAL DO DOMICÍLIO DOS RECLAMANTES. AUSÊNCIA DE DISCIPLINA LEGAL ESPECÍFICA NA CLT. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO DISPOSTO NO ART. 147, I, DO ECA.** Na hipótese de julgamento de dissídio individual movido por viúva e filhos menores de ex-empregado falecido em decorrência de acidente de trabalho, na defesa de direito próprio, admite-se excepcionalmente a fixação da competência territorial pelo foro do local do domicílio dos reclamantes. **Aplicação analógica do disposto no art. 147, I, do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), diante da ausência de disciplina legal específica na CLT. No caso, ressaltou-se que por se tratar de situação excepcional, a qual refoge à regra do *caput* do art. 651 e parágrafos, da CLT — em que a competência territorial define-se pelo local da prestação dos serviços do empregado, e, excepcionalmente, pela localidade da contratação —, cumpre ao órgão jurisdicional colmatar a lacuna mediante a aplicação de norma compatível com o princípio da acessibilidade.** Sob esse entendimento, a SBDI-I, por unanimidade, conheceu dos embargos, por divergência jurisprudencial e, no mérito, por maioria, deu-lhes provimento para reconhecer a competência da Vara do Trabalho de

Manaus, local do domicílio dos reclamantes. Vencidos os Ministros Aloysio Corrêa da Veiga, relator, Guilherme Augusto Caputo Bastos e Márcio Eurico Vitral Amaro[8]. (Grifo nosso).

No sentido de reafirmar o teor do art. 651 da CLT, o c. TST em julgamento firmou a tese de que é possível o ajuizamento da ação no foro do domicílio do reclamante (art. 651, §3º, da CLT), porém desde que coincidente com o local da prestação de serviços ou da contratação, entendendo-se esta, também, como a arregimentação.

**CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO PROPOSTA NO DOMICÍLIO DO ADVOGADO. INCOMPETÊNCIA. REMESSA AO JUÍZO DO LOCAL DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. PREJUÍZO À DEFESA DO AUTOR. COMPETÊNCIA DA VARA DO TRABALHO QUE TEM JURISDIÇÃO SOB O LOCAL DA CONTRATAÇÃO.** Para a fixação da competência territorial devem prevalecer os critérios objetivos estabelecidos no art. 651, *caput* e § 3º, da CLT, **admitindo-se o ajuizamento da reclamação trabalhista no domicílio do reclamante apenas se este coincidir com o local da prestação dos serviços ou da contratação.** Assim, na hipótese em que o autor foi contratado na cidade de Alvorada do Norte/GO, e posteriormente transferido para Porto Velho/RO, local da extinção do pacto laboral, não atende ao comando legal o ajuizamento da reclamação em Brasília/DF, domicílio do advogado que patrocina a reclamação. De outra sorte, o declínio da competência em favor de uma das varas do trabalho de Porto Velho/RO também não se mostra adequado, eis que impediria a defesa dos direitos do autor, domiciliado no Estado de Goiás. Sob esses fundamentos, a SBDI-II, por unanimidade, admitiu conflito negativo de competência instaurado entre a 6ª Vara do Trabalho de Porto Velho/RO (suscitante) e a 18ª Vara do Trabalho de Brasília/DF



(suscitado) para declarar a competência do Juízo da Vara do Trabalho de Posse/GO, que tem jurisdição sob a cidade de Alvorada do Norte/GO, local da contratação e domicílio do reclamante<sup>[9]</sup>. (Grifo nosso).

No intuito de compatibilizar o acesso à justiça, o c. TST também firmou entendimento no sentido de que a competência territorial, respeitando-se os critérios objetivos supramencionados, poderia ser fixada no foro do domicílio do reclamante em caso de a empresa possuir âmbito nacional, de forma a não ensejar em prejuízo a sua defesa.

**CONFLITO DE COMPETÊNCIA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. AJUIZAMENTO DE RECLAMAÇÃO TRABALHISTA NO FORO DO DOMICÍLIO DO RECLAMANTE. LOCAL DIVERSO DA CONTRATAÇÃO E DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. EMPRESA DE ÂMBITO NACIONAL. POSSIBILIDADE.** Admite-se o ajuizamento da reclamação trabalhista no domicílio do reclamante quando a reclamada for empresa de grande porte e prestar serviços em âmbito nacional. **Trata-se de interpretação ampliativa do art. 651, caput e § 3º da CLT, em observância ao princípio constitucional do amplo acesso à jurisdição e ao princípio protetivo do trabalhador.** No caso, a ação fora ajuizada em Ipiaú/BA, domicílio do reclamante, embora a contratação e a prestação de serviços tenham ocorrido em Porto Velho/RO. Sob esses fundamentos, a SBDI-II, por maioria, acolheu o conflito negativo de competência e declarou competente para processar e julgar a ação a Vara de Ipiaú/BA, domicílio do reclamante. Vencidos os Ministros Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, relator, Emmanoel Pereira e Ives Gandra da Silva Martins Filho<sup>[10]</sup>. (Grifo nosso)

Por fim, cumpre mencionar que a hipossuficiência econômica do trabalhador e a garantia do acesso à justiça não podem ser vistas de forma aleatória ao cotejo do art. 651 da CLT. No caso abaixo, o c. TST, por sua vez, compatibilizou os requisitos dos dois últimos precedentes, viabilizando o ajuizamento no foro do domicílio do empregado apenas quando a contratação ou a arregimentação tenha ocorrido no referido local e a empresa contrate e preste serviços em várias partes do território nacional.

**COMPETÊNCIA TERRITORIAL. DOMICÍLIO DO RECLAMANTE. POSSIBILIDADE. COINCIDÊNCIA COM O LOCAL DA CONTRATAÇÃO OU DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. EMPRESA DE ATUAÇÃO NACIONAL. APLICAÇÃO AMPLIATIVA DO ART. 651, § 3º, DA CLT.** Admite-se o ajuizamento de reclamação trabalhista no foro de domicílio do empregado apenas quando a contratação ou a arregimentação tenha ocorrido naquela localidade e a empresa contrate e preste serviços em diferentes partes do território brasileiro, ou seja, possua atuação nacional. Trata-se de aplicação ampliativa do art. 651, § 3º, da CLT que não é possível ocorrer quando se alega tão somente a hipossuficiência econômica do trabalhador e a garantia de acesso à justiça. Sob esses argumentos, a SBDI-I, por unanimidade, conheceu dos embargos, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, por maioria, deu-lhes provimento para, restabelecendo o acórdão do Regional, reconhecer a incompetência da Vara do Trabalho de Estância/SE - domicílio do reclamante - e declarar a competência de uma das Varas do Trabalho de Itabuna/BA - local da contratação e da prestação dos serviços - para processar e julgar a reclamação trabalhista. Vencidos os Ministros José Roberto Freire Pimenta e Brito Pereira<sup>[11]</sup>. (Grifo nosso)

Portanto, é de se ressaltar que o c. TST com base na análise do art. 651 da CLT, amparando-se do princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da

CF), busca viabilizar o respectivo direito aos trabalhadores de forma compatível ao regramento, isto é, sem prejuízo ao direito do empregador ao juízo natural.

## **5. ARGUIÇÃO DA INCOMPETÊNCIA TERRITORIAL SOB A ÉGIDE DA REFORMA TRABALHISTA.**

Com o advento da reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017), houve alteração no dispositivo do art. 800 da CLT de forma substancial e abarcando os reflexos dos princípios do acesso à justiça, duração razoável do processo, bem como preservando os princípios vetores do processo do trabalho relacionados à oralidade e a celeridade.

De tal forma, neste aspecto a reforma trouxe uma previsão capaz de compatibilizar, também, os princípios esculpidos nas normas fundamentais do processo civil, o da cooperação e da boa-fé processual (arts. 5º e 6º do CPC/15). A subsunção entre as referências principiológicas acima com a nova regulamentação é importante de ser feita para evitar a citação vaga e abstrata, cabendo, caso a caso, trazer os enquadramentos pertinentes.

Inicialmente, é de se ponderar que o curto lapso temporal entre a notificação da parte reclamada e a audiência (art. 841, caput, da CLT) não mais é possível de se aplicar na realidade brasileira, ante o exíguo período de 05 (cinco) dias, haja vista os altos números de conflitos trabalhistas.

A nova regulamentação dispõe que

Art. 800. Apresentada exceção de incompetência territorial no prazo de cinco dias a contar da notificação, antes da audiência e em peça que sinalize a existência desta exceção, seguir-se-á o procedimento estabelecido neste artigo. § 1º Protocolada a petição, será suspenso o processo e não se realizará a audiência a que se refere o art. 843 desta Consolidação até que se decida a exceção. § 2º Os autos serão imediatamente conclusos ao juiz, que intimará o reclamante e, se existentes, os litisconsortes, para manifestação no prazo comum de

cinco dias. § 3º Se entender necessária a produção de prova oral, o juízo designará audiência, garantindo o direito de o excipiente e de suas testemunhas serem ouvidos, por carta precatória, no juízo que este houver indicado como competente. § 4º Decidida a exceção de incompetência territorial, o processo retomará seu curso, com a designação de audiência, a apresentação de defesa e a instrução processual perante o juízo competente.

O art. 800, caput, da CLT determina que da notificação o reclamado terá o prazo de 05 (cinco) dias para apresentar a exceção de incompetência territorial. Embora não tenha havido disposição expressa a respeito da preclusão temporal, sendo esta a perda de um poder processual pelo não exercício no período adequado<sup>[12]</sup>, consoante art. 223 do CPC/15, para viabilizar uma interpretação lógico-sistemática do ordenamento, é preciso impor algumas consequências diante da ausência do exercício de uma faculdade processual.

Nesta seara, sob pena de se tornar um dispositivo obsoleto, interpretar o caput sem a imposição de preclusão em caso de não apresentação da exceção pelo reclamado-excipiente pode violar os princípios do acesso à justiça juntamente com a duração razoável do processo, celeridade, cooperação e, principalmente, a boa-fé processual.

É que ao não apresentar a respectiva exceção no referido prazo, ao consultar o processo, o reclamante gera uma expectativa de que a matéria não será arguida na audiência inaugural, já que a norma dispõe que deve ser apresentada antes da audiência e em peça que sinalize a existência desta exceção.

Permitir que o reclamado-excipiente apresente a exceção na audiência acarretaria uma violação à duração razoável do processo e a celeridade diante do necessário adiamento para manifestação do reclamante-excepto e demais partes no prazo comum de 05 (cinco) dias (art. 800, §2º, da CLT).

Parte da doutrina entende que o art. 799 da CLT foi superado pelo NCPC a caber a arguição por meio de preliminar de contestação[13], entendendo que se trata de uma faculdade do réu[14]. Importante também frisar que a IN 39/16 do TST, ao interpretar o NCPC ao processo do trabalho nada mencionou a respeito.

Conforme acima já mencionado, não é possível trazer a nova formatação da incompetência territorial no âmbito da CLT como uma faculdade, sob pena de ensejar grave violação ao princípio da celeridade, pois o problema da competência territorial poderá estar sanado sem a necessidade de comparecimento das partes e de advogados, lembrando-se do custo com transporte para os reclamantes que são, geralmente, ex-empregados.

Ademais, é importante frisar que o meio processual adequado para veiculação da incompetência territorial é a petição de exceção[15] de forma sinalizada no processo, não se aplicando o regramento do CPC, isto porque o art. 799, caput e §1º, da CLT é claro quando dispõe que:

Art. 799 - Nas causas da jurisdição da Justiça do Trabalho, somente podem ser opostas, com suspensão do feito, as exceções de suspeição ou incompetência. § 1º - As demais exceções serão alegadas como matéria de defesa.

Neste sentido, também ocorria anteriormente a reforma trabalhista quando da análise do art. 799 da CLT:

“É nesse sentido sistemático e histórico que deve ser interpretado o art. 799 da CLT, que ficaria redigido hoje da seguinte forma: *No processo do trabalho, as exceções de suspeição, impedimento e incompetência suspendem o feito. As demais matérias serão alegadas como preliminares de defesa.* A partir desse entendimento, surgiu, também, uma consequência prática que não estava em destaque e talvez nem fosse o principal foco de preocupação do legislador: **a apresentação das exceções em peças separadas e a**

**apresentação das preliminares em conjunto com a defesa.** [16] (grifo nosso)

Ou seja, a exceção de incompetência não está atrelada as demais que devem ser alegadas como matéria de defesa. Assim, ante a ausência de lacuna, inexistente a aplicação subsidiária ou supletiva do CPC (arts. 769 da CLT e 15 do CPC), prevalecendo o texto da norma especial contida na CLT (art. 2º, §2º, da LINDB).

Quanto aos princípios da cooperação e da boa-fé processual, se fosse permitido ao reclamado-excipiente aguardar a audiência inaugural, a apresentação neste momento violaria os referidos princípios, pois deixaria de praticar o ato quando possível, bem como estaria agindo de forma contrária aos ditames processuais de condutas exigíveis das partes.

Uma última questão acerca dos ritos deve ser tratada quanto a nova sistemática. Trata-se da arguição no âmbito do rito sumaríssimo, uma vez que a disciplina do art. 852-G da CLT determina que serão decididos, de plano, todos os incidentes e exceções que possam interferir no prosseguimento da audiência e do processo, sem a possibilidade de fracionamento da audiência [17].

Assim, quando se tratar do rito sumaríssimo, ainda que haja um regramento específico, entendo que seja plenamente aplicável o novo procedimento por se tratar de uma possibilidade que pode evitar uma maior duração da audiência, de forma a imprimir maior celeridade ao feito.

Portanto, deve-se entender que no caso de não apresentação da exceção de incompetência territorial no prazo de 05 (cinco) dias a contar da notificação, o reclamado tem o respectivo direito submetido aos efeitos da preclusão temporal [18], de forma a evitar a instauração do incidente em momento posterior, surpreendendo os demais litigantes.

## **6. CONCLUSÃO.**

Os atos processuais devem guardar compatibilidade com os princípios da cooperação e da boa-fé processual, ambos trazidos como normas fundamentais ao processo civil, de aplicabilidade subsidiária ao

processo do trabalho. Neste sentido, também deve-se ter em voga os princípios que inspiram o processo do trabalho, em especial o da celeridade, sem que esta venha a prejudicar o devido processual da parte contrária.

Assim, verifica-se que ao condicionar a exceção de incompetência territorial ao prazo de 05 (cinco) dias, contados da notificação para o comparecimento da audiência inaugural, diferentemente da previsão anterior que nada mencionada, o que se entendia ser apresentável apenas na audiência, com vistas a parte contrário pelo prazo de 24 horas, o legislador reformador buscou traçar a compatibilidade da exceção de incompetência territorial com os referidos princípios.

É que o novo mecanismo busca sanar eventual incoerência quanto à competência territorial antes mesmo do comparecimento das partes em audiência evitando não só o custo por parte dos autores, mas também dos réus, com a suspensão do feito até a solução da alegação de incompetência territorial.

Pelo exposto, entendo que o prazo ora acrescentado no art. 800 da CLT deve ser analisado com o viés preclusivo, ou seja, uma vez não exercido pelo reclamado o direito de apresentar exceção de incompetência territorial, não poderá, sob pena de violação ao princípio da boa-fé processual, alegar em audiência inaugural, já que a nova redação do art. 800 da CLT compatibilizada com a do art. 799 do mesmo diploma permite a interpretação de que o direito à exceção de incompetência está submetido a prazo preclusivo de 05 (cinco) dias após a notificação.

#### NOTAS:

[1] DIDIER Jr, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18 ed. – Salvador : Ed. Jus Podivm, 2016. Pág.183.

[2] WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMANI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento v.1.** 11ª Edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011. p. 88.

[3] FILHO, Misael Montenegro. **Curso de Processo Civil – Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento v.1.** 7ª Edição. São Paulo: Atlas, 2011. p. 48.

[4] *idem.* p. 63.

[5] JUNIOR, Fredie Didier. **Curso de Direito Processual Civil – Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento v.1.** 13ª Ed. São Paulo: Podivm, 2011. p. 127.

[6] SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual do trabalho.** 11ª ed.- São Paulo : LTr, pag. 306.

[7] TST- E-RR 775-66.2013.5.07.0025, SBDI-I, rel. Min. João Oreste Dalazen, 29.10.2015.

[8] TST-E-RR- 86700-15.2009.5.11.0007, SBDI-I, rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga, red. p/ acórdão Min. João Oreste Dalazen, 12.11.2015

[9] TST-CC-1-64.2014.5.14.0006, SBDI-II, rel. Min Douglas Alencar Rodrigues, 12.4.2016

[10] TST-CC-54-74.2016.5.14.0006, SBDI-II, rel. Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, red. p/ acórdão Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 27.9.2016

[11] TST-E-RR-73-36.2012.5.20.0012, SBDI-I, rel. Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, 30.3.2017

[12] DIDIER Jr., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento –** 18ª ed. – Salvador : Ed. Jus Podivm, 2016. Pág. 429.

[13] BERNARDES, Felipe. **Manual de Processo do Trabalho.** – Salvador : Jus PODIVM, 2018, Pag. 454

[14] *Idem,* pag. 473.

[15] SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho.** 1ª ed – São Paulo : LTr, 2017. Pág. 17.



[16] SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de direito do trabalho aplicado [livro eletrônico] : processo do trabalho** – 1ª ed – São Paulo : Editora Revistas dos Tribunais, 2015. Pag. 125

[17] BERNARDES, Felipe. **Manual de processo do trabalho** – Salvador : JusPODIVM, 2018. Pág. 389

[18] SOUZA JÚNIOR, Antonio Humberto; SOUZA, Fabiano Coelho de; MARANHÃO, Ney; AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **Reforma Trabalhista - análise comparativa e crítica da Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: Rideel, 2017, pág.

## **ACESSO À JUSTIÇA, OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E AS DIRETRIZES CURRICULARES DOS CURSOS DE DIREITO**

**VANISE COELHO GOMES:**

Bacharelanda do do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

VINICIUS PINHEIRO MARQUES

(Orientador)[1]

**RESUMO:** O objetivo desse artigo compreende caracterizar o novo paradigma processual colaborativo, instituído pela Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil), e demais normas pertinentes, que abrange uma releitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição, ampliando o acesso à justiça, por meio da utilização dos métodos alternativos de resolução de conflitos, judiciais e extrajudiciais, os quais serão, posteriormente, identificados, descritos e informada a respectiva previsão legal. A metodologia empregada para o presente estudo será o método dedutivo com base em pesquisa documental bibliográfica disponível em artigos, livros e normas pertinentes ao tema. Ao final concluiu-se que os meios alternativos de resolução de conflitos é uma forma satisfatória de promover o acesso à justiça de forma mais efetiva. Nesse sentido, os projetos pedagógicos dos Cursos de Direito ao preverem os meios alternativos de resolução de conflitos estarão proporcionando o desenvolvimento de competências e habilidades inerentes ao excelente desempenho do educando quanto à compreender e aplicar o Direito, com fundamento em critérios essenciais de senso de justiça e sólida formação humanística

**Palavras-chave:** Acesso à Justiça. Diretriz Curricular. Meios Alternativos. Processo. Novo paradigma.

**ABSTRACT:** The objective of this article is to characterize the new collaborative process paradigm, instituted by Law n. 13.105 / 2015 (Code of Civil Procedure), and other relevant rules, which includes a re-reading of the principle of non-exhaustiveness of jurisdiction, increasing access to justice through the use of alternative methods of dispute resolution, judicial and extrajudicial, which will be subsequently identified, described and informed

the respective legal provision. The methodology used for the present study will be the deductive method based on bibliographical documentary research available in articles, books and norms pertinent to the theme. In the end, it was concluded that alternative means of conflict resolution is a satisfactory way of promoting access to justice more effectively. In this sense, the pedagogical projects of the Law Courses in predicting the alternative means of conflict resolution will be providing the development of skills and abilities inherent to the excellent performance of the learner in understanding and applying the Law, based on essential criteria of a sense of justice and solid humanistic training

**Keywords:** Access to justice. Curricular Guideline. Alternative Means. Process. New paradigm.

**SUMÁRIO:** 1. Crise da Justiça – Evolução do Processo. 2. Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos Comumente Utilizados no Direito Brasileiro. 2.1. Conciliação e Mediação – diferenças, semelhanças, conceito, descrição e previsão legal. 2.2 Arbitragem. 2.3 Práticas colaborativas e advocacia colaborativa. 2.4 Justiça restaurativa. 2.5 Direito sistêmico. 3. Diretriz Curricular Estabelecida pelo Ministério da Educação para o Curso de Direito Quanto aos Meios Alternativos de Resolução de Conflitos. 4. Conclusão. 5. Referências.

---

## INTRODUÇÃO

O Direito tem como finalidade precípua a pacificação social, por meio da realização da justiça, estando, portanto, vinculado aos fenômenos sociais, cuja complexidade atingida na sociedade atual, somada ao paradigma da judicialização dos conflitos, tem provocado reflexões e exigido respostas para o devido atendimento ao excessivo e crescente volume de ações judiciais, verificado especificamente no Brasil, Nesse sentido, verifica-se um viés de ampliação de acesso à justiça por meio da ênfase na aplicação de meios alternativos e adequados à resolução de conflitos, notadamente com a edição da Resolução no. 125/2010 do CNJ –

Conselho Nacional de Justiça - que é considerada o marco legal da política pública judiciária, segundo a qual a adoção desses referidos meios alternativos de solução de conflitos foram contemplados na estrutura do próprio judiciário, com a capacitação e organização pertinentes, de forma a alcançar a efetividade do novo paradigma colaborativo em contraponto ao adversarial predominante. A implementação gradual dessa política pública no judiciário foi corroborada com edição da Lei 13.105/2015 – Código de Processo Civil, que traz o princípio informativo da cooperação, incorporando as diretrizes normativas da Resolução n.125 do CNJ, especificamente no artigo 3º, parágrafos 1º a 3º, trazendo uma releitura do princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional de ameaça ou lesão a direito, que não se limita ao acesso ao Poder Judiciário, mas, também, oportunizando a resolução dos conflitos na esfera privada, como a arbitragem e a mediação, resguardada a garantia de imparcialidade e independência do terceiro que irá conduzir o processo. Outrossim, o legislador, em sintonia com esses novos dispositivos legais, editou também a Lei 13.140/2015 – A Lei da Mediação - disciplinando a mediação judicial e extrajudicial.

Relativamente ao Direito Penal, a Resolução n. 118/2014 do CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público - que dispõe sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição, no âmbito do Ministério Público, está em consonância com a nova cultura do Direito processual, assim como a Resolução 225/2006 do CNJ, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa, no âmbito do Poder Judiciário, que implementou a estruturação própria, visando promover a autocomposição de conflitos e violência, através de técnicas onde necessariamente estejam envolvidos ofensor, vítima, seus familiares ou pessoas de referência para ambos, a comunidade direta ou indiretamente atingida pela ofensa e representantes da Rede de Garantia de Direitos, com enfoque às necessidades legítimas da vítima e do ofensor, à reparação de danos sofridos e o compartilhamento de responsabilidades e obrigações entre todos os envolvidos.

Extraí-se desse minissistema jurídico que o Poder Judiciário sempre será uma via aberta para o cidadão obter uma resposta do Estado a eventuais conflitos, não se configurando, entretanto, como a primeira opção a ser orientada para tal, com clara priorização e valorização da

autocomposição, em qualquer fase do processo, conforme disposições do Código de Processo Civil, artigos: 3º., parágrafo 3º.; 334 caput, parágrafos 4º e 8º; 359; 694, parágrafo único; 695 caput e parágrafo 1º., bem como demais normas retro citadas, ressaltando-se ainda, que o próprio Código de Processo Civil, em seu artigo 175, já prevê a adoção e regulamentação específica de outras formas de conciliação ou mediação extrajudiciais vinculadas tanto a órgãos institucionais, quanto realizadas por profissionais independentes, o que caracteriza um horizonte aberto, um movimento progressista dessa nova concepção de tratamento aos conflitos da sociedade pelo Poder Judiciário para além de seus limites e envolvendo efetivamente a sociedade como um todo.

Trata-se de um movimento de humanização do Direito Processual, por meio do acesso à justiça, e não apenas ao judiciário, mas, sim, à uma ordem justa, onde há espaço protegido para as partes serem ouvidas e participarem ativamente da construção da melhor solução, e traz alento à crise enfrentada pelo Poder judiciário que pelo processo adjudicatório não tem conseguido oferecer solução em prazo razoável de duração, o que fere direito fundamental previsto na CRFB, artigo 5º. , posto que justiça tardia nada mais é do que injustiça; e também nem sempre a solução do Estado-juiz ser a mais adequada para a efetiva pacificação social.

Faz-se necessário, nesse contexto de mudança conceitual e cultural, as correspondentes adequações no âmbito das faculdades de Direito quanto à formação dos atuais e futuros profissionais, operadores do Direito, que atuarão como advogados, juizes, promotores, mediadores, conciliadores, sob o novo paradigma da atuação colaborativa voltada para a melhor solução dos conflitos, cuja compreensão deverá fazer parte do conjunto de habilidades, técnicas, conceitos e valores a serem desenvolvidos na formação acadêmica do curso de Direito.

Em face dessa nova onda renovatória concernente à mudança do paradigma da judicialização massificada de conflitos, conformado em uma concepção adversarial e adjudicatória da respectiva solução, na qual as partes são substituídas pelo Estado-Juiz, para uma nova perspectiva de acesso à justiça, contemplada na própria estruturação do Poder Judiciário, e para além de seus limites, segundo diretrizes inovadoras em suas políticas

públicas, cuja prioridade é a obtenção da autocomposição, através de meios consensuais alternativos de solução de conflitos e violência, como a conciliação, mediação, arbitragem, a justiça restaurativa, dentre outras utilizadas, como o Direito Sistêmico e a advocacia colaborativa (que serão abordadas no desenvolvimento do presente artigo), exigindo do operador do Direito o desenvolvimento de habilidades específicas, técnicas, conceitos e preparo suficientes para dar efetividade aos comandos normativos e às políticas públicas do Poder Judiciário.

Assim sendo, o objetivo desse artigo científico consistirá em contextualizar os métodos alternativos de resolução de conflitos no sistema jurídico-normativo brasileiro. Inicialmente, será feita uma breve evolução histórica do processo; a descrição dos métodos (alternativos) mais aplicados no âmbito do Direito brasileiro e sua previsão legal; e por fim, serão identificadas as diretrizes curriculares estabelecidas pelo Ministério da Educação para o curso de Direito, especialmente no tocante aos meios alternativos de resolução de conflitos, de forma a correlacionar o atendimento às exigências estipuladas nessas diretrizes curriculares à previsão e atualização jurídico-normativa.

O método utilizado para o presente estudo será o dedutivo, que é aquele que analisa os conceitos e termos pertinentes ao tema para a construção de um raciocínio que leve a uma afirmação ou dedução lógica.

Os dados serão coletados em fonte de estudo científico, por meio da pesquisa bibliográfica que abrange a bibliografia já tornada pública referente ao tema, objeto de nosso estudo, como revistas, livros e internet, de forma a conhecer e analisar as principais contribuições teóricas pertinentes, e complementada com a pesquisa documental de instituições públicas e privadas, que são fontes primárias, ou seja, não receberam tratamento/análise.

A abordagem será qualitativa, a qual consiste em: análise de conteúdo; construção de teorias; análise de discurso. A pesquisa visa fornecer elementos que permitam verificar, para aceitar ou contestar, as condições a que chegou, bem como possuir alguma utilidade, seja para ciência, seja para a comunidade.

O estudo apresentado será estruturado em três capítulos, cada um correspondente aos objetivos específicos definidos, e sua conclusão a partir da pesquisa realizada.

## 1. CRISE DA JUSTIÇA – EVOLUÇÃO DO PROCESSO

O conceito de acesso à justiça não é construção simples, evidenciando-se, no entanto, que este não se confunde com o simples acesso ao judiciário, mas, sobretudo, acesso à uma prestação de serviço com qualidade, visando principalmente à efetividade dos direitos e garantias fundamentais essenciais ao estabelecimento de uma sociedade justa, objetivo fundamental do Estado Democrático de Direito, corolários da CRFB/1988.

Neste viés, ao que tange o acesso à justiça em sentido lato, a definição tende a apresentar-se mais complexa, vez que conceitos de cidadania e justiça interam-se nesse cenário. Dentre os aspectos que perfazem a construção do termo acesso à justiça figuram-se diversos segmentos, tais como o acesso à informação; orientação por profissionais capacitados – incluindo-se aqui, além de informação técnicas oriundas de serventúrios da justiça, a orientação por profissionais de outras esferas, como psicólogos, assistentes sociais, educadores, entre outros –; disponibilização de assistência jurídica (em questões judiciais e extrajudiciais); eficácia e eficiência diante dos trâmites processuais e extraprocessuais; o tratamento isonômico entre as partes; a instituição de uma tutela satisfatória, onde a jurisdição ultrapasse a seara processual, em face de uma justiça social; **e, talvez, um dos mais importantes, o tratamento adequado a cada modalidade de conflito** (STANGHERLIN, 2017, p. 57, grifo nosso).

Os métodos consensuais ou não adversariais, denominados alternativos, devem ser utilizados de forma complementar à atividade

jurisdicional, cuja escolha deverá ser aquela que melhor se adequar à natureza do conflito.

Na doutrina americana Frank Sander e Stephen Goldberg estabeleceram critérios para adequar o método à espécie de conflito que se busca resolver.

O primeiro critério para entender qual é o meio mais adequado considera os objetivos das partes com a resolução da disputa, sendo os usuais: (i) minimização de custos; (ii) celeridade; (iii) privacidade/confidencialidade ; (iv) manutenção/aprimoramento do relacionamento; (v) revanche; (vi) obtenção de uma opinião neutra; (vii) criação de precedente; (viii) maximização ou minimização de recuperação.[...] O segundo critério para avaliar qual é o melhor mecanismo, segundo os autores, diz respeito aos impedimentos ao acordo e aos meios de ultrapassá-los; eis os mais comuns: (i) comunicação falha; (ii) necessidade de expressar emoções; (iii) diferentes visões dos fatos; (iv) diferentes visões do direito; (v) questões de princípio; (vi) pressões de constituintes; (vii) ligações com outras disputas; (viii) existência de múltiplas partes; (ix) conflitos de agência e (x) “jackpot syndrome” (síndrome de preferir arriscar para atingir o benefício máximo)<sup>10</sup>. (TARTUCE, 2016, p. 10).

A autocomposição (conciliação e mediação), que é um acordo realizado pelas partes litigantes, com concessões parciais ou totais de seus interesses, assim como a heterocomposição ou arbitragem, que é a solução decidida por terceiro de mútua confiança, remontam à civilização anterior à criação da figura do Estado, que instituiu o monopólio da jurisdição e do processo pelo Poder Judiciário, e eram realizados por meios informais e rudimentares, geralmente, na heterocomposição, o terceiro era um ancião ou sacerdote. Esses métodos já representavam uma evolução em relação à autotutela, que consiste no uso da força física para o equacionamento de disputas ou conflitos.



Esses métodos permanecem como meios de resolução de conflitos até os nossos dias, mesmo a autotutela, em casos excepcionais previstos em lei, como por exemplo, no caso da legítima defesa ou na retenção de bem imóvel. A conciliação, que é um método autocompositivo, ressurgiu, eis que tal instituto já existia na Constituição do Império, em 1824.

Atualmente, além da arbitragem, conciliação e mediação, inseridos na legislação, outros meios alternativos tem sido aplicados na resolução de conflitos do judiciário e produzidos resultados significativos, como é o caso do Direito Sistêmico, da Advocacia Colaborativa e da Justiça Restaurativa.

Não obstante, o Poder Judiciário tornou-se incapaz de dar soluções adequadas ao volume crescente de ações judiciais, por vários fatores, dentre eles, o excessivo formalismo que o caracteriza, embora necessário às garantias constitucionais, como o do contraditório e ampla defesa, que pelo longo decurso de tempo despendido até a sua conclusão, somado à outras causas, de ordem estrutural, por exemplo, provocou o que se denominou de "crise da justiça".

Nessa perspectiva, denota-se que Mauro Cappelletti (1998) consagrou os principais obstáculos a serem transpostos para que se alcançasse o acesso efetivo à Justiça, bem como propôs soluções para quebrar tais empecilhos, transpondo objeções como custas judiciais, a limitação e a possibilidade das partes, e, ainda, o problema concernente à tutela dos interesses difusos e coletivos. Por conseguinte, é perceptível que para se assegurar a concretude de todos os direitos fundamentais e do exercício da cidadania, de forma a não excluir ou delimitar segmentos sociais - pois de fato, o que se almeja não é um mero direito proclamado-, é essencial que o sistema jurídico proteja e propicie a integralidade do direito de acesso à justiça, garantidor de todos os demais (STANGHERLIN, 2017, p. 62).

As três ondas renovatórias do processo que nortearam as mudanças por que passou o processo civil mundial nas últimas décadas, foram propostas por Mauro Capelletti, pesquisador que formulou os principais obstáculos a serem superados para o efetivo acesso à justiça, bem como apresentou soluções para tal desiderato.

Em síntese, a primeira onda renovatória, transpondo objeções como custas judiciais, a limitação e a possibilidade das partes, refere-se à assistência judiciária integral e gratuita aos necessitados; a segunda, relaciona-se ao problema concernente à tutela dos interesses difusos e coletivos (metaindividuais); a terceira, diz respeito ao aperfeiçoamento dos instrumentos processuais e à utilização de novos mecanismos, dentro e fora da jurisdição.

Na década de 80, sob a influência do movimento mundial de acesso à justiça, com base nas ondas renovatórias do processo, diversas leis cuidaram de reformar a legislação brasileira, dando ensejo a novidades como a instituição dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, nos quais o procedimento foi especialmente desenhado de forma a privilegiar a conciliação entre as partes (ALMEIDA; PELAJO; JONATHAN, 2017, p. 62, 63).

Doravante, nas décadas seguintes houve um incremento na legislação prevendo e/ou priorizando a utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos ou Alternative Dispute Resolution – ADRs, em face do novo paradigma de acesso à justiça, como por exemplo, a Lei no. 9.099/95 - Institui os Juizados Cíveis e Criminais Estaduais; Lei no. 9.307/1996 - Lei da Arbitragem; Lei 13.140/2015 – Lei da Mediação; Lei 13.105/2015 – novo Código de Processo Civil, que enuncia como norma fundamental do processo civil a busca pela solução consensual dos litígios.

De forma mais abrangente, o desenvolvimento dos meios alternativos de resolução de conflitos está centrado na democracia participativa, princípio fundamental da CRFB/1988, que é a efetiva participação dos cidadãos no controle da administração pública em todas as suas esferas institucionais.

Assim, no contexto da democracia participativa, os ADRs – em especial a mediação, a conciliação e a negociação – ressurgiram como instrumentos para a participação dos cidadãos na gestão política e social, ao promover o diálogo e a construção do consenso (ALMEIDA; PELAJO; JONATHAN, 2017, p. 62).

O acesso à uma ordem jurídica justa, notadamente pela possibilidade de utilização de meios adequados à natureza do conflito, imprime efetividade aos direitos fundamentais, como a razoável duração do processo; traz eficiência à prestação jurisdicional, pela utilização residual da via judicial; materializa diversos princípios constitucionais como a liberdade, a igualdade, a solidariedade e a dignidade da pessoa humana, além de propiciar a participação democrática; atuar não só na resolução de conflitos, mas, principalmente na sua prevenção com a criação de um espaço protegido para a construção de consenso entre as partes envolvidas de forma a assegurar uma solução que realmente atenda às suas peculiaridades.

Desse modo, se o acesso não é simplesmente formal, devendo existir o acesso à ordem jurídica justa, é visível que se impõe uma preocupação não apenas com a qualidade das decisões adjudicadas, mas também com a qualidade dos meios consensuais. Senão, estaria aberto o caminho para a formação de uma justiça de segunda classe, admitindo-se que os meios consensuais pudessem respeitar apenas um acesso formal, despreocupado inclusive com resultados materiais efetivos para além do número de acordos homologados por minuto.

Portanto, a valorização dos meios consensuais – com destaque para a mediação e a conciliação – eleita como norma fundamental pelo Novo CPC, parece-nos impor duas premissas: a) o emprego dos meios consensuais deve ser qualificado, no sentido de possuir qualidade, não se contentando em reproduzir

um acesso meramente formal aos órgãos judiciários;  
b) na dúvida, devem-se interpretar os dispositivos do Novo CPC e de todo o minissistema de métodos consensuais – em prol dos meios consensuais.

Resumidamente, a norma fundamental consagra a valoração qualitativa dos meios consensuais (TAKAHASHI, 2016, p. 27).

A evolução da ciência do Direito, ainda fundada no positivismo dogmático, diante do que se tem denominado de crise do Direito, busca, ainda de forma incipiente, estruturar-se na transdisciplinaridade, de forma a absorver os novos paradigmas da ciência, surgidos no séc. XX, em diversas áreas do conhecimento tais como a física (Teoria Quântica; Teoria Holográfica; Teoria Geral dos Sistemas); a biologia (Teoria dos Campos Morfogénéticos); a Psicologia (Teoria da Sincronicidade, o inconsciente coletivo e a existência de arquétipos – elementos dinâmicos e transpessoais da psique; Psicologia Transpessoal); e a linguagem.

O novo paradigma da ciência consiste no denominado Pensamento Sistêmico, baseado, principalmente, em um processo que extrapolou da física e mecânica para outras ciências, provocando a desconstrução do paradigma mecanicista clássico, Newtoniano e construindo um novo pensamento, que possui três dimensões: (a) dimensão da complexidade, (b) dimensão da instabilidade; (c) e a dimensão da intersubjetividade.

Enfim, o primeiro aspecto do novo paradigma da ciência remete-nos à dimensão da complexidade, compreendendo sistemas complexos, objetos em contexto, contextualização, ampliação do foco, sistemas amplos, foco nas relações, foco nas interligações, padrões interconectados, interconexões ecossistêmicas, redes de redes, sistema de sistemas, complexidade organizada, distinção, conjunção, não reducionismo, atitude “e-e”, princípio dialógico, relações causais recursivas, recursividade, causalidade circular recursiva, retração da retroação, ordens de recursão, contradição. (VASCONCELOS, 2017, p. 42).

Portanto, o segundo aspecto do novo paradigma científico remete-nos à dimensão da instabilidade, compreendendo o mundo em processo de tornar-se, consoante teorias da física do devir, física de processos, caos, irreversibilidade, seta do tempo, segunda lei da termodinâmica, lei da entropia, desordem, leis singulares, sistemas que funcionam longe do equilíbrio, amplificação do desvio, flutuação, perturbação, salto qualitativo do sistema, ponto de bifurcação, crise, ordem a partir da flutuação, indeterminação, imprevisibilidade, incontrolabilidade". (VASCONCELOS, 2017, p. 43).

Enfim, o terceiro aspecto do novo paradigma remete-nos à dimensão da intersubjetividade, compreendendo uma teoria científica do observador, coconstrução da realidade na linguagem, determinismo estrutural, acoplamento estrutural do sistema, fechamento estrutural do sistema, objetividade entre parênteses, espaços consensuais, *multiversa*, múltiplas verdades, narrativas, construção da realidade, sistema observante, visão de segunda ordem, referência necessária ao observador, autorreferência, flexibilidade, transdisciplinaridade. (VASCONCELOS, 2017, p. 45).

Assim, não só o Direito, mas também, o conflito, seu elemento central, sob essa nova perspectiva da ciência, é compreendido de maneira sistêmica, ou seja, "o sistema é definido como um complexo de elementos em interação; conjunto de componentes em estado de interação". (VASCONCELOS, 2017, p. 39).

## 2. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COMUMENTE UTILIZADOS NO DIREITO BRASILEIRO

### 2.1. Conciliação e Mediação – diferenças, semelhanças, conceito, descrição e previsão legal

O CPC - Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015 – instituiu um novo paradigma com a consignação dos métodos autocompositivos, em caráter prioritário, dentre eles, a conciliação e a mediação (artigo 3º, caput, parágrafos 2º e 3º), alterando substancialmente a concepção do Poder Judiciário de lugar apenas de julgamento para lugar de tratamento adequado aos conflitos, por meio de seus princípios informativos: duração razoável do processo; boa fé e cooperação (artigos 4º, 5º e 6º), que são interdependentes para o alcance do fim almejado quanto à oportunizar e desenvolver o efetivo acesso à justiça, assegurando a participação democrática, o que possibilita a construção de solução (mais) adequada e justa aos conflitos sociais.

Doravante, nesse contexto do novo paradigma, usualmente denominado de sistema multiportas, torna-se obrigatória a realização de audiência de conciliação ou de mediação, antes da contestação (parte ré); será dispensada apenas em duas situações: quando ambas as partes manifestarem-se, expressamente, pelo desinteresse na composição consensual; e quando a controvérsia não admitir autocomposição. Sua relevância é tal que, o não comparecimento injustificado, de qualquer das partes, é considerado ato atentatório à dignidade da justiça, e será sancionado com multa de até 2% sobre o valor da causa ou da vantagem econômica pretendida.

O Código de Processo Civil de 2015, além das mudanças estruturais promovidas no Poder Judiciário, artigo 165, com a previsão de criação dos centros judiciários de solução consensual de conflitos -CEJUSC, introduzidos em 2010, por meio Resolução n.125 do CNJ, altera substancialmente a conduta dos sujeitos do processo, sendo importante o novo papel dos juízes, conforme artigo 139, inciso V, incumbi-lhes-á dirigir o processo observando, dentre outras atribuições, o dever de “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais” (BRASIL, 2015, p. 22). Tal obrigação é também prevista no artigo 359, no primeiro momento da audiência de instrução e julgamento, onde “o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação é a arbitragem” (BRASIL, 2015, p. 55).

Para a execução das referidas etapas do processo (adoção de métodos de solução consensual de conflitos), o juiz contará com a disponibilização de mediadores e conciliadores judiciais, que constituem-se auxiliares da justiça, posto que, a função por eles desenvolvida é de natureza técnica, requerendo capacitação, treinamento e seleção com critérios específicos (arts. 166 e ss., CPC.), embora muitos juízes estejam sendo capacitados pra exercê-la, nota-se que, pelo volume de processos e de atribuições a eles impostos e, principalmente, pela relevância da efetividade desse subsistema autocompositivo para a consecução dos objetivos do processo, o dispositivo legal preocupou-se sobremaneira de prover minimamente as condições necessárias e essenciais.

A conciliação e mediação são tratadas de forma semelhante no CPC, em face de possuírem características idênticas, embora com especificidades intrínsecas, pelo qual o legislador, muito sabiamente, não impôs a adoção de um método em detrimento de outro em nenhuma situação pontual, cuja regra do artigo 165, parágrafos 2º e 3º, utiliza a expressão preferencialmente, para a adoção do conciliador, nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, e, em sentido contrário, o mediador, quando houver vínculo anterior. Vale destacar que esses métodos não se confundem com o que consta regulado no texto legal, embora delineados pela norma, como, por exemplo, o que dispõe o artigo 166, "a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada" (BRASIL" 2015, p. 27).

A conciliação pode ser definida como um processo consensual breve, aplicado a conflitos de menor complexidade, onde as partes ou interessados são auxiliados por um terceiro, imparcial, que tem por finalidade o consenso entre as partes; na sua acepção jurídica, constitui uma fase do processo.

A mediação pode definida, em síntese, como um processo dinâmico de negociação assistida, no qual o mediador, terceiro imparcial e sem poder decisório, auxilia as partes a refletirem sobre seus interesses, a

resgataram o diálogo e a criarem, em coautoria, alternativas de benefício mútuo, que contemplem as necessidades e possibilidades de todos os envolvidos, sempre sob uma perspectiva voltada ao futuro da relação. (ALMEIDA; PELAJO; JONATHAN, 2017, p. 88).

Depreende-se dos conceitos acima que a mediação é mais adequada às relações continuadas no tempo, a exemplo dos conflitos de família, de vizinhança, de trabalho etc.. Diferencia-se da conciliação, essencialmente, na atuação do terceiro, neutro ao conflito, que possui um papel mais ativo nesta, podendo fazer propostas e emitir opiniões, por meio de técnicas persuasivas, mas não impositivas ou coercitivas para se alcancarem soluções; enquanto, na mediação, o terceiro é mero facilitador do diálogo, cujo processo compete às partes, bem como a construção de soluções.

Outrossim, a Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015, estabelece o marco regulatório da mediação entre particulares e no âmbito da administração pública (juntamente com o CPC de 2015), é considerada de grande relevância social e jurídica, posto que contempla, também, a mediação extrajudicial, ampliando sensivelmente o escopo de participação social nas soluções de conflitos e no acesso à justiça. No entanto, também recebeu algumas críticas por disciplinar a mediação judicial, já prevista no CPC de 2015, podendo gerar debates e entendimentos divergentes, embora contenha algumas inovações a respeito, com destaque à possibilidade de mediação pré-processual nos centros judiciários de solução de conflitos criados pelos tribunais, evitando que diversos conflitos desemboquem no judiciário.

Outra importante inovação da Lei 13.140/2015 é a previsão de cláusula compromissória de mediação (contratual), no âmbito da mediação extrajudicial. O artigo 22 estabelece os elementos mínimos que deverão constar na previsão de mediação, são eles: prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião de mediação, contado a partir da data de recebimento do convite; o local da primeira reunião de mediação; e a previsão acerca dos critérios de escolha do mediador ou equipe de mediação; o artigo 23 fortalece a premissa de que as obrigações



nascem para serem cumpridas. Cabendo informar, que na mediação extrajudicial, mediador será escolhido pelas partes. Sobre ele recaem as mesmas hipóteses legais de impedimento ou suspeição que incidem sobre os magistrados, previstas no art. 145, do novo CPC.

Quanto à matéria dos conflitos que poderão ser objeto de mediação, estabelece o artigo 3º da referida lei de mediação, somente os conflitos que versarem sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação, nesse último caso, o acordo firmado deverá ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

A mediação, enquanto técnica, constitui-se de conhecimentos científicos metodológicos de caráter interdisciplinar, especialmente da comunicação, da psicologia, da sociologia, da antropologia, do direito e da teoria dos sistemas; consiste em método dialógico autocompositivo de vários modelos ou escolas, tais como a mediação facilitativa (ou tradicional de Harvard), a mediação avaliativa (ou conciliação), a mediação transformativa e a mediação circular-narrativa (ou narrativa), tendo aplicação diferenciada a depender da natureza do conflito, das características socioculturais dos mediandos e da habilidade do mediador.

Diante de cada espécie de conflito/litígio, os profissionais e estudiosos da mediação utilizam técnicas distintas e específicas, são exemplos a mediação familiar, penal, empresarial, escolar, comunitária e internacional.

## **2.2 Arbitragem**

A arbitragem é um meio privado de resolução de disputas ou conflitos, de adesão facultativa. Está disciplinada pela Lei no. 9.307/1996, com alterações introduzidas pela Lei 13.129/2015, também prevista em leis e convenções internacionais, com destaque para a Convenção de Nova York, de 1958.

Esse instituto de Direito, denominado arbitragem, possui duas naturezas jurídicas que se completam: a contratual e a jurisdicional. Seu pressuposto primeiro é a existência de uma convenção de arbitragem –

cláusula contratual denominada compromissória (extrajudicial) ou compromisso arbitral (judicial), antecedente ao surgimento do conflito, a qual, uma vez pactuada, vinculam as partes à arbitragem irrevogavelmente.

Dessa forma, a apreciação de eventuais conflitos ficam excluídos do poder jurisdicional do Estado- juiz, cuja competência será do juiz arbitral, definido pelas partes na convenção arbitral, ou dos juízes arbitrais, uma vez que é facultada a escolha de um número ímpar de juízes, sendo comum a escolha de um ou três. Qualquer pessoa capaz e da confiança das partes poderá ser árbitro. Esse terceiro – o árbitro – ao contrário do que ocorre na conciliação e na mediação, tem poder decisório, cuja sentença emitida constituir-se-á título executivo judicial, podendo, em caso de não cumprimento, vir a ser objeto de ação de execução judicial (no âmbito do Poder Judiciário).

Assim sendo, o objetivo da arbitragem é a solução do litígio por meio da declaração do direito ao caso concreto.

Quanto às normas aplicáveis, dispõe o artigo segundo da Lei 9.307/1996 [\[vcg1\]](#) :

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º - Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º - Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

Somente poderão ser objeto de arbitragem os conflitos que versarem sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Diante do novo paradigma introduzido pelo Código de Processo Civil, que estimula e impulsiona os meios alternativos à jurisdição para a resolução de conflitos, a arbitragem é um importante instrumento, em face da sua maior eficácia e efetividade, desde que utilizado adequadamente, conforme à natureza do conflito, sendo indicada para aqueles que exigem um alto nível de especialidade quanto à matéria, objeto do conflito.

O tratamento da matéria também é absolutamente diversa. No processo judicial a matéria será analisada por um juiz estatal sem conhecimento profundo da matéria fática. Com a aplicação da arbitragem o fato será analisado por um corpo de árbitros com alto grau de especialidade, reduzindo significativamente o risco de uma interpretação errônea ou equivocada, que se ocorrer irá causar prejuízos incalculáveis. (SILVA JÚNIOR, 2017, p. 154).

Nesse sentido, o procedimento da arbitragem apresenta benefícios em relação à jurisdição, com destaque também para o prazo menor de duração do processo, cuja lei estabelece o prazo máximo de seis meses.

### **2.3 Práticas colaborativas e advocacia colaborativa**

Diante da exigência de capacitação, principalmente por parte dos advogados, para o atendimento qualificado à nova ordem jurídica e social, de acordo com o pensamento pós-moderno, que tem a singularidade como unidade de referência, surge uma nova advocacia, centrada na perspectiva da colaboração entre advogados e partes, para construção conjunta de soluções.

A chamada Advocacia Colaborativa foi inicialmente idealizada por Stuart Webb, um renomado advogado de família norte-americano que, mesmo nos casos em que obtinha êxito nas causas de seus clientes, percebia os efeitos desastrosos dos processos judiciais para o sistema familiar, em especial quando havia filhos envolvidos. Assim, observava que seus clientes nunca ficavam realmente felizes, pois

logo percebiam que nos processos litigiosos de natureza familiar não existem vencedores – todos perdem.

Diante destas constatações, Webb reformulou sua prática de maneira simples e revolucionária: continuava a atuar como advogado, empenhando-se na defesa dos reais interesses de seus clientes, passando, porém, a focar exclusivamente na construção de acordos, renunciando assim à opção pelo litígio. (citação site Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas).

A advocacia colaborativa no Brasil tem sua origem nas questões de família, especificamente no divórcio. O denominado Divórcio Colaborativo, tem por pressuposto a atuação por equipe multidisciplinar, que trabalhará compartilhando informações e pensando conjuntamente os melhores passos para um resultado Positivo. Essa equipe (multidisciplinar) é composta por advogados, coach's, profissionais da saúde, como psicólogos e terapeutas, e a depender da especificidade do caso, um consultor financeiro, por exemplo. No caso de se utilizar de consultor financeiro e terapeuta de crianças e adolescentes, estes são neutros e comuns às partes, já os advogados e os coach's, defendem cada parte separadamente.

Os advogados colaborativos não atuam de forma adversarial. No início do processo é assinado um termo onde se comprometem a exercerem seu papel colaborativamente, não podendo em nenhum momento futuro, caso o Divórcio Colaborativo não dê certo, atuarem de forma litigiosa. Trabalham prestando assessoria legal, mas com o objetivo de auxiliar na construção de uma solução de benefício mútuo, conduzindo uma negociação baseada em interesses. Os advogados utilizarão o Judiciário somente no momento de homologação do acordo (ALMEIDA; PELAJO; JONATHAN, 2017, p. 464).

Merece destaque Práticas Colaborativas no Direito de Família, que foi a prática vencedora do Prêmio Innovare, na categoria advocacia, edição 2013, que premia e divulga as melhores práticas de gestão do Poder Judiciário pelo contributo para o aprimoramento da justiça no Brasil. Tal prática premiada trata-se do Divórcio Colaborativo.

A mediação é outro instrumento muito adequado às situações de divórcio, que não se confunde com o Divórcio Colaborativo, embora ambos apresentem resultados semelhantes.

A eleição de um destes instrumentos para a condução do processo de divórcio, ao invés do processo judicial, muda radicalmente à natureza dos relacionamentos durante este período. São extremamente potentes para cuidar das necessidades relacionadas à convivência familiar devido ao seu caráter dialógico e colaborativo e ao seu objetivo comum relacionado à construção de consenso, “entendendo-se como tal um acordo geral de todos os participantes, relativo a um conjunto de decisões e/ou recomendações que contemplem interesses, necessidades e valores de todos os envolvidos” (ALMEIDA; PELAJO; JONATHAN, 2017, p. 466).<sup>[2]</sup>

O Enunciado 55, aprovado na I Jornada Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal em 2016, traz essa perspectiva de aprimoramento do acesso à justiça por meio da advocacia colaborativa:

Enunciado nº 55. O Poder Judiciário e a sociedade civil deverão fomentar a adoção da advocacia colaborativa como prática de resolução de conflitos na área do direito de família, de modo a que os advogados das partes busquem sempre a atuação conjunta voltada para encontrar um ajuste viável, criativo é que beneficie a todos os envolvidos. (VASCONCELOS, 2017, p. 88- 89).

A utilização do método de práticas colaborativas não fica restrito às questões de família, muitos advogados têm ampliado a sua utilização em diversas outras áreas, especialmente no direito empresarial.

Por iniciativa de Kazuo Watanabe e de um crescente número de brasileiros que pugnam pelas práticas colaborativas, estão sendo firmados pactos pelas soluções extrajudiciais por empresas e escritórios, com destaque para o pacto no âmbito da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo – FIEPE. (VASCONCELOS, 2017, p. 88).

A OAB, diante desse novo paradigma, tem dado passos em direção à atualização de suas diretrizes que vão ao encontro do movimento por soluções extrajudiciais, visando à preparação dos escritórios e departamentos para realizarem práticas colaborativas de acesso à justiça.

Em Olinda, no mês de dezembro de 2013, em reunião do Colégio de Presidentes de Comissões de Mediação, Conciliação e Arbitragem das várias Seccionais, em conjunto com a Comissão Especial de Mediação, Conciliação e Arbitragem do Conselho Federal da OAB, foi redigido e encaminhado à apreciação do Conselho Federal o texto de um pacto pelas soluções extrajudiciais. (VASCONCELOS, 2017, p. 88).

## **2.4 Justiça restaurativa**

A Justiça Restaurativa tem o seu marco normativo mundial na Resolução n. 12/2002 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas. Sobre os projetos já implantados no Brasil, a primeira fonte autorizada foi o Relatório do Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente – ILANUD. A Resolução n. 225, de 2016, do Conselho Nacional de Justiça introduziu a justiça restaurativa, implementado o programa de incentivo à Justiça Restaurativa, no âmbito no Poder Judiciário brasileiro, tornando-se política pública (de caráter permanente).

No que se refere à transação penal, com previsão legal (marco regulatório) na Lei 9.099/1995, na Lei 10.259/2001 e, mais recentemente, na Lei 12.594/2012 (Sinase – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo), ressaltando que, trata-se de regras subjacentes aos princípios constitucionais da cidadania, da dignidade pessoa humana e da promoção da paz, segundos os quais devem ser estas (regras) interpretadas para atendimento à sua efetividade.

Justiça Restaurativa é um conceito aberto que vem sendo construído a partir do final da década de 60 e começo da década de 70 do século XX por diversos teóricos da área da criminologia (especialmente os integrantes da “Criminologia Radical” e “Escola de Chicago”), sociologia jurídica e diversas áreas científicas que lidam com conflitos e violência, em decorrência da mudança: (a) na forma de perceber é compreender o que se entende por crime; e (b) na maneira pela qual deve ocorrer a resposta à violência, bem como quem deve participar dessa resposta e, ainda, aonde se quer chegar com a resolução ou transformação destas situações. (ALMEIDA; PELAJO; JONATHAN, 2017, p. 678).

O surgimento de uma justiça restaurativa traz uma nova perspectiva para a realização da justiça, diante do fracasso verificado, hodiernamente, no sistema criminal retributivo ou punitivo, em face da criminalidade epidêmica, segundo critérios definidos pela organização mundial de saúde, que assola o Brasil, suscitando reflexões para o desenvolvimento de soluções de conflitos e violência, valendo-se de métodos que ampliam a responsabilidade tanto do infrator como de todos os envolvidos no conflito, inclusive a sociedade, permitindo a reparação de danos e promovendo uma pacificação efetiva entre vítima(s) e ofensor.

No debate criminológico, o modelo restaurativo pode ser visto como uma síntese dialética, pelo potencial que tem para responder às demandas da sociedade por eficácia do sistema, sem descuidar dos

direitos e garantias constitucionais, da necessidade de ressocialização dos infratores, da reparação às vítimas e comunidade e ainda revestir-se de um necessário abolicionismo moderado. (PINTO, 2005, p. 20).

No Brasil a aplicação, ainda embrionária, da justiça restaurativa, por meio dos métodos próprios, está restrita ao âmbito dos Juizados Especiais Criminais, e nos casos que envolve menores infratores, disciplinados pela Lei Federal 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente -, artigo 112, que trata da socioeducação, cuja regulamentação está na Lei n. 12.594 de 2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – Sinase, que tem por objetivo, dentre outros, “a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação” (BRASIL, 2012). Observa-se que, o escopo de aplicabilidade da Justiça Restaurativa corresponde às hipóteses em que o processo penal, ou o sistema criminal brasileiro, permite a transação penal, exceção à regra da indisponibilidade e obrigatoriedade da ação penal pública, mitigando-a com base na discricionariedade regulada pelo controle jurisdicional, que possui natureza de negócio jurídico, cuja sentença homologa acordo entre as partes, Ministério Público e infrator, para as infrações de menor potencial ofensivo. Essa janela de exceção à regra citada, vai ao encontro das premissas da Justiça Restaurativa.

O modelo restaurativo baseia-se em valores, procedimentos e resultados definidos, mas pressupõe a concordância de ambas as partes (réu e vítima), concordância essa que pode ser revogada unilateralmente, sendo que os acordos devem ser razoáveis e as obrigações propostas devem atender ao princípio da proporcionalidade. A aceitação do programa não deve, em nenhuma hipótese, ser usada como indício ou prova no processo penal, seja o original seja em um outro. (PINTO, 2005, p. 22).

A JR também tem sido orientada pelo CNJ, conforme Carta de encerramento da XI Jornada Maria da Penha, que recomendou que os



Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal adotem práticas da Justiça Restaurativa nos casos que envolverem violência contra a mulher.

Corroborando com a premissa de valorização pela autocomposição, importante destacar a Resolução n. 118/ 2014 do CNMP – Conselho Nacional do Ministério Público, e a previsão de aplicação dos meios alternativos de resolução de conflitos, tais como a mediação e as práticas restaurativas, onde o MP figurar com interveniente e/ou parte.

Art. 1º Fica instituída a POLÍTICA NACIONAL DE INCENTIVO À AUTOCOMPOSIÇÃO NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, com o objetivo de assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação da Instituição.

Parágrafo único. Ao Ministério Público brasileiro incumbe implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos. (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2014).

No nosso sistema criminal retributivo ou punitivista, baseado na pena e no encarceramento, vige uma estrutura vertical sob o domínio do Estado-juiz, que detém o monopólio do *jus puniendi*, onde ofensor, vítima e comunidade são considerados objetos, e não sujeitos.

Em contraponto, “a Justiça Restaurativa, ao atribuir às partes a possibilidade de uma atuação mais ativa no processo, que se volta para enfrentar as consequências do delito, pode contribuir para a mudança da percepção negativa do Poder Judiciário” (VASCONCELOS, 2017, p. 264).

Assim, pode-se definir a Justiça Restaurativa como um processo no qual todas as partes (vítima, ofensor, pessoas diretamente atingidas, família, comunidade e, eventualmente, representantes de

entidades Estatais) que são afetadas pela situação do conflito ou violência, voluntariamente se encontram (de forma ordenada e em espaços seguros e acolhedores) para, por meio de um facilitador, (ou coordenador) – capacitado em técnicas (de mediação, diálogo, consenso, comunicação não-violenta, entre outras) – e por meio de dinâmicas dialógicas e empáticas, expressarem os elementos subjacentes ao conflito ou à situação de violência, possibilitando terem consciência acerca das causas e consequências de suas ações e, após estabelecerem as responsabilidades de cada qual, construir um plano de ação apto à: (a) reparar o dano; (b) eventualmente, restaurar a relação rompida; e (c) transformar o contexto pessoal, social e institucional que ensejou aquela situação. (ALMEIDA; PELAJO; JONATHAN, 2017, p. 684).

As modalidades de práticas restaurativas previstas na doutrina:

(...) a) mediação vítima-ofensor (*victim offender mediation*), quando os encontros incluem apenas os diretamente envolvidos; (b) conferência (*conferencing*), em que caberá ao facilitador previamente selecionar ou trabalhar a checagem daqueles que irão participar, ou organizar os grupos, distribuindo os papéis entre os que vão negociar os resultados e os que vão avaliar e validar esses resultados; (c) círculos de diálogo, ou de pacificação, com ou sem função decisória (*peacemaking circles*), mediante encontro com os principais interessados, com a participação voluntária de outros membros da comunidade interessada; (d) círculos decisórios (*sentencing circles*), em que a autoridade judicial e representante do MP pode participar como membros da comunidade; cabendo ao magistrado propagar a sentença em consonância com

o consensuado no círculo” (...).(VASCONCELOS, 2017, p. 262).

Além da Justiça Restaurativa, no âmbito criminal, quando voltados à resolução de conflitos para suporte ou sentenciamento de alguém que cometeu um ato ilícito/danoso, os processos circulares, ou círculos de paz, tem sido utilizado em outros contextos, tais como família, escolas, empresas, nas comunidades. Cabendo ressaltar seus resultados ou efeitos (positivos) para a vítima, pois, nesse procedimento, ela ocupa o centro do processo, tem um papel e voz ativa, recebe assistência, afeto, restituição de perdas materiais e reparação; para o infrator, que participa ativa e diretamente, interagindo com a vítima, e, principalmente, é visto no seu potencial de responsabilizar-se pelos danos e consequências do delito.

A finalidade institucional situa a Justiça Restaurativa como instrumento de aperfeiçoamento do funcionamento da justiça formal. Nesse sentido, a JR representaria um aprimoramento institucional dos órgãos estatais na tarefa de lidar com o ato infracional, significando um acréscimo de eficiência e de humanidade à Justiça Penal. (VASCONCELOS, 2017, p. 263).

## **2.5 Direito sistêmico**

O Direito Sistêmico consiste na visão sistêmica baseada em um método terapêutico fenomenológico para a compreensão e resolução de conflitos, no âmbito do Poder Judiciário, consubstanciado nas Leis de Amor decodificadas por Berth Hellinger, criador do método das constelações familiares ou sistêmicas, quais sejam: a hierarquia, o pertencimento e o equilíbrio entre o dar e o receber, que atuam de forma inconsciente no indivíduo, em forma de harmonia, se respeitadas, ou de conflitos, quando violadas, e por isso mesmo este indivíduo passa a ser visto, na aplicação do Direito Sistêmico, integrando um sistema buscando sua harmonização.

Resumidamente podemos explicar que a primeira lei consiste que os entes mais velhos preferem aos mais novos e deve haver uma hierarquia entre os membros

da família, um respeito aos ascendentes, já a segunda lei trata que todos devem fazer parte do sistema familiar, sem haver qualquer tipo de exclusão, seja falecido, doente, pobre, deficiente, idoso, etc. Todos devem ser incluídos, reconhecidos e amados e a terceira ordem do amor significa que deve haver um equilíbrio entre o dar e o receber para que não haja um sentimento de dívida com o outro, mas de amor, pois à medida que dou amor, recebo também, havendo um movimento nesse sentido, em que todos os membros da família se beneficiam. (MENDES; LIMA *apud*, OLDONI; LIPPMANN; GIRARDI, 2017, p. 40)

Berth Hellinger é alemão, nascido em 18 de dezembro de 1925, hoje com 92 anos. Berth criou um método inovador reunindo informações empíricas de suas experiências junto às tribos Zulus, além de seus estudos em filosofia, teologia, pedagogia, psicanálise, terapias familiares, programação neurolinguística, dentre outras.

Berth Hellinger organizou, de maneira ímpar todo o conhecimento sistêmico e o tornou disponível para o caminho da cura, do bem estar e do desenvolvimento humano. A técnica das Constelações Familiares pode ser compreendida por meio dos conhecimentos da Biologia, pesquisador por Maturana, Varela, Rupert Sheldrake, notáveis cientistas contemporâneos. (GUEDES *apud* OLDONI; LIPPMANN; GIRARDI, 2017, p. 27).

O método das constelações familiares, ou sistêmicas, é desenvolvido de forma individual ou coletiva. De modo resumido, nas constelações em grupo, geralmente composto de pessoas desconhecidas umas das outras, o terapeuta, ou constelador, obtém do constelado informações breves sobre eventos familiares, de modo a identificar padrões anímicos, e escolhe, aleatoriamente, algumas pessoas que irão representar membros da família da pessoa que está sendo constelada. Sem explicação científica, por parte de Berth, as pessoas representantes passam a sentir e agir, com toda

autenticidade, de modo idêntico, e sem conhecimento prévio, aos membros reais representados. O movimento dos representantes exterioriza o conhecimento anímico oculto e as forças que nele atuam, tornando-se visíveis e experimentáveis para todos os participantes. O terapeuta, a partir dos movimentos dos representantes, induz alterações no campo sistêmico, por meio de algumas frases que são repetidas pelos representantes e pelo próprio constelado. Essa alteração produz alívio, traz compreensão e mudanças como uma percepção de solução.

O direito sistêmico, no Brasil, foi introduzido pelo juiz de direito Sami Stroch, que atua no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, desde 2006. Stroch, estudioso das leis sistêmicas, iniciou sua abordagem na condução dos conflitos/lides sob sua jurisdição, inicialmente nos casos de família, e posteriormente na vara (criminal) da infância e juventude, vislumbrando a possibilidade que o método das constelações familiares, ou sistêmicas, possuem de revelar as causas (desordem, exclusão etc), ocultas ou inconscientes, que atuam por trás do conflito. Os primeiros resultados obtidos, pelo juiz Stroch, na Comarca de Castro Alves, pioneira na aplicação do método, o impressionaram, pois obteve 100% de conciliação, para os casos em que ambas as partes participaram da Constelação, e, 91%, nos casos em que apenas uma das partes estava presente.

(...) a aplicação do Direito Sistêmico para e pelos profissionais do direito pode se dar de diversas formas. Trata-se de uma ciência dos relacionamentos, válida para relações humanas, organizacionais e relações jurídicas em geral, uma vez que toda relação constitui um sistema ou se constitui dentro de um.(...) O estudo dessa ciência amplia a compreensão sobre a dinâmica oculta nos conflitos. Cada parte no conflito tem motivos para ter se envolvido nele do modo como fez (seja como agressor, vítima, reivindicador ou devedor), e esses motivos podem ter raízes profundas, que não dizem respeito à outra parte no processo, mas sim a passado familiar de cada um, inclusive de gerações anteriores (STORCH *apud*, OLDONI; LIPPMANN; GIRARDI, 2017, p.46).

O Direito Sistêmico tem como base normativa a Resolução n. 125 do CNJ, nos termos do seu artigo 1º, estabelece que “fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”, estruturando o sistemas multiportas de acesso à justiça.

Atualmente, o Direito Sistêmico está em plena expansão, já sendo utilizado em dezesseis Estados, no âmbito dos tribunais de justiça, por meio dos CEJUC’s, com destaque para os resultados obtidos pelo Estado de Goiás, que aplica o método desde 2012, no 1º grau de jurisdição, e desde 2017, no 2º grau, que lhe valeu o primeiro lugar na categoria Tribunal Estadual no V Prêmio Conciliar é Legal, promovido pelo CNJ.

Além dos tribunais, a adoção das leis sistêmicas tem sido objeto de capacitação de advogados, dando início à Advocacia Sistêmica.

A advocacia sistêmica é uma nova forma de posicionamento do advogado em relação ao mercado, constituída de quatro perspectivas: proposta de valor sistêmico; relacionamento com foco no cliente; modelo estratégico consensual; sistema operacional multiportas. (OLDONI; LIPPMANN; GIRARDI, 2017, p. 47).

A advocacia sistêmica, enquanto modelo de gestão, visa o aprimoramento das habilidades e competências requeridas do advogado nesse novo contexto não adversarial, objeto desse estudo, ou seja, o desenvolvimento pessoal e profissional dos advogados, considerando o pensamento sistêmico, capacitando-os à utilização de técnicas e ferramentas como as constelações familiares e organizacionais, coaching sistêmico, PNL – programação neurolinguística, mediação e conciliação.

No que se refere à esfera penal, o método das constelações familiares, ou sistêmicas, assim como ocorre na implementação da Justiça Restaurativa, tem limitação à sua utilização, posto que, no processo penal, o conflito não é entre as partes, pois o Estado assume o papel de acusar, sendo parte o Ministério Público, e, do outro lado, o suposto autor do

delito; a vítima é preterida, não lhe permitindo participar do processo. O não pertencimento da vítima no sistema, que pode ter o desejo, ou não, de punir o agressor, bem como atenuar sua pena, assim como o não pertencimento do próprio agressor, pela importância de se responsabilizar pelos seus atos, está em desacordo com as leis de hierarquia e equilíbrio, basilares das constelações familiares.

Dessa forma, somente na hipótese de um procedimento criminal, onde a Justiça Restaurativa estivesse devidamente regulamentada, em face de conformar-se em um espectro mais amplo, que preocupa-se, essencialmente, com a reparação do dano causado pelo crime, as Constelações Familiares, ou Sistêmicas, poderiam ser adequadamente utilizadas, como técnica para uma aproximação dos envolvidos, desvendando, em nível sistêmico individual, a compreensão das causas ocultas que atuam na prática do crime e a consequente modificação perante tal conhecimento, como alternativa à prisão.

Outrossim, a ausência desta regulamentação não afasta a aplicação das constelações familiares, na execução penal, uma vez que, oportunizando ao encarcerado ser ouvido e percebido, diante da completa exclusão em que se encontra, e mais, disponibilizando-lhe técnica que lhe proporcione conhecer a si mesmo, a existência de um sistema no qual ele pertence, poderá mudar sua compreensão sobre a situação de preso e sua postura no futuro, evitando-se a sua reincidência criminal.

### **3. DIRETRIZ CURRICULAR ESTABELECIDADA PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO PARA O CURSO DE DIREITO QUANTO AOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**

A pesquisa documental foi realizada no site do Ministério da Educação, notadamente os documentos: (a) Nota Técnica n. 793/2015 – CGLNRS/DPR/SERES/MEC; (b) Resolução CNE/CES n. 9/2004; (c) Resolução CNE/CES n. 3/2017; (d) Parecer n. 211/2004 CNE/CES, expedidos pela Secretaria de Regulação e Supervisão da Educação Superior/Diretoria de Política Reguladora/Coordenação-Geral de Legislação e Normas de Regulação e Supervisão da Educação Superior; e pelo Conselho Nacional de Educação/Câmara de Educação Superior.

Consubstanciado nas informações obtidas, especialmente a Nota Técnica n. 793/2015 CGLNRS/DPR/SERES/MEC, que trata de esclarecimentos sobre dúvidas frequentes, ementa - grade curricular de cursos de educação superior-, cujos interessados são as Instituições de Educação Superior, alunos e comunidade em geral, atualmente, as Instituições de Ensino Superior possuem autonomia para a elaboração de suas matrizes curriculares de seus cursos, independentemente da existência de normatização pelo Ministério da Educação, por meio de Diretrizes Curriculares Nacionais específicas.

O princípio subjacente a essa prerrogativa de autonomia em matéria curricular, a saber, a flexibilização dos currículos da graduação, tem por objetivo estimular nas Instituições de Ensino Superior a inovação, a criatividade e a responsabilidade pela implementação de projetos pedagógicos que tenham a excelência como horizonte. (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2015).

Relativamente às Diretrizes Curriculares Nacionais – DCN's, por sua vez, são referenciais que disciplinam a elaboração dos projetos pedagógicos de curso das Instituições de Ensino Superior, não constituindo-se em um corpo normativo rígido.

No que tange ao curso de Direito, por meio da Resolução CNE/CES – Conselho Nacional de Educação/Câmara de Educação Superior - n. 9, de 29 de setembro de 2004,

foi instituída as diretrizes curriculares nacionais do curso (de Direito), que foi decidida com base no Parecer n. 211, de 08 de julho de 2004 - CNE/CES – Conselho Nacional de Educação/Câmara de Ensino Superior – cujo relatório estabelece que:

(...) as DCNs para o curso de graduação em Direito devem refletir uma dinâmica que atenda aos diferentes perfis de desempenho a cada momento exigido pela sociedade, nessa “heterogeneidade das mudanças sociais”, sempre



acompanhadas de novas e mais sofisticadas tecnologias, novas e mais complexas situações jurídicas, a exigir até contínuas revisões do projeto pedagógico do curso jurídico, que assim se constituirá a caixa de ressonância dessas efetivas demandas, para formar profissionais do direito adaptáveis e com a suficiente autonomia intelectual e de conhecimento para que se ajuste sempre às necessidades emergentes, revelando adequado raciocínio jurídico, postura ética, senso de justiça e sólida formação humanística. (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2004).

O Relatório, que contém o Parecer n. 211, demonstra as alterações históricas promovidas na estrutura curricular do curso de Direito, desde o currículo único (de 1827 até 1962); para currículo mínimo (1962); currículo mínimo nacional e currículos plenos institucionais (1994); diretrizes curriculares nacionais (1995) e suas alterações promovidas posteriormente, até o citado Parecer.

Dessa forma, as Diretrizes Curriculares do curso de graduação em Direito, instituídas pela Resolução CNE/CES N. 9, em seu artigo 2º, parágrafo 1º, dispõe:

§ 1º O Projeto Pedagógico do curso, além da clara concepção do curso de Direito, com suas peculiaridades, seu currículo pleno e sua operacionalização, abrangerá, sem prejuízo de outros, os seguintes elementos estruturais:

[...]

IV - formas de realização da interdisciplinaridade;

V - modos de integração entre teoria e prática;  
(MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2004).

Merece destaque o inciso VIII, do artigo 4º da mesma Resolução, que define as habilidades e competências mínimas que o curso deverá

possibilitar na formação profissional, no tocante ao “domínio de tecnologias e métodos para permanente compreensão e aplicação do Direito” (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2004). Assim também, o inciso I, do artigo 5º, que dispõe sobre os eixos interligados de formação, quanto à transdisciplinaridade requerida:

I - Eixo de Formação Fundamental, tem por objetivo integrar o estudante no campo, estabelecendo as relações do Direito com outras áreas do saber, abrangendo dentre outros, estudos que envolvam conteúdos essenciais sobre Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia. (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2004).

## **CONCLUSÃO**

O Ministério da Educação prima pela atualização dos currículos dos Cursos de Direito às exigências naturais do contexto social e jurídico, em sua dinâmica peculiar, assim como o estímulo à inovação, criatividade e interdisciplinaridade para construção do modelo de formação profissional que seja compatível, ou seja, viabilize o desenvolvimento de competências e habilidades inerentes ao excelente desempenho do educando quanto à compreender e aplicar o Direito, com fundamento em critérios essenciais de senso de justiça e sólida formação humanística.

Considerando, fundamentalmente, a terceira onda renovatória proposta por Mauro Capeletti, que diz respeito ao aperfeiçoamento dos instrumentos processuais e à utilização de novos mecanismos, dentro e fora da jurisdição, como uma realidade do direito processual brasileiro, a partir do novo paradigma colaborativo, implementado pelo Código de Processo Civil, e pela Lei da Mediação, e Políticas Públicas, no âmbito do Poder Judiciário, e do Ministério Público, que ensejam uma releitura do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, e do próprio conceito de acesso à justiça inserido no sistema denominado multiportas.

Considerando que uma mudança conceitual e cultural se realiza gradativamente, e necessariamente mediante a implementação de um conjunto sistematizado e estruturado de ações (objetivos específicos) que convirjam para um ponto central estabelecido (objetivo geral), de forma a assegurar-lhe viabilidade e efetividade.

Concluimos que, nesse contexto de reestruturação, ora detalhado, as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de Direito, estabelecidas pelo Ministério da Educação, possibilitam a elaboração e atualização das matrizes curriculares das Instituições de Ensino Superior, de forma autônoma, pelas Instituições de Ensino Superior do curso de Direito, assegurando, entretanto, parâmetros essenciais claros à formação profissional que deverão ser cumpridos por elas com vistas à excelência no atendimento às demandas jurídicas, relativamente à capacitação e desenvolvimento de habilidade de negociação através dos diversos métodos alternativos de resolução de conflitos, ora em plena aplicação e expansão, no âmbito do Poder Judiciário.

Cabe ressaltar que as inovações processuais introduzidas na legislação brasileira, pertinentes ao tema discorrido, caracterizam de forma muito enfática uma humanização do processo, e uma mudança conceitual do senso de justiça, uma vez que, uma decisão justa deve inserir-se num procedimento adequado à sua natureza, pelo qual, inclusive, a ausência de disciplinas, teóricas e práticas, correlatas, na matriz curricular das Instituições de Ensino Superior do curso de Direito, estará em desacordo com o disposto nas Diretrizes Nacionais do curso, especificamente, o inciso VIII, do artigo 4º da Resolução CNE/CES N. 9, que define as habilidades e competências mínimas que o curso deverá possibilitar na formação profissional, no tocante ao "domínio de tecnologias e métodos para permanente compreensão e aplicação do Direito" (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO), assim como no que se refere aos seus objetivos, quanto às habilidades do formando "revelando adequado raciocínio jurídico, postura ética, senso de justiça e sólida formação humanística". (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, 2004).

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: JusPODIVM, 2004.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em: 08 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei 9099/95 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 set. 1995. Disponível em: . Acesso em: 08 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9307 de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 set. 1996. Disponível em: . Acesso em: 8 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 13105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em:

\_\_\_\_\_. Lei nº 13140 de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 jun. 2015. Disponível em: . Acesso em: 8 nov. 2017

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125/2010**. Disponível em:

< <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579> >. Acesso em: 08 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 225/2016**. Disponível em:

. Acesso em: 08 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 118/2014**. Disponível em: . Acesso em: 08 nov. 2017.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Constelação pacífica conflitos de família no Judiciário. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86659-constelacao-pacifica-conflitos-de-familia-no-judiciario>>. Acesso em: 01 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. **Nota Técnica nº 793/2015 – CGLNRS/DPR/SERES/MEC**; Disponível em: . Acesso em: 01 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. **Parecer nº 211/2004 CNE/CES**; Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/2004/CES0211\\_2004.pdf](http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/2004/CES0211_2004.pdf)>. Acesso em: 01 maio 2018.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. **Resolução CNE/CES nº 9/2004**; Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09\\_04.pdf](http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf)>. Acesso em: 01 maio 2018.

OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia S.; GIRARDI, Maria Fernanda G.. **Direito Sistêmico**: aplicação das leis sistêmicas de Berth Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal. Joinville:Manuscritos, 2017.

PRÁTICAS COLABORATIVAS. Disponível em: <<http://praticascolaborativas.com.br/home/artigo.php?codigo=21>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

SANTOS, Marcela. **Gestão da advocacia sistêmica**. Disponível em: <<https://www.gestaoadvocaciasistemica.com.br/single-post/2017/05/12/O-que-é-Advocacia-Sistêmica>>. Acesso em: 01 maio 2018.

SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos P.; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça Restaurativa**: coletânea de artigos. Disponível em: <<http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2014/07/Coletanea-de-Artigos-Livro-Justi%C3%A7a-Restaurativa.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

STANGHERLIN, Camila S. A conciliação no novo Código de Processo Civil brasileiro: perspectivas de um acesso à justiça qualitativo. **Revista V FONAMEC – do Fórum Nacional de Mediação e Conciliação, Rio de Janeiro**, n. 1, v. 1, p. 55-72, maio.2017.

SILVA JUNIOR, Gerardo Humberto Alves. Arbitragem. O caso do defensivo agrícola envolvendo os produtores de soja de Diamantina/MT. Um breve estudo de três conflitos à luz da arbitragem. **Revista V FONAMEC – do Fórum Nacional de Mediação e Conciliação, Rio de Janeiro**, n. 1, v. 1, p. 141-156, maio.2017.

TAKAHASHI, Bruno. De novo, os meios consensuais no novo CPC. **Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia – OAB/SP – Mediação e Conciliação, São Paulo**, n. 26, p. 24-33, mar. 2016.

TARTUCE, Fernanda. Opção por mediação e conciliação. **Revista Científica Virtual da Escola Superior de Advocacia – OAB/SP – Mediação e Conciliação, São Paulo**, n. 26, p. 07-14, mar. 2016.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método 2017.

#### NOTAS:

[1] Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins. Advogado. E-mail: [vinicius.marques@catolica-to.edu.br](mailto:vinicius.marques@catolica-to.edu.br)

[2] Definição apresentada por Tânia Almeida, durante o 1º Encontro Interestadual de Mediação realizado em Friburgo em 2014 (Nota de rodapé sobre a citação contida na página do livro).

## TRABALHO ARTÍSTICO INFANTIL

**THAIS LUANA DE OLIVEIRA MUNIZ:**

Bacharelanda do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins.

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA [1]

**Resumo:** O presente trabalho tem como principal intuito analisar a possibilidade de o trabalho artístico poder ser realizado por crianças e adolescente que tem idade inferior a permitida pela legislação vigente no Brasil. O menor uma vez inserido no mercado de trabalho tem que aprender a lidar com a mesma pressão e responsabilidade delegado a um adulto. Sendo assim, em decorrência da busca pelo sucesso e glamour que uma vida artística pode oferecer, acabam ficando expostos a possíveis danos psicológicos irreversíveis e permanentes. Discutir-se-á através de doutrinas, artigos científicos e análise jurisprudencial a importância da eficácia do Ministério Público na proteção do trabalho da criança e adolescente. Observaremos também alguns casos concretos, verificando entendimentos e soluções sugeridos ou tomados diante de menores que foram afetados pela inexistência de normas específicas.

**Palavras-chave:** Direito da Criança; Trabalho Infantil Artístico; Legalidade.

**Sumário:** Introdução 1. Contexto histórico do estatuto da criança e do adolescente. 2. Trabalho infantil. 2.1. Trabalho artístico infantil. 2.2. Consequências do trabalho. 3. Atuação do ministério público. 4. Considerações finais. 5. Referências.

---

### Introdução

O trabalho infantil é realizado por pessoas que estejam abaixo da idade permitida para iniciar práticas trabalhistas. Cada país tem sua idade mínima fixada como regra. O Brasil tem normatizado a proibição de trabalho para menores de 14 anos.

O trabalho infantil é constantemente tratado pela mídia. Essa abordagem vem com o intuito de mostrar que, principalmente, crianças de zonas rurais e áreas pobres e periféricas de grandes cidades exercem o trabalho desde cedo na agricultura, indústrias, atividades domésticas,

algumas vezes até mesmo atividades ilícitas, como o tráfico de drogas, que é o caso mais frequente para meninos, além de exploração sexual para meninas.

Muito se é tratado sobre o tema em campanhas nacionais e até internacionais que tem como importante objetivo cessar esse tipo de prática.

Todavia, não há grandes questionamentos em relação às práticas trabalhistas no meio artístico, seja em virtude da fascinação que é nutrida pelos adultos e crianças pela carreira glamourosa com sucesso e fama ou até mesmo pelo crescimento financeiro.

A mesma sociedade que se escandaliza com meninas que ajudam em atividades doméstica, se simpatiza, apoia e aprova o trabalho artístico exercido por crianças e adolescentes, que cada vez mais sacrificam a rotina de uma vida comum, como a frequência regular na escola e atividades extracurriculares e sofrem pressões impostas pelo meio e assumem responsabilidades de um adulto mesmo sendo tão novas.

## **1 Contexto histórico do estatuto da criança e do adolescente**

Instaurado pela Lei 8.069 no dia 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, popularmente conhecido como ECA, veio para regulamentar os direitos e deveres das crianças e adolescentes brasileiros. Foi preciso a criação de um Estatuto com regras, direitos e deveres exclusivamente dedicado à criança e ao adolescente para que os mesmo parassem de ser, culturalmente, conhecidos como adultos em miniaturas e passassem a ser enxergados, sem distinção de raça, cor ou classe social, como seres humanos em desenvolvimento.

O ECA chegou oferecendo uma inovação ao ordenamento jurídico da época ao trazer um conjunto de leis próprias, baseando-se em grande parte na Convenção Internacional sobre os Direitos Humanos da Criança, realizada em 1989.

Sobre a Convenção Rosemberg (2010) analisou da seguinte forma:

A Convenção de 1989, em relação às declarações internacionais anteriores, inovou não só por sua extensão, mas porque reconhece à criança (até os 18 anos) todos os direitos e todas as liberdades inscritas na Declaração dos Direitos Humanos. Ou seja, pela primeira vez, outorgaram-se a crianças e adolescentes direitos de liberdade, até então reservados aos



adultos. Porém, a Convenção de 1989 reconhece, também, a especificidade da criança, adotando concepção próxima à do preâmbulo da Declaração dos Direitos da Criança de 1959: "a criança, em razão de sua falta de maturidade física e intelectual, precisa de uma proteção especial e de cuidados especiais, especialmente de proteção jurídica apropriada antes e depois do nascimento". (ROSEMBERG, 2010, p. 699)

Com a criação da Lei houve manifesto expresso para assegurar ao menor brasileiro o direito à vida e à liberdade. Tendo como base art. 227 da Constituição Federal de 1988, houve também a preocupação para que fosse garantida à criança e ao adolescente, através da família, sociedade e do Estado, o acesso à educação, saúde, alimentação, lazer, etc.

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Dentro da Lei n 8.069/90, que veio estabelecer o ECA, é possível identificar em seus pilares alguns princípios básicos instituídos em seus artigos, tais como Princípio da Proteção Integral, Princípio da Prioridade Absoluta, Princípio do Melhor Interesse, entre tantos outros.

Em seu art. 1º, é possível destacar o Princípio da Proteção Integral que tem o intuito de assegurar a criança e o adolescente seus direitos fundamentais e o dever de ser protegido pela família, sociedade e Estado. Este princípio também se encontra elencado no art. 227 da Constituição Federal.

Já Princípio da Prioridade Absoluta, possível de se identificar no art. 4º, garante ao menor o direito de ser tratado com total prioridade pela sociedade e Poder Público quando se tratando, por exemplo, de ações governamentais ou em caso de catástrofes naturais.

O Princípio do Melhor Interesse veio para garantir que sempre que for preciso tomar uma decisão referente ao menor será levado em conta e analisado o melhor para atender o seu interesse. Sendo assim, podemos exemplificar esse princípio fazendo uso de uma provável disputa judicial de guarda de um menor onde será analisado o contexto geral das partes e não

apenas pontos específicos, como fator econômico isolado, mas sim qual deles apresenta condições legais, capacidade afetiva, lar harmônico, etc.

O Estatuto da Criança e do Adolescente veio como uma verdadeira renovação perante a forma com que as crianças e os adolescentes eram enxergados e tratados no Brasil. Antes da sua promulgação eles não eram respeitados, resguardados e até mesmo vistos pela sociedade, culturalmente falando e até mesmo juridicamente.

Anteriormente ao ECA, os menores brasileiros eram “resguardados” pelo Código do Menor, que tinha como base uma dura política de repressão aos menores abandonados e adolescentes de “segunda classe”. Era bem explícito a discriminação contida no antigo Código, a marginalização e delinquência eram sempre ligadas á pobreza. Não existia a preocupação em compreender todo o contexto histórico, social e econômico do menor para só então começarem a atendê-los da melhor maneira possível.

Uma mudança significativa trazida pelo Estatuto, sem dúvidas, foi os direitos universais assegurados, a preocupação em sempre assegurar o melhor para o bem estar e as medidas de proteção para a criança e do adolescente.

Para que fossem seguramente resguardados o Estatuto da Criança e do adolescente regulamenta no Capítulo I e II, do Título II, sobre as Medidas de Proteção. O título supracitado vem para regulamentar à situação de crianças e adolescentes que se encontram em situações de risco ou irregular.

Para Barros (2010) “a verificação da existência dessa situação é importante por duas razões: (i) aplicação de medidas específicas de proteção e (ii) fixação da competência do Juízo da Infância e Juventude.” Essa parte do Estatuto é para assegurar a criança ou o adolescente sempre que forem ameaçados ou violados.

Trata-se de hipótese em que os direitos da criança ou adolescente estão ameaçados ou foram violados. Em outras palavras, quando se verificar que algum direito da criança ou do adolescente está ameaçado ou foi violado, tem-se a situação de risco ou irregular que permite a aplicação de medidas de proteção. O objetivo das medidas de proteção, naturalmente, é sanar a violação do direito ou impedir que tal ocorra. (BARROS, 2010, p. 154)

O art. 98, do Capítulo I, é passível de aplicação sempre que em relação à criança e o adolescente ocorrer violação de seus direitos por ação ou

omissão da sociedade ou do Estado, ou por falta, omissão ou abuso de seus pais e responsáveis.

Sobre o artigo 98, já mencionado, que é usado para começar a tratar das medidas de proteção das crianças e adolescentes Sêda (2010, p.415) diz que "E aqui se encontra a pedra angular do novo Direito, ao definir com precisão em que condições são exigíveis as medidas de proteção á criança e ao adolescente".

E destaca também que o princípio da exigibilidade pode ser usado sempre quando houver o descumprimento da norma, ferindo as três condições interposta pelo artigo mencionado.

O princípio da exigibilidade, nesse caso, diz-nos que o desvio da norma, sempre que ocorram as três condições por ela referidas, autoriza á cidadania (através do direito constitucional de petição), ao Conselho Tutelar, através da requisição, ao Ministério Público, através da representação em juízo, e á autoridade judiciária, em decisão fundamentada buscar os fins sociais a que o Estatuto se destina, consoante seu art. 6º. SÊDA (2010, p. 415).

Já Engel (2010, p. 415,416) entende que "O primeiro dado a ressaltar ao comentar o art. 98 do Estatuto é o reforço que se dá, também neste capítulo, á premissa que é dever da sociedade em geral e do Poder Público em especial, além da família, assegurar a criança e o adolescente seus direitos básicos".

Ou seja, o artigo já mencionado veio para reforçar que os garantidores do cumprimento dos direitos da criança e do adolescente não se restringe apenas aos seus genitores e sim a sociedade em geral e o Estado, que tem como obrigação zelar e garantir que seja sempre colocado em prática o cumprimento dos direitos básico dos resguardados para que eles possam viver da melhor maneira possível.

## **2. Trabalho infantil**

Um dos conceitos adotado no Brasil para o termo "Trabalho Infantil" vem tipificado no Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador:

O termo "trabalho infantil" refere-se, neste Plano, às atividades econômicas e/ou atividades de sobrevivência, com ou sem finalidade de lucro, remuneradas ou não, realizadas por crianças ou

adolescentes em idade inferior a 16 (dezesesseis) anos, ressalvada a condição de aprendiz a partir dos 14 (quatorze) anos, independentemente da sua condição ocupacional. Para efeitos de proteção ao adolescente trabalhador será considerado todo trabalho desempenhado por pessoa com idade entre 16 e 18 anos e, na condição de aprendiz, de 14 a 18 anos, conforme definido pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. ( 2011-2015, p.6)

Nesse sentido, Cavalcante (2011, p. 27) tem como entendimento que “O Trabalho Infantil é aquele realizado por crianças e adolescentes que estão abaixo da idade mínima para a entrada no mercado de trabalho, segundo a legislação em vigor no país”. Sendo assim, pode ser considerado Trabalho Infantil qualquer prática de atividade desempenhada por criança ou adolescente que não tenha por intuito um fim educativo.

Embora hoje em dia exista a consciência dos resultados negativos que o trabalho infantil acarreta a criança e ao adolescente, nem sempre foi assim. No passado essa prática era praticamente generalizada.

Durante a Idade Média o trabalho infantil era vinculado como um complemento a mão de obra para sustento familiar. No período feudal, as crianças passaram a trabalhar nos feudos, para os senhores, em troca de aprendizado em outras funções, comida ou até mesmo abrigo.

O ápice do trabalho infantil ocorreu durante a Revolução Industrial, onde as grandes fábricas da Europa exploravam as crianças e adolescentes por se tratar de mão de obra mais barata se comparado com a mão de obra masculina. Durante esse período, crianças geralmente a partir dos 4 anos de idade eram sujeitadas a regimes exploratórios onde eram submetidas a trabalhar 14 horas por dia, em locais e condições de risco, em troca de alimentação ou moradia precária. O abuso infantil também se tornou comum durante essa época histórica, qualquer tipo de erro ou brincadeira, por mais banal que fosse, era motivo para punições do tipo mais severo possível.

Ao analisar esse breve contexto histórico é possível constatar que o trabalho infantil estava intimamente ligado a fatores socioeconômicos precários. Em alguns momentos da história, o rendimento das crianças e adolescente estavam ligados a sobrevivência, tendo em vista a época em que eram duramente castigados e muitos chegavam a vir a óbito.

Um dos primeiros passos para mudar essa situação e evitar que mais infâncias fossem perdidas ocorreu por volta do ano de 1802, quando Inglaterra implantou a primeira lei para controlar o trabalho infantil nas indústrias. Algum tempo depois vários países da Europa passaram a adotar e limitar o trabalho infantil. Uma das principais medidas adotadas foram a redução de carga horária, proibição do trabalho noturno e os castigos físicos.

Sobre o trabalho infantil, além do amparo Constitucional no art. 7º, XXXIII que versa sobre a idade mínima para ingresso do menor no mercado de trabalho e algumas proibições, existem também algumas normas internacionais editadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) baseadas em convenções da ONU, dentre elas uma merece destaque especial, já que foi legitimada no Brasil, pelo Decreto Presidencial 4.134 /2002, e compõe o nosso ordenamento jurídico. A Convenção n. 138, da OIT, que trata sobre a Idade Mínima de Admissão ao Emprego, e a Recomendação n. 146.

A regulamentação do trabalho do menor no Brasil tem como primeiro fundamento e limite a idade permitida para o seu trabalho, seguindo as diretrizes traçadas pela convenção 138 da OIT e pela recomendação n. 146, da mesma OIT cujo ideal é o de que a "idade mínima fixada deveria ser igual para todos os setores da atividade econômica". Partindo destes parâmetros, a Constituição Federal de 1988 definiu a idade mínima para o trabalho do menor enquanto empregado em 16 anos e na condição especial de aprendiz em 14 anos (artigo 7º, XXXIII). SILVA (2015, p. 446)

Conforme mencionado acima, o trabalho do menor passou a ser possível, no entanto, a Constituição Federal de 1988 fixou uma idade mínima para o seu início no mercado de trabalho e traçou diretrizes para seu melhor desenvolvimento, fazendo com que haja produtividade e crescimento profissional, bem como a proteção para o seu desenvolvimento físico.

Em 1999, a OIT promoveu a Convenção 182, que falava sobre as piores formas de trabalho infantil, e também acabou sendo legitimada no Brasil através do Decreto nº 3.597, em 12 de setembro de 2000. A

convenção abordava sobre as formas de proibições e ações que possam eliminar as piores formas de trabalho infantil, nela é possível encontrar disposições que trata sobre a idade mínima para ingressar ao mercado de trabalho e os cuidados que devem ser observados ao contratar o menor, a importância da educação fundamental e gratuita para crianças, etc.

A proteção do menor trabalhador não se esgota na Constituição, a Consolidação das Leis Trabalhistas também veio para assegurar o direito dos menores e versar sobre a matéria supracitada. O art. 403 prevê a possibilidade do menor na modalidade de aprendiz, com remuneração, dos 14 á 24 anos incompletos, além de estarem cursando o ensino médio.

O trabalho do menor aprendiz é outra modalidade do trabalho do menor que se dá sob a forma do contrato de aprendizagem, de onde se retira sua denominação. O artigo 428 da CLT, com as alterações trazidas pela Lei 11.180-2005, assim define o contrato de aprendizagem: "Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com seu desenvolvimento físico, moral e psicológico". A idade máxima de 24 anos não se aplica a aprendizes portadores de deficiência (artigo 428, § 5º, CLT). SILVA (2015, p. 449)

No art. 62 do ECA, é definido e delimitado as condições do menor aprendiz.

O que vem a ser aprendizagem, para os fins de delimitação do trabalho do menor aprendiz? Segundo definição do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) (art. 62), aprendizagem é a formação técnico-profissional ministrada ao adolescente ou jovem segundo as diretrizes e bases da legislação de educação em vigor, implementada por meio de um contrato de aprendizagem. (2015, p. 449)

Insta mencionar que há limitações a esta modalidade de trabalho, tais como a proibição do trabalho noturno, o trabalho em locais considerados perigosos ou insalubres, ambos também expressamente proibidos no art. 7º XXX,III da Constituição, locais que venham prejudicar á moral do menor empregado, entre algumas outras especificações.

O trabalho do menor empregado possui como limites a proibição do trabalho noturno (artigo 404), entendido como aquele que se da entre 22h00min de um dia ás 05h00min do outro dia. Também é proibido seu trabalho em locais e serviços perigosos ou insalubres ou prejudiciais à sua moralidade (artigo 405, CLT) e em ruas, praças e locais públicos, sem autorização do juiz da Infância e Juventude (artigo 405, § 2º, CLT) e que exija o emprego de força muscular superior a 20 quilos para trabalhos contínuos e 25 quilos para trabalhos ocasionais (art.405, § 5º, CLT). (SILVA, 2015, p. 448)

A CLT também prevê garantias para o menor aprendiz com intuito de resguardar o seu desenvolvimento regular, bem como seu aproveitamento escolar, sendo que no exercício do trabalho este terá um ambiente adequado para estudar e cumprir com as atividades e férias do trabalho que sejam compatíveis com as escolares.

## **2.1. trabalho artístico infantil**

Um fenômeno que passou a ser conhecido como TIA – Trabalho Infantil Artístico ou Infanto-juvenil Artístico, leva em consideração qualquer fim econômico com participação infantil, essa participação pode ser através de trabalho como ator, cantor, apresentador, músico, dançarino, modelo fotográfico ou de passarela. Cavalcante (2011 p. 46) define que “é trabalho infantil artístico quando o desempenho da criança ou adolescente será explorado comercialmente por terceiros”.

É necessário ressaltar que essa exploração comercial da imagem do menor feita por um terceiro não leva em consideração se houve uma compensação econômica que alcança a criança e o adolescente, mesmo quando o trabalho se dê por troca de roupa (comum em desfiles ou ensaios fotográficos) ou por oportunidades em exibição e/ou divulgação da

imagem do menor, o foco econômico muitas vezes não é do artista mirim, mas sim em quem utiliza do trabalho ou da imagem para contrair lucros.

Todavia é necessário distinguir atividades com participação de crianças com fins pedagógicos ou recreativos e que não envolvem fator econômico.

Embora possa ser classificadas como espetáculos ou representações artísticas, as atividades artísticas realizadas sem fins econômicos não caracterizam o trabalho infantil. Assim, quando a finalidade imediata é pedagógica e não comercial, não se pode falar em trabalho artístico. CAVALCANTE (2011, p. 46).

Ao analisar art. 7º, XXXIII da Constituição Federal, tem se o entendimento de que seja expressamente delimitada a proibição de qualquer trabalho a menor de 16 anos, exceto função de aprendiz para maiores de 14 anos. Porém, é possível uma flexibilização quanto essa proibição para autorizar o trabalho artístico infantil para menor, utilizando algumas brechas e baseando-se, por exemplo, no art. 406 da CLT ou no Decreto Presidencial 4.134/2002, que ratifica a Convenção n.138 da OIT.

É admitido no art. 8º da Convenção a possibilidade do trabalho artístico para menores em situações excepcionais, individuais e específicas. Para o consentimento dessa autorização é necessário a limitação com o número de horas da duração do emprego ou trabalho e estabelecer também as condições em que é permitido o trabalho.

Mesmo não citando diretamente o trabalho artístico para crianças e adolescentes, no art. 149,II do ECA, também existe uma brecha para que autoridade judiciária competente conceda alvarás com permissão para que crianças e adolescentes participem de espetáculos públicos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu art. 149, II, exige autorização judicial para a participação da criança ou adolescente em espetáculos ou desfiles. A lei determina que o juiz só emita o alvará após verificar, caso a caso, se estão respeitados os direitos fundamentais daquela criança ou adolescente, considerando a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. CAVALCANTE(2011,p.59).



É necessário o juiz decidir em cada caso concreto, com aplicação do Direito Objetivo a autorização do alvará e não decidir de maneira coletiva e nem elaborar normas para se aplicar de modo geral.

O Ministério Público do Trabalho desenvolveu um detalhado estudo sobre o assunto onde foram aprovadas algumas orientações a serem seguidas a cerca da autorização do trabalho do menor no meio artístico. O MPT também apontou algumas condições que devem ser observadas antes do consentimento do alvará contendo a autorização da participação da criança ou adolescente.

As condições foram firmadas por juízes, promotores e procuradores que participaram do I Encontro Nacional Sobre Trabalho Infantil promovido pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMPT), em 22 de outubro de 2012.

Foram levados em consideração os princípios da proteção integral e a prioridade absoluta para assim elaborar condições especiais a cerca do consentimento do alvará judicial autorizando um menor de 16 anos a exercer algum trabalho artístico.

Insta mencionar as condições que foram feitas para serem alcançados o alvará judicial com permissão para o trabalho artístico ao menor de 16 anos.

- Imprescindibilidade de contratação, de modo que aquela específica obra artística não possa, objetivamente, ser representada por maior de 16 anos;
- Observância do princípio do interesse superior da criança e do adolescente, de modo que o trabalho artístico propicie, de fato, o desenvolvimento de suas potencialidades artísticas;
- Prévia autorização de seus representantes legais e concessão de alvará judicial, para cada novo trabalho realizado;
- Impossibilidade de trabalho em caso de prejuízos ao desenvolvimento biopsicossocial da

criança e do adolescente, devidamente aferido em laudo médico-psicológico;

- Matrícula, frequência e bom aproveitamento escolares, além de reforço escolar, em caso de mau desempenho;

- Compatibilidade entre o horário escolar e atividade de trabalho, resguardados os direitos de repouso, lazer e alimentação, dentre outros;

- Assistência médica, odontológica e psicológica;

- Proibição de labor a menores de 18 anos em locais e serviços perigosos, noturnos, insalubres, penosos, prejudiciais à moralidade e em lugares e horários que inviabilizem ou dificultem a frequência à escola;

- Depósito, em caderneta de poupança, de percentual mínimo incidente sobre a remuneração devida;

- Jornada e carga horária semanal máximas de trabalho, com intervalos de descanso e alimentação, compatíveis com o desenvolvimento biopsicossocial da criança e do adolescente;

- Acompanhamento do responsável legal do artista, ou quem o represente, durante a prestação do serviço;

- Garantia dos direitos trabalhistas e previdenciários quando presentes, na relação de trabalho, os requisitos dos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO (2012).

Após o estudo realizado pelo MPT, o deputado federal Jean Wyllys, do Rio de Janeiro apresentou um Projeto de Lei na Câmara dos Deputados, PL 4968 – 2013.

Altera o art. 60 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, revoga o parágrafo único do art. 402, os §§ 2º e 4º do art. 405 e o art. 406 da Consolidação das Leis do Trabalho e dá outras disposições protetivas dos direitos da Criança e do Adolescente.

A alteração ao art. 60, ECA, seria a inclusão de parágrafos com especificações as exceções da proibição do trabalho a menores de quatorze anos, exceto na condição de aprendiz. Atualmente o Projeto de Lei ainda se encontra sujeita á apreciação do Plenário.

## **2.2 Consequências do trabalho**

É cada vez mais constante a presença de adolescente no meio profissional, a prática trabalhista vem sendo encorajada pela sociedade através do menor aprendiz e recebe incentivo inclusive de políticas governamentais como Programa Primeiro Emprego.

O ingresso tão cedo da criança e do adolescente no mercado de trabalho pode ser um divisor de águas em sua vida, podendo ter consequência positivas e também negativas.

Geralmente o envolvimento com a prática trabalhista precocemente pode desenvolver fatores negativos no desenvolvimento social e educacional da criança. Com o envolvimento no meio profissional a criança pode vir a limitar a sua dedicação em atividades corriqueiras do dia a dia comum de um jovem estudante, como a prática de atividades extracurriculares e até mesmo atrapalhar no desenvolvimento social da idade.

Além disso, outros fatores que pesam um pouco para o lado negativo é que mesmo a jornada de trabalho sendo sempre em horário oposto em que se frequenta a escola, a dedicação ao estudo fica um pouco comprometida, afetando diretamente o rendimento escolar e o impedimento de maior convivência com pessoas da mesma idade. Mesmo com toda a seguridade jurídica o menor aprendiz, normalmente, desconhece em parte ou em todo os seus direitos trabalhistas, sendo assim acaba ficando submetido a situações ilegais ou inadequadas para a idade.

Os aprendizes, usualmente, desconhecem seus direitos trabalhistas, submetendo-se a situações arriscadas, insalubres e inadequadas, a salários aviltantes, trabalhando horas-extras, não se protegendo adequadamente dos riscos e das

péssimas condições de trabalho em geral (Fischer et al., 2000, 2003a, b; Parker, 1997).

O trabalho infantil, principalmente quando iniciado com uma idade inferior a permitida, afeta diretamente o desenvolvimento emocional da criança, pois para início de uma vida no mercado de trabalho é necessário o mínimo de maturidade para tal. O trabalho precoce pode afetar e dificultar o menor a estabelecer laços afetivos, podendo fazer com que a criança leve essa dificuldade ao decorrer da vida jovem e adulta em virtude de traumas causados pela privação de viver normalidades da idade, por exposição em algumas situações inadequadas ou até mesmo por eventuais maus tratos sofridos.

Ao analisar o trabalho artístico poucas são às vezes em que nos atentamos ao fato de que para que as atividades sejam exercidas requerem de muito treinamento, dedicação, disciplina e muita pressão, em grande parte pela exposição midiática. Levando todos esses fatores em consideração e ainda podendo deduzir que com memorização de textos ou coreografias, o trabalho artístico acaba se tornando uma atividade mental sobrecarregada para criança.

Porém, parte da sociedade contemporânea, englobando pessoas de todas as classes sociais e níveis de escolaridade, avalia preconceituosamente a atividade artística como um “não trabalho”, um lazer, uma diversão. Sem dúvida quem está no momento de lazer é a plateia que, se o espetáculo for bom ou a publicidade bem feita, ficará encantada com o talento dos artistas envolvidos. Talvez isso explique a dificuldade, nesse contexto, do público imaginar todo o esforço e trabalho despendido para que o show aconteça. CAVALCANTE (2013, p. 143)

Por trás da vida glamourosa enxergada pela sociedade, o trabalho artístico exige todo um sacrifício do artista mirim que sofre diretamente com todo o estresse de uma vida cheia de testes, longas horas de espera em locais onde muitas vezes não são agradáveis para crianças, as decepções e frustrações com possíveis reprovações. O deslumbramento com uma vida de sucesso impede que as pessoas consigam enxergar os efeitos e as consequências do trabalho artístico na vida da criança e do adolescente.

### **3 Atuação do Ministério Público**

A Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993, que dispõe sobre a organização, atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, em

seu art. 83, III estabeleceu competência para o Ministério Público do Trabalho propor ações sempre que necessárias em defesa dos direitos e interesses de menores e incapazes, decorrentes das relações de trabalho.

Note-se, portanto, que desde 1993, é possível afirmar, a partir da competência estabelecida ao Ministério Público do Trabalho por Lei Complementar (hierarquia superior à de leis ordinárias, como a CLT e o ECA), tanto no plano meta individual como individual, quaisquer questões relacionadas ao trabalho envolvendo até mesmo crianças ou adolescentes são de competência da Justiça do Trabalho, tendo sido revogadas, ainda que tacitamente, disposições contrárias. OLIVA (2012, p.4)

Uma das atuações de maior notoriedade do Ministério Público, foi o caso envolvendo, até então, apresentadora mirim Maísa Silva, na época com nove anos de idade, no ano de 2009. Durante a sua participação em um quadro do "Programa do Silvio Santos" em que interagira com o apresentador, foi pregado um susto a Maísa que ao se deparar com um menino vestido de monstro sofreu situação vexatória e humilhante. Diante o desespero com tal brincadeira a menina acabou batendo a cabeça em uma das câmeras enquanto corria de medo aos prantos e gritos pelo placo, sobre risadas da platéia e piadas do apresentador.

O MPT ao analisar a participação de Maísa em outros programas, também chegou a conclusão de que haveria um abuso em sua carga horária de trabalho no Programa Bom Dia e CIA, do qual ela também era apresentadora e que estava sendo prejudicial ao seu desenvolvimento.

O MPT então ajuizou uma Ação Civil Pública contra a emissora SBT, tentando impedir o direito de contratar crianças e adolescentes, menor de 16 anos, salvo como aprendiz, e a participação em programas artísticos, entendendo que os danos causados a menor Maísa se estenderia a outros contratados da emissora. Além do que, a Vara da Infância e Juventude da Comarca de Osasco cassou a licença que permitia que Maísa continuasse a participar do "Programa Silvio Santos".

O juiz Jean Marcel de Oliveira da Vara de Trabalho de Osasco julgou improcedente a ação ajuizada por entender que:

Não seria jurídico nem justo, que, por causa de uma violação praticada pela emissora e já reprimida, fosse ela impedida de contratar menores devidamente autorizados para participar de seus programas. O juiz avalia que a proibição "implicaria em ceifar a carreira de diversos menores que, por talento pessoal, estão tendo condições melhores de vida pessoal e financeira, para si e seus familiares".(TST...2012).

Sem a condenação do SBT pelo incidente e nem conseguindo a cassação do direito de contratar menores para participação em programas da emissora, o MPT recorreu da decisão no Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo da 2ª Região. O TRT manteve a decisão já proferida anteriormente e novamente indefiniu o pedido.

O MPT não desistiu e ajuizou Agravo de Instrumento ao Tribunal Superior do Trabalho. A 8ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho negou o provimento do Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº TST-AIRR-98000-62.2009.5.02.0382, após concluir que o que ocorrerá com Maísa foi um fato isolado e não configurava violação de direito coletivo.. O ministro relator do processo, Márcio Eurico Amaro, observou que "embora a ação do MPT pretenda a tutela de interesse coletivo, possui como "pano de fundo" a relação mantida pelo SBT com a apresentadora infantil Maísa, notadamente pela sua participação no Programa Silvio Santos (TST... 2014).

Ocorreu vários outros casos que despertaram a atuação do MPT envolvendo artistas mirins, como por exemplo o caso da atriz Klara Castanho em 2009, em que atuava na novela "Viver a Vida" do autor Manoel Carlos, transmitida pela Rede Globo. A criança, na época com oito anos de idade, fazia o personagem de uma vilã com potencial tendência a psicopatia. Diante do exposto, a Procuradoria do Trabalho do Rio de Janeiro emitiu uma notificação ao autor Manoel Carlos o alertando sobre possíveis consequências que a personagem poderia ocasionar no desenvolvimento de Klara.

Após todo o exposto fica claro que devido a ausência de uma regulamentação específica, a eficiência na atuação do Ministério Público é essencialmente importante para que sejam resguardados e garantidos todos os interesses das crianças e dos adolescentes ao ingressar no cenário artístico.

#### 4 Considerações finais

Embora exista a ausência de um ordenamento jurídico próprio que regularize o trabalho artístico infantil e o art. 7º, XXXIII da Constituição Federal traga a vedação da prática trabalhista para menores de dezesseis anos, salvo na condição de menor aprendiz, a partir de quatorze anos, é perfeitamente possível encontrar brechas que autorize a participação de crianças e adolescentes em trabalhos artísticos.

Exemplos disso podem ser encontrados em Convenções Internacionais ratificadas no Brasil, na CLT e no ECA. Para que se consiga obter uma concessão da regra proibitiva e se possa contar com um artista mirim, é necessário a obtenção de um alvará emitido por juiz contendo a autorização que permita o vínculo trabalhista com o menor. Para o consentimento da tal é necessário que seja rigorosamente observado os princípios da proteção integral e da propriedade absoluta, as condições do trabalho e se os direitos fundamentais de cada criança e do adolescente vem sendo individualmente respeitado.

Por fim é conveniente lembrar que as crianças e o adolescentes, embora extremamente talentosos, não devem ser transformados em máquinas de fazer dinheiro e sucesso ou até mesmo venha a se tornar principal fonte de renda familiar. A habilidade trazida consigo deve ser aproveitada de forma que vá contribuir para que traga felicidade e realização pessoal ao artista mirim para que no futuro a utilização de algum talento no meio artístico não tenha contribuído de maneira negativa na formação do artista e assim ele não venha ser uma pessoa frustrada ou com problemas causado pela exploração midiática.

#### 5 Referências

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Coleção Lei Especiais para Concursos, 3ª edição, Editora Jus Podivm, Salvador, 2010.

BRASIL et al. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8069.htm)>. Acesso em: 24 de maio. 2018.

BRASIL. Decreto n. 99.710 de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança.. Brasília: **Presidência da República**. Disponível em: . Acesso em: 24 de maio. 2018.

BRASIL. CONAETI. Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção do Adolescente Trabalhador. Brasília: **Ministério do Trabalho e Emprego**, 2011. p. 06.

BRASIL. Decreto n. 4.134 de 15 de fevereiro de 2002. Promulga a Convenção no 138 e a Recomendação no 146 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Idade Mínima de Admissão ao Emprego. Brasília: **Presidência da República**, 2002. Disponível em:. Acesso em: 02 de out. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Presidência da República**, Brasília, DF, 01 mai de 1943. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 02 out 2017.

BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Rio de Janeiro: **Imprensa Oficial**, 2002. Disponível em: . Acesso em: Acesso em: 02 out 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República**, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: Acesso: em 01 out 2017.

CAVALCANTE, Sandra Regina. **Trabalho infantil artístico: do deslumbramento à ilegalidade**. São Paulo (SP): LTr, 2011.

CAVALCANTE, Sandra Regina. **Trabalho infantil artístico: conveniência, legalidade, e limites**, v. 79, n. 1, 2013. Disponível em: . Acesso em: 25 maio 2018.

CURY, Munir; SILVA, Antônio Fernando do Amaral; MENDEZ, Emílio Garcia (Coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.



FISCHER, Frida Marina et al. **Efeitos do trabalho sobre a saúde de adolescentes.** *Ciência & Saúde Coletiva*, v. 8, n. 4, p. 973-984, 2003. Disponível em: . Acesso em: 25 maio 2018.

JUSBRASIL. **TST vai julgar processo de trabalho infantil artístico no SBT.** Disponível em: . Acesso em: 26 maio 2018.

MAIA E SILVA, Paulo Antônio. **Manual de direito do trabalho.** LEME: CL EDIJUR, 2016.

OLIVA, José Roberto Dantas. **Competência para (des) autorizar o trabalho infantil.** *Revista Consultor Jurídico*, v. 16, 2012. Disponível em: . Acesso: em 01 out 2017.

ROSEMBERG, Fúlvia; MARIANO, Carmem Lúcia Sussel. **A convenção internacional sobre os direitos da criança: debates e tensões.** *Cadernos de Pesquisa*, v. 40, n. 141, p. 693-728, 2013.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **MPT não obtém condenação do SBT por incidente com apresentadora infantil Maísa.** Disponível em: . Acesso em: 27 maio 2018.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Conclusões dos Grupos de Trabalho do Encontro Nacional sobre Trabalho Infantil.** Disponível em: . Acesso em: 28 maio 2018.

UNICEF et al. **A Convenção sobre os Direitos da Criança.** Adaptada pela Assembléia Geral nas Nações Unidas em, v. 20, 1989. Disponível em: . Acesso em: 24 maio 2018.

WYLLYS, Jean. **Projeto de Lei 4968, de 7 de fevereiro de 2013.** Altera o art. 60 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, revoga o parágrafo único do art. 402, os §§ 2º e 4º do art. 405 e o art. 406 da Consolidação das Leis do Trabalho e dá outras disposições protetivas dos direitos da Criança e do Adolescente. *Diário da Câmara dos Deputados, Brasília, DF*, v. 9, p. 4138, 2013. Disponível em: . Acesso em: 25 maio 2018.

#### NOTAS:

[1] Professora do Curso de Direito da Faculdade Católica do Tocantins; mestre em Direito pela Universidade de Marília e doutoranda em

Tecnologia Nuclear IPEN/USP; orientadora deste artigo de conclusão de curso; karine.mota@catolica-to.edu.br.

## **IMPACTOS NAS PAISAGENS NATURAIS E CULTURAIS DO QUADRILÁTERO FERRÍFERO: UMA PROBLEMATIZAÇÃO PEDAGÓGICA NO ÂMBITO DO DIREITO AMBIENTAL**

**VAGNER LUCIANO DE ANDRADE:** Educador-mobilizador, formado em Magistério pela Rede Pública Estadual de Educação de Minas Gerais (1997), técnico em guia de turismo regional/nacional com formação profissionalizante pelo SENAC-MG (2014) e bacharel/licenciado em Geografia e Análise Ambiental pelo UNIBH (2007). Histórico profissional e acadêmico voltado para a integração das metodologias de Ensino com as áreas de Ação Cultural, Inclusão Social, Meio Ambiente e Políticas Públicas, tendo atuado no suporte técnico-administrativo, incluindo planejamento, organização, execução, revisão e avaliação de diversas atividades integradas e projetos em vários municípios. Neste sentido, cursaram-se várias disciplinas isoladas nos cursos de Ciências Biológicas, Educação do Campo, Gestão Ambiental, História, Pedagogia e Turismo. Seu trabalho de pesquisa analisa paisagens culturais urbanas e paisagens culturais rurais na perspectiva teórica das relações interdisciplinares entre o ensino de Ecologia, Geografia e História. Têm interesse na área de educação ambiental e patrimônio biológico, especialmente em ecologia, monitoramento ambiental, meios de ensino em ciências e turismo sustentável; e interesse na área de historiografia e patrimônio cultural, especialmente em administração, orientação e supervisão, metodologias escolares em história, e museografia. Assessor, consultor e instrutor em turismo científico, turismo cultural, turismo de aventura, turismo de base comunitária, turismo ecológico, turismo educacional, turismo geológico, turismo rural. Escreve principalmente sobre os seguintes temas: agroecologia, cultura popular e folclore, direito ambiental, educação interdisciplinar, expansão urbana, movimentos sociais, promoção da cidadania, qualidade de vida, paisagens culturais, parques e unidades de conservação, patrimônio histórico, percepção/interpretação paisagística, potencialidades

turísticas, religiosidades, sustentabilidade rural e transportes coletivos.

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS <sup>1</sup>

A questão ambiental é atualmente um dos assuntos mais comentados e discutidos, com objetivos de se reformular e harmonizar a conturbada relação entre ser humano e meio ambiente. O meio ambiente, por sua vez, pode ser percebido e compreendido partir de três diferentes realidades: ambiente natural, ambiente cultural e ambiente artificial. O meio é o resultado de diferentes elementos que caracterizam e materializam a especificidade do ambiente e suas relações com as esferas ética, social, tecnológica, ecológica, cultural, econômica, política e científica. Este conflito, aliás, pode ser evidenciado através de muitas discussões que envolvem relações interdisciplinares entre Ecologia, Geografia e História, dentre outros conteúdos escolares da educação básica. Também deve permear a formação técnico-profissionalizante, bem como a de nível superior. Neste contexto pedagógico apresenta-se a região do Caraça/Gandarela enquanto potencial educativo, em especial, para discente do direito.

A região das Serras do Caraça e do Gandarela protegem a última área de ecossistemas naturais de grande relevância e beleza cênica no entorno metropolitano, que por sua vez é alvo nos últimos anos da mobilização popular em prol da criação do Parque Nacional (PARNA), visando preservar um relevante patrimônio natural e cultural com vários elementos abióticos, bióticos e antrópicos, que por sua vez poderão fomentar novas perspectivas mais inclusivas. O Parque Nacional foi criado em 14/10/2014, porém os movimentos continuam em vigília constata para sua ampliação e implantação, e resguardando qualquer prerrogativa de revogação do mesmo. Neste contexto, este cenário potencializa uma vivência educativa enriquecedora na área do Direito Ambiental através de visita técnicas orientadas.

---

*1 Relato de experiências da Visita Interdisciplinar Geografia, Turismo, Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável realizada em 28 de abril de 2018 com discentes do 10º período de Direito da Faculdade Promove. Coordenação Técnica: Professora Juliana Pereira Barros.*

O PARNA é uma das principais tipologias de unidades de conservação (UC), importantes elementos legais de preservação de ecossistemas e da biodiversidade e podem se efetivar em diferentes âmbitos: estadual, federal, internacional, municipal, e/ou particular. A primeira UC brasileira foi o Parque Nacional de Itatiaia criado em 1937 por Getúlio Vargas visando proteger o entorno do Pico das Agulhas Negras, na divisa MG/RJ/SP. Posteriormente o sistema foi se consolidando e ampliando e há no país mais de setenta PARNAs. A área da proposta original do Parque Nacional supracitado conserva remanescentes de Mata Atlântica e do Cerrado, biomas com grande degradação no território nacional. Associado a flora também merece destaque a fauna diversificada composta por animais silvestres como aves, lobo guará e onça pintada. Mas não somente os parques se evidenciam nas políticas conservacionistas brasileiras sendo várias outras tipologias instituídas por lei, com critérios, usos e definidos estabelecidos.

A criação no Brasil, em 2000 do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC) instituído pela Lei Federal nº 9.985 trouxe uma série de diretrizes e regras visando à inovação da gestão e do manejo das áreas oficialmente protegidas, divididas em dois grupos, com características específicas: as Unidades de proteção integral, cujo objetivo principal é a preservação da natureza, aceitando apenas o uso indireto dos seus recursos naturais e abrangendo as Estações Ecológicas, os Monumentos Naturais, os Parques Nacionais, os Refúgios de Vida Silvestre e as Reservas Biológicas; e as Unidades de Uso Sustentável que objetivam conjugar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais, compreendendo as Áreas de Proteção Ambiental, as Áreas de Relevante Interesse Ecológico, as Florestas nacionais, as Reservas Extrativistas, as Reservas de Fauna, as Reservas de Desenvolvimento Sustentável e as Reservas Particulares de Patrimônio Natural. O SNUC objetiva basicamente a proteção à biodiversidade e a promoção do desenvolvimento sustentável, assegurando mecanismos de participação e envolvimento das populações dentro e/ou entorno dessas unidades. O presente artigo apresenta brevemente o santuário do Caraça, como um modelo exemplar de unidade de conservação protegida através da gestão particular. Trata-se de um paraíso, onde natureza e cultura se alternam na

paisagem e localizado entre os municípios de Catas Altas e Santa Bárbara bem próximo a Belo Horizonte.

A RPPN - Reserva Particular do Patrimônio Natural do Caraça é uma importante unidade de conservação com 11.233 hectares localizada aos pés da serra de mesmo nome, dentro dos limites da Área de Proteção Ambiental Sul da Região Metropolitana de BH. A reserva formará um importante corredor ecológico com o futuro Parque Nacional da Serra do Gandarela, que será criado na região. Acessível através da BR 381, sentido Vitória para a visitação de grupos é aconselhável o aluguel de ônibus, pois não há atendimento regular de linhas locais. Nos tempos antes da chegada dos portugueses a região era habitada por indígenas. A região leste mineira, em áreas da bacia do Rio Doce era conhecida como “Mato Dentro” pela impenetrabilidade de suas matas e pelos temíveis botocudos, nome pejorativo dados aos aimorés, tribo com fama de antropofagia. Sua história remete à segunda metade do século XVIII, quando se refugiou na região Carlos Mendonça Távora cuja família tinha sido massacrada em Portugal por ordem do Marquês de Pombal. A motivação teria sido um atentado desta família contra a vida de Dom José I, rei português. Adotando o nome de Irmão Lourenço de Nossa Senhora, ele construiu um santuário barroco e um eremitério. Doou as terras ao Rei de Portugal, Dom João VI, mas quando de seu falecimento, as terras foram repassadas aos Irmãos Lazaristas.



<http://www.minasgerais.com.br/pt/atracoes/parque-natural-do-caraca>

No local funcionou um dos mais renomados colégios mineiros, por onde passaram ilustres políticos e intelectuais entre eles Afonso Pena e Arthur Bernardes, que chegaram à presidência do Brasil. O colégio foi visitado por Dom Pedro I e por Dom Pedro II. Datado de 1820, o Colégio Caraça funcionou até um incêndio acidental em 28 de maio de 1968 restando apenas ruínas, hoje transformadas num espaço cultural, formado por um museu com talheres de prata, porcelanas chinesas e objetos sacros em ouro, e uma biblioteca com um acervo raro composto por livros de 1500. O Santuário Nossa Senhora Mães dos Homens, foi à primeira igreja em estilo neogótico construída no país, e apresenta as relíquias de São Pio Mártir, um soldado romano morto por assumir sua fé cristã. Elas chegaram ao Caraça em 1757 e foram presenteadas pelo Papa Paulo VI. Na igreja há o quadro "A Última Ceia" datado de 1827 e atribuído ao Mestre Ataíde.

Há lugares dos quais se obtém excelentes vistas panorâmicas do entorno do Santuário do Caraça, como a Capelinha e o Calvário com imagens de gesso. Pode-se também contemplar a beleza das serras cobertas de campos rupestres, cerrados e mata atlântica e a pureza das águas cristalinas, formando um perfeito habitat natural de antas, jaguatiricas, lobo-guará, quatis, raposas, saguis, sauás, siriemas, tamanduás e tucanos de peito amarelo. Destacam-se na paisagem o Pico do Sol com 2.072 metros e o Pico do Inficionado com 2.068 metros, ambos na Serra do Caraça, um dos caminhos para a gruta do Centenário, a maior gruta quartizítica do mundo com 3.400 metros de extensão. A expressão tupi-guarani "caraça" se refere a uma silhueta natural, a "cara do Gigante", adormecida nas verdes elevações e referencia visual no passado, para os muitos bandeirantes que por ali passaram em busca de ouro, prata e diamantes.

O local ideal para turismo ecológico proporciona vários passeios agradáveis, como as piscinas naturais da Cascatinha e da Cascatona, respectivamente com 12 e 100 metros de queda, cada uma, as quedas d'água do Tanque Grande e da Região dos Taboões, o Rio Caraça e o Banho do Belchior, ambos com a prainha, a gruta da Bocaina, a Cascata da Bocaina com pedras em tom cor-de-rosa e piscinas naturais. Para aproveitar esses inúmeros e belos recantos guardados no Caraça, recheados de mistérios e surpresas, é possível ficar, pois o local dispõe de apartamentos e quartos, constituindo, assim confortáveis dormitórios, mas é proibido

acampar. A alimentação também é disponibilizada em horários programados na cantina/restaurante. O Caraça espera sua visita. Certamente encantará com a cultura e a natureza da região.



<http://www.fideitabira.com.br/2014/fora-do-site/excursao-ao-santuario-do-caraça>

## **NATUREZA E CULTURA NO COMPLEXO SERRA DO GANDARELA/CARAÇA, BORDA LESTE DO QF.**

O Caraça forma juntamente com a serra do Gandarela um grande e relevante complexo de paisagens naturais e culturais, além de significativo corredor ecológico em área de intensa mineração e urbanização. Parte do Quadrilátero Ferrífero (MG) ou simplesmente QF passou a ser legalmente protegidos por três categorias diferentes de conservação: além da reserva particular e do parque nacional há discussões para criação de uma reserva de desenvolvimento sustentável enunciando a participação popular no horizonte destas paisagens singulares. A participação recente da população na reivindicação da criação do Parque Nacional do Gandarela torna o movimento legítimo, pois solicitação partiu das pessoas que estão diretamente ligadas com as alterações espaciais que ocorrerão. Cientes disso, e das atribuições que competem a um Parque Nacional esboçaram junto às entidades não governamentais e mesmo representantes públicos a proposta da Reserva de Desenvolvimento Sustentável em parte da área destinada inicialmente ao Parque Nacional. Tal medida além de garantir a proteção efetiva da região não obstruiria as atividades locais dependentes diretamente das áreas naturais contribuindo também para a continuidade das atividades econômicas e culturais locais.



Quando se fala em Quadrilátero Ferrífero, provavelmente a primeira coisa que vem à mente é a sua dimensão econômica consolidada no contexto socioeconômico da sociedade urbano-industrial brasileira. Curiosamente, não há nenhuma valorização de seus inúmeros atributos ecológicos e para piorar a situação quem repassa esta ideia errônea são os autores dos livros didáticos de Geografia. Somente para citar livros didáticos recentemente publicados e direcionados ao Ensino Médio, as abordagens ressaltam o caráter capitalista da exploração minerária que ocorre nesta área, sem considerar com detalhes os impactos culturais e devastações ambientais decorrentes da contínua ação antrópica na região. Essa visão prossegue acompanhando os estudantes, seja no ensino técnico-profissionalizante, seja na graduação/especialização.



<https://desaiaspelomundo.com.br/santuario-do-caraca/>

Os textos reforçam a imagem capitalista de valorização econômica de uma área única em termos de biodiversidade ao ressaltarem unicamente a exploração comercial de minérios, sem destacar a negatividade das ações. Os escritos sobre o tema evocam ainda o direcionamento dos minerais via ferrovias para exportação nos portos de Sepetiba (Rio de Janeiro) ou Tubarão (Espírito Santo), bem como o emprego das mesmas em siderúrgicas e metalúrgicas nacionais, sejam do entorno ou de outros estados. Os textos também detalham como o Quadrilátero Ferrífero foi extremamente importante para a industrialização do Sudeste brasileiro.

Deve-se romper com esta histórica valorização econômica dos atributos naturais e culturais do Quadrilátero Ferrífero. O Quadrilátero Ferrífero, localizado em grande parte em municípios da Região Metropolitana de Belo Horizonte – RMBH e do Colar Metropolitano assim

como inúmeras outras áreas geográficas de Minas Gerais, dotada de significativos atributos bióticos, culturais, econômicos e estéticos, destaca-se por sua vocação minerária, responsável pelo surgimento dos núcleos de população desde o século XVIII. A geologia da região é considerada uma das mais complexas e antigas do Brasil, com séries rochosas de idades variadas aflorando lado a lado.

Limitada a oeste pelas Serras da Moeda e Rola Moça, a norte pelas Serras do Curral e Piedade, ao sul pela Serra de Ouro Branco e a leste pelas Serras do Gandarela e do Caraça, a área geológica do QF caracteriza-se pela abundância de minério-de-ferro. Historicamente alicerçada na realidade mineira, a mineração, é o maior agente de transformação nesta região, e algo visível no contexto das paisagens locais, resultando principalmente na total descaracterização das mesmas. Localizada no sul da cadeia do Espinhaço, numa área de transição entre importantes biomas, esta região encontra-se no divisor de águas entre as bacias do Rio Doce e São Francisco, evidenciando um potencial ecológico e hídrico indescritível.

Num ambiente caracterizado pela escassez de nutrientes, onde quase toda matéria orgânica desce para os vales, desenvolve-se uma vegetação expressiva marcada pela adaptação de espécies vegetais raras, como as centenárias canelas-de-ema cujo crescimento lento decorre da ausência de nutrientes. Este ameaçado ecossistema é alvo de estudos universitários que, associados ao gerenciamento do IEF, têm socializado informações, extremamente relevantes ao processo de sua efetiva conservação ambiental. Além das mineradoras, outras ameaças são comuns, como a invasão de espécies exóticas como o capim-gordura e os incêndios, principalmente na época mais seca do ano. A existência, por exemplo, de espécies biologicamente adaptadas ao fogo, não justifica jamais a ocorrência de queimadas, em sua maioria, criminosas. O resultado muitas vezes é irreversível, como a perda de espécies nativas ampliando o quadro já existente no estado de Minas Gerais onde 98% da vegetação é secundária e apenas 2% é nativa.

A "canga" é uma rocha ferruginosa com cerca de 30 a 50 metros de profundidade que se sobrepõe ao minério-de-ferro e se caracteriza como um dos ecossistemas mais peculiares e ameaçados pela atividade de mineração. Destes ambientes, encontrados no Brasil apenas na Serra dos Carajás (Pará) e no QF, as "cangas" (itabiritos) ou "ilhas de ferro" são

formações ferríferas bandadas formadas por placas alternadas de sílica e ferro, comuns em cristas e encostas e geralmente associadas ao quartzito e ao granito/gnaiss. Nas áreas de "canga" ocorrem ainda cavernas que abrigam espécies desconhecidas e protegem animais da fauna local. Nestes espaços, os espeleotemas são raros e já foram encontradas inscrições rupestres datadas em 1.500 anos atrás. Nota-se aqui o potencial pedagógico para além da biologia, compreendendo história e geografia.

Ao se problematizar pedagogicamente a valorização apenas econômica das Paisagens do Quadrilátero Ferrífero, uma discussão se materializa no tempo e no espaço. É preciso entendê-la, sobretudo, pelos aspectos culturais e ambientais, legitimando sua conservação. Ao enfatizar a área enquanto corredor ecológico e circuito cultural, as paisagens se redefinem como elos de educação contemporânea. Uma educação renovada na qual a paisagem não somente eduque, mas estimule sua contínua preservação.



<http://www.conhecaminas.com/2016/02/santuاريو-do-caraca.html> PARA

As Faculdades Promove, sediadas na capital mineira ofertam o curso regular presencial de graduação em Direito, com estrutura curricular de 10 períodos de período de integralização de cinco anos. No 10º período, há oferta da disciplina de Direito Ambiental com carga horária de 24 horas/aula. A descrição detalhada da ementa da respectiva disciplina trabalha o Direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito de terceira geração (Artigo 225 da Constituição Federal, 1988) ressaltando a Autonomia e metodologia do Direito Ambiental, os Princípios constitucionais do Direito Ambiental, suas Fontes. O meio ambiente é analisado nas sete constituições brasileiras promulgadas respectivamente em 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988. Nas Faculdades Promove, o

Direito Ambiental tem seu conteúdo programático dividido em dez aspectos teóricos principais: Garantia Constitucional; Normas Gerais; Reserva Legal; Crimes contra o Meio Ambiente; A ação Civil Pública; As Normas e Instituições Jurídicas da sociedade Internacional; Princípios; Fontes de Direito Internacional do Brasil; Ordem Jurídica Internacional; Tratados. Com intuito acadêmico de extrapolar a sala de aula e os recursos audiovisuais (quadro branco, pincéis, retro projetor, data show) e a bibliografia básica composta por uma série de livros e textos (Quadro I), os docentes titulares empreendem uma Visita Técnica Orientada de Integração Acadêmica pela Serra do Caraça, a cerca de 100 km de Belo Horizonte. E ainda textos temáticos complementares correlacionados com a área de formação acadêmica.

Quadro I – relação dos Livros adotados na disciplina

<b>Autor</b>	<b>Título</b>	<b>Cidade</b>	<b>Editora</b>	<b>Data</b>
ANTUNES, Paulo de Bessa.	Direito ambiental.	Rio de Janeiro:	Ed. Lumen Juris. 4ª ed. revista, ampliada e atualizada.	2000
BENJAMIN, Antônio Herman V.	Direito ambiental das áreas protegidas.	Rio de Janeiro:	Forense Universitária,	2001.
BENJAMIN, Antônio Herman.	Dano ambiental. Prevenção, reparação e repressão.	São Paulo:	R.T,	1993.
CARNEIRO, Ricardo.	Direito ambiental.	Rio de Janeiro:	Forense, 2001.	
CHAVES, Antônio.	Responsabilidade no Direito Ambiental brasileiro. in RF 317/09C			
MACHADO, Paulo Afonso Leme.	Direito ambiental brasileiro. 10. ed.	São Paulo:	Revista dos Tribunais,	2002.
MAGALHÃES, Luiz Edmundo de.	A questão ambiental.	São Paulo:	Malheiros:	1995.
MORAES, Luiz Carlos Silva de.	Curso de direito ambiental.	São Paulo:.	Atlas,	2001
SÉGUIN, Elida.	O direito ambiental. 2ª	Rio de	Forense,	2002.

	ed.	Janeiro:		
SILVA, José Afonso.	Direito ambiental constitucional.	São Paulo:	Malheiros,	1995.

Fonte :

[http://faculdadepromove.br/bh/arquivos\\_up/documentos/Direito%20Ambiental.pdf](http://faculdadepromove.br/bh/arquivos_up/documentos/Direito%20Ambiental.pdf)

O objetivo desta atividade complementar obrigatória é repensar o processo de apropriação do saber científico ofertado na disciplina de Direito Ambiental e a reconfiguração do projeto de sociedade vigente consolidado, suas projeções e desdobramentos, numa perspectiva interdisciplinar. Entre diferentes discursos, os estudantes do ensino de graduação vistam três Pontos de Interação, Percepção e Análise, nos quais há uma abordagem in loco, ampliando a visão crítica nesta primeira etapa da formação acadêmica em nível superior.

O recorte especial do Ponto A é a Trilha da Cascatinha cuja localização está na área leste da RPPN e onde se aborda o eixo temático ecologia, meio ambiente e sociedade. A natureza indispensável à vida e ao desenvolvimento da humanidade é evidenciada na paisagem através de abordagens técnicas: Meio Ambiente e Sociedade; Introdução à Ética e Recursos Naturais; Política e Gestão Ambiental; Planejamento e Estudos Ambientais; Gestão de Recursos Hídricos; Ecologia Aplicada e Meio Ambiente; Técnicas de Gestão da Biodiversidade;

O recorte especial do Ponto B efetiva-se nas Ruínas do Colégio localizadas complexo histórico do santuário com abordagens temáticas em administração, gestão e desenvolvimento. A sociedade moderna e seus impactos positivos e negativos são apresentadas aos alunos através de setes abordagens técnicas: Fundamentos de Geologia e Pedologia; Fontes de Energia e Gestão Ambiental; Geoprocessamento e Meio Ambiente; Legislação e Licenciamento de Impactos Ambiental; Sistemas de Gestão e Auditoria Ambiental; Controle, Avaliação de Impactos e Riscos Ambientais; Fundamentos da Recuperação de Áreas Degradadas.

O recorte especial referente ao Ponto C cuja localização esta na parte interna e também externa da Igreja Nossa Senhora Mãe dos Homens. Neste atrativo o eixo temático associa arquitetura, artes e engenharia com sete abordagens técnicas: Poluição, Resíduos Sólidos e Saúde; Economia Ambiental e Desenvolvimento Sustentável; Elaboração e Análise de Projetos

Ambientais; Estatística e Indicadores Ambientais; Análise Ambiental Integrada; Planejamento Ambiental de Áreas Urbanas e Rurais; Sustentabilidade e Responsabilidade Socioambiental.

O roteiro tem duração de um dia inteiro, com saída às 06h e retorno previsto para as 15hs. São 8hs aproximadamente, sendo 1h30 minutos para cada ponto de parada, 2h para alimentação/suporte e 4h30 para deslocamentos. Os pontos de suporte para banheiros e alimentação, encontram-se na Rodovia Federal BR 381, altura de Roças Novas e no Restaurante do Caraça. Os diferenciais dessa possibilidade extraclasse assentam-se em propiciar uma formação educativa no Direito Ambiental com enfoque interdisciplinar, multidisciplinar e transdisciplinar. Além da supervisão direta do professor titular da disciplina, há guias credenciados e legalizados, ônibus confortáveis num roteiro personalizado e exclusivo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Julia Falivene. *Metrópoles: cidadania e qualidade de vida*. São Paulo: Moderna, 1992. (Coleção Polêmica). 152 p.

AMORIM FILHO, Oswaldo Bueno - *Os estudos da percepção como a última fronteira da gestão ambiental*. Texto disponível em:  
<http://ivairr.sites.uol.com.br/percepcaoambi.htm> 15/05/2011 - 08:49

ANDRADE, Vagner Luciano de. **LEITURA, PERCEPÇÃO E INTERPRETAÇÃO COMO ELEMENTO TEÓRICO-METODOLÓGICO EM CIÊNCIAS BIOLÓGICAS: Potencialidades interdisciplinares entre ecologia, geografia e história no Parque Natural do Caraça, Borda Leste do Quadrilátero Ferrífero, MG**. Artigo de Conclusão de Curso – Especialização em Metodologia de Ensino de Ciências Biológicas. UNIASSELVI, Belo Horizonte, 2017

ANDRADE, F. G. ; ESPOLADOR, R. C. R. T. . *Pedagogia: Educação, cidadania e saúde infantil*:. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2009. 182p .

ANDRADE, F. G. ; BATTINI, O. ; ZOMPERO, A. F. . *Pedagogia: Ensino da natureza e sociedade* :. 1. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2009. 174p .

AZEVEDO, José Clóvis de. Escola cidadã, Mercoescola e a reconversão cultural. In: FERREIRA, GUGLIANO, .Fragmentos de Globalização na Educação. p. 189-206

BORDENAVE, Juan E. Diaz. O que é participação. 8ª ed. Brasília: Brasiliense, 1994. 85 p. Coleção Primeiros Passos n º 95

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: 1988. 17ª ed. Brasília: Coordenação de Publicações da Câmara dos Deputados, 2001. p. ?

CASCINO, Fábio. JACOBI, Pedro. OLIVEIRA, José Flávio de. (Org.) Educação, meio ambiente e cidadania: reflexões e experiências. São Paulo: Coordenadoria de Educação Ambiental da Secretaria de Meio Ambiente, 1998. 121 p.

CEMPRE, [www.cempre.org.br](http://www.cempre.org.br) 14/05/2011

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Agenda 21. Brasília: Coordenação de Publicações da Câmara dos Deputados, 1995. 471 p.

DANI, Sérgio Ulhoa. Ecologia e Organização do Ambiente Antrópico. Belo Horizonte: Fundação Acangaú, 1994. 202 p.

DEWES, Daniela; WITTCKIND, Ellara Valentini - EDUCAÇÃO AMBIENTAL PARA A SUSTENTABILIDADE: HISTÓRIA, CONCEITOS E CAMINHOS – Texto disponível em:

GONÇALVES, Marcos Peixoto Mello – Ecologia: Ética do Meio Ambiente. Revista Mundo e Missão – pag.12 e 13

LEI DIREITO, <http://www.leidireto.com.br/lei-9795.html> 15/05/2011

LUIZ, Leliana Aparecida Casa Grande. Educação Ambiental e desenvolvimento sustentável: gestão ambiental – São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2009

MACEDO, Cláudia Jurema. Cadernos do IV Fórum de Educação Ambiental e I Encontro das Rede Brasileira de Educação Ambiental. Rio de Janeiro: Associação Projeto Roda Viva, 1997. 206 p.

MARCATTO, Celso. Educação Ambiental: conceitos e princípios. Belo Horizonte: Fundação Estadual do Meio Ambiente, 2002. 63 p.

MELO, Néli Gonçalves de. Educação Ambiental. Brasília: MEC, 1997. 24 p.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E DO DESPORTO. A implantação da Educação Ambiental no Brasil. Brasília: MEC, 1998. 166 p.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E DO DESPORTO. PRONEA: Programa Nacional de Educação Ambiental. Brasília: MEC, 1997. 19 p.

NOVA ESCOLA nº 139. Fala Mestre – Aziz Ab Saber: A Geografia do bairro. São Paulo: Abril, fev/2001 disponível em [http://novaescola.abril.com.br/index.htm?ed/139\\_fev01/html/fala\\_mestre](http://novaescola.abril.com.br/index.htm?ed/139_fev01/html/fala_mestre)

OLIVEIRA, Elísio Márcio de. Educação Ambiental: uma possível abordagem. Brasília: Edições IBAMA, 1998. 153 p. Coleção Meio Ambiente – Série Estudos em Educação Ambiental nº 3

OLIVEIRA, Thaisa Lemos de Freitas. VIVÊNCIAS INTEGRADAS À NATUREZA: Por uma Educação Ambiental que estimule os sentidos - Universidade Federal do Rio Grande - furg issn 1517-1256 Programa de Pós-Graduação em educação ambiental

PÁDUA, Suzana Machado de (Coord.) Conceitos para se fazer Educação Ambiental. 3ª ed. São Paulo: Coordenadoria de Educação Ambiental da Secretaria de Meio Ambiente, 1999. 114 p.

PEDRINI, Alexandre de Gusmão (Org.) Educação Ambiental: reflexões e práticas contemporâneas. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 1997. 294 p.

POLIGNANO, Marcus Vinicius. et. al. Uma viagem ao Projeto Manuelzão e à bacia do Rio das Velhas. Belo Horizonte: Projeto Manuelzão/UFMG, 2001. 64 p.

PORTO, Maria de Fátima Melo Maia. Educação Ambiental: conceitos básicos e instrumentos de ação. Belo Horizonte: Fundação Estadual do Meio Ambiente e DESA/UFMG, 1996. 160 p.



UNESCO. Educação para um futuro sustentável: uma visão transdisciplinar para ações compartilhadas. Brasília: Edições IBAMA, 1999. 118 p.  
[www.urisan.tche.br/~forumcidadania/pdf/EDUCACAO\\_AMBIENTAL\\_PARA\\_A\\_SUSTENTABILIDADE.pdf](http://www.urisan.tche.br/~forumcidadania/pdf/EDUCACAO_AMBIENTAL_PARA_A_SUSTENTABILIDADE.pdf) 16/05/2011

## CRIMES CIBERNÉTICOS

**GABRIEL CHIOVETTO CARVALHO:**

Bacharelado do Curso de Direito pela  
UNIBRASIL - Universidade Brasil.

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(Orientador)

**RESUMO:** Com a chegada da era digital, as pessoas foram se adaptando as novas tecnologias, de modo a ocasionar o surgimento de um novo ambiente, o chamado "ambiente digital" este que nos dias atuais é constantemente acessado por um amplo público mundial e com enorme diversificação de culturas e faixas etárias. Com a invenção de tais recursos, lamentavelmente assim como no mundo real, existem pessoas que se utilizam deste meio para a prática de atos ilícitos, nos quais o Direito provem para que exista um justo e correto meio de convivência entre as pessoas, punindo aqueles de praticam condutas criminosas. O atual cenário não poderia ser pior, haja vista, que o ser humano se depara quase que diariamente com condutas ilícitas praticadas virtualmente. Isto é extremamente grave, considerando que mesmo sendo praticado em ambiente virtual, esse tipo de conduta tem impacto diretamente na vida real, tanto na vítima, quanto em seus familiares e terceiros. Deste modo o Direito se tornou totalmente necessários para tutelar o combate deste tipo de crime.

Palavras Chave: Crimes Cibernéticos, Ambiente Virtual, Direito Penal, Internet.

**ABSTRACT:** With the advent of the digital age, people have been adapting to new technologies, in order to bring about the emergence of a new environment, the so-called "digital environment" that today is constantly accessed by a wide world audience and with enormous diversification of cultures and age groups. With the invention of such resources, unfortunately, just as in the real world, there are people who use this medium to practice illicit acts, in which the Law provides for a just and correct way of coexistence between people, punishing those of conduct

criminal conduct. The current scenario could not be worse, given that the human being is confronted almost daily with illicit practices practiced virtually. This is extremely serious, considering that even when practiced in a virtual environment, this type of conduct has a direct impact in real life, both on the victim, on their relatives and on third parties. In this way the Law has become totally necessary to protect the combat of this type of crime.

**Keywords:** Cyber Crimes, Virtual Environment, Criminal Law, Internet.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. SURGIMENTO DO COMPUTADOR E DA INTERNET. 3. ORIGEM DO COMPUTADOR. 4. CRIAÇÃO DA INTERNET E SUA FUNÇÃO. 5. SURGIMENTO DO CIBERESPAÇO. 6. CRIMES NOS AMBIENTES CIBERNÉTICOS. 6.1. PRINCIPAIS FORMAS DE CRIME CIBERNÉTICO. 6.1.1. INVASÃO DE PRIVACIDADE. 6.1.2. FRAUDES VIRTUAIS. 6.1.3. CYBERBULLYING. 6.1.4. PORNOGRAFIA INFANTIL. 7. ÓTICA PENAL PARA O COMBATE DO CRIME VIRTUAL. 8. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

---

## 1. INTRODUÇÃO

Grande parte da população vive atualmente em um meio em que as tecnologias estão inovando a cada dia, as pessoas estão cada vez mais conectadas, tudo isso tornou-se possível através dos dispositivos tecnológicos que nos dias de hoje fazem parte do nosso dia-a-dia. A internet nunca foi tão necessária como é agora, e a utilização de diversos dispositivos tecnológicos fizeram com que o acesso à rede se tornasse fundamental e constante.

Os usuários estão conectados ao ambiente virtual, no qual podem interagir com outros usuários, tais interações possibilitam uma gama de atividades, sejam elas profissionais, pessoais, entretenimento dentre outras, mas assim como no mundo real existem brechas para que existam pessoas de má conduta, que objetivam apenas benefício próprio sem se preocupar com danos causados a rede e seus usuários.

Atualmente inúmeros delitos como fraudes, invasões a sistemas particulares dentre outras assolam o mundo virtual. O Direito Penal necessita se adequar aos crimes cibernéticos para que assim a lei seja efetiva na punição dos crimes que acontecem pelo ambiente cibernético.

Portanto, este artigo caminha de uma forma aprofundada sobre o tema, com o fim de conduzir a um conhecimento pleno e esclarecer eventuais dúvidas a respeito do assunto.

## 2. SURGIMENTO DO COMPUTADOR E DA INTERNET

O ser humano tem evoluindo constantemente desde os primórdios de sua existência, desde então, vem buscando formas que facilitem a convivência em um meio social. Sabemos que para que haja melhorias na vida de um grupo, é extremamente necessário que seus membros tenham plena comunicação entre si. Sendo assim tornou-se cada vez mais necessário a invenção de meios de comunicação, o que nos trouxe até a era digital.

Em meados do século XX houve grande avanço tecnológico, as formas de comunicação foram radicalmente aperfeiçoadas, e em meio a estes avanços estavam os computadores, os quais tiveram o início de sua era no ano de 1943, anos depois, em 1969 a internet foi desenvolvida, após tais eventos a internet teve ampla popularização o que fez desta, indispensável na vida das pessoas, assim como o computador.

O computador junto com a Internet desencadeou uma enorme evolução tecnológica, sendo difundido pelo mundo em grande velocidade, este fato mudou o cotidiano das pessoas, seja nos meios sociais ou em formas de comunicação, tudo isto com enfoque em tornar a vida das pessoas mais ágil e fácil no que diz respeito à comunicação.

O impacto gerado foi imenso, uma vez que, era possível fazer compras, transações bancárias, realizar atividades de descontração, estudar, dentre inúmeras outras coisas, sem precisar se deslocar ou sair de casa, a praticidade destas ferramentas apresentou diversas oportunidades ao ser humano.

### 3. ORIGEM DO COMPUTADOR

O computador nada mais é que uma máquina que facilita as diversas atividades humanas, como o próprio nome diz, o aparelho computa ou calcula.

Embora a complexidade de sua construção e a tecnologia que fora empregada fosse limitada na época de sua construção, este era quase que totalmente diferente da forma que conhecemos hoje, houve grandes transformações necessárias para que o mesmo fosse aperfeiçoado.

Na primeira geração de computadores o que funcionavam com válvulas e circuitos eletrônicos, tinham um enorme tamanho, além de um imenso consumo de energia, um bom exemplo seria o *Eletronic Numerical Integrator and Computer* (ENIAC) que traduzido para o português significa Computador Integrado Numérico Eletrônico, teve sua concepção para fins militares.

A segunda geração teve início em 1959 e 1965 neste momento os computadores deixaram de utilizar válvulas e passaram a funcionar por meio de transistores, o que foi um grande avanço para época, haja vista, que os transistores realizavam operações de maneira muito mais rápida que as válvulas. Momento em que o computador deixou de ser exclusivamente destinado para fins militares e passou a ser usado comercialmente.

Com a chegada da terceira geração, vieram também os circuitos integrados, os quais substituíram os transistores, deste modo diminuindo o tamanho e aumentando a capacidade de processamento, fato que desencadeou a criação dos chips e sua utilização em computadores pessoais.

Atualmente estamos vivenciando a quarta geração, momento em que a popularização dos computadores atingiu níveis elevadíssimos, além da enorme evolução de seus componentes, de modo que seu tamanho foi ainda mais reduzido e seu processamento de dados foi extremamente aumentado e o consumo de energia foi reduzido.

A partir do momento em que as plataformas de sistemas operacionais foram desenvolvidas, tornou-se possível a criação de

computadores de mão, ou seja, tablets, smartphones, dentre outros que desempenham atividades similares aos de um computador.

#### 4. CRIAÇÃO DA INTERNET E SUA FUNÇÃO

A internet teve origem durante o período da guerra fria, e assim como o computador, tinha por fim desempenhar funções no meio militar, seria utilizada como forma de comunicação, caso os meios convencionais da época fossem danificados por ataques inimigos.

Assim foi criada a ARPANET (*Advanced Research Projects Administration* – Administração de Projetos e Pesquisas Avançados), esta que foi a primeira rede de computadores, desenvolvida em 1969 pelo departamento de defesa dos Estados Unidos da América. No início tinha função de conectar os computadores dos centros de pesquisa, universidades e instituições militares, fazendo com que informações fossem compartilhadas, tais como, pesquisas e estratégias militares. Somente em 1972 o governo apresentou a internet à sociedade.

No ano de 1991 a *World Wide Web* (WWW) em português: “rede mundial de computadores” é criada, esta permitiu que os usuários pudessem compartilhar sons, vídeos e imagens, diferentemente da ARPANET que se limitava apenas a textos compartilhados, fato este que fez com que a internet ficasse ainda mais popular entre os usuários de computador.

Ao longo do tempo, sua estrutura foi amplamente melhorada, esta se expandiu a nível global alcançando diversos países, no Brasil a internet passou a ser utilizada na década de 90, segundo a (ABRANET) Associação Brasileira de Provedores de Acesso, em 1996, cerca de 300 mil brasileiros possuíam acesso à internet.

Nos dias atuais estes números mudaram muito, Segundo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas) mais de 63% dos lares brasileiros possuem acesso à internet, seja por computadores ou quaisquer outros meios, aponta pesquisa realizada em 2017. A partir de 2014 os smartphones superaram os computadores no ranking dos preferidos para o acesso à internet.

## 5. SURGIMENTO DO CIBERESPAÇO

A palavra "ciberespaço" dá uma ideia de ambiente online, no entanto o termo também é utilizado na mídia no que diz respeito a debates tecnológicos, o alcance desta palavra está além da internet, assim, abrangendo toda a estrutura das redes telemáticas.

Segundo LÉVY o conceito de ciberespaço se caracteriza como:

O ciberespaço (que também chamarei de 'rede') é o novo meio de comunicação que surge da interconexão mundial de computadores. O termo especifica não apenas a infraestrutura material da comunicação digital, mas também o universo oceânico de informações que ele abriga, assim como os seres humanos que navegam e alimentam esse universo. Quanto ao neologismo 'cibercultura', especifica aqui o conjunto de técnicas (materiais e intelectuais), de práticas, de atitudes, de modos de pensamento e de valores que se desenvolvem no juntamente com o crescimento do ciberespaço. (2000 p.17)

O ciberespaço não existe fisicamente, e sim, virtualmente, após a criação da Internet este novo ambiente passou a ser um meio de comunicação, ou seja, um ambiente onde as pessoas podiam se expressar e interagir com outras, possibilitando o aparecimento de amizades virtuais, comunidades, dentre outros, neste ponto o ser humano se vê utilizando a virtualização para práticas sociais.

## 6. CRIMES NOS AMBIENTES CIBERNÉTICOS

Do mesmo modo que um crime tradicional, o crime virtual pode se apresentar de diversas formas podendo acontecer a qualquer tempo e lugar, o criminoso virtual se utiliza de diversas habilidades e formas para a prática da conduta criminosa.

Para SHARIFF (2010. pg.276): "... o ciberespaço se tornou um verdadeiro lugar sem regras de civilidade virtuais claramente definidas..."

De acordo com ROSSINI:

[...] o conceito de "delito informático" poderia ser talhado como aquela conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática, em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança Informática, que tem por elementos a integridade, disponibilidade a confidencialidade. (2004, p. 110.).

Para Rossini a conduta criminosa no ambiente cibernético se baseia em uma prática ilícita e típica, algo que é fundamentalmente ligado àquilo que acontece na vida real,

Interessante notar que este salientou a conduta criminosa tanto em ambiente suprido pela rede, como também o sem acesso a rede, ou seja, independerá da rede para a caracterização do crime virtual, visto que basta apenas o dispositivo que acessa o ciberespaço, tal conduta afeta tanto o usuário quanto os sistemas, afetando inevitavelmente a segurança no ambiente virtual, corrompendo sua integridade e confidencialidade.

Segundo CASTRO (2003, p.9), um dos principais aspectos no ambiente cibernético é a confidencialidade das informações, as quais são amplamente difundidas.

Para FELICIANO, o crime cibernético possui a seguinte conceituação:

Conheço por criminalidade informática o recente fenômeno histórico-sócio-cultural caracterizado pela elevada incidência de ilícitos penais (delitos, crimes e contravenções) que têm por objeto material ou meio de execução o objeto tecnológico informático (hardware, software, redes, etc.) (2000 p.42).



Este ensina que a criminalidade informática se consolida por meio de um fenômeno que é recente, fato este, essencial, pois a chegada dos meios tecnológicos não é antiga, mas sim algo que recentemente foi criado, e mesmo recente já é utilizado para a realização de atos criminosos, os sistemas, as máquinas as redes e todo o aparato tecnológico são utilizados para fim de atos ilícitos por parte dos praticantes.

Os crimes virtuais detêm diversas denominações, sendo elas: delitos da informática, abuso de computador, crimes da computação, fraude informática, dentre vários outros.

Observando as condutas criminosas que surgiram com o advento da internet, as classificações existentes para os crimes cibernéticos tornaram-se ineficazes, mas, na doutrina podemos observar determinadas classificações para tais delitos, que se caracterizam por crimes cibernéticos puros, mistos, comum e os próprios e impróprios.

O crime cibernético puro de maneira simples tem como objetivo atingir diretamente o computador e o sistema informático e seus dados.

Crimes cibernéticos mistos são aqueles em que a internet e o sistema informático são fundamentais para que a conduta criminosa seja realizada, mesmo que o objetivo desta não seja a rede propriamente dita e sim propósitos não relacionados ao meio virtual.

Crime cibernético comum é aquele no qual o uso da informática é apenas o instrumento pelo qual o crime é praticado, sendo este, já tipificado pela lei.

O Crime Cibernético próprio baseia-se na conduta ilícita com objetivo de prejudicar o sistema informático do sujeito passivo, no geral é praticado por hackers que visam corromper os dados da vítima.

Por outro lado o Crime Cibernético impróprio é aquele no qual se visa atingir o patrimônio ou bem jurídico comum, se utilizando da informática para execução da conduta ilícita.

#### 6.1. PRINCIPAIS FORMAS DE CRIME CIBERNÉTICO

Os crimes cibernéticos são praticados das mais diversas formas, é importante ressaltar que os crimes e contravenções penais são

compreendidos tanto pelas práticas na internet, quanto pelos sistemas informáticos, pois estes se difundem em ambiente virtual, o qual está repleto de usuários mal-intencionados, que tem por objetivo buscar oportunidades para o cometimento de atos ilícitos.

Existem muitas formas e espécies de cometimento de um crime cibernético, COLARES nos ensina que:

Crime contra a segurança nacional, preconceito, discriminação de raça-cor e etnias, pedofilia, crime contra a propriedade industrial, interceptação de comunicações de informática, lavagem de dinheiro e pirataria de software, calúnia, difamação, injúria, ameaça, divulgação de segredo, furto, dano, apropriação indébita, estelionato, violação de direito autoral, escárnio por motivo de religião, favorecimento da prostituição, ato obsceno, incitação ao crime, apologia ao crime ou criminoso, falsa identidade, inserção de dados em sistema de informações, falso testemunho, exercício arbitrário das próprias razões e jogo de azar (2002, p. 02)

Segundo FELIZARDO (2010.p.56) os crimes cometidos em ambiente virtual possuem um lista extensa e com a universalização da Internet, sua prática aumentou notavelmente. Abaixo veremos os principais.

### **6.1.1. INVASÃO DE PRIVACIDADE**

A rede mundial com suas facilidades também trouxe riscos que são imperceptíveis para seus usuários, especialistas afirmam que é necessário ter amplo conhecimento dos perigos e estar atento sempre, pois a partir de um clique algo privado pode se tornar público em rede.

Infelizmente no ambiente cibernético existem pessoas com conduta repudiável, que se utiliza de seus conhecimentos, por meios tecnológicos, para acessar informações privadas e sigilosas, e assim, obter para si, ou para outrem vantagem ilícita. No Brasil o Direito já se atenta e este tipo de conduta, a Lei 12.737/2012 prevê sanção penal para tais atos.

### **6.1.2. FRAUDES VIRTUAIS**

Para termos um melhor entendimento das fraudes virtuais, vejamos o conceito segundo LIMA (2005.p.60):

Fraudes eletrônicas – invasão de sistemas computadorizados e posterior modificação de dados, com o intuito da obtenção de vantagem sobre bens, físicos ou não, por exemplo, a adulteração de depósitos bancários, aprovações em universidades, resultados de balanços financeiros, pesquisas eleitorais, entre outros.

No ambiente virtual a fraude se dá pelo furto da identidade do sujeito passivo, para assim obter vantagem ilícita, no ciberespaço o criminoso utiliza nomes e dados falsos, ou seja, este se passa pela vítima.

### **6.1.3. CYBERBULLYING**

O Cyberbullying trata-se de uma extensão do bullying escolar, naturalmente, é por vezes muito difícil de ser detectado porque, em primeiro lugar, é anônimo, e em segundo, a vítima não denuncia.

Segundo FELIZARDO (2010.p.36), este tipo de conduta possui características que diferem do bullying tradicional, pelo fato de como este é praticado, pois o criminoso costuma ser anônimo, ou seja, pratica o crime sem que a vítima saiba quem é o causador. Diferentemente do bullying tradicional em que a vítima sofre a agressão por determinado período em que está na presença do agressor, o cyberbullying não tem limitações, e pode ser praticado durante todo o tempo.

O autor ainda aponta os crimes oriundos do cyberbullying como: Injúria, difamação, ofensa, falsa identidade, calúnia, ameaça, racismo, constrangimento ilegal e incitação ao suicídio. Estes são tipificados pelo Código Penal Brasileiro uma vez que caracterizam conduta punível.

### **6.1.4. PORNOGRAFIA INFANTIL**

Ao analisarmos o artigo 240 do Estatuto da Criança e do Adolescente Lei 8069/90 podemos ver claramente a tipificação deste crime:

Art. 240 – Produzir, reproduzir, dirigir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, cena de sexo

explícito ou pornográfica, envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Art. 241 – Vender ou expor à venda fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente:

Pena – reclusão 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Esta conduta se caracteriza como dolosa, tendo em vista que o material é disponibilizado ou vendido, mesmo que outras pessoas não consumam o material, o crime já está configurado. O Supremo Tribunal Federal entende que os crimes que são praticados na internet não dependem do meio em que foram utilizados e sim da sua publicação.

Abaixo o julgado da Primeira Turma do STF

"Crime de Computador": publicação de cena de sexo infanto-juvenil (E.C.A., art. 241), mediante inserção em rede BBS/Internet de computadores, atribuída a menores: tipicidade: prova pericial necessária à demonstração da autoria: HC deferido em parte.

1. O tipo cogitado – na modalidade de “publicar cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente” – ao contrário do que sucede por exemplo aos da Lei de Imprensa, no tocante ao processo da publicação incriminada é uma normal aberta: basta-lhe à realização do núcleo da ação punível a idoneidade técnica do veículo utilizado à difusão da imagem para número indeterminado de pessoas, que parece indiscutível na inserção de fotos obscenas em rede BBS/Internet de computador.

2. Não se trata no caso, pois, de colmatar lacuna da lei incriminadora por analogia: uma vez que se

compreenda na decisão típica da conduta incriminada, o meio técnico empregado para realizá-la pode até ser de invenção posterior à edição da Lei penal: a invenção da pólvora não reclamou redefinição do homicídio para tornar explícito que nela se compreendia a morte dada a outrem mediante arma de fogo.

3. Se a solução da controvérsia de fato sobre a autoria da inserção incriminada do conhecimento do homem comum, impõe-se a realização de prova pericial.

## 7. ÓTICA PENAL PARA O COMBATE DO CRIME VIRTUAL

De acordo com os ensinamentos de NOGUEIRA (2008 p.182-183) a justiça Brasileira e o Código Penal estão voltados ao combate dos crimes virtuais uma vez que a penas para estes crimes foram baseadas e adaptadas de acordo com o Código Penal.

Por muita das vezes não há uma legislação específica para a tipificação da conduta, o que de certa forma dificulta a aplicação de penas aos criminosos cibernéticos, no entanto, a maioria dos magistrados, advogados e todos aqueles que exercem o direito, alegam que grande parte do Código Penal tipifica os crimes que são cometidos na internet, não diretamente, porém a justiça se adapta para combater os crimes virtuais.

Com o crescente numero de crimes cometidos em ambiente virtual, por vezes a legislação se torna arcaica, por isso existe a necessidade de uma normatização de condutas atípicas na ótica penal, é necessário uma abordagem mais ampla do ambiente virtual, haja vista que este ambiente é alvo constantemente de condutas ilícitas.

Por diversas vezes o princípio da analogia é indispensável para que o criminoso virtual não fique impune, ou seja, enquadrando o criminoso aos tipos já existentes da conduta tipificada pelo Código Penal. Com o advento dos meios tecnológicos o Direito Penal passou a considerar diversas condutas no que diz respeito aos crimes virtuais, uma vez que, a Internet é considerada por muitos como uma "terra sem lei", deste modo para que os

delitos que são praticados no meio virtual possam ser englobados pela esfera jurídica, é necessária a criação de leis que supram os delitos deste meio.

MONTEIRO em sua obra, diz que a intervenção do Estado é fundamental na fruição dos meios tecnológicos, tanto na origem quanto na divulgação da informação, conforme o que consta na Constituição Federal, mas tal intervenção deve ser ordenada e com enfoque a fiscalização de práticas nocivas.

## 8. CONCLUSÃO

Na presente monografia, procurou-se apresentar os crimes virtuais, os quais por vezes são subestimados pelo público, mas que existem há tempos e são uma ameaça real, haja vista que estes crimes tem desafiado as autoridades, uma vez que são extremamente difíceis de se punir.

O numero de crimes perpetrados na rede e em computadores cresceu desenfreadamente com o passar do tempo, fraudes, golpes dentre diversos outros ilícitos se proliferaram de uma forma que podem afetar milhares de usuários, por isso surge à necessidade da criação de leis específicas para o combate dos mesmos.

Abordamos os principais delitos informáticos que assombram este ambiente, como são conceituados na visão de vários autores e principalmente a forma com que o Direito Penal observa tais delitos para a resolução destes assim como puni-los e assegurar a justiça e os bons costumes democráticos.

## REFERÊNCIAS

AVORIO André e SPYER Juliano, **Para Entender a Internet versão revisada e ampliada**, 2015.p.189.

BARRETO, Júnior Irineu. **Atualidade do Conceito de Sociedade da Informação para a Pesquisa Jurídica**. In: PAESANI, Liliana Minardi (Coord.). O direito na sociedade da informação. São Paulo: Atlas, 200.p.71.

COLARES, Rodrigo Guimarães. **Cybercrimes: os crimes na era da informática** <<https://jus.com.br/artigos/3271/cybercrimes-os-crimes-na->

era-da-informatica> . Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7 Acesso em: 13 abril 2018.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Informática e Criminalidade: parte I: Lineamentos e Definições**. Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, São Paulo, v. 13, n. 2, 2000.

**HISTÓRIA e desenvolvimento do computador**. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/historia-e-evolucao-dos-computadores/>>. Acesso em: 14 abril 2018.

INFO ESCOLA – **Ciberespaço** Disponível em: <<http://www.infoescola.com/internet/ciberespaco/>> Acesso em: 29 abril 2018.

JUS BRASIL - **Crimes na internet: falta de normatização, dificuldades na regulamentação e entendimentos sobre o assunto**. Disponível em: <<https://mikhail.jusbrasil.com.br/artigos/234313175/crimes-na-internet-falta-de-normatizacao-dificuldades-na-regulamentacao-e-entendimentos-sobre-o-assunto>> Acesso em: 07 maio 2018.

MONTEIRO NETO, J. A. **Aspectos Constitucionais e Legais do Crime Eletrônico**. Fortaleza, 2008.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Informática Telemática e Direito Penal**. São Paulo: Memória Jurídica 2004.

SHARIFF, Shaheen – **Cyberbullying: questões e soluções para a escola, a sala de aula e a família**. Porto Alegre, 2010.

WEB ARTIGOS - **O que é Ciberespaço?** – Disponível em: <<http://www.webartigos.com/artigos/o-que-e-ciberespaco/22537/>> Acesso em: 12 maio 2018.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Trad. De Carlos Irineu da Costa. 2. Ed São Paulo: Editora 34, 2000.

CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. **Crimes de Informática e seus Aspectos Processuais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FELIZARDO, Aloma Ribeiro – **Cyberbullying Difamação na Velocidade da Luz**. 1º Ed. São Paulo. Willem Books 2010.

LIMA, Paulo Marco Ferreira. **Crimes de computador e segurança computacional**. Campinas, SP: Ed. Millennium, 2005.

NOGUEIRA, Sandro D'amato. **Crimes de Informática**. 2 ed. Ver atual. E ampliada, Campinas: BH, 2008.

TECMUNDO - **A história dos computadores e da computação**. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/tecnologia-da-informacao/1697-a-historia-dos-computadores-e-da-computacao.htm>> Acesso em 18 maio 2018.

TECMUNDO - **Fique esperto! Não caia nas armadilhas soltas pela Internet**. Disponível em: <<https://www.tecmundo.com.br/spyware/107-fique-esperto-nao-caia-nas-armadilhas-soltas-pela-internet.htm>> Acesso em: 19 maio. 2018.



## **A NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 702, DA CLT, E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES**

**MAURICIO EVANDRO CAMPOS COSTA:** Mestrando do programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Procurador da Universidade de São Paulo.

**Resumo:** O presente artigo tem o escopo de abordar a temática da inconstitucionalidade do artigo 702, da CLT, com a redação dada pela Lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista). Para tanto, o artigo faz sucinta exposição sobre o advento da reforma trabalhista. Após isso, expõe as alterações promovidas pela reforma, no teor do artigo 702, da CLT e tece breves considerações sobre o princípio da separação dos poderes, expresso no artigo 2º, da CF/88. Superados esses pontos, o artigo apresenta os argumentos favoráveis e contrários ao reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 702, da CLT, com a redação dada pela Lei n. 13.467/2017, por violação ao princípio da separação dos poderes. Por fim, o artigo relata o atual estágio em que se encontra essa discussão no âmbito dos tribunais pátrios, apresentando, a partir do conteúdo exposto, uma conclusão acerca do tema.

**Palavras-chaves:** Reforma Trabalhista. Artigo 702, da CLT. Princípio da separação dos poderes. Inconstitucionalidade.

**Sumário:** Introdução. O inciso I, alínea f, e os parágrafos 3º e 4º, do artigo 702, da CLT, inseridos pela Lei n. 13.467/2017. Violação ao princípio da separação dos poderes. Conclusão. Referências.

---

### **Introdução**

A Lei n. 13.467/2017, denominada no meio jurídico de reforma trabalhista, alterou diversos dispositivos da Consolidação das Leis do

Trabalho-CLT. Publicada em 14 de julho de 2017 e vigente desde 11 de novembro de 2018, esse diploma legislativo trouxe polêmicas alterações normativas, tanto no que concerne a normas relacionadas ao direito material, quanto no que se refere ao direito processual do trabalho.

Entre as alterações normativas que versam sobre os dispositivos de ordem processual, a Lei n. 13.467/2017 estabeleceu, por meio da redação trazida ao inciso I, alínea *f* e aos parágrafos 3º e 4º, do artigo 702, da CLT, que os Tribunais do Trabalho deverão observar um novo e obrigatório procedimento, quando da elaboração dos seus enunciados de uniformização jurisprudencial.

Assim como se deu com diversos outros dispositivos introduzidos na Consolidação das Leis do Trabalho-CLT pela reforma trabalhista, essa imposição legislativa recebeu, desde o início da vigência da lei, críticas robustas de parcela da comunidade jurídica.

Segundo respeitável posição doutrinária, ao impor ao Poder Judiciário a forma pela qual a sua jurisprudência, doravante, deverá ser consolidada, o legislador ordinário incorreu em patente violação ao princípio da separação dos poderes, expressamente previsto no artigo 2º, da Constituição Federal.

O presente artigo busca analisar os argumentos que fundamentam a alegação de afronta a esse relevante princípio existente no ordenamento jurídico pátrio, tendo ainda o desiderato de expor a posição da corrente contrária, que defende inexistir a alegada violação.

### **O inciso I, alínea *f*, e os parágrafos 3º e 4º, do artigo 702, da CLT, inseridos pela Lei n. 13.467/2017**

Já no início do ano de 2018, com apenas poucos meses do início da vigência da Lei n. 13.467/2017, já era possível identificar na comunidade jurídica diversas críticas ao teor desse diploma, que consubstancia a denominada reforma trabalhista.

De fato, desde o início da vigência dessa lei, passou a ser cada vez mais habitual a afirmação de que a referida reforma, na realidade, não tinha o desiderato de aumentar o número de postos de trabalho e tampouco o

de “modernizar” as relações laborais, ao contrário do que sustentavam aqueles que a defendiam, à época em que foi votada, aprovada e promulgada.[\[1\]](#)

Segundo a posição contrária à reforma trabalhista, a Lei n. 13.467/2017 viola princípios comezinhos do direito do trabalho, o que é evidente pela simples análise da forma como se deu o processo de tramitação legislativa desse diploma.[\[2\]](#) Afirma-se que, aprovada sem qualquer debate com os reais interessados sobre o tema (trabalhadores e suas entidades representativas), a Lei n. 13.467/2017 representa ruptura do processo democrático que sempre fundamentou o ramo jurídico laboral, tendo como nítido e único propósito o de atender às reivindicações dos representantes dos setores econômicos, descontentes com a queda da sua margem de lucro, resultante da crise econômica pela qual, afirma-se, passa atualmente o Brasil.[\[3\]](#)

Tanto no que concerne às normas de direito material quanto no que se refere às de direito processual, tornou-se corrente a posição de que muitos dispositivos trazidos pela Lei n. 13.467/2017 objetivaram, na realidade, censurar a atividade até então desenvolvida pelo Tribunal Superior do Trabalho –TST, caracterizado, segundo algumas vozes, como uma Corte detentora de uma posição ativista e excessivamente protecionista.[\[4\]](#)

Homero Batista Mateus da Silva afirma que esse propósito do legislador reformista está evidente no teor do artigo 8º, §2º, da CLT, que preceitua serem infensas às súmulas e a outros enunciados de jurisprudência do TST a criação de obrigações às partes da relação laboral não previstas em lei. Para o autor, é lamentável que o legislador tenha se posicionado dessa forma em relação à atividade do Tribunal Superior do Trabalho, já que essa Corte, quando edita esses enunciados, na realidade, nada mais faz senão a criação de uma forma efetiva de pacificação do conflito, já que, não raras vezes, há um vazio legislativo acerca desses temas (ex: súm 331, do TST).[\[5\]](#)

Esse desiderato do legislador reformista, no que concerne aos dispositivos de ordem processual, é identificado, entre outras hipóteses,

pela redação dada ao inciso I, *f*, e aos parágrafos 3º e 4º, do artigo 702, da CLT, pela Lei n. 13.467/2017. A partir da vigência desse diploma, os referidos parágrafos passaram a estabelecer um grau de exigência mais rigoroso para que o Tribunal Superior do Trabalho e os Tribunais Regionais do Trabalho possam elaborar as suas súmulas. Vejamos, por oportuno, o teor desses dispositivos:

Art. 702. Ao Tribunal Pleno compete:

I - em única instância:

(...)

f) estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, pelo voto de pelo menos dois terços de seus membros, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, dois terços das turmas em pelo menos dez sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial;

*§ 3º As sessões de julgamento sobre estabelecimento ou alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência deverão ser públicas, divulgadas com, no mínimo, trinta dias de antecedência, e deverão possibilitar a sustentação oral pelo Procurador-Geral do Trabalho, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo Advogado-Geral da União e por confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.*

*§ 4º O estabelecimento ou a alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência pelos Tribunais Regionais do Trabalho deverão observar o disposto na alínea f do inciso I e no § 3º deste artigo, com rol equivalente de legitimados para sustentação oral, observada a abrangência de sua circunscrição judiciária.*

Ao tratar do teor do artigo acima transcrito, Volia Bomfim Cassar afirma que, de fato, o objetivo do legislador, no que concerne à forma de consolidação da jurisprudência, foi frear o “ativismo” do TST e dos TRT’s, mediante um dificultoso processo de criação, alteração e supressão de súmulas. A fim de esclarecer essa assertiva, a autora exemplifica com a situação do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, com sede no Rio de Janeiro. Nessa Corte, nas palavras de Volia Bomfim, as regras previstas no novel artigo 702, da CLT, passaram a exigir que sete, das dez Turmas existentes no Tribunal, tenham que se manifestar de forma unânime, para o fim de que uma súmula seja aprovada, o que passa a ser demasiadamente dificultoso[6].

Francisco Antônio de Oliveira também crítica o teor dado ao artigo 702, da CLT, pela Lei n. 13.467/2017, mas o faz por outros motivos. Para o autor, o procedimento trazido pelo legislador apenas torna o processo do trabalho mais burocrático, já que os ministros do Tribunal Superior do Trabalho não alterarão o seu convencimento tão somente pelos argumentos expostos pelos diversos órgãos elencados no § 3º, do artigo em comento. Além disso, segundo o autor, não faz qualquer sentido que haja um regramento legislativo para que os Tribunais Trabalhistas consolidem a sua jurisprudência, e não haja essa imposição para os demais tribunais do país.[7]

Independentemente desses posicionamentos, fato é que, diante da minuciosa regulamentação estabelecida pela Lei n. 13.467/2017 acerca da forma pela qual os Tribunais Trabalhistas, doravante, passarão a consolidar os seus entendimentos jurisprudenciais, surgiu, na doutrina, forte manifestação no sentido de que essas normas violam o princípio da separação dos poderes. Segundo os adeptos dessa posição, esse regramento legislativo traz medida que afronta a autonomia do Poder Judiciário, tratando-se, portanto, de norma destinada a ser reconhecida como inconstitucional pelas Cortes do país.

### **Violação ao princípio da separação dos poderes**

O princípio da separação dos poderes tem a sua origem na antiguidade grega. Em sua obra *A Política*, Aristóteles propôs a existência

de três funções distintas, exercidas pelo mesmo poder soberano: a função de editar normas; a de aplicá-las ao caso em análise; e a de resolver de forma unilateral os litígios que decorressem da aplicação dessa lei.[8]

Muito tempo depois, John Locke também chegou a tratar do assunto. Com efeito, conquanto não seja habitual citar esse autor quando se discorre acerca dessa matéria, fato é que John Locke escreveu sobre o tema da separação dos poderes 50 (cinquenta) anos antes de Montesquieu. Para John Locke, a separação deveria se dar entre Executivo, Legislativo e Federativo, sendo essa última função caracterizada como a atribuição de relacionamento com outros Estados.[9]

Foi com Montesquieu, todavia, que a teoria de Aristóteles foi de fato aprimorada. Por meio da obra *O Espírito das Leis*, esse autor defendeu que as três funções identificadas pelo filósofo grego deveriam ser exercidas por três órgãos diversos, autônomos e independentes entre si. Essa evolução da teoria da separação dos poderes foi concebida em um contexto histórico reacionário, em um Estado Liberal que combatia o absolutismo, em que todos os poderes e as funções do Estado eram concentrados na figura do Rei.[10]

Na Constituição de 1988, o princípio da separação dos poderes é expresso no artigo 2º, da CF/88, que afirma serem *poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*.

No que concerne ao tema ora em análise, o princípio da separação dos poderes propugna a existência de um Poder Judiciário independente, com autonomia suficiente para o fim de que não se veja a mercê da intervenção e da ingerência dos Poderes Legislativo e Executivo, formando com esses um todo harmônico, tal como imaginado desde a época de Montesquieu.

Para tanto, a Carta Magna de 1988 estabelece em seu artigo 96, inciso I, *a*, que compete privativamente aos tribunais “eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e

administrativos". Além disso, no seu artigo 99, a Constituição Federal, assegura ao Poder Judiciário autonomia administrativa e financeira.

Considerando o teor do artigo 96, inciso I, *a*, e o do artigo 99, ambos da CF/88, e diante da redação dada ao inciso I, *f*, e aos parágrafos do artigo 702, da CLT, pela Lei n. 13.467/2017, vê-se parecerem bem fundamentas as razões daqueles que sustentam ter a reforma trabalhista incorrido em violação ao princípio da separação dos poderes. Afinal, garantidas aos órgãos do Poder Judiciário a autonomia e a independência para elaborarem os seus regimentos internos, como poderia o legislador ordinário tratar com tamanha minúcia e exaustão a forma pela qual os Tribunais do Trabalho passarão a ter que se organizar, para o fim de estabelecer os seus enunciados de jurisprudência consolidada?

Nesse sentido, Homero Batista Mateus da Silva<sup>[11]</sup> assevera que o Poder Executivo, verdadeiro patrocinador do projeto de lei que originou a reforma trabalhista, e o Poder Legislativo, denominado pelo autor como o fiador desse projeto, não poderiam interferir no Poder Judiciário com tamanha intensidade. Segundo a posição do autor, tratar acerca do número de acórdãos necessários para o fim de que seja levada à votação uma posição jurisprudencial, sob quais circunstâncias e sobre quais requisitos essa votação ocorrerá, consiste em obra de tamanha "sofisticação" que chega a tangenciar à própria proibição da formação de jurisprudência.

Nas palavras de Homero, a reforma trabalhista, quanto à redação dada ao inciso I, *f*, e aos parágrafos do artigo 702, da CLT, representa intervenção de tal monta na autonomia do Poder Judiciário, que constitui verdadeira violação ao princípio da separação dos poderes, previsto no artigo 2º, da Carta Magna, já que, na prática, impõe que a Justiça do Trabalho se manifeste com menor frequência e sobre temas mais restritos.

Flávio da Costa Higa<sup>[12]</sup>, ao tratar sobre a questão, recorda que o Supremo Tribunal Federal, em outras oportunidades, já decidiu que "nenhum poder estranho aos Tribunais dispõe de legitimidade jurídico constitucional para regular, em sede normativa, a própria ordem dos trabalhos judiciais" (STF – ADI 1.105-7, Pleno, DJ 27.4.2001). Ainda conforme pesquisa do autor, no mesmo sentido, a Suprema Corte afirmou

que “nem o Poder Executivo e nem o Poder Legislativo podem editar normas sobre os trabalhos internos das Cortes Judiciárias” (STF, ADI 2.790-3, Pleno, DJ 12.5.2006).

Não obstante a bem fundamentada posição dos autores acima citados, vê-se, porém, que ela não é uníssona na doutrina.

Gustavo Filipe Barbosa Garcia<sup>[13]</sup> se posiciona de forma contrária ao reconhecimento da inconstitucionalidade do teor do inciso I, alínea *f*, e dos parágrafos 3º e 4º, acrescentados ao artigo 702, da CLT, pela Lei 13.467/2017.

Para o autor, a temática concernente aos regimentos internos e à competência e à forma de funcionamento dos órgãos jurisdicionais e administrativos dos tribunais, tal como expõe o artigo 96, inciso I, *a*, da Constituição Federal de 1988, não guarda correspondência com o procedimento de aprovação e a alteração de súmulas e outros enunciados de jurisprudência. Segundo pensa Gustavo Filipe, o referido preceito constitucional, na realidade, quando determina ser competência dos tribunais a elaboração dos seus regimentos internos, afirma também expressamente que esse regimento deve sempre observar as *normas de processo e as garantias processuais das partes*.

Em outras palavras, assevera o autor que as “normas de processo”, a exemplo daquelas que versam sobre a forma como deve se dar a elaboração dos enunciados de jurisprudências nos tribunais, devem sim ser previstas em lei, cuja competência, frisa-se, é privativa da União. Não há razão, portanto, segundo essa posição, para se defender que cabe aos tribunais legislar sobre matéria processual, seja por meio do regimento interno, seja por outras modalidades de atos administrativos e judiciários, como resoluções e instruções normativas.

Gustavo Filipe conclui a sua posição afirmando que reconhece que na esfera cível, o Código de Processo de 2015, também com natureza de lei ordinária, adotou um critério diverso no que concerne à edição dos enunciados de súmulas, remetendo o tema à “forma estabelecida” e aos “pressupostos fixados no regimento interno” (artigo 926, parágrafo 1º, do CPC) dos tribunais. Daí, segundo o autor, pode-se até se dizer que o rigor exigido pela reforma trabalhista foi excessivo, *não podendo se afirmar, porém, como dito, que se trata o teor do artigo 702, da CLT, trazido pela Lei*



13.467/2017, de norma *inconstitucional*, por violação ao princípio da separação dos poderes.

Vê-se, portanto, que o tema é controverso, existindo argumentos judiciosos nos dois sentidos.

Diante da controvérsia instaurada na comunidade jurídica, a discussão sobre a (in)constitucionalidade do artigo 702, da CLT, chegou rapidamente ao Tribunal Superior do Trabalho, órgão do Poder Judiciário que, em última análise, como visto, é por certo o principal interessado no célere deslinde da questão

Em 20 de novembro de 2017, mediante a Resolução Administrativa 1.937, o Pleno do Tribunal Superior do Trabalho aprovou o novo texto do Regimento Interno dessa Corte, dando nova redação ao artigo 75, desse diploma. O inciso VII, desse artigo do Regimento, passou a afirmar que compete ao Tribunal Pleno “estabelecer ou alterar súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme, pelo voto de pelo menos 2/3 (dois terços) de seus membros, caso a mesma matéria já tenha sido decidida de forma idêntica por unanimidade em, no mínimo, 2/3 (dois terços) das turmas, em pelo menos 10 (dez) sessões diferentes em cada uma delas, podendo, ainda, por maioria de 2/3 (dois terços) de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de sua publicação no Diário Oficial”.

Verifica-se que a redação trazida ao artigo 75, do Regimento Interno, do TST, pela Resolução Administrativa 1.937 é consentânea com o teor do novel artigo 702, da CLT.

Todavia, em fevereiro de 2018, nos autos do processo E-RR-696-25.2012.5.050463, a Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos, do TST, emitiu parecer ao Tribunal Pleno dessa Corte, no sentido de que, entre outros vícios[14], o artigo 702, da CLT, com a redação dada pela Lei 13.467/2017, é uma norma inconstitucional, pois viola o artigo 99, da Constituição Federal, que prevê a autonomia do Poder Judiciário, afrontando, por consequência, o princípio da separação dos poderes.

## Conclusão

A reforma trabalhista trouxe diversas repercussões não apenas na vida dos trabalhadores e dos empregadores, como também no meio jurídico. Diante da avassaladora quantidade de alterações promovidas pela Lei 13.467/2017 e da forma açodada com a qual se deu o processo legislativo que originou esse texto legal, todos aqueles que lidam, de alguma forma, com a Justiça do Trabalho, também tiveram o seu cotidiano afetado.

As normas de direito processual do trabalho não fugiram a essa regra. Tampouco as atividades desenvolvidas pelas Cortes Trabalhistas. A Lei 13.467/2017, ao dar nova redação ao inciso I, *f*, e aos parágrafos 3º e 4º, do artigo 702, da CLT, estabeleceu um rigoroso procedimento, a ser respeitado pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho, quando elaborarem as suas súmulas de jurisprudência.

Parte da doutrina alega que esse minucioso regramento viola o princípio da separação dos poderes, expresso no artigo 2º, da CF/88, haja vista que, em última análise, impõe à Justiça do Trabalho uma limitação, determinando que ela se manifeste com menor frequência e sobre temas mais restritos. Outra corrente, todavia, baseando-se precipuamente no teor do artigo 96, inciso I, da CF/88, afirma que não há inconstitucionalidade a ser reconhecida. Essa segunda posição defende que os regimentos internos dos tribunais, mesmo no que concerne às regras referentes aos moldes de elaboração dos enunciados de jurisprudência, devem sempre respeitar as “normas de processo”, cuja competência é, de fato, privativa da União.

Esse tema, ao que parece, chegará de forma célere ao Supremo Tribunal Federal.

No âmbito do Tribunal Superior do Trabalho a questão já foi levada ao Pleno, por meio de relevante parecer da Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos, do TST, que se posicionou pela inconstitucionalidade do artigo 702, da CLT, com a redação dada pela reforma trabalhista.

O fato de o Pleno do TST, quando ainda passados poucos dias do início da vigência da reforma trabalhista, já ter alterado o seu regimento interno, não faz com que a questão tenha perdido a importância. Afinal,

diversas vozes, dentro e fora do Poder Judiciário, manifestaram-se contrárias à nova redação do artigo em comento. Ademais, conforme exposto nesse artigo, o regramento não restringe apenas a atividade do Tribunal Superior do Trabalho, vinculando também o procedimento existente nos Tribunais Regionais. Além disso, nada impede que o TST altere novamente o seu Regimento Interno, principalmente se a inconstitucionalidade for reconhecida pelos tribunais pátrios.

Por certo, as vozes contrárias ao procedimento trazido pela reforma trabalhista ganharão eco quando os jurisdicionados perceberem o quão limitada e restrita se tornará a atuação e a uniformização da jurisprudência das Cortes Trabalhistas. Por ora, resta-nos aguardar a definição das Cortes de cúpula do Poder Judiciário, acerca do tema.

### **Referências**

CASSAR, Vólia Bomfim. Comentários à Reforma Trabalhista. 2. ed. Forense:Rio de Janeiro; Método: São Paulo, 2018.

**GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa Garcia. A constitucionalidade das alterações na jurisprudência após a reforma trabalhista. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-09/gustavogarcia-reforma-trabalhista-alteracoes-jurisprudencia>. Acesso em: 04/06/2018.**

**HIGA, Flávio da Costa. Alteração da jurisprudência do TST: a crônica de uma morte anunciada. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-05/flavio-higa-alteracao-jurisprudencia-tst-morte-anunciada>. Acesso em: 31/05/2018.**

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 9 ed. São Paulo:Atlas, 2001.

**OLIVEIRA, Conrado Di Mambro. Impactos da reforma trabalhista na jurisprudência do TST. Disponível em: <http://domtotal.com/noticia/1198946/2017/11/impactos-da-reforma-trabalhista-na-jurisprudencia-do-tst/>. Acesso em: 30/05/2018.**

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. Reforma Trabalhista. São Paulo: LTr, 2018

SANCHES, Diego Catelan. *É tudo uma grande farsa, não é?* In: Revista Ltr. Vol. 81, n.11 (nov.). LTr:São Paulo 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. Comentários à reforma trabalhista. Análise da Lei 13.467/2017 – Artigo por artigo. 2. ed. São Paulo:RTr, 2018.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 22 ed. São Paulo:Malheiros, 2003.

NOTA:

[1] SILVA, Homero Batista Mateus. Comentários à reforma trabalhista. Análise da Lei 13.467/2017 – Artigo por artigo. 2. ed. São Paulo:RTr, 2018. pp. 13-14.

[2] CASSAR, Vólia Bomfim. Comentários à Reforma Trabalhista. 2. ed. Forense:Rio de Janeiro; Método: São Paulo, 2018. pp. 13-14.

[3] SANCHES, Diego Catelan. *É tudo uma grande farsa, não é?* In: Revista Ltr. Vol. 81, n.11 (nov.). LTr:São Paulo 2017. p. 1323.

**[4] OLIVEIRA, Conrado Di Mambro. Impactos da reforma trabalhista na jurisprudência do TST.**

Disponível em: <http://domtotal.com/noticia/1198946/2017/11/impactos-da-reforma-trabalhista-na-jurisprudencia-do-tst/>. Acesso em: 30/05/2018.

[5] SILVA, Homero Batista Mateus. *op. cit.* p. 27.

[6] CASSAR, Vólia Bomfim. *Op. cit.* pp. 133-134.

[7] OLIVEIRA, Francisco Antônio de. Reforma Trabalhista. São Paulo: LTr, 2018. pp. 103-104.

[8] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 9 ed. São Paulo:Atlas, 2001. p. 359.

[9] MORAES, Alexandre de. *op. cit.* p. 359.

[10] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 22 ed. São Paulo:Malheiros, 2003. p.109

[11] SILVA, Homero Batista Mateus. *op. cit.* p. 155.

[12] HIGA, Flávio da Costa. **Alteração da jurisprudência do TST: a crônica de uma morte anunciada.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-05/flavio-higa-alteracao-jurisprudencia-tst-morte-anunciada>. Acesso em: 31/05/2018.

[13] GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa Garcia. **A constitucionalidade das alterações na jurisprudência após a reforma trabalhista.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-09/gustavogarcia-reforma-trabalhista-alteracoes-jurisprudencia>. Acesso em: 04/06/2018.

[14] Diz-se entre outros vícios porque, ainda segundo o relatório da Comissão de Jurisprudência e Precedentes Normativos, o artigo 702, da CLT, foi represtinado pela reforma trabalhista, o que é vedado pelo ordenamento jurídico (artigo 2º, §1º, do DL 4657/42). Esse entendimento deriva do fato de que a Lei 7.701/88, ao reorganizar as competências do TST, havia revogado tacitamente o artigo 702, da CLT, já que o artigo 16, da lei promulgada em 1988, afirmou expressamente que estavam revogadas as disposições contrárias a este diploma.

## ADOÇÃO POR CASAL HOMOAFETIVO

**LUIS AUGUSTO FERRAZ CAMPOS:**  
Graduando em Direito pela Universidade  
Brasil.

**PEDRO MANOEL CALLADO**

**(Orientador)[1]**

**RESUMO:** O presente trabalho irá expor de maneira ampla, porém objetiva o instituto da adoção e a possibilidade de adoção de crianças por casais homoafetivos. Para tanto irá definir os conceitos de família, a homossexualidade e os recentes julgamentos sobre o tema, as controvérsias acerca da adoção e qual o entendimento que tem prevalecido. Ao fim, uma conclusão sobre a temática, e possíveis soluções para eventuais conflitos existentes entre legislação e jurisprudência sobre o tema.

**Palavras-Chave:** adoção; homoafetividade; família.

**ABSTRACT:** This work will expose broadly, however objective the institution of adoption and the possibility of adoption of children by homosexual couples. To do so will define the concepts of family, homosexuality and the recent judgments on the issue, the controversy about the adoption and which the understanding that has prevailed. At the end, a conclusion on the issue and possible solutions to any conflicts between legislation and jurisprudence on the subject.

**Key-Works:** adoption, homoafetividade, family.

---

### 1. INTRODUÇÃO

Segundo Gonçalves (2014, p. 362): “Adoção é o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha”.

No atual ordenamento jurídico brasileiro não há qualquer distinção entre filhos, como prevê a Constituição Federal em seu artigo 227 § 6º: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os

mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

O direito tem que fornecer estabilidade para os cidadãos, mas não pode ser inflexível jamais, isso porque a sociedade está em constante mudança e evolução, e cabe às normas jurídicas irem se moldando conforme a realidade do atual momento, isso porque, apesar das nossas leis não serem baseadas em costumes, elas têm que refletir o que é considerado adequado e correto pelo povo.

O instituto da adoção, passou por uma evolução significava. Deixou de desempenhar apenas o papel de proporcionar filhos aos casais estéreis, com grandes restrições como era no Código de 1916, que visava apenas o interesse da família disposta adotar para a atual lei de adoções previstos na Lei n.12.010, de 3 de agosto de 2009, que tenta buscar um ambiente adequado para a criança ou adolescente, levando em conta o melhor interesse da criança ou adolescente.

Em relação ao melhor interesse da criança, o artigo 5º, § 2º da Constituição da República junto com a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 99.710/90 demonstram essa nova tendência.

Segundo Dias (2016, p. 565):

O filho não é uma "coisa", um objeto de propriedade da família biológica. Quando a convivência com a família natural se revela impossível ou é desaconselhável, melhor atende ao seu interesse - quando a família não o deseja, ou não pode tê-lo consigo - ser entregue aos cuidados de quem sonha ter um filho.

Desta forma, está claro que atualmente, o cerne da questão na hora de analisar se um casal é ou não adequado para a adoção de uma criança, deve girar em torno daquilo do que será melhor para o menor. Logo, deve ser analisado se a orientação sexual dos pais e a formação da estrutura familiar (homem/homem, mulher/mulher, homem/mulher) podem servir como base para análise da concessão da adoção.

## **2. OBJETIVOS**

Analisar de forma ampla o instituto da adoção e a possibilidade e procedimento de adoção por casais homoafetivos e algumas de suas vertentes.

### **3. METODOLOGIA**

Análise do Código Civil, onde se encontram presentes texto legal sobre a família e também sobre a adoção, além de obras doutrinárias e artigos a respeito do assunto.

### **4. RESULTADOS**

#### **4.1 QUEM PODE ADOTAR?**

Segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 em seu artigo 42: "Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil". Sendo que estão proibidos de adotar os ascendentes e os irmãos.

Entretanto, em complemento, diz Gonçalves (2014, v. 6, p. 370):

O estado civil, o sexo e a nacionalidade não influem na capacidade ativa de adoção. Está implícito, no entanto que o adotante deve estar em condições morais e materiais de desempenhar a função, de elevada sensibilidade, de verdadeiro pai de uma criança carente, cujo destino e felicidade lhe são entregues.

Logo, vemos que o ECA foi excessivamente conciso e impreciso, uma vez que não basta ser maior para adotar uma criança, devem ser levados em consideração muitos outros aspectos além desses. Afinal de contas, é o destino de uma criança que está praticamente sendo decidido. Deve-se tomar a maior cautela para que seja feita uma escolha boa.

Pode ser facilmente percebido que no instituto da adoção há poucas controvérsias e dicotomias, o problema surge quando se trata de adoção por casais homoafetivos, assunto esse que gera muita discussão e discordância entre a população.

Isso porque grande parte da população tem como religião o cristianismo ou o catolicismo, religiões essas que desde sempre criticara muito a homossexualidade, que até certo tempo atrás era vista como doença ou perturbação mental. Apesar das leis já terem evoluído muito nesse assunto, com a previsão da união familiar entre pessoas do mesmo



sexo e as decisões dos tribunais permitindo o casamento, essa evolução não chegou ainda no pensamento de algumas pessoas.

O artigo 7º do ECA garante à criança: Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Pela leitura fica claro que a intenção do legislador é garantir que as crianças que foram privadas do convívio familiar possam ter a possibilidade de encontrar uma nova família e que assim lhe sejam garantidas necessidades básicas, como proteção à vida, à saúde e ao cuidado familiar.

#### **4.2 ADOÇÃO POR HOMOSSEXUAL.**

De início, a adoção se dava individualmente fundamentada no melhor interesse do adotado como exemplificado em decisão preferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro apud Gonçalves (2014, v. 6, p.371):

A afirmação de homossexualidade do adotante, preferência individual constitucionalmente garantida, não pode servir de empecilho a adoção de menor, se não demonstrada ou provada qualquer manifestação ofensiva ao decoro e capaz de deformar o caráter do adotado, por mestre a cuja atuação é também entregue a formação moral e cultural de muitos outros jovens.

Porém, tal situação gerava um imenso prejuízo à criança, pois apenas era reconhecido o vínculo com apenas um dos indivíduos do casal, assim como expõe Dias (2016, p. 581):

O resultado também vinha em prejuízo à criança. Vivendo em família homoafetiva e possuindo vínculo jurídico com somente um do par, restava absolutamente desamparada com relação ao outro, que também considerava pai ou mãe, mas que não

tinham os deveres decorrentes do poder familiar. O não estabelecimento de uma vinculação obrigacional gerava a absoluta irresponsabilidade de um dos genitores para com o filho que também era seu.

Vemos que é muito claro e lógico o raciocínio, uma vez que a criança já havia sido adotada por um integrante do casal, e já vivia no seio da família homoafetiva. Logo, a negativa por parte dos tribunais era infundada e sem sentido. Apenas privava a criança de ser reconhecida por seus dois pais ou duas mães.

Decisões como essas foram se tornando cada vez mais frequente, conforme o passar do tempo e a aceitação das relações homossexuais na sociedade. Atualmente é pacífico o entendimento de que casais homoafetivos podem adotar crianças, pois a adoção tem como foco principal o bem estar do menor, conforme dito alhures, e também porque a homossexualidade não é mais vista como doença, anormalidade ou desvio de conduta.

Desta forma, apesar de ainda não estar consolidado por meio de nenhuma lei, é pacífico o entendimento de que casais homoafetivos podem adotar crianças.

#### **4.3 JURISPRUDENCIA DO STF RECONHECENDO UNIÃO ESTAVEL.**

Nos tempos atuais, depois de tantos casos horrendos de discriminação contra homossexuais, uma medida foi tomada. Vejamos um julgada que fala dessa mudança brevemente:

Data de publicação: 10/06/2013

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR. ADOÇÃO OU GUARDA DE CRIANÇA. LICENÇA REMUNERADA DE 120 DIAS. CONCESSÃO. DIREITO DO FILHO. CASAL HOMOAFETIVO. DISCRIMINAÇÃO. VEDAÇÃO. 1. A licença é direito também do filho, pois sua finalidade é "propiciar o sustento e o indispensável e insubstituível convívio, condição para

o desenvolvimento saudável da criança" (TRF da 3ª Região, MS n. 2002.03.00.026327-3, Rel. Des. Fed. André Nabarrete, j. 24.11.05), razão pela qual a adotante faria jus ao prazo de 120 (cento e vinte dias) de licença remunerada. 2. Pelas mesmas razões, é razoável a alegação de que importaria em violação à garantia de tratamento isonômico impedir a criança do necessário convívio e cuidado nos primeiros meses de vida, sob o fundamento de falta de previsão constitucional ou legal para a concessão de licença de 120 (cento e vinte) dias, no caso de adoção ou de guarda concedidas a casal homoafetivo. **De todo modo, após a ADI n. 132 não mais se concebe qualquer tipo de discriminação ou mesmo restrição legal em razão de orientação sexual. E, como consectário lógico, à família resultante de união homoafetiva devem ser assegurados os mesmos direitos à proteção, benefícios e obrigações que usufruem aquelas que têm origem em uniões heteroafetivas**, em especial aos filhos havidos dessas uniões (STF, ADI n. 4277, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.11).

TRF-3 - AGRAVO DE INSTRUMENTO AI 32763 MS 0032763-15.2012.4.03.0000 (TRF-3). (g.n.)

Portanto, já está previsto que não deve haver distinção entre heterossexuais e homossexuais, logo, isso deve ser aplicado em todos os campos o mundo jurídico, inclusive no instituto da adoção. Isso pode ser visto facilmente nos últimos julgados acerca da adoção:

#### RELATÓRIO

Cuida-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, com fundamento no art. 105, III, a, da CF, contra acórdão proferido pelo TJ/SP.

Ação: de adoção unilateral da menor L.B.V., ajuizada por D.H.M. e S. recorrida pela qual busca a adoção da filha biológica de sua companheira C.C.V., com quem mantém união estável.

Sentença: concedeu a adoção unilateral de L.B.V. a D.H.M. e S., com fundamento nos artigos 6º, 42 2º e 43, todos da Lei 8.069/90.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.281.093 - SP  
(2011/0201685-2)

São Paulo

Câmara Especial

Apelação 0004884-79.2011.8.26.0457

**Registro: 2012.0000348490**

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0004884-79.2011.8.26.0457, da Comarca de Pirassununga, em que são apelantes XÁDIA ROBERTA FERREIRA ZANATTA CITAL e ANA LÚCIA DE OLIVEIRA, é apelado PROMOTOR DE JUSTIÇA DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DE PIRASSUNUNGA.

**ACORDAM**, em Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso, para reformar parcialmente a r. sentença de fls. 53/60, a fim de excluir dela a vedação para eventual adoção de criança do sexo masculino. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores VICE PRESIDENTE (Presidente sem voto), PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO E PRESIDENTE DA SEÇÃO DE DIREITO CRIMINAL.

São Paulo, 23 de julho de 2012

#### **4.4 O PRECONCEITO**

Muitas pessoas vêem homossexuais com maus olhos, e isso se reflete nas crianças. O bullying atualmente é comum nas escolas, e crianças que tem pais homoafetivos podem ser os maiores alvos disso, justamente, por não haver no seio familiar o ensino sobre a diversidade sexual. O preconceito está na sociedade como um todo, e como pode ser facilmente percebido, nas escolas. A fase inicial de uma criança é a grande formadora de seu caráter e de sua personalidade, conforme estudos. Levinzon afirma que (2004, p.11): "a relação da criança com seu ambiente, especialmente com seus pais, tem um papel preponderante na possibilidade de desenvolver suas potencialidades e nos distúrbios psíquicos que pode vir a apresentar quando adulta".

Logo, se o fato de uma criança ser adotada por pais homossexuais ser um fator predominante para sua vida escolar, isso poderia passar a ser visto como algo que deve ser analisado na hora de conceder ou não a adoção.

Costa (2002; p.49-50) fala que um dos principais problemas que pode haver numa adoção por pais homoafetivos é o preconceito que a criança sofreria, por outro lado, esclarece que:

[...] especialistas sugerem que os pais gays e as mães lésbicas devem revelar sua orientação sexual a seu filho o mais cedo possível. Lá pelos seis anos ele já tem condições de assimilar essa revelação. A questão não deve ser tratada como um tabu, podendo falar do assunto quando sentir necessidade, sem precisar espalhar aos quatro ventos a notícia. As crianças devem conviver o máximo possível com pessoas do sexo oposto ao dos pais, quando estes forem homoafetivos. Para os pais dos amiguinhos dos filhos do homoafetivo é bom deixar claro que ninguém se torna homossexual por ser amigo ou frequentar a casa de um filho de pessoal com orientação homoafetiva. A

sexualidade se forma muito mais por aspectos psíquicos internos individuais, que não podem ser controlados, do que por aspectos externos. Conviver com o homoafetivo é uma forma de aprender a lidar e respeitar as diferenças individuais, o que será muito útil à criança quando ela se tornar um adulto. Deve falar sobre o assunto com seu filho caso ele lhe indague sobre o caso e mostrar para ele que existem várias formas de família atualmente e o mais importante é que impere entre eles o amor e o respeito” (COSTA, 2002; p. 49-50).

Ademais, fica uma questão a ser analisada: a sociedade a todo momento evoluiu tendo que superar dogmas, e o mesmo acontece com essa questão do preconceito com homossexuais. A sociedade não pode retroagir para evitar possíveis danos. Não bastasse isso, conforme bem explica Maria Berenice Dias:

Essas preocupações, no entanto, são afastadas com segurança por quem se debruça no estudo das famílias homoafetivas com prole. As evidências trazidas pelas pesquisas não permitem vislumbrar a possibilidade de ocorrência de distúrbios ou desvios de conduta pelo fato de alguém ter dois pais ou duas mães. Não foram constatados quaisquer efeitos danosos ao normal desenvolvimento ou à estabilidade emocional decorrentes do convívio de crianças com pais do mesmo sexo. Também não há registro de dano sequer potencial ou risco ao sadio estabelecimento dos vínculos afetivos. Igualmente nada comprova que a falta do modelo heterossexual acarreta perda de referenciais a tornar confusa a identidade de gênero. Diante de tais resultados, não há como prevalecer o mito de que a homossexualidade dos genitores gere patologias nos filhos (DIAS, 2010).

Desta forma, fica evidente que atualmente não há mais problema com a adoção de crianças por pais homossexuais. Na verdade, isso amplia ainda mais as possibilidades de crianças abandonadas. A orientação sexual de uma pessoa em nada influi em seu caráter e personalidade. Conforme pode ser visto no artigo, o problema central é muito mais o que sociedade preconceituosa vai fazer do que com os pais adotivos em si.

A fim de ilustrar bem a situação, segue abaixo trechos de uma reportagem de um garoto que foi abandonado, e que aos 10 anos foi adotado por pais gays, e a professora de escola pediu que ele escrevesse sobre ele mesmo. É interessante observar o preconceito que a criança passou no próprio orfanato e como foi a sua resposta a isso, pelas suas próprias palavras:

Uma vez eu morava só com meu pai, e um dia ele morreu e ninguém me quis, daí eu fui morar num orfanato. Passou muito tempo eu conheci dois pais homem que gostaram de mim eles me adotaram e partir desse dia eu me fiquei muito feliz. Eu amo muito esse dia esse dia nesse dia que conheci eles estou vivendo muito bem, muito feliz com eles, eles me amam e eu amo eles.

Nós brincamos nos divertimos, sentimos dor e choramos juntos, e nós três somos felizes e amamos uns aos outros. Eu ser adotado eu não tenho vergonha e amo muito eles e minha outra família que eu tinha não me amava e eu era triste, mas essa família eu sinto que me ama e eu vou dar muito valor a ela, porque eu amo muito ela.

O menino mais feliz do mundo chama João sou eu.

De João para meus dois pais homem que eu amo muito."

## **5. CONCLUSÃO**

Concluído, o processo de adoção tem uma notável evolução histórica motivada pelos anseios da sociedade, em princípio a sociedade buscava apenas os interesses dos adotantes pois os adotados eram vistos como indesejáveis, com a evolução da sociedade passou-se a reconhecer e dar valor ao adotante, como um sujeito dotado direitos individuais como qual quer outro, concepção expandida na constituição federal de 1988.

Nesse contexto já não se sustenta a negativa ao adotante fundamentada em sua opção sexual, pois o mesmo é um sujeito de direitos individuais e que incluem a igualdade formal e tal negativa só iria causar prejuízos ao adotado pois não iria haver o reconhecimento da situação de fato, sendo reconhecido apenas um dos adotantes como seu responsável legal. Como foi claramente demonstrado, o problema é muito mais social do que legal ou psicológico. Falta empatia no ser humano.

É inegável que a sociedade brasileira é altamente prematura e infantil mentalmente quando se coloca em pauta assuntos como esses, o preconceito está enraizado em grande parte da população e para dizimá-lo é necessário tempo e implementação de medidas de conscientização e educação acerca dessas temáticas, que possa instruir as crianças.

#### **REFERÊNCIAS**

Ap. 14.332/98, 9ª Câ. Cív., rel. Des. Jorge de Miranda Magalhães, DORJ, 28-4-1999.

COSTA, Tereza Maria Machado Lagrota. **Adoção por pares homoafetivos: uma abordagem jurídica e psicológica.** (Monografia) Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais Vianna Júnior, 2002. Disponível em [http://intranet.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art\\_10005.pdf](http://intranet.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_10005.pdf). Acesso em 21. de mai. 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 11ª edição. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** Volume 6. 2015.



JOSÉ, Maria José Alves; VIANA, Pamela Larissa. **Adoção de crianças por casais homoafetivos e o desenvolvimento psicológico dos adotados.** Disponível em [http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=15292](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15292).

Acesso em: 20 de mai. de 2018.

[JUSBRASIL. Seção de Jurisprudências. Disponível em <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Ado%C3%A7%C3%A3o+por+Casais+Homoafetivos>>](http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=Ado%C3%A7%C3%A3o+por+Casais+Homoafetivos). Acesso em 30 set. 2016.

LEVINZON, Gina Khafif. **A adoção na clínica psicanalítica: o trabalho com os pais adotivos. Mudanças – Psicologia da Saúde**, São Paulo, v.14, n.1, p. 24-31, jan-jun 2006. Disponível em: Acesso: 19 de mai. de 2018.

NOTA:

[1] Professor Mestre orientador Pedro Manoel Callado

## **DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA X DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR NA REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA.**

**LUANA SOUZA DOS SANTOS:**  
Bacharelanda em Direito pela  
Universidade Brasil.

**RODRIGO FRESCHI BERTOLO**[\[1\]](#)

**(Orientador)**

**RESUMO:** O presente artigo tem o objetivo de analisar os aspectos controvertidos que envolvem os direitos fundamentais das partes envolvidas, de um lado o direito à identidade genética e de outro direito ao anonimato do doador do material genético no contexto da reprodução assistida heteróloga. Tendo em vista que não há lei em vigor que positivada a questão, nos casos em que tais direitos forem contrapostos, será do magistrado a decisão sobre qual dos direitos constitucionais deverá prevalecer no caso concreto, e se o caso deve ser ponderado.

**Palavras-chave:** Reprodução humana assistida. Identidade biológica. Sigilo do doador. Dignidade da pessoa humana.

**ABSTRACT:** This article aims to examine the controversial aspects involving the fundamental rights of the parties involved, on the one hand the right to genetic identity and another right to the anonymity of the donor of genetic material in the context of reproduction Assisted heterologous. In view of the fact that there is no law in place that positively the question, in cases where such rights are counterposed, will be the magistrate's decision on which constitutional rights should prevail in the specific case, and whether the case should be considered.

**Keywords:** Assisted human reproduction. Biological identity. The donor's confidentiality. Dignity of the human person.

**SUMARIO:** INTRODUÇÃO. 1. DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SUAS PRINCIPAIS TÉCNICAS. 1.1 Inseminação Artificial. 1.2 Inseminação Artificial Heteróloga. 2. O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA. 2.1 Princípio Constitucional da Dignidade da pessoa Humana. 3. O DIREITO AO

## ANONIMATO DO DOADOR DO MATERIAL GENÉTICO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

---

### INTRODUÇÃO

Com o avanço da biotecnologia, a reprodução humana e suas técnicas de inseminação artificial chegaram para gratificar casais que desejavam ter filhos e que por conta de problemas de saúde ou infertilidade estavam impedidos de tal eventualidade.

Contudo, a biotecnologia evoluiu de tal maneira, que com o tempo muitos conceitos mudaram e deixaram de ser evidentes. Por exemplo, antes tínhamos duas formas de reprodução assistida: homóloga, que é gerar um filho com o material genético dos pais na barriga da mãe, ou ainda heteróloga que gera o filho com o material genético de um doador estranho ao casal, na barriga da mãe. De um tempo pra cá, ambas as técnicas também estão sendo praticadas em outra barriga, ou seja, barriga de aluguel, termo em que é conhecido entre as pessoas.

Por tanto, é importante que o casal tenha conhecimentos sobre o que consta ou não, nas nossas leis antes de seguir com seus planos. O governo brasileiro é responsável pela formulação e a implementação de políticas em relação ao planejamento familiar e a toda e qualquer questão referente à população e ao desenvolvimento. A Constituição Federal inclui no Título VII da Ordem Social, em seu Capítulo VII, art. 226, § 7º, a responsabilidade do Estado no que se refere ao planejamento familiar, nos seguintes termos:

“Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coerciva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

Com a falta de legislação específica relativa à reprodução assistida, foi criada uma resolução (Resolução CFM nº 1.957/10) pelo Conselho Federal de Medicina para guiar os médicos quanto às condutas a serem adotadas diante dos problemas decorrentes da prática da reprodução assistida, normatizando as condutas éticas a serem obedecidas nestes casos.

## **1. DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA E SUAS PRINCIPAIS TÉCNICAS.**

Para que ocorra a reprodução humana é necessário que tanto a mulher quanto o homem estejam em condições de manter um ciclo reprodutivo completo, ou seja, desenvolver todas as etapas reprodutivas necessárias para obter a fecundação.

Há casos, entretanto, em que nesse processo natural, o ciclo não se completa ocasionando por vezes a incapacidade de procriar. Assim, a reprodução humana assistida surge para solucionar casos de infertilidade e esterilidade conjugal, possibilitando que os casais estéreis ou inférteis venham a ter a satisfação e o desejo de terem filhos.

Essa técnica não cura o que as motivaram, tendo em vista que se mantém a impossibilidade de ter filhos. Também não é todos que alcançam o desejado êxito, podendo ser frustrante a aplicação desta técnica, no sentido de que não necessariamente irão conduzir ao filho tão esperado.

Conforme diz Maria Helena Diniz: “reprodução humana assistida é um conjunto de operações pra unir, artificialmente, os gametas feminino e masculino, dando origem a um ser humano”. (DINIZ, Maria Helena, 2002. p. 475).

Destaca-se que, as técnicas de reprodução assistida se inserem no contexto mais amplo dos cuidados relativos à infertilidade, que, segundo a Organização Mundial de Saúde, é a ausência e a concepção depois de pelo menos dois anos de relações sexuais desprotegidas.

As novas técnicas de Reprodução Humana Assistida é um tema polêmico e atual e deve ser examinado com precaução, pois surgem diversas consequências no Direito de Família, afetando o conceito de família, paternidade, maternidade e o sentido da concepção humana.

Paralelamente, outras consequências refletem deste comportamento, tais como relativos à filiação, aos deveres dos cônjuges e aos motivos para separação e divórcio, além de responsabilidade civil das clínicas especializadas, dos médicos. Quanto às responsabilidades, acrescentem-se aquelas decorrentes da sucessão e dos alimentos. Por isso, ninguém poderá se esquecer de que a dignidade do ser humano, em sua etapa inicial de formação, o direito à vida, à liberdade, à privacidade, devem ser preservadas e respeitadas em sua totalidade.

Dentre as principais técnicas atualmente disponíveis, destaca-se a inseminação artificial, que consiste em transferir, para a cavidade uterina, os espermatozoides previamente recolhidos e processados, com seleção dos mais normais e móveis.

A utilização das técnicas de reprodução assistida foi incorporada por nossa sociedade. Contribuindo para a melhoria da qualidade de vida da saúde de muitas mulheres e homens que encontram nelas a esperança de construir uma família com prole própria.

### 1.1. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL

O vocábulo "inseminação" é definido pelos dicionários como forma de fecundação sem a cópula, pela qual se dá a união do sêmen ao óvulo com técnicas e instrumentos apropriados.

Para SCARPARO, (1991 p-5):

"Do ponto de vista pratico, a fertilização artificial se constitui de um conjunto de técnicas que tem como fim provocar a gestação mediante a substituição ou a facilitação de alguma etapa que se mostre deficiente no processo reprodutivo."

As questões no âmbito jurídico, a respeito do emprego dessa técnica, situam-se, basicamente, no questionamento relativamente à origem do sêmen utilizado, o momento da sua utilização e a necessidade de consentimento de ambos os cônjuges.

É uma técnica que é dividida em duas espécies, sendo elas a espécie homóloga e a heteróloga. A primeira não trás muitas controversas, pois o marido ou companheiro da mulher receptora utiliza o próprio material genético. A segunda é aquela em que abre espaço para a utilização do material genético de um doador. O material provém de doações feitas a bancos de sêmen. Assim, conclui-se que a primeira técnica é um método mais independente, pois o sêmen não necessita de um terceiro.

### 1.2. INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL HETERÓLOGA

Conforme relatado no subtítulo anterior, a inseminação artificial heteróloga ocorre quando ambos os cônjuges não tem condições de contribuir com o material genético para a fecundação e há a participação

de um terceiro doador do esperma, encontrado no banco de sêmen em clínicas especializadas, desde que tenha prévia autorização do marido ou companheiro, para que depois de nascido o filho seja considerado seu com base no art. 1597, inciso V.

Quando as mulheres investem nesta técnica, na maioria das vezes, já vem há certo tempo na tentativa de ter filhos ou quando há casos com risco de transmissão de doenças de origem genética infecciosa.

Atualmente, elas podem escolher um doador com sêmen brasileiro ou estrangeiro. No banco de sêmen brasileiro, não tem muitas opções e as informações são mais restritas. Já no banco internacional a oferta muda, mas também aumentam as exigências.

As mulheres, inclusive muitas brasileiras, opinam por buscar doador nos bancos de sêmen internacionais, por conter disponibilidade de várias informações sobre o doador, começando pelas características físicas. Na ficha do doador tem, além das características físicas, histórico familiar de doenças, signo, fotos da infância e perfil psicológico, tornando assim, a escolha mais completa.

Os doadores de esperma no Brasil não têm lucros pelo ato, à doação é voluntária. A Constituição proíbe a comercialização de sêmen para não gerar um mercado paralelo, como por exemplo, tráfico de órgãos. Mas não há punição, por não constituir crime. Não tem lei específica sobre tal, mas as normas são regradas pelo Conselho Federal de Medicina (CFM).

Em alguns países é permitido que a pessoa gerada da reprodução assistida heteróloga possa ter informações sobre o doador do material genético, desde que atinja a capacidade civil e não tente buscar nenhum vínculo jurídico com o doador. Mas na maioria dos países, assim como no Brasil, é proibido disponibilizar informações de ordem psicológica e a doação deve ser literalmente anônima, objetivando impossibilitar uma futura investigação paterna, e como consequência reivindicação de alimentos ou de herança.

## **2. O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA**

Pode-se entender que o direito ao conhecimento da origem genética é decorrente do disposto art. 227, § 6º da Constituição Federal de 1988, determinando que todos os filhos tenham os mesmos direitos e

qualificações, devendo dar às crianças geradas por reprodução assistida heteróloga o direito de conhecer suas origens.

A Carta Magna não prevê esse direito, apesar de ser fundamental, tendo em conta que o direito ao conhecimento da origem genética é um direito da personalidade.

Como menciona Maria Christina de Almeida:

“[...] toda pessoa necessita saber sua origem – trata-se de uma necessidade humana – e desenvolver sua personalidade a partir da paridade biológica, não se podendo identificar no sistema jurídico brasileiro da atualidade, quando prevê a possibilidade de revelação da origem genética, seja em nível constitucional ou em nível infraconstitucional, um abrigo seguro do anseio de permitir à pessoa a construção de sua própria identidade.”

A Constituição Federal, embora não se tenha uma cláusula geral de proteção aos direitos da personalidade humana, reconhece e tutela este direito através do princípio da dignidade humana, que consiste em uma cláusula geral da concretização da proteção e do desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

Embora o anonimato do doador na inseminação heteróloga tenha a proteção e preservação da pessoa gerada por essa técnica, poderá se tornar inconstitucional quando, no confronto de interesses, for prestigiado em detrimento do direito ao conhecimento da identidade genética.

É imprescindível que o Direito cumpra seu papel com urgência, fornecendo um regramento que possa, ao mesmo tempo, garantir a evolução científica e o respeito aos princípios constitucionais, especialmente, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

## 2.1. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal trás a dignidade da pessoa humana como um direito inerente à personalidade, sendo um princípio fundamental.

Desta forma, o princípio da dignidade da pessoa humana, impõe aos médicos e pesquisadores diante das técnicas de reprodução assistida, que respeitem sempre o ser humano, pois tal procedimento mexe com a vida dos envolvidos nesta situação.

Portanto, não se deve tratar a pessoa como meio de lucro financeiro, tendo em vista que, o procedimento de reprodução assistida é um meio de homens e mulheres atingir o tão esperado momento paternal/maternal, já que não podem ter filhos de modo convencional. Sendo então o embrião um projeto de vida, ele tem sua dignidade merecedora de respeito.

### **3. O DIREITO AO ANONIMATO DO DOADOR DO MATERIA GENÉTICO**

O anonimato do doador é protegido pelo sistema jurídico atual, sua identidade civil é totalmente ocultada, excluindo as responsabilidades ou qualquer ato em relação à paternidade/maternidade.

A Constituição Federal em seu art. 5º, inciso X, dispõe que:

“[...] são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Desta forma, entende-se que, ocorrendo à violação da identidade e intimidade, pode este entrar com ação judicial pleiteando uma indenização por dano moral, decorrente da quebra de sigilo que lhe fora assegurado pelos dispositivos legais e constitucionais, quanto pela Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina.

A Resolução nº 2.013/13 do Conselho Federal de Medicina dispõe que:

“Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. Obrigatoriamente será mantido o sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, bem como dos receptores. Em situações especiais, as informações sobre doadores, por motivação médica, podem ser fornecidas exclusivamente para médicos, resguardando-se a identidade civil do doador.”



Do ponto de vista biológico, paternidade é definida por aquele que contribui com o seu material genético para dar origem a um novo ser humano, podendo ser então, o doador.

Não há conflito na hora de determinar qual dos pais irá assumir as responsabilidades paternas quando se fala em reprodução assistida heteróloga, pois apenas um é pai, o outro é doador.

Atualmente, o próprio Código Civil afasta a ideia de que quem forneceu o material genético é o pai, em seu art. 1.597, nestes termos:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Há muito tempo a paternidade socioafetiva é um grande marco no ordenamento jurídico brasileiro, pois houve uma quebra de paradigmas, ou seja, não pode mais ter designação discriminatória quanto à filiação.

Vale mencionar que, diversos estados norte-americanos não enunciam norma de ordem pública sobre o tema, deixando aos contratantes a livre decisão sobre o sigilo. Cabe ao doador declarar, se permite ou não futura identificação, quando catalogado no banco de sêmen.

Conclui-se então, que a filiação socioafetiva tem garantia legal de que pais e filhos desenvolvam um vínculo afetivo consistente a ponto de

considerarem-se pais e filhos reciprocamente, e formalmente ser considerados como tal, ainda que existente os pais biológicos.

## CONCLUSÃO

Enfim, ao longo do trabalho vimos que a reprodução assistida, sob a espécie heteróloga, tem grande destaque na atualidade pelas controversas que são geradas em diversos campos, destacando-se o ético, moral e jurídico. Envolvendo uma terceira pessoa no processo reprodutivo do casal.

Em razão da evolução do direito de família, o indivíduo gerado por inseminação artificial heteróloga, adere à filiação civil, não sendo filiação biológica, e sim, socioafetiva, podendo em virtude da modernização do direito de família, prevalecer sobre a biológica.

Destaca-se que, em face aos interesses do indivíduo gerada através da inseminação heteróloga, seja possível a relativização do anonimato do doador do material genético, para que esse possa conhecer suas origens genéticas buscando garantir o direito à vida e o livre desenvolvimento da paternidade.

O fato de ter direito ao conhecimento da ascendência biológica, não possibilita que tenha um vínculo afetivo entre pai e filho, nem mesmo, estabelece responsabilidade parental entre o doador e a pessoa gerada.

Diante de tal análise, resta clara a necessidade da criação de legislação que atenta à garantia da pessoa, gerada por meio de técnica de reprodução assistida heteróloga, de conhecer sua origem genética, sem que este fato resulte em qualquer alteração em sua filiação.

## REFERÊNCIAS

**ALMEIDA, Maria Christina de.** Dna e estado de filiação à luz da dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 127.

**ENEIAS M. S.; SILVA, P. A.** Inseminação Artificial Heteróloga: o reconhecimento da origem genética à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <<http://imepac.edu.br>> Acesso em: 18 mai. 2018.

**DINIZ, Maria Helena.** O estado atual do biodireito. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2002. p. 475.

**LEITE, Eduardo de Oliveira. Procriações Artificiais e o Direito.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

Mais brasileiras procuram importar sêmen de bancos internacionais. **Fantástico.** Disponível em: < <http://g1.globo.com> > Acesso em: 30 mai. 2018

**SCARPARO, Monica Sartori.** Fertilização assistida: questão aberta: aspectos científicos e legais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 991. p.189.

**MORALES, Priscila de Castro.** O direito à identidade genética versus o direito ao anonimato do doador do material genético na reprodução assistida. Disponível em: <<http://www.pucrs.br>> Acesso em: 26 mai. 2018.

**REINERT, Josiê.** Aspectos Jurídicos da Maternidade Substituta no Brasil: A sub-rogação de útero. Em: <<https://pesquisandojuridicamente.wordpress.com>> Acesso em: 09 mai. 2018.

**VELOSO, Zeno. Direito Brasileiro da Filiação e Paternidade.** São Paulo: Malheiros, 1997.

**ZARA, Gladys Amadera.** Biotecnologia e direito: esclarecimentos sobre a reprodução assistida. Disponível em: <<https://saudebusiness.com/noticias>> Acesso em: 06 mai. 2018.

NOTA:

[1] Graduação em Direito pelo Centro Universitário de Votuporanga (2004). Especialista em Direito Constitucional pela Unisul/IDP (2007). Especialista em Direito Processual pela Unama (2008). Especialista em Direito do Trabalho e Seguridade Social pelo Centro Universitário Toledo (2012). Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2013). Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera-Uniderp (2015). Mestrado em Ciências Ambientais pela Universidade Brasil. Atualmente é sócio-proprietário de Escritório de Advocacia e Professor Universitário.

## COMENTÁRIOS À TEORIA SIMPLIFICADA DA POSSE

**ANDREZZA ALBUQUERQUE PONTES DE AQUINO CASSIMIRO:** Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) Especialista em Direito Judiciário e Magistratura do Trabalho pela ESMATRA 6. Servidora Pública Federal - TRT da 6ª Região

**RESUMO:** A presente obra, utilizando a metodologia de pesquisas bibliográficas e jurisprudencial, se propõe a realizar uma análise da Teoria Objetiva da Posse de Rudolf von Ihering, internalizada no Código Civil de 2002.

**Palavras-chaves:** **Função social; Posse**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução 2. Análise crítica da obra de Rudolf von Ihering; 3. Aplicação da Teoria Simplificada da Posse no Código Civil de 2002; 4. A função social da posse; 5. Conclusão; 6. Referências

---

### 1. Introdução

Posse e propriedade, apesar de juridicamente serem conceitos distintos, são, no cotidiano leigo, encaradas como certa sinonímia. O presente trabalho, partindo-se desse pressuposto pretende traçar uma evolução do conceito de posse, a partir dos estudos realizados por Rudolf von Ihering em contraponto à teoria de Savigny.

### 2. Resumo Crítico da Obra de Rudolf von Ihering

Inicialmente, Jhering procede a uma comparação crítica quanto à indistinção dos conceitos de posse e propriedade para os leigos, ou melhor, aqueles que não tem acesso pleno ao saber jurídico. No entanto, é inegável que, no plano eminentemente fático, seja possível que estas pessoas reconheçam e diferenciem o proprietário e o simples possuidor.

É, sobretudo, pela análise dos casos concretos que o não-jurista pode, sem muita dificuldade, compreender os fenômenos da posse e da

propriedade, assim como as suas implicações quanto a algumas obrigações atinentes a esta relação.

Quanto a esta parte introdutória da obra de Jhering, Sílvio de Salvo Venosa, assim, explanou:

*Distingue-se o jurista dos demais membros da sociedade pela diferença imediata que ele estabelece entre as noções de posse e propriedade. Isso porque vulgarmente não se estabelecem distinções entre os institutos, sendo vocábulos de uso equivalente. Nesse sentido é comum ouvir dos leigos referências a pessoas de grandes posses, grandes posses imobiliárias, quando a referência é à propriedade e não à posse. No entanto, como expusemos até aqui, mesmo ao leigo a distinção entre posse e propriedade é instintiva e aflui com facilidade até aos espíritos mais toscos.<sup>[1]</sup>*

O autor, inclusive, afirmou que o senso comum denota a posse enquanto poder de fato, antiteticamente à propriedade, que seria um poder de direito. E exatamente pelo proprietário ter o direito sobre o bem, é facultado a ele transferir a posse a outrem. Há, contudo, casos em que a posse é tirada dele à força, sem que haja nenhum ato volitivo ou consensual.

Na primeira hipótese, Jhering denomina de “posse justa” e, por este atributo, o proprietário deve respeitá-la; já na segunda, chamou de “posse injusta” e, contra ela, o proprietário pode intentar uma ação judicial por estar protegido o seu direito de disposição do bem.

Ante o que foi dito, o eminente autor procura destacar o valor do direito de possuir, porque que de nada adiantaria a propriedade se não tiver o sujeito condições de utilizá-la economicamente para atender as suas necessidades. Muito interessante a oração empregada para exprimir tal ideia: “A propriedade sem a posse seria um tesouro sem chave para abri-lo, uma árvore frutífera sem a competente escada para colher os frutos”.

Assim é que, para ele, o valor da posse reside na sua utilização econômica, no sentido de poder extrair dela um verdadeiro proveito, seja ele qual for. A posse, portanto, é um “meio para alcançar um fim”. Por isto, nada mais aceitável que o proprietário tenha o direito à posse.

Ressaltando a importância da posse, cita a reivindicatio do Direito Romano, através da qual o proprietário tem o justo direito de recuperar a posse da coisa de qualquer indivíduo, por meio da força privada, reservando o direito de recorrer a uma instância, na eventualidade de não conseguir reaver a coisa. Com sinonímia entre posse e propriedade, pela simples prova feita pelo proprietário de algum dos modos de aquisição legalmente aceitos, teria ele o direito de ter a posse restituída.

Em Roma, também se pode dizer que houve uma adequação do Direito aos novos casos que despontam no mundo real. Nesta trilha, estendeu-se a reivindicatio a outras pessoas, distintas do proprietário, a quem este teria concedido o direito de posse sobre a coisa (jus in re). Também vale mencionar a situação do *bonae fidei possessor*, ou melhor, aquele que, embora julgue ter adquirido a coisa de modo regular, desconhece obstáculos particulares a impedir o seu direito à propriedade.

Ao final do primeiro tópico, o autor realça a posse enquanto condição e base para o nascimento de certos direitos e o fato de conceder ela mesma a proteção possessória necessária para assegurar o bem.

Inobstante não haja a negativa, pelo autor, da superioridade da propriedade sobre a posse, ressalta que a primeira não poderá nascer sem a segunda, notadamente pelo prestígio da *traditio* nas simples convenções para efeito de transferência de propriedade.

Em outras palavras: um dos requisitos necessários para nascer ao sujeito o direito legítimo à propriedade é a existência de um ato anterior de posse, excetuando-se a aquisição à título de herança ou legado. A perda posterior da posse, no entanto, é incapaz de desconfigurar o direito de propriedade.

Há, neste particular, uma valorização da posse enquanto “ponto de transição momentânea para a propriedade”.

Quanto ao aspecto da temporariedade, ressaltou Jhering os casos atinentes ao usucapião, em que se mostra imprescindível a situação de posse duradoura, além de concorrência de demais condições legais.

O autor destaca a posse como instituição independente, porquanto ela assegura, por si só, o possuidor contra todo e qualquer ataque ao seu bem. Na verdade, esta prerrogativa dada ao possuidor dura até que outro o despoje desta condição com a prova de seu jus possidendi.

No Direito Romano, tal proteção permitia distinguir as espécies de posse: posse juridicamente protegida (ou posse jurídica – civil), a posse juridicamente desprovida de proteção (ou posse natural ou detenção-posse) e a posse viciosa.

Esta última restringia seus efeitos à relação existente entre o possuidor justo e o injusto. Nestes casos, era autorizado o uso da violência, fazendo o verdadeiro possuidor justiça por si mesmo. Isto, inclusive, foi alvo de nota do autor, para quem a legitimidade da justiça privada, admitida pelos romanos, não merece mais guarida nos modernos tempos, em virtude da necessidade proeminente de submeter as controvérsias à apreciação judicial.

Para Jhering, só o possuidor jurídico (civil) tem o privilégio de empregar a violência para fazer justiça, sendo isto defeso ao possuidor natural.

No quarto capítulo de sua obra, para definir a intrínseca relação entre posse e propriedade, Jhering definiu: “onde a propriedade não é possível, objetiva ou subjetivamente, a posse também não o é”.

É, sem sombra de dúvida, de causar certa perplexidade a declaração do autor acerca da situação em que alguém se apodera injustamente da posse de uma coisa, mediante violência, por exemplo, e, obtém a posse de um direito, ao passo que o sujeito que obteve de modo justo não merece proteção.

O autor também menciona relações de posse derivada, ou seja, aquelas em que o proprietário, através de contrato, permite que outrem fique com a posse da coisa, sob a condição de restituí-la posteriormente.

Nesta hipótese, o sujeito não tem posse própria, mas tão-somente o exercício da posse alheia. Para o autor, isto decorre de uma ficção jurídica, pois para que haja posse, em Roma, “é preciso que na pessoa do possuidor exista a mesma vontade que na do proprietário (animus domini)”.

Jhering, nesta parte de sua obra, também passa a explicitar a mera detenção, destacando a falta de proteção possessória ao mero detentor, pois estaria a salvo o direito do proprietário, nos casos de arrendamento, de livrar-se a todo momento de um colono inquilino desagradável, por ter este último uma invencível dependência quanto ao primeiro.

No que se refere à razão legislativa em relação à este instituto, o brilhante autor sustenta que enquanto é negada a proteção possessória ao colono e ao inquilino, o direito Romano cuida em reconhecê-la ao possuidor injusto.

Para explicar isto, Savigny creditava ao interesse na manutenção da paz e da ordem pública. Em contraponto, Jhering entende que a proteção possessória “foi instituída com o fim de aliviar e facilitar a proteção da propriedade”, concluindo igualmente que atentar contra a relação possessória é lesar a própria personalidade.

Procede mais uma vez a uma comparação entre os dois fenômenos ao asseverar que “a posse é a exterioridade, a visibilidade da propriedade” e o possuidor é o proprietário presuntivo.

Da mesma maneira diz que é inevitável o fato de a proteção possessória pode beneficiar o não-proprietário, porque o fim principal é facilitar a posse da propriedade.

No que pertine às ações para reaver a coisa ou garantir a sua manutenção, justifica a divisão através das possessórias (Interdicta possessoria) e o petitório (petitorium iudicium). Na primeira, a facilidade da prova – ante a exterioridade da posse -, pode proteger aqueles que não



tem direito a ela, por ter obtido mediante violência, por exemplo. Esta seria uma consequência legislativa desagradável e, por isto mesmo, resguarda-se o direito do justo proprietário, através do juízo petitorio.

Dizendo de outra forma: a proteção possessória foi introduzida para o possuidor, pela possibilidade de este provar o seu status de maneira mais simples. Contudo, o proprietário tem, por meio da ação petitoria, a segurança quanto ao seu direito em relação à coisa, ou melhor, "a decisão do possessório não prejudica a do petitorio".

No capítulo cujo título é "a posse é um direito", Jhering remonta ao debate quanto à natureza da posse. O autor opina por constituir ela um direito de uma espécie particular. E exemplifica este posicionamento doutrinário dominante, a partir da sucumbência do possuidor em face do proprietário reivindicante; desta maneira, "o puro fato desaparece perante o direito".

No plano eminentemente teórico, o eminente jurista procura estabelecer uma sinonímia entre a posse e os interesses juridicamente protegidos. Quanto à crítica feita por Kuntze de que um direito pode não ter o menor interesse para o possuidor e, ainda assim, ser alvo de proteção jurídica, Jhering respondeu que fez referência ao interesse abstrato, que diz respeito à elaboração da norma jurídica pelos legisladores, a variar a depender do referencial espacial e temporal observados.

O autor, portanto, refuta a importância do interesse concreto para a fixação da tese geral, tendo em vista que, embora tenha nascido o direito, o sujeito é quem deve analisar, pelas particulares do caso, a sua vontade de fazer valer o seu direito contra o réu ou terceiros. Em suma, o interesse não é objeto de prova para fazer nascer o direito: este independe do interesse.

E exatamente pelo elemento formal, qual seja, a proteção jurídica, a posse é um direito. Isto fica patente porque a lei permitiu ao possuidor o direito de assegurar uma situação de fato (posse) por meio de ação. Se desprovida deste elemento, constituiria a posse, apenas uma relação de puro fato.

Assim é por causa da incidência de norma jurídica a tutelar situação de fato por meio de ação especial e atribuir a ela conseqüências jurídicas de ordem prática é que se tem o direito. Corrobora sua explicação, ao constatar que “não há um só direito que não pressuponha um fato gerador de direitos”.

Quanto às implicações disto, Jhering sentencia: na posse, a manutenção do fato é condição do direito à proteção. Em sua concepção, o possuidor só tem direito enquanto ou quando possui certa coisa; é o fato, portanto, condição permanente, devendo ser provado ao tempo presente.

A posse enquadra-se, na concepção de Jhering, no direito das coisas, por denotar a relação imediata da pessoa com a coisa e, especialmente, por constituir um complemento da proteção da propriedade. É, assim, desmembramento desta, sendo, porém, bem menos extenso, ante a necessidade de facilitar a sua prova para a concessão da proteção possessória.

No capítulo oitavo, inicialmente, o autor procurou identificar aquilo que propugna a teoria dominante: para eles, a simples proximidade da pessoa em relação à coisa não tem a aptidão para criar a posse, sendo necessário um ato de vontade (animus) da pessoa dirigido a este fim (ato de apreensão). Na ausência deste requisito, ter-se-ia apenas uma posse natural, ou melhor, uma mera detenção.

Na opinião do autor, no entanto, o grande marco diferencial entre estes dois tipos de posse não está na simples declaração de vontade, mas no poder de disposição do sujeito sobre a coisa.

É de se destacar o conceito levado a cabo pelos juristas romanos de corpus. Explicam que isto representa a relação exterior da pessoa com a coisa mediante a apreensão, é exatamente o poder físico sobre a coisa.

De acordo com Jhering, tal conceituação é equivocada, porque “deu um valor absoluto a um ponto de vista que é de verdade relativa. Para ele, a posse não se resume ao poder físico, mas decorre da exterioridade da propriedade. E, com o intuito de tornar viável o seu uso econômico no

atendimento das necessidades humanas é que a posse se encontra tutelada pelo direito.

Pelos argumentos expostos, divide a relação possessória em duas formas, em conformidade com o destino econômico do objeto em foco: na primeira está a relação de poder físico sobre coisa que se pode guardar e defender, já na segunda, não há relação de poder, porquanto as coisas são livres e abertas.

A divisão e exemplificação elaboradas pelo autor procuram auxiliar na identificação de terceiros acerca da existência ou não de posse. Cita, neste particular, caso de abandono da posse ou a sua perda voluntária, quando o possuidor não diligencia no sentido de recobrar-se da posse, perdendo-a para terceiros, por uma perturbação normal. Há também a hipótese de perda da posse contra a sua vontade, quando o possuidor não logra êxito nas diligências efetuadas.

Reputo bastante elucidativa a diferença estabelecida entre a perturbação e a ameaça à posse, que se reflete perfeitamente nas ações possessórias que deverão ser manejadas judicialmente, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio.

Jhering ressalta, mais uma vez, quanto à posse de direitos:

- 1) a decisão no possessório não prejudica o petitório;
- 2) a proteção da posse se dá em virtude de um estado de fato que pode ter por base o exercício ou a exterioridade de um direito;
- 3) onde não há propriedade não pode haver posse (“onde não há direito, não pode haver posse de direito”).

Consoante se pode deduzir de suas afirmações, a proteção possessória requer a possibilidade do direito e a exterioridade de seu exercício. Assim, pode despontar, no caso concreto, situações inevitáveis quanto a sua ocorrência, a exemplo da proteção possessória àquele que não tem direito.

Jhering afirma ainda que sua teoria, ao contrário da ciência romanista, conseguiu definir uma noção genérica válida para as duas espécies (posse das coisas e dos direitos) compreendidas pelo gênero posse. Resumindo: “a posse das coisas é a exterioridade da propriedade; a dos direitos é a exterioridade dos direitos sobre a coisa alheia”.

Assim, a lei concede a proteção jurídica à realidade, o gozo e o exercício do direito, devido ao fato de que estas circunstâncias, na maioria dos casos, coincidem com o direito de propriedade. Por isto, julgou inoportuna a teoria de Savigny por não ter protegido esta exterioridade do direito na posse.

### **3. A aplicação da Teoria Simplificada da posse no Código Civil de 2002**

Quando o tema em foco diz respeito ao fenômeno possessório, dois teóricos se destacam, pela notoriedade conquistada no mundo jurídico, são eles: Savigny e Rudolf Von Jhering.

Deve-se dizer, neste íterim, que ao exigir o elemento subjetivo (*animus domini*), a Teoria de Savigny dificultava a configuração da posse. Embora Jhering tenha utilizado tal obra como parâmetro para os seus estudos, considerou importar apenas o elemento objetivo, enquanto poder fático sobre a coisa, denominando-lhe “*corpus*”.

Na concepção deste último autor, possuidor é aquele que exerce poder imediato sobre a coisa e que dá visibilidade ao direito de propriedade. É de observar o recorrente uso do conceito de propriedade para explicar a posse, até porque, na maioria das vezes, confunde-se na mesma pessoa as figuras de possuidor e proprietário.

No particular, merece transcrição sobre o embate entre as duas teorias este importante julgado, de cuja ementa se extrai a seguinte dicção:

*CIVIL. PROCESSO CIVIL. USUCAPIÃO. BEM PENHORADO. EXECUÇÃO FISCAL. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO DE EXECUÇÃO. INSUBSISTÊNCIA DA PENHORA.*

1. O credor adquire, pela penhora, direito de preferência sobre bem objeto da constrição (CPC, art. 612) que é o de se fazer pagar pelo produto da venda dos bens penhorados antes dos demais credores.

2. A penhora não torna o bem inalienável, apenas a venda - válida para o vendedor e o comprador - é ineficaz em relação ao credor que remanesce com o direito de preferência, pois o gravame acompanha o bem vendido.

3. A doutrina é majoritária acerca da natureza declaratória da sentença em ação de usucapião, porque ela apenas declara uma situação pré-existente - a posse mansa e pacífica do bem com **animus domini** durante certo tempo - ensejando aquisição originária de propriedade em que, na lição de Silvio Rodrigues, "não há qualquer relação jurídica de causalidade entre o domínio atual e o estado jurídico anterior" (Direito Civil - direito das coisas, Saraiva, vol. 5, 19ª ed., 1991, p. 90).

4. Dessarte, nenhuma relação ou sucessão existe entre o perdente do direito de propriedade, e o que a adquire pelo usucapião. Com este, simplesmente extingue-se o domínio do anterior proprietário, bem como os direitos reais que tiver ele constituído, e sem embargo de quaisquer limitações a seu dispor.

5. A incidência de penhora em execução fiscal sobre imóvel usucapiendo não o faz pertencer no domínio público, pois a sentença, na ação de usucapião, é meramente declaratória da existência do direito do possuidor que se tornou proprietário pelo decurso do tempo do prazo prescricional aquisitivo, portanto, meramente declaratória de um direito já adquirido.

6. Na ação de usucapião de imóvel que está penhorado em execução fiscal, a procedência da ação -

*como é a espécie - extingue a garantia da execução fiscal simplesmente.*

***7. Para Savigny são dois os elementos da posse: o corpus, representado pelo poder físico sobre a coisa possuída e o animus domini, elemento intelectual consistente na vontade de ser dono da coisa possuída. Em sentido contrário Jhering entende que o corpus e o animus estão ligados entre si. A posse é a exteriorização do pleno exercício da propriedade, ou seja, não basta a intenção subjetiva do agente de possuir a coisa como própria, mas a forma como o poder fático do agente sobre a coisa se revela ao mundo exterior.***

***8. O legislador brasileiro optou pela teoria objetiva de Jhering, conforme disciplina do art. 485 do CC: "Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno, ou não, de algum dos poderes inerentes ao domínio, ou propriedade".***

*9. Para obtenção da procedência da ação de usucapião extraordinário, mister se faz a observância dos seguintes requisitos: a) posse (sem oposição) mansa e pacificamente; b) tempo (decorso de vinte anos); c) animus domini (intenção de ter a coisa como dono); d) objeto hábil, caso em que a prova produzida é favorável ao autor.*

*10. Incomprovada existência de comodato formal ou verbal.*

*11. A parte requerida não comprovou a existência de fato modificativo ou extintivo do direito dos autores, a teor do art. 333, II, do CPC.*

*12. Apelação e remessa oficial improvidas.*

*(TRF da 4ª Região, Apelação Cível n.º 1998.04.01.077211-2/RS, Relator o Desembargador Federal Alcides Vettorazzi, Quarta Turma, unânime, julgado em 27.03.2001, publicado em 06.06.2001)*

A posse é, sobretudo, o fato que permite e possibilita o exercício do direito de propriedade. Afinal, quem não tem a posse não pode utilizar-se da coisa, com autonomia; por isto, é protegido esse estado de aparência. E o ordenamento prefere proteger sempre e com maior celeridade e eficácia o que detém o aspecto externo da propriedade, a investigar em cada caso, e demoradamente, o título de proprietário e senhor.

Desta maneira, para Jhering, teria o corpus quem detivesse, de forma plena ou não, o exercício de uma das faculdades inerentes à propriedade. Em nosso Código Civil de 2002, esta tese ficou estampada no art. 1.196 combinado com o art. 1.228, que dispõe sobre a propriedade. Confira-se:

*Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.*

*Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.*

É de se concluir pela simples interpretação dos artigos supramencionadas que ao possuidor é assegurado o direito de usar, gozar, dispor e reaver a coisa do poder de quem a injustamente a possua ou detenha. E exatamente por estes motivos, tem ele o direito de autotutela da posse, ou seja, pode intentar ações possessórias, na eventualidade de violação do seu direito.

Nesta trilha:

*AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE - DOMÍNIO -  
DISCUSSÃO - DESCABIMENTO - COMPROVAÇÃO DO  
EXERCÍCIO DA POSSE ANTERIOR PELOS AUTORES E DA*

*OCORRÊNCIA DE ESBULHO - CONCESSÃO DA TUTELA POSSESSÓRIA PLEITEADA.*

*O ordenamento jurídico assegura ao possuidor diversas formas para a proteção da sua posse, entre as quais se pode citar o manejo dos **interditos possessórios**. A proteção possessória, em regra, somente deve ser concedida na hipótese de se comprovar a posse, a qual deve ser compreendida como o exercício de fato, pleno ou não, de alguns dos poderes inerentes à propriedade, conforme a **teoria objetiva de Ihering**, esposada pelo direito brasileiro.*

(TJMG, Processo n.º 1.0686.08.214411-0/001, Relator Elpídio Donizetti, julgado em 09.12.2008, publicado em 18.12.2008)

Além disto, tem o possuidor o direito a ser indenizado pelos frutos e benfeitorias que colher ou realizar durante a posse; e só a ele é franqueada a possibilidade de usucapir, a partir da posse mansa, tranqüila, pacífica e o decurso de determinado lapso temporal.

Neste particular, também se deve evidenciar, neste presente trabalho, as inúmeras vantagens advindas com a adoção parcial pelo nosso ordenamento jurídico pátrio da Teoria Objetiva. Explicitemo-nas.

A primeira já foi dita no início deste tópico: é inegável o grande mérito de ter facilitado a conceituação de possuidor, tendo em vista a exigência apenas do corpus.

Em segundo lugar, diz-se que a Teoria de Jhering admite que duas pessoas sejam consideradas possuidoras, quando só uma delas ocupa, de fato, a coisa. Em outras palavras: permite o desdobramento da posse (posses paralelas). Isto é decorrência de uma instituição de direito real ou relação jurídica obrigacional, em que um sujeito ocupa a coisa e o outro, por uma ficção jurídica, é tido como possuidor indireto, em virtude de não exercer diretamente poder sobre a coisa.



O grande exemplo disto, no nosso direito, é o contrato de locação. Nele, o locador tem o poder imediato sobre a coisa, podendo dela fruir e gozar; enquanto o locador, por ser possuidor indireto, não está de forma imediata sobre a coisa, conservando consigo, no entanto, a faculdade dela dispor, quando, por exemplo, percebe os frutos (aluguéis) da coisa.

Para Jhering, tanto o possuidor direto quanto o indireto terão direito aos efeitos possessórios, notadamente através da autotutela e das ações possessórias, contra terceiros que, eventualmente, venham a turbar ou esbulhar a posse.

Destaco aqui, por breve comentário, que esta autotutela foi, nos seus moldes, bastante restringida, sendo admissível o emprego de meios proporcionais e necessários para combater a violência. Nos dias atuais, portanto, a autotutela é muito mais defensiva do que o contra-ataque, região do “vale tudo”, recorrente em tempos remotos.

Esse desdobramento da posse só é possível vislumbrar a partir do desenvolvimento da Teoria Simplificada da Posse, tendo em vista que para Savigny possuidor seria aquele que tem o animus de ser dono.

Ora, não é razoável negar ao locatário a defesa da posse e a própria legitimidade para ingressar judicialmente com as ações possessórias unicamente porque ele não teria o ânimo de se tornar dono, mas tão-somente de permanecer na posse daquele bem por determinado tempo.

De acordo com o art. 1.197 do CC/02, é possível fazer considerações sobre o desdobramento da posse paralela.

- 1) A posse paralela obtida é sempre temporária, porque a lei presume que o proprietário, em algum momento, vai querer reaver a coisa, ainda que não tenha sido estabelecido prazo. Isto é pura decorrência do direito obrigacional ou real instituído pelo proprietário.
- 2) A posse direta é subordinada, ou seja, os poderes exercidos pelo possuidor direto estão delimitados pelo possuidor indireto.

- 3) É cabível ação possessória do possuidor direto contra o indireto e vice-versa, isto porque ambos terão direito aos efeitos possessórios. Deste modo, por exemplo, o locatário pode intentar judicialmente uma ação de manutenção de posse para impedir eventuais turbações imputadas ao locador. Igualmente, no contrato de comodato, o proprietário do bem infungível pode propor ação de reintegração de posse, acaso o objeto não tenha sido devolvido após o término do prazo.

Outro ponto de bastante relevo na obra de Jhering e que tem importantes reflexos, principalmente para o caso concreto, diz respeito à distinção entre posse e a mera detenção. Ambos possuem o *corpus*, sem, contudo, possuírem o *animus domini*; no entanto, existirão casos em que a ocupação não induzirá a posse e, para estes, Jhering afirma que será detentor aquele que a lei assim designar. Isto porque a lei preocupada em não dar a estes sujeitos os efeitos possessórios, desqualifica para a simples detenção.

Em suma: detenção é a posse juridicamente desqualificada.

*Art. 1.198. Considera-se detentor aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas.*

*Parágrafo único. Aquele que começou a comportar-se do modo como prescreve este artigo, em relação ao bem e à outra pessoa, presume-se detentor, até que prove o contrário.*

Vale mencionar, aqui, os casos em que a legislação pátria estabeleceu como detenção, no referido art. 1.198, do Código Civil:

1) Servidor da posse alheia ou fâmulos: É aquele que apresenta uma relação de dependência para outra pessoa, conversando em nome dela a posse. O fâmulos é instrumento da vontade alheia, porquanto não exerce a posse no seu próprio interesse (detenção desinteressada). Nestes casos, deve haver um vínculo de subordinação, mas não precisa de contrato formal de trabalho para a sua configuração, podendo o vínculo ser informal.

Disto decorre que não precisa haver necessariamente algum tipo de remuneração.

O que se exige, basicamente, é que o detentor se encontre sob as ordens de outra pessoa. Em virtude desta subordinação, o fâmulos não pode utilizar a ação possessória para proteger bem alheio. Embora pela literalidade do Código Civil não seja admitido, a doutrina majoritária entende que ao detentor é facultado exercer a autotutela ou autoexecutoriedade da posse.

2) Atos de permissão ou tolerância: A permissão advém, normalmente, não de um contrato, mas de uma deliberação unilateral por parte do possuidor. Considerando-se, sempre, a instituição do direito potestativo do possuidor/proprietário de criar, modificar ou extinguir direitos, alterando a situação jurídica de outrem. O detentor está, em face de um ato de permissão, em estado de sujeição e o possuidor terá direito, a qualquer tempo, de reverter a situação vigente.

A tolerância, contudo, a autorização é tácita, isto é, o detentor passa a utilizar bem de outrem, sendo que este, embora saiba do fato, tolera, sem emitir qualquer manifestação de vontade.

Interessante ressaltar, neste íterim, importante julgado do Superior Tribunal de Justiça. Nos autos, constava a narrativa de um sujeito que ocupava área comum de condomínio edilício há mais de 20 anos, tendo obtido autorização para isto (ato de permissão). No entanto, novo síndico decide retirá-lo de lá e reintegrar a área comum. Ora, evidentemente não há que se mencionar sequer o direito a usucapir, ante o fato de inexistir posse, mas mera detenção.

Surpreendentemente, o STJ decidiu aplicar ao caso a Teoria da Supressio, baseada na boa-fé da parte ocupante e pela inércia do condomínio, por longo período. Em outras palavras: O condômino ocupante da área comum nutria legítima expectativa com justificativa na confiança de que o direito não mais seria exercido.

3) Atos violentos ou clandestinos (art. 1.208): Enquanto não cessar a violência ou clandestinidade, não há posse, mas mera detenção; conquanto o possuidor verdadeiro ainda busque retomar a sua posse.

4) A atuação em bens insuscetíveis de posse: Os grandes exemplos referem-se aos bens comum do povo (praia, estradas, etc.) e os bens de uso especial (aqueles que se encontram afetados à destinação pública). No entanto, os bens dominicais, ou seja, aqueles que o poder público tem aos moldes do particular, podem ser possuídos. No entanto, nesta última modalidade não há posse *ad usucapionem*, mas *ad interdicta*, visto que os bens públicos são insuscetíveis de usucapião, por expressa vedação constitucional. Ressalte-se que a posse *ad interdicta* para os bens dominicais autorizam o manejo de interditos possessórios, inclusive, contra o próprio ente federativo.

No que tange à utilização das ações possessórias para dirimir eventuais conflitos não inibe nem prejudica o âmbito petitório, consoante já dito alhures, por ocasião da resenha crítica da obra de Jhering. Explico.

Enquanto os juízos possessórios (interditos) baseiam-se exclusivamente na questão da posse, as denominadas ações petitórias (*petitorium iudicium*) tratam com exclusividade do direito de propriedade. No caso concreto, pode o mau possuidor vencer, por exemplo, em um interdito possessório. A sua vitória, entretanto, não faz coisa julgada para o verdadeiro proprietário em uma ação petitória ou outro direito real para reaver a coisa, exercendo o direito de seqüela. Preciosa a lição de Venosa sobre tal assunto:

*Essa proteção temporária conferida ao possuidor é risco assumido pelo ordenamento, como vimos, em prol da adequação social. Surge, no dizer de Jhering, “como um resultado não querido, mas inevitável”.*

Também foi adotado pela doutrina pátria o sentido de utilidade, ou melhor, a posse como instrumento útil para possibilitar a utilização econômica do bem; raciocínio semelhante foi também proposto por Jhering na sua obra ora em comento, como visto na primeira parte deste trabalho.

Muito embora Jhering tenha fundamentado a sua teoria no corpus, ou seja, na relação material do homem com a coisa, também previu que, em algumas situações, não haveria esta mera apreensão física da coisa, porquanto a posse não se resume ao poder físico, mas decorre da exterioridade da propriedade.

Com a complexificação social, o entendimento do referido autor passou a fazer grande sentido, visto que, para a configuração da posse, não é mais imprescindível o permanente contato físico com o objeto, nem a observação constante ou a fiscalização permanente do titular. Sobre isto, Manuel Rodrigues:

*Basta qualquer ato externo que denuncie um poder de fato, um poder de supremacia duradouro sobre a coisa. A natureza deste e casos de realização, estão dependentes da natureza do objeto possuído e da forma como costuma ser exercido.* [2]

Quanto ao tema da aquisição da posse, o Código Civil de 2002, ao contrário do Código anterior, passou a contemplar de modo muito mais direto o que propugna a Teoria Simplificada da Posse. De acordo com Jhering, a aquisição da posse resulta apenas da circunstância de ser fixada uma exteriorização da propriedade; assim, existirá a posse sempre que for possível evidenciar esta situação de fato. Baseando-se nestes ensinamentos, nosso legislador, oportunamente, dispôs no art. 1.204, do CC/02:

*Art. 1.204: Adquire-se a posse desde o momento em que se torna possível o exercício, em nome próprio, de qualquer dos poderes inerentes à propriedade.*

Por fim, vale colacionar importante julgado do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, a comentar sobre a não-adoção plena da Teoria Simplificada da Posse pelo nosso ordenamento jurídico. *Verbis*:

*PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE. CONCEITUAÇÃO E CARACTERIZAÇÃO DA POSSE. PRESENÇA DE PROVAS*

*SUFICIENTES DA POSSE DA ÁREA EM LITÍGIO POR PARTE DA AGRAVADA. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO DE DOMÍNIO EM SEDE DE POSSESSÓRIA.*

***I- A conceituação da posse não depende, exclusivamente, do uso econômico da coisa, nem tampouco da simples exteriorização do domínio, uma vez que o Código Civil brasileiro não açambarcou, de forma exclusiva, a teoria de Von Ihering, tendo recebido decisiva influência, não apenas do direito romano, mas também do direito germânico.***

*II- As provas colhidas nos autos da ação de manutenção de posse são suficientes para caracterizar a posse da agravada na área em litígio. Da mesma forma, a agravada, ao contrário da agravante, logrou apresentar título registrado em Cartório de Registro de Imóveis que descreve "corpo certo, com precisa coincidência do perímetro com o respectivo memorial descritivo efetivado pela empresa municipal de urbanização do município."*

*III- Alegações de vícios no processo de alienação do imóvel não têm o condão de influenciar na demarcação do mesmo, já efetivada, e sim em sua propriedade, discussão que refoge ao âmbito das ações possessórias.*

*IV- Agravo a que se nega provimento.*

(TRF da 1ª Região, Agravo de Instrumento n.º 200101000317479, Relatora a Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, unânime, julgado em 13.05.2002, publicado em 01.07.2002)

#### **4. A função social da posse**

A análise que será feita neste tópico vai demonstrar a necessidade de aperfeiçoamento da compreensão acerca de alguns institutos e de se

avançar na Teoria de Jhering, ante a própria complexificação do fenômeno social.

Percebe-se, hodiernamente, que o progresso técnico e científico vislumbrado por toda a sociedade tem a característica marcante de possibilitar que os pontos de vista já firmados sejam sempre revistos, para se tornarem mais adequados frente a esta nova situação. Há, assim, uma constante renovação dos próprios paradigmas jurídicos, para que se atenda às expectativas de uma justiça no caso concreto e aos novos conceitos que afloram em uma sociedade.

Esta dinamicidade é inerente ao próprio Estado Democrático de Direito, em que há uma perspectiva plural e aberta, ou seja, a organização normativa e jurídica deve estar aberta às mudanças necessárias e compatíveis com o progresso vivenciado por uma comunidade, exatamente para que não haja um hiato entre a Constituição e a realidade social. É exatamente para que a Constituição não seja uma mera folha de papel, como afirmava Ferdinand Lassalle, que ela deve se adequar aos fenômenos sociais e positivá-los, para que não corra o risco de deixar de ser cumprida, pois destoante do seu tempo; a mesma preocupação deve-se ter em relação à elaboração e cumprimento da legislação ordinária.

Exatamente a partir deste ponto deve-se ressaltar a perspectiva neoconstitucionalista, acerca das transformações ocorridas no Brasil e no mundo sob a ótica do Direito Constitucional.

Observa-se que a Constituição de 1988 transformou-se, portanto, em um novo paradigma, no sentido de ser aquilo perfilhado pelos homens de uma sociedade, o desejo intrínseco dos mesmos na concretização de certos valores constitucionais.

Neste marco histórico do Direito Constitucional brasileiro, com a edição da Constituição Federal de 1988, houve grande aproximação com as idéias de democracia, não só no sentido de um governo de todos, mas também como a instituição de princípios e garantias inerentes ao próprio exercício das liberdades humanas.

Assim, ao analisar a evolução histórica do processo constitucional, verifica-se uma fase em que há ampla e irrestrita autonomia da vontade, um Estado mínimo, nos moldes liberais e burgueses, com vistas à manutenção de um antigo regime e do status quo na sociedade.

Com a verificação posterior da impossibilidade de perpetuação destas desigualdades, principalmente materiais, as novas Constituições e modelos constitucionais surgidos, posteriormente, teriam como objetivo a instituição de normas programáticas e de defesa dos indivíduos frente ao industrialismo crescente e a tutela de diversos segmentos de forma específica, a observar os princípios da boa-fé, nas relações jurídicas e a própria função social destes institutos, diante de uma cultura extremamente massificada.

Nesta ótica, despontou o denominado “Direito Civil Constitucionalizado”. A partir de então, o grande centro das preocupações não é mais a propriedade, mas o ser humano e sua especial dignidade (art. 1º, III, da CF/88).

Sob este novo pálio, a posse deixou de ser apenas uma das faculdades inerentes ao domínio e adquiriu o verdadeiro status de instrumento de concessão de direitos ao possuidor e a preservação de sua própria dignidade.

A propriedade e porque não dizer, a posse, sem função social é o mesmo que exercício abusivo de direito.

Em situações bem cotidianas, é possível visualizar situações em que o proprietário não concede a devida função social e o possuidor é quem o faz, instaurando-se, assim, provável conflito de interesse. De acordo com o Código Civil de 1916, de visão extremamente individualista e patrimonialista, influenciado pelo liberalismo, o proprietário, no exemplo dado neste parágrafo, seria o grande vencedor.

Enquanto isto, ante o Código Civil de 2002, passou-se a entender que os direitos e garantias fundamentais também se aplicam nas relações interpessoais, pela eficácia horizontal destes direitos. Nestes moldes, o



possuidor venceria, acaso houvesse algum conflito de interesse, pelo simples fato de exercer o desiderato da função social.

Isto se explica pelo fato de que as normas de direito civil devem ser lidas conforme a Constituição de 1988, a partir de uma verdadeira releitura semântica e uma interpretação eminentemente sistemática de nosso ordenamento jurídico.

Não obstante, é inegável que o Código Civil também trabalhou com esta noção de função social da posse, notadamente através do seu art. 1.228, § 4º e 5º. Considera-se, então, que a legislação ordinária vai ajudar na concretude dos fatos, quando foi ou não cumprida a função social.

Neste artigo, diz-se que é possível ao proprietário intentar ação reivindicatória. Esta é indeferida no seu mérito, quando no pólo passivo estiverem os possuidores que ocupam, de forma pacífica e interrupta, por 5 anos, imóvel de extensa área e operarem, neste, obras de interesse social e econômico relevantes. Tais possuidores poderão no curso da ação reivindicatória fazer pedido contraposto, para que ao indeferir a ação principal, seja fixada justa indenização a ser paga pelos possuidores para que eles se tornem proprietários do imóvel.

Ora, embora seja bastante semelhante, isto não configura o usucapião, porquanto os possuidores através da defesa buscarão adquirir a propriedade, mediante indenização ao antigo proprietário desidioso.

Este instituto, na verdade, é próximo à desapropriação judicial no interesse privado. Quem vai desapropriar, portanto, é o Estado, através do Judiciário, no interesse público secundário, em benefício da coletividade e dos possuidores. Como é possível ver, trata-se de uma desapropriação judicial invertida com o intuito de compatibilizar o direito da propriedade e o direito fundamental daquele possuidor (posse enriquecida com a função social).

Quanto à possível inconstitucionalidade do art. 1.228, § 4º e 5º, a doutrina majoritária passou a entender que o legislador ordinário estaria autorizado a criar formas outras de desapropriação.

Veja-se, neste diapasão, o que dispõe os referidos artigos:

*Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.*

*§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.*

*§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.*

*§ 3º 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.*

*§ 4º 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, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.*

*§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.*

Cumpra-se observar que não se admite que o magistrado conheça de ofício os requisitos expostos no parágrafo quarto, pelo fato que isto se encontra na esfera de disponibilidade das partes, já que as mesmas podem optar pela usucapião coletiva, sem indenização alguma a ser paga. A atividade judicial, porém, está longe de ser passiva, tendo em vista a presença de conceitos jurídicos indeterminados (a exemplo, da expressão

“extensa área”); a exigir a complementação do sentido da norma para preencher a vagueza semântica.

Em relação aos bens dominicais, a doutrina firmou a convicção de que também se aplica para eles a desapropriação judicial, ainda que não caiba usucapião. Neste caso, o ente federativo tem o direito de exigir o pagamento de justa indenização para recompor o seu patrimônio público.

O que foi dito acima está em consonância com o Enunciado n.º 304, do Conselho da Justiça Federal, que determina:

*304: Art. 1.228. São aplicáveis as disposições dos §§ 4º e 5º do art. 1.228 do Código Civil às ações reivindicatórias relativas a bens públicos dominicais, mantido, parcialmente, o Enunciado 83 da I Jornada de Direito Civil, no que concerne às demais classificações dos bens públicos.*

Uma última questão muito pertinente no que diz respeito aos novos balizamentos sobre a aplicabilidade da função social para o instituto da posse é a possibilidade de redução em cinco anos dos prazos previstos para a aquisição da propriedade, através do usucapião ordinário e extraordinário. Para isto, é necessário que o possuidor comprove, de alguma maneira, o pleno e efetivo exercício da função social na posse.

Costuma-se denominar tal mecanismo de posse trabalho ou posse qualificada pela função social. Isto encontra respaldo nos arts. 1.238, parágrafo único e 1.242 do Código Civil de 2002. Confira-se:

*Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.*

*Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido*

*no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.*

*Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.*

*Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.*

## **5. Conclusão**

Diante do exposto ao longo deste trabalho, vê-se a importância, de acordo com uma nova perspectiva neoconstitucionalista, de fazer uma releitura dos diversos institutos organizados na legislação ordinária à luz dos ditames estabelecidos em nossa Carta Magna.

Uma decorrência lógica do que foi dito no parágrafo anterior é a superação de algumas das perspectivas previstas por Jhering, à exemplo da adoção da função social da posse.

Esta função social também foi contemplada implicitamente pelo nosso Código Civil. É o caso da posse-trabalho, em que é autoriza-se a aquisição da propriedade mediante o pagamento de justa indenização aos possuidores de extensa área que utilizam o imóvel com o intuito de moradia ou realizam obras e investimento de caráter produtivo, com relevante caráter social e econômico.

Em nosso ordenamento, esta noção ganha ainda mais relevo com o crescimento dos direitos fundamentais prestacionais. Nesta ótica, busca-se assegurar a solidariedade social, com a proposta de erradicação da pobreza e, notadamente, a proteção do direito à moradia. Tudo isto é, notoriamente, indissociável da necessidade maior de preservar a própria dignidade humana.

Não obstante tais comentários, é inegável a importância deste autor no delinear da posse, notadamente quando os estudos sobre ela ainda eram muito incipientes. A própria noção do corpus, enquanto disposição física da coisa pelo possuidor ou a mera possibilidade de exercer este contato, ainda é muito discutida doutrinariamente, além de ser adotada fartamente pela nossa jurisprudência, como verificado nos tópicos anteriores.

Quanto ao animus domini, embora a Teoria Simplificada da Posse seja considerada eminentemente objetivista, alguns doutrinadores afirmam o autor o encarava isto como um tipo abstrato, que a própria lei vinculava ao título que dava causa à posse.

Ao final, destaco a concepção de Jhering da posse enquanto exterioridade da propriedade e, conseqüentemente, por ser aparência de um direito, é digna de proteção rápida e avançada contra qualquer ato que a ameace, através dos interditos possessórios.

## **6. Referências**

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. Direitos reais. 12.ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. V.5. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. v. IV. 24. ed. Rio de Janeiro: GEN/Forense, 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das coisas. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES,, Manuel. A posse. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1981

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direitos Reais. 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2010

WALD, Arnaldo. Direito das coisas. v. 4. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NOTAAS:

[1] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direitos Reais*. 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2010, p. 30.

[2] RODRIGUES,, Manuel. *A posse*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1981, p. 73.

## **DIREITO AGRÁRIO - EVOLUÇÃO E ELEMENTOS JURÍDICOS DO CONTRATO AGRÁRIO**

**LEONARDO FERNANDES PINHEIRO:** Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão e pós-graduado em Direito Público pela Universidade Anhanguera - Uniderp.

**RESUMO:** Esse artigo busca abordar a evolução da sistemática dos contratos agrários para conhecer suas regras e especificidades, com o fito de observar, eventualmente, se o ordenamento brasileiro de fato preconiza de forma adequada, segundo seus objetivos, tal instrumento de relevante efeito na conjuntura sócio-econômica no âmbito agrário pátrio.

**Palavras-chave:** Contrato agrário. Direito Agrário. Contratos de direito público. Elementos do contrário agrário.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 EVOLUÇÃO. 3 PRINCÍPIOS BÁSICOS. 3.1 Princípios e regras especiais. 3.1.1 Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. 3.1.2 Princípio da liberdade de forma. 3.1.3 Princípio da proteção do hipossuficiente. 3.1.4 Princípio da proteção dos recursos naturais. 3.2. Função social do contrato. 3.3 Boa-fé. 3.4 Pacta sunt servanda. 3.5 Autonomia da vontade. 4 CARACTERÍSTICAS. 5 CONCEITO. 6 CONTRATOS AGRÁRIOS TÍPICOS. 6.1 ARRENDAMENTO RURAL. 6.1.1 PREÇO. 6.1.2 DEVERES E DIREITOS DO ARRENDADOR E DO ARRENDATÁRIO. 6.2 Parceria rural. 6.2.1 Espécies. 6.2.2 Percentuais de participação dos parceiros. 6.2.3 DIREITOS E DEVERES DO PARCEIRO-OUTORGANTE E DO PARCEIRO-OUTORGADO. 6.2.4 FALSA PARCERIA. 6.3 ARRENDAMENTO E PARCERIA: DIFERENÇAS. 7 CONTRATOS AGRÁRIOS ATÍPICOS. 8 ELEMENTOS OBRIGATÓRIOS NOS CONTRATOS AGRÁRIOS. 8.1 CONSERVAÇÃO DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS. 8.2 PRAZOS MÍNIMOS. 8.3 Irrenunciabilidade dos direitos. 8.4 INDENIZAÇÃO DE BENFEITORIAS ÚTEIS E NECESSÁRIAS. 8.5 Proibições de serviços gratuitos, venda necessária e beneficiamento na usina do arrendador, et al. 9 PARTES. 10 DIREITO DE PREFERÊNCIA. 11 MODOS DE EXTINÇÃO ESPECÍFICOS DOS CONTRATOS AGRÁRIOS. 11.1 TÉRMINO DO PRAZO OU DE SUA RENOVAÇÃO. 11.2 RETOMADAS. 11.3 AQUISIÇÃO DA GLEBA PELO

ARRENDATÁRIO. 11.4 DISTRATO OU RESCISÃO. 11.5 RESOLUÇÃO OU EXTINÇÃO DO DIREITO DO ARRENDADOR. 11.6 FORÇA MAIOR. 11.7 POR SENTENÇA IRRECORRÍVEL. 11.8 PERDA DO IMÓVEL. 11.9 DESAPROPRIAÇÃO. 11.10 QUAISQUER OUTRAS CAUSAS COM PREVISÃO LEGAL. 12 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

---

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Agrário, ramo do Direito Público, possui uma função precípua, nitidamente construída de forma histórica, de regulamentar toda ação humana de produção, visando, dentre outros objetivos, a efetivação da função social da propriedade.

A fim de atingir tal escopo, a legislação agrária passou a regular os negócios jurídicos bilaterais, instituto oriundo da disciplina jurídica cível, conforme seus princípios basilares específicos.

Para regradar a sensível matéria abrangida pelo Direito Agrário, mormente no plano fático brasileiro, notável pelos conflitos motivados pela distribuição irregular de propriedade e concentração fundiária, bem como as desigualdades econômicas e sociais destas decorrentes, o contrato agrário deveria assumir roupagem peculiar, buscando absorver a realidade social e cumprir a função constitucionalmente preconizada para a propriedade.

Ocorre que o processo de desenvolvimento da legislação, incluindo a sua adaptação ao meio social, por vezes é inadequado, lento e ineficaz, tornando a lei inapta a cumprir seu propósito ou mesmo abordá-lo de forma significativa.

Destarte, faz necessário conhecer as regras e especificidades concernentes aos contratos agrários, pare que se observe, eventualmente, se o ordenamento brasileiro de fato preconiza de forma adequada, segundo seus objetivos, tal instrumento de relevante efeito na conjuntura sócio-econômica no âmbito agrário pátrio.



Para tanto, o presente estudo tem por escopo destacar e analisar a evolução, os elementos a legislação referente aos contratos agrários, fornecendo arcabouço para que se entenda a finalidade e a aplicação de tal instituto.

## 2 EVOLUÇÃO

O primeiro diploma legal a introduzir dispositivos especiais aplicáveis aos **prédios rústicos (arts. 1.211 a 1.215)** e à **parceria rural ou agrícola (arts. 1.410 a 1.423)** foi o Código Civil de 1916. Portanto, até 1964, as relações de contrato agrário eram regidas pelo antigo Código Civil e tinham como base a autonomia da vontade, ou seja, os fatores externos não deveriam interferir na vontade dos contratantes (lei entre as partes), uma vez que era majoritário o entendimento de que a liberdade de contratar era superior a quaisquer outras circunstâncias.

Sob esta concepção, era admitido que o proprietário entregasse a terra ao parceiro e este se responsabilizasse por todas as lides do campo e os gastos com a lavoura, sendo de direito do primeiro parte dos frutos da safra. Destaca-se que, antes de 1916, o ordenamento era completamente omissivo quanto à matéria, inclusive pelo fator da Lei de Terras de 1850 ter silenciado a respeito.

Uma crítica ao Código Civil de 1916 no tocante à matéria é que este estabeleceu poucas regras destinadas à diferenciação entre proprietários, parceiros e arrendatários. Esta constatação é justificada em razão da economia essencialmente urbana da época.

Com o advento do Estatuto da Terra (arts. 92 a 96), Lei nº 4.504/64, o Código Civil de 1916 deixou de ser aplicado no que tange a temas agrários, passando estes a ter regulamentação própria. A nova lei retirou das partes o que de mais peculiar o antigo código trazia em matéria contratual: a total liberdade de contratar. A vontade das partes foi substituída pelo dirigismo estatal. A partir de então, o estado passou a governar as partes contratuais que tinham por objeto o uso ou posse temporária de imóvel agrário. Havia a presunção de que, em regra, o proprietário da terra impunha sua vontade a quem utilizasse sua

propriedade de forma remunerada, em razão da desproporcionalidade da relação de poder (o não proprietário tem sua liberdade de contratação anulada, uma vez que a vontade do proprietário era dominante). Entretanto, não se pode dizer que houve real evolução do instituto a partir do advento do Estatuto da Terra, pois este não efetuou modificação substancial nos contratos de arrendamento e parceria.

A CF/88 recepcionou o Estatuto da Terra no que se refere aos contratos agrários, o que pode ser observado nos arts. 5º, XXIII e 170, III, da Carta Magna. Agora, a ordem econômica, com fundamento na livre iniciativa e na valorização do trabalho do homem, passou a objetivar o asseguramento de existência digna aos cidadãos, conforme a justiça social e o princípio da função social da propriedade.

Finalmente, com a chegada do Código Civil de 2002 (Lei nº 10.406/02), com base modelo implementado pela atual Constituição, inseriu o princípio geral da **função social do contrato** no art. 421, que dispõe que: "A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato."

Ressalta-se que o novo código não discorre acerca do arrendamento de prédio rústico e parceria rural, já que existe lei específica sobre o assunto, qual seja o Estatuto da Terra. No que se refere à empreitada e ao comodato aplicáveis aos imóveis agrários, houve uma verdadeira reprodução do Código Civil de 1916, com apenas algumas modificações quanto ao primeiro instituto, como se pode ver no capítulo específico (art. 610 a 626).

Portanto, o atual suporte legal dos contratos agrários é o seguinte: Estatuto da Terra (arts. 92 a 96), Lei nº 4.947/66 (arts. 13 a 15), Decreto nº 59.566/66 (regulamenta a matéria) e o Código Civil de 2002, que tem aplicação subsidiária (§9º do art. 92 do Estatuto da Terra).

### 3 PRINCÍPIOS BÁSICOS

#### 3.1 Princípios e regras especiais

Os contratos agrários baseiam-se em princípios e regras especiais que diferem daquelas que regem os contratos em geral.

Alguns princípios são de importante abordagem, como: o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, o princípio da liberdade da forma, o princípio da proteção do hipossuficiente e o princípio da proteção dos recursos naturais.

#### 3.1.1 Princípio da supremacia do interesse público sobre o privado

Os contratos agrários dispõem de normas mandatórias e irrenunciáveis que representam interesses gerais da coletividade. Estas normas estão acima da vontade dos contratantes e são legalmente prefixadas, por isso se diz que os contratos agrários se diferem dos contratos em geral, uma vez que há apenas envolvimento de interesses particulares.

A ofensa da lei por parte dos acordos de vontades torna nulo, de pleno direito, o contrato celebrado. É o Estado que conduz a vontade das partes através de cláusulas obrigatórias, proibição de renúncia de direitos, estabelecimento de prazos mínimos, fixação do preço do arrendamento de acordo com a lei.

É esse princípio que não permite que a renúncia dos benefícios a favor da parte hipossuficiente.

#### 3.1.2 Princípio da liberdade de forma

Não se exige forma especial para celebração de contratos agrários. Nos casos de posse ou uso temporário da terra, os contratos dar-se-ão de forma expressa ou tácita e serão estabelecidos entre o proprietário e aquele que exerce a atividade agrícola ou pecuária, sob forma de arrendamento rural e de parceria agrícola, pecuária, agroindustrial e extrativa.

No que se refere à forma, os contratos podem ser escritos (maior segurança jurídica) ou verbais ("aquilo que foi prometido"), sendo este último provado através de testemunhas e podendo ser a ele aplicado diplomas agrários especiais.

#### 3.1.3 Princípio da proteção do hipossuficiente

Qualquer que seja a forma dos contratos, estes devem conter obrigatoriamente cláusulas que assegurem a proteção social e econômica dos arrendatários e dos parceiros outorgados, havendo sempre a interpretação mais favorável ao hipossuficiente. Devem ter suas solicitações de créditos aceitas pelo arrendador ou parceiro outorgante, os quais também deverão cumprir as proibições fixadas no art. 93 do Estatuto da

Terra e respeitar o direito e a oportunidade de dispor dos frutos ou produtos na forma estabelecida em lei.

Pontua-se que nem sempre o arrendatário e o parceiro outorgado serão as partes mais fracas economicamente nos contratos de arrendamento e parceria.

#### 3.1.4 Princípio da proteção dos recursos naturais

Independentemente da forma do contrato, neste devem existir cláusulas que assegurem a conservação dos recursos naturais. Neste caso, haverá a efetivação, no que couber, das normas do Código Florestal e das práticas agrícolas de exploração extensiva e intensiva das diversas zonas típicas do país.

A abrangência deste princípio é superior à dos demais, pois ele abrange a proteção dos trabalhadores rurais, do meio ambiente e da utilização racional dos recursos naturais. É neste ponto que ocorre o entrelaçamento deste princípio com o da função social dos contratos agrários.

### **3.2. Função social do contrato**

O princípio em comento está inserido em outro princípio de maior abrangência, qual seja o da função social da propriedade. Este visa não apenas tornar a terra produtiva e distribuí-la para garantir o acesso à mesma, mas também efetivar estes objetivos através da proteção ao meio ambiente, do uso racional dos recursos, da proteção e resguardo das regras trabalhistas, da tutela das relações que envolvam o solo, garantindo proteção aos menos favorecidos. Portanto, ao assegurar o respeito à função da terra, é possível elaborar um contrato agrário que obedeça ao princípio da função social dos contratos.

Cada contrato, além de sua função específica, pode ser funcionalizado a diversos objetivos e interesses, legítimos ou não.

São justamente estes outros objetivos que o art. 421 do Código Civil de 2002 busca assegurar através de uma técnica legislativa específica que opera a partir das "cláusulas gerais".

No caso da cláusula geral da função social do contrato, existe uma dupla dimensão da abertura normativa: o preenchimento do sentido de cláusula geral e a prescrição dos efeitos jurídicos.

É possível 3 (três) caminhos para preenchimento da abertura normativa concernente aos efeitos atribuídos pela aplicação da cláusula geral.

A *remissão contratual* é um tipo de aplicação da função social do contrato, uma vez que o princípio da intangibilidade dos contratos cede frente ao poder de revisão e integração das cláusulas contratuais abusivas.

Outro efeito é o *dever de indenizar*. Este está disposto no art. 927 do CC/02 que diz que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Aqui, o ato ilícito seria a violação à função social do contrato, sendo que esta pode se dar por uma das partes ou por terceiro alheio à relação jurídica (quando o terceiro promove o inadimplemento em relação jurídica da qual não faz parte ou quando aplicada a teoria das redes contratuais).

O terceiro efeito é a *nulidade virtual*, pois o contrato, como negócio jurídico, sofre o controle de validade de suas normas, podendo suas cláusulas serem nulas. Como o art.421 é norma jurídica cogente que não define uma específica sanção para sua transgressão, uma das sanções que podem ser aplicadas é a nulidade (art. 166, inc. VII do CC/02).

### 3.3 Boa-fé

O princípio da boa-fé foi uma inovação trazida pelo novo código civil em seu art. 422, que diz que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”. Com isto, o ordenamento buscou minimizar os efeitos da liberdade sem precedentes.

Venosa discorre acerca dos dois tipos de boa-fé<sup>[1]</sup>:

Na boa-fé subjetiva, o manifestante de vontade crê que sua conduta é correta, tendo em vista o grau de conhecimento que possui de um negócio. Para ele

há um estado de consciência ou aspecto psicológico que deve ser considerado.

A boa-fé objetiva, por outro lado, tem compreensão diversa. O intérprete parte de um padrão de conduta comum, do homem médio, naquele caso concreto, levando em consideração os aspectos sociais envolvidos. Desse modo, a boa fé-objetiva se traduz de forma perceptível como uma regra de conduta, um dever de agir de acordo com determinados padrões sociais estabelecidos e reconhecidos.

O tipo de boa-fé ao qual o art. 422 se refere é o objetivo, que impõe a observância dos deveres de lealdade, confiança, assistência, confidencialidade ou sigilo, informação, justiça, proporcionalidade das prestações, não-onerosidade excessiva, etc, que devem ser aplicados nas diversas etapas da elaboração do pacto.

O princípio da boa-fé também é considerado uma cláusula geral contratual, devendo o juiz adequá-lo à análise do caso concreto através da preservação dos contratos, da conservação dos mesmos, além da observância do princípio do menor sacrifício do devedor.

A não observância da boa-fé contratual, nos contratos em geral e nos contratos agrários, pode ensejar nulidades e reparações de danos.

### 3.4 **Pacta sunt servanda**

É também denominado de princípio da obrigatoriedade ou da força vinculante.

Em seu sentido clássico, este princípio significava que a obrigatoriedade dos contratos tinha caráter absoluto por determinação de lei. Acontece que, diante da nova concepção de justiça contratual, a *pacta sunt servanda* tornou-se mais discreto, sendo temperado por mecanismos jurídicos de regulação do equilíbrio contratual (ex.: teoria da imprevisão). Portanto, poderá haver relativização deste princípio quando o conteúdo do contrato divergir com outros princípios do direito contratual.

A importância da obrigatoriedade está na segurança e credibilidade que os acordos adquirem ao serem firmados, uma vez que oferecem garantias às partes do cumprimento do negócio firmado.

A *pacta sunt servanda*, do ponto de vista do Direito Agrário, proporciona a sobreposição de princípios específicos, em detrimento da liberdade contratual. Apesar de pregar que o contrato faz lei entre as partes, o dito princípio não é absoluto em matéria de contratos agrários, principalmente em razão do princípio da função social do contrato (deve haver respeito mútuo das partes contratantes, assim como aos terceiros interessados). Um exemplo é o contrato de arrendamento agrário, onde a revisão é imposta por lei, sendo considerada inexistente cláusula que fixe remuneração a ser paga pelo arrendatário ao proprietário, acima do estatuído.

### 3.5 **Autonomia da vontade**

É o princípio mais importante, pois é ele que regula às partes total liberdade para concluir seus contratos. Desdobra-se em dois outros princípios, o da obrigatoriedade contratual e o do consensualismo, e funda-se na vontade livre, na liberdade de contratar. Aqui, o contrato é visto como fenômeno da vontade, não como proveniente de circunstâncias econômico-sociais.

A liberdade de contratar é exercida em quatro planos: contratar o não contratar; com quem e o que contratar; estabelecimento de cláusulas contratuais que obedecem à lei e mobilização ou não o Poder Judiciário para se fazer respeitar o contrato.

Logo que surgiu a ideia de contrato na humanidade, o princípio da autonomia da vontade se faz presente representando um acordo de vontades livres e soberanas, não suscetível de modificações geradas por terceiros não participantes da relação.

No código napoleônico, a autonomia da vontade transformou-se em lei entre as partes. Todavia, já no século XX, o mesmo conceito passou por modificações, agora buscando o equilíbrio social.

Atualmente, este princípio vem sofrendo limitações pelas normas de ordem pública, uma vez que a interferência do Estado cresce progressivamente nas relações privadas. Sob este novo olhar, a autonomia da vontade encontra-se presente no atual Código Civil, sendo de supra importância para as relações contratuais, já que permite que os pactuantes se manifestem no plano social e deliberem sobre com quem desejam contratar e qual será o conteúdo do pacto. Aqui, a exigência que se faz é que o objeto da convença seja lícito.

No caso das limitações que este princípio sofre em matéria de contratos agrários, destaca-se que é o Estado que conduz a vontade das partes através de cláusulas obrigatórias, proibição de renúncia de direitos, estabelecimento de prazos mínimos, fixação do preço do arrendamento de acordo com a lei.

#### 4 CARACTERÍSTICAS

Os contratos agrários possuem algumas características importantes para sua configuração.

São **consensuais**, uma vez que advêm de um acordo de vontades e são aperfeiçoados com a integração das declarações de vontade das partes. Porém, para registrar o contrato e nos casos de financiamento, é evidente e necessário que sejam feitos por escrito.

São **bilaterais**, já que as obrigações assumidas pelas partes são recíprocas e interdependentes.

São **onerosos**, pois as partes arcam com a redução do patrimônio. Aqui, ambas as partes visam obter benefícios numa relação de equivalência, com exceção do comodato que não é regulado pela legislação específica.

São **formais**, já que em sua maioria devem ser escritos e registrados. Ocorre que este entendimento não é unânime, pois a própria lei não exige forma especial para sua formação e validade. Exemplo de autor que corrobora com o entendimento contrário é Edson Ferreira de Carvalho, que aduz ser o contrato agrário não solene, visto que não exige forma especial para sua celebração.

Destaca-se, no que diz respeito às formalidades, a transcrição do art. 12 do Decreto nº 59.566/66, que aduz:

[Art. 12.](#) Os contratos escritos deverão conter as seguintes indicações:

I - Lugar e data da assinatura do contrato;



II - Nome completo e endereço dos contratantes;

III - Características do arrendador ou do parceiro-outorgante (espécie, capital registrado e data da constituição, se pessoa jurídica, e, tipo e número de registro do documento de identidade, nacionalidade e estado civil, se pessoa física e sua qualidade (proprietário, usufrutuário, usuário ou possuidor);

IV - característica do arrendatário ou do parceiro-outorgado (pessoa física ou conjunto família);

V - objeto do contrato (arrendamento ou parceria), tipo de atividade de exploração e destinação do imóvel ou dos bens;

VI - Identificação do imóvel e número do seu registro no Cadastro de imóveis rurais do IBRA (constante do Recibo de Entrega da Declaração, do Certificado de Cadastro e do Recibo do Imposto Territorial Rural).

VII - Descrição da gleba (localização no imóvel, limites e confrontações e área em hectares e fração), enumeração das benfeitorias (inclusive edificações e instalações), dos equipamentos especiais, dos veículos, máquinas, implementos e animais de trabalho e, ainda, dos demais bens e ou facilidades com que concorre o arrendador ou o parceiro-outorgante;

VIII - Prazo de duração, preço do arrendamento ou condições de partilha dos frutos, produtos ou lucros havidos, com expressa menção dos modos, formas e épocas desse pagamento ou partilha;

IX - Cláusulas obrigatórias com as condições enumeradas no art. 13 do presente Regulamento, nos arts. 93 a 96 do Estatuto da Terra e no art. 13 da Lei 4.947-66;

X - foro do contrato;

XI - assinatura dos contratantes ou de pessoa a seu rogo e de 4 (quatro) testemunhas idôneas, se analfabetos ou não poderem assinar.

Parágrafo único. As partes poderão ajustar outras estipulações que julguem convenientes aos seus interesses, desde que não infrinjam o Estatuto da Terra, a Lei nº 4.947-66 e o presente Regulamento.

Outras características dos contratos agrários são: comutatividade, trato sucessivo e maior limitação da liberdade de contratar.

## 5 CONCEITO

Os contratos, em sentido amplo, são acordos de vontade firmados com o escopo de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos, conceito trazido pela noção civilista e de negócios jurídicos em geral.

Os contrários agrários, especificamente, referem-se a direitos relativos à exploração do imóvel agrário ou parte dele, bem como são acordados conforme legislação própria, como já mencionado, que se tratam das Leis nº 4.504/64 (arts. 92 a 96) e nº 4.947/66 (arts. 13 a 15) e do Decreto nº 59.566/66.

Vale ressaltar, portanto, que por conta de seu objeto e regulamentação, difere-se dos demais contratos, em especial do contratos de trabalho, como explana Edson Ferreira<sup>[2]</sup>. Nos contratos de trabalho, o vínculo trabalhista é o foco central, composto pela continuidade, subordinação, onerosidade e personalidade. O contrato de um trabalhador rural, portanto, é regido pelo direito trabalhista, sendo caracterizado pela

prestação de serviço ao empregador rural, em prédio rústico, que é o imóvel destinado às atividades agrárias, localizado dentro ou fora do perímetro urbano. Todavia, tal contrato poderá ser descaracterizado por Juízo Trabalhista, se caracterizada a parceira, contrato agrário a ser detalhado posteriormente.

Todos os contratos agrários serão regidos pelo decreto nº 56.566/66 que regulamenta, em parte, os dois diplomas legais supracitados, no que concerne a matéria, consoante seu art. 2º, *litteris*.

Art 2º Todos os contratos agrários reger-se-ão pelas normas do presente Regulamento, as quais serão de obrigatória aplicação em todo o território nacional e irrenunciáveis os direitos e vantagens nelas instituídos (art.13, inciso IV da Lei nº 4.947-66).

Parágrafo único. Qualquer estipulação contratual que contrarie as normas estabelecidas neste artigo, será nula de pleno direito e de nenhum efeito.

Não ficam afastados, conquanto, os princípios gerais do ordenamento jurídico pátrio, no que concerne os preceitos cíveis gerais referentes aos negócios jurídicos.

## 6 CONTRATOS AGRÁRIOS TÍPICOS

Os contratos agrários se dividem em duas espécies: os típicos, que possuem regime jurídico específico, *nomen juris*[3], estando descritos nos arts. 3º[4]e 4º[5], do Decreto nº 59.566/66; e os atípicos, os quais não possuem disciplina específica, nem *nomen juris*, mas estão submetidos ao referido decreto e à legislação específica (Lei nº 4.947/66), bem como são previstos no art. 39[6].

Neste tópico, serão abordados especificamente os contratos típicos, que compreendem o arrendamento e a parceria rurais.

### 6.1 Arrendamento rural

O conceito de arrendamento rural vem escrito, de forma bastante precisa, no art. 3º, caput, do Decreto nº 59.566/66, *verbis*:

Art 3º Arrendamento rural é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de imóvel rural, parte ou partes do mesmo, incluindo, ou não, outros bens, benfeitorias e ou facilidades, com o objetivo de nêle ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agro-industrial, extrativa ou mista, mediante certa retribuição ou aluguel, observados os limites percentuais da Lei.

Desse modo, o arrendamento rural, essencialmente, se caracteriza pela cessão de imóvel, no qual será exercida atividade tipicamente rural (exploração agrícola, pecuária, agro-industrial, extrativista ou mista), pelo qual haverá uma contrapartida, denominada pelo decreto por "certa retribuição ou aluguel". Neste sentido, observe-se ainda o conceito doutrinário de arrendamento:

O arrendamento rural é um locatio rei e conceitua como contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo do imóvel rural, parte ou partes dele, incluindo ou não outros bens, benfeitorias e outras facilidades, com o objetivo de ser nele exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativista ou mista, mediante certa retribuição ou aluguel, observados os limites percentuais do ET (Regulamento, art. 3º)[7]

Note-se ainda que o cedente será denominado arrendador e de arrendatário será chamada a pessoa que recebe o bem em arrendamento. Em relação ao arrendatário, ste poderá ser um sujeito específico ou o conjunto familiar, representado pelo chefe da família. Nesta última hipótese, mesmo que o chefe da família, isto não acarreta a rescisão

contratual, por força do parágrafo único do art. 27, do Decreto nº 59.566/66.

Demais disso, a formação desta espécie de contrato se submete ao Código Civil, em relação as obrigações civis em geral, aos atos jurídicos e aos vícios em geral. Não obstante, devem ser respeitadas também as regras específicas do Estatuto da Terra (ET), da Lei nº 4.504/64, bem como de seu respectivo Regulamento (Decreto nº 59.566/66).

Registre-se que o subarrendamento[8] é permitido, desde que haja o consentimento do arrendador, que não carece de qualquer formalidade (forma solene ou escrita).

#### 6.1.1 Preço

Os arts. 95, XII e 17, §1º, estabelecem uma limitação ao valor do arrendamento. Este não poderá superar 30%, se arrendamento parcial de alta rentabilidade e exploração intensiva, ou 15%, se total, o valor cadastral do imóvel ou da parte arrendada (arrendamento parcial), acompanhado das benfeitorias ajustadas.

O art. 42, I, também determina que o preço será pago na data ajustada, obedecendo aos prazos, locais e modos ajustados[9].

Ademais, deve-se frisar, que pela redação do art. 18, o preço do arrendamento, tem de ser ajustado em quantia fixa de dinheiro, mas o seu pagamento poderá ser ajustado tanto em dinheiro como em quantidade de frutos.

#### 6.1.2 Deveres e direitos do arrendador e do arrendatário

Os dispositivos que disciplinam essa matéria são, essencialmente, os seguintes: arts. 92 e 95 do ET; arts. 40 e 41 do Regulamento; e, por fim, subsidiariamente, o Código Civil.

Inicialmente, a doutrina[10] vem destacando previamente, o art. 41, II, que possui dispositivos equivalentes no CC (arts. 569 e 570) do Regulamento, *litteris*:

II- a usar o imóvel rural, conforme o convenicionado, ou presumido, e a tratá-lo com o mesmo cuidado como se fôsse seu, não podendo mudar sua destinação contratual;

Dessa forma, a partir da disposição “tratá-lo com o mesmo cuidado como se fôsse seu”, existe um verdadeiro dever de cuidado, o que se manifestar na utilização do imóvel conforme o averbado no contrato agrário e mesmo acerca do que restar presumido diante do caso. Note-se ainda que, por força do art. 42, do mesmo diploma, a doutrina afirma que é dever específico do arrendatário, a exceção que lhe seja permitido pelo arrendador, não cortar pomares e matas, sob pena de rescisão<sup>[11]</sup>.

Em relação ao inadimplemento, este poderá dar ensejo à rescisão, não obstante esta não se dá de direito, mas é uma opção a ser exercitada pelo arrendador, que inclusive pode ser evitada, quando inadimplemento parcial, se o arrendatário realizar a purga da mora.

Deve-se acentuar que, ao final do termo contratual, tendo em vista o art. 42, IV, do Regulamento, é obrigatória ao arrendatário a devolução do imóvel e acessórios, no mesmo estado que foi arrendado. Esta disposição não compreenderá, entretanto, a degradação natural.

O único motivo, aliás, que motivará a retenção pelo locatário, após o termo, será a existência de benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias, produzidas com a permissão do arrendador, a teor do art. 25, §1 e §2, do Regulamento.

Outra obrigação do arrendatário, escrita no art. 27 do Regulamento, será a de manter o imóvel segundo o seu fim natural ou aquele que ficar afirmado no contrato. Ademais, exceto se disposto o contrário no contrato, também será dever do locatário fazer benfeitorias úteis e necessárias (art. 41, III, do Regulamento).

Por fim, em relação aos deveres do arrendador, cabe informar que este deverá: proteger o uso e o gozo do imóvel pelo arrendatário; salvo convenção contratual, realizar as obras e reparo necessários; adimplir qualquer tributo relativo ao imóvel, salvo convenção contratual.

## 6.2 Parceria rural

O conceito de parceria vem escrito, de forma bastante precisa, no art. 4º, caput, do Decreto nº 59.566/66. Literalmente:

Art 4º Parceria rural é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso específico de imóvel rural, de parte ou partes do mesmo, incluindo, ou não, benfeitorias, outros bens e ou facilidades, com o objetivo de nêle ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agro-industrial, extrativa vegetal ou mista; e ou lhe entrega animais para cria, recria, invernagem, engorda ou extração de matérias primas de origem animal, mediante partilha de riscos do caso fortuito e da força maior do empreendimento rural, e dos frutos, produtos ou lucros havidos nas proporções que estipularem, observados os limites percentuais da lei (artigo 96, VI do Estatuto da Terra).

Desta feita, nota-se que a parceria rural é um instituto jurídico voltado também [12] a cessão de imóvel rural, com fins de exercício da atividade rural, mas que tem um elemento especial: a partilha de riscos relativos à força maior e caso fortuito, bem como dos frutos, produtos e lucros, em determinada porcentagem avençada, observados ainda os limites legais. Vale consultar, ainda, o conceito doutrinário:

(...) parceria, em general, é um contrato oneroso, pelo qual uma ou mais pessoas, sendo uma ou várias delas proprietárias de um imóvel rural, admitem que outra ou outras delas ocupem dito imóvel, para fins rurais, ou seja exploração extrativa, agrícola, pecuária ou agroindustrial, por certo tempo, mediante a distribuição convencional dos frutos produzidos, observadas as restrições impostas no art. 96, VI, da Lei n. 4.504/63 (Regulamento, art. 4º, Dec. N. 59.566/66 e

art. 96, §1º, do ET, nova redação da Lei n. 11.443/2007)[13]

Aqui, existirá a figura do parceiro-outorgante, aquele que cede o imóvel, e o parceiro-outorgado, aquele que recebe o bem.

Em relação ao parceiro-outorgado, este poderá ser, assim como no arrendamento rural, uma pessoa ou um conjunto familiar, representado pelo seu chefe. Aqui vale tudo o que se disse para o arrendamento, na ocorrência de morte do chefe da família.

### 6.2.1 Espécies

Em suma, as espécies de parceria rural são as seguintes: parceria agrícola, se envolver produção vegetal; parceria pecuária, se for relativa à cria, recria, engorda ou invernagem de animais cedidos; parceria agroindustrial, se o fim for o de uso de imóvel rural, bem como de máquinas e implementos, para transformação de atividade de produção agrícola, pecuária ou florestal; parceria extrativa, se existir o fito de extração de produto agrícola, florestal ou animal; e, por fim, parceria mista, a qual envolve a implementação de mais de uma das parcerias expostas.

### 6.2.2 Percentuais de participação dos parceiros

Em relação a este tema, o art. 35, do Regulamento, estabelece:

Art 35. Na partilha dos frutos da parceria, a cota do parceiro-outorgante não poderá ser superior a (art. 96, VI, do Estatuto da Terra).

I - 10% (dez por cento) quando concorrer apenas com a terra nua;

II - 20% (vinte por cento) quando concorrer com a terra preparada e moradia;

III - 30% (trinta por cento) caso concorra com o conjunto básico de benfeitorias, constituído



especialmente de casa de moradia, galpões, banheiro para gado, cêrcas, valas ou currais, conforme o caso;

IV - 50% (cinquenta por cento), caso concorra com a terra preparada e o conjunto básico de benfeitorias enumeradas no inciso III, e mais o fornecimento de máquinas e implementos agrícolas, para atender aos tratos culturais, bem como as sementes e animais de tração e, no caso de parceria pecuária, com animais de cria em proporção superior a 50% (cinquenta por cento) do número total de cabeças objeto da parceria;

V - 75% (setenta e cinco por cento), nas zonas de pecuária ultra-extensiva, em que forem os animais de cria em proporção superior a 25% (vinte e cinco por cento) do rebanho onde se adotem a meação do leite e a comissão mínima de 5% (cinco por cento) por animal vendido.

§ 1º O parceiro-outorgante poderá sempre cobrar do parceiro-outorgado, pelo seu preço de custo, o valor dos fertilizantes e inseticidas fornecidos no percentual que corresponder à participação dêse, em qualquer das modalidades previstas nas alíneas dêste artigo (art. 96, VI, "f" do Estatuto da Terra)

§ 2º Nos casos não previstos nos incisos acima, a cota adicional do parceiro-outorgante será fixada com base em percentagem máxima de 10% (dez por cento) do valor das benfeitorias ou dos bens postos à disposição do parceiro-outorgado (art. 96, VI, "g", do Estatuto da Terra).

§ 3º Não valerão as avenças de participação que contrariarem os percentuais fixados neste artigo, podendo o parceiro prejudicado reclamar em Juízo

contra isso e efetuar a consignação judicial da cota que, ajustada aos limites permitidos neste artigo, fôr devida ao outro parceiro, correndo por conta dêste todos os riscos, despesas, custas e honorários advocatícios.

Destaque-se o § 3º, o qual deixa claro que os limites legais devem ser respeitados, ao contrário do que vem sendo visto na prática, de modo que as convenções contratuais contrários simplesmente não valerão, sendo direito do parceiro-outorgante a utilização da via judicial, através da ação de consignação em pagamento, para fazer o pagamento adequado ao que disciplina a norma.

### 6.2.3 Direitos e deveres do parceiro-outorgante e do parceiro-outorgado

Quanto à relação aos direitos e deveres, tudo explicitado anteriormente é aplicável, *mutatis mutandis*, para os direitos e deveres do arrendador e do arrendatário.

Deve-se apenas acrescentar as determinações trazidas pelos § 1º, § 2º, do art. 48, do Regulamento.

O parágrafo primeiro informa que o parceiro-outorgado terá direito de residir no imóvel rural, em uma casa de moradia adequada (a lei fala em higiênica), bem como o direito à ter uma área própria para realizar agricultura e criação de animais, com caráter de subsistência, tendo o fito de atendimento das necessidades da família.

Em seguida, o parágrafo segundo firma, o dever de pagamento pelo parceiro-outorgado das despesas relativas ao tratamento e criação de animais, independentemente do disposto no art. 41, do Regulamento, no que for aplicável, salvo convenção contratual contrária. Logo, registre-se que este parágrafo é uma ressalva ao regime do art 41.

Ademais, a doutrina também lembra da existência do direito de caça e pesca do parceiro-outorgado, salvo ajustamento em contrário, o

qual se explica pelo caráter acessório deste direito em relação ao imóvel, sendo sua fonte legal os arts. 95 e 223, do Código Civil.

#### 6.2.4 Falsa Parceria

A doutrina noticia uma modalidade de contrato que não se confunde com o de parceria. Trata-se da falsa parceria.

A falsa parceria se trata, em verdade, de contrato individual de trabalho, sendo esta característica determinada para diferenciá-la da real parcerial. O que se busca na falsa parceria é disfaçar um contrato de trabalho em contrato de parceria, para que ocorra a repartição da álea (riscos do empreendimento), entre empregador e empregado.

Acerca deste ponto, o parágrafo único, do inc. VII, do art. 96, do Estatuto da Terra, é cristalino:

Parágrafo único. Os contratos que prevejam o pagamento do trabalhador, parte em dinheiro e parte percentual na lavoura cultivada, ou gado tratado, são considerados simples locação de serviço, regulada pela legislação trabalhista, sempre que a direção dos trabalhos seja de inteira e exclusiva responsabilidade do proprietário, locatário do serviço a quem cabe todo o risco, assegurando-se ao locador, pelo menos, a percepção do salário-mínimo no cômputo das duas parcelas.

Assim, nos contratos que existir evidente remuneração, com repartição de riscos, não se tratará de parceria, mas tão somente de contrato de trabalho que será inapto para receber a especial disciplina jurídica do contrato de parceria rural.

### **6.3 Arrendamento e parceria: diferenças**

Neste ponto, serão delineadas as diferenças que envolvem os contratos de arrendamento e parceria rurais, com intuito de que não se

confunda suas disciplinas jurídicas, apesar destes serem regidos por diplomas comuns (o ET e o respectivo Regulamento).

São as seguintes: na parceria há uma divisão de riscos e partilha dos resultados entre os parceiros, já no arrendamento inexistente esta divisão, assim o preço deve permanecer igual; na parceria existe um fim associativo, de composição de interesses, o que não se verifica no arrendamento; na parceria, conquanto haja o direito à residência, existe somente a cessão do uso específico do imóvel, enquanto no arrendamento cede-se o uso e o gozo do imóvel.

## 7 CONTRATOS AGRÁRIOS ATÍPICOS

Os contratos agrários podem ser classificados como contratos nominados ou típicos, que são os já explanados contratos de arrendamento e parceria; e contratos inominados ou atípicos, modalidade em que se incluem formas não reguladas especificamente pela lei, do que são exemplos: o comodato, a empreitada, o compáscuo, entre outros, mas que, firmadas entre as partes, será regido pelas regras gerais e princípios do Direito Agrário.

Estes últimos, mesmo não havendo regra especial definida na lei, devem, como condição de validade e no que lhes for aplicável, cumprir as regras obrigatórias estabelecidas para os contratos de parceria e arrendamento. Como abaixo disciplina o art. 39 do Decreto nº 59.566/66.

Art 39. Quando o uso ou posse temporária da terra for exercido por qualquer outra modalidade contratual, diversa dos contratos de Arrendamento e Parceria, serão observadas pelo proprietário do imóvel as mesmas regras aplicáveis à arrendatários e parceiros, e, em especial a condição estabelecida no art. 38[14].

A Lei nº 4504/64 e o Decreto regulamentador fazem menção a apenas duas espécies de contratos: o arrendamento e a parceria rural. Estes são os contratos agrários típicos definidos nas referidas leis, mencionando

apenas de forma genérica a existência de outros contratos, como podemos observar acima.

A ausência de regulamentação específica, no que diz respeito a uma multiplicidade de negócios jurídicos agrários atípicos, traz à tona uma pluralidade de dúvidas às partes nestes contratos e aos operadores do direito de maneira genérica.

Os contratos atípicos são derivados da autonomia de vontade e da liberdade de celebrar negócios jurídicos. O Estado não tem poderes para limitar as relações dos indivíduos, desde que não contrariem a lei, os bons costumes e os princípios gerais do direito. Por isso, os contratos atípicos são plenamente aceitos no Direito Civil<sup>[15]</sup>.

Os contratos agrários atípicos em suas modalidades de empreitada, pastoreio, depósito, comodato, roçado e arrendamento mercantil, por exemplo, são considerados contratos agrários atípicos ou inominados, por não estarem previstos na legislação.

Temos também os seguintes contratos agrários: comodato agrário, a empreitada agrária, o compáscuo (pacto de utilização comum de pastos); o "cambão" (troca de dias de trabalho pelo direito de plantio de roça); o "fica", o "pastoreio ou invernagem" etc.. Muitos desses contratos estão previstos no ordenamento jurídico de outros países, nos quais contratos agrários de pastoreio, colheita e até mesmo de câmbio são considerados típicos.

O comodato é uma modalidade contratual também muito praticada no meio rural entre proprietários e trabalhadores da terra. É classificado como contrato agrário atípico, porque ele não é disciplinado pela legislação agrária (Estatuto da Terra) e sim pelo Código Civil. Mas, pela sua natureza rural, é um contrato agrário, embora atípico.

A característica do comodato é a gratuidade. Segundo dispõe o Artigo 579 do Código Civil, comodato é o empréstimo gratuito de coisa não fungível (que não se gasta com o uso). É, portanto, um contrato não oneroso<sup>[16]</sup>.

A maioria dos contratos de comodato de imóveis rurais é feita verbalmente<sup>[17]</sup>. Todavia, é aconselhável que se faça por escrito e assinado por duas testemunhas. Isso porque, no curso do contrato, corre-se o risco de o comodatário ceder o uso do imóvel, no todo ou em parte, a terceiros. E, neste caso, o comodante (dono do imóvel) não tem nenhum vínculo com o terceiro. Se decorrerem cinco anos sem nenhuma oposição do comodante, o terceiro pode requerer o usucapião da propriedade. O prazo para usucapião de terras com área de até 50 hectares é de 5 anos.

A pessoa que toma um imóvel por comodato é obrigada a cuidar dele e conservá-lo como se seu fosse e, ao término do contrato, é obrigada a devolvê-lo da forma que o recebeu. O Artigo 584 do Código Civil diz que o comodatário não poderá cobrar do comodante as despesas feitas com uso e gozo da coisa emprestada. Isso significa que as eventuais benfeitorias feitas no imóvel ficarão incorporadas a ele sem direito a indenização.

Já o "Compáscuo" é uma convenção em que vários proprietários de terrenos diversos estabelecem que os animais de todos poderão pastar em comum nas propriedades de todos. Assim sendo, trata-se dum tratado de boa-vizinhança entre os proprietários rurais, onde àqueles que tem pasto e animais (gado), emprestarão seus pastos para os animais de terceiros pastarem. Na verdade, a figura do "compáscuo" é entendida como sendo uma "comunhão do pasto". O Código Civil rege tal instituto jurídico.

No Nordeste do Brasil, a palavra "cambão" expressa o dia de trabalho que o foreiro dá ao patrão sem receber nada em troca. Se o morador nordestino devia um *cambão*, ou seja, a obrigação de 20 dias de trabalho gratuito por ano, como citam alguns autores, o colono de café também tinha lá os seus três ou seis dias de trabalho gratuito por ano, ele também tinha sua variedade de *cambão*.

Mais importante do que as diferenças são as semelhanças. Quais são elas? Ambos, o morador nordestino e o colono paulista de café, eram remunerados com uma economia autônoma, ambos recebiam terra para cultivar gêneros de subsistência, que consumiam e cujo excedente podiam vender, ambos recebiam terreno de pastagem para animais, pequenos e grandes, um cavalo, uma vaca, um bezerro, um porco, galinhas etc.. Ambos

recebiam moradia gratuita, um detalhe relevante, e ambos tinham direito a lenha e a água, o que também não é sem importância. E ambos recebiam um salário; então, são dois tipos que, com suas variedades, podem ser unidos, se equivalem, pertencem aquilo que podem ser chamadas de formas camponesas dependentes.

A situação atual do tratamento dos contratos agrários atípicos é clara no sentido de que há uma lacuna no tocante a legislação específica que possibilite um regramento de tais negócios jurídicos, de forma a acompanhar a evolução das relações do campo.

A regulamentação do Direito Agrário, de forma inadequada, só pode ser alterada por Lei Federal. Ocorre que as relações no meio rural são norteadas por usos e costumes regionais, mormente no caso dos contratos agrários atípicos ou inominados, de forma que, ante a extensão do território brasileiro, torna impossível o devido tratamento do tema.

Um elemento preponderante nesse sentido é a jurisprudência, através dos arestos emanados dos Tribunais, vem lapidando e dando certos contornos na interpretação dos contratos de arrendamento, parceria rural, e aos atípicos, pois, se o legislativo não institui o novo Estatuto da Terra, evidentemente, pelos inúmeros entraves políticos, cabe ao judiciário, não legislar, mas efetivamente estabelecer procedimentos e soluções eqüitativas nas composições das lides agrárias, principalmente na relação contratual<sup>[18]</sup>.

O Estatuto da Terra e o Decreto nº 59.566/66, ambos com mais de quarenta anos, representam grande avanço na legislação brasileira, por seus princípios e normas de cunho social que passaram a reger todo o Direito Agrário e pela estruturação de um instrumento político para a modernização rural.

Contudo, com o passar dos anos e a evolução das relações no campo, tornou-se evidente o fato de que suas normas são insuficientes para regulamentar todos os negócios jurídicos advindos do setor agrário.

## 8 ELEMENTOS OBRIGATÓRIOS NOS CONTRATOS AGRÁRIOS

Os chamados elementos ou cláusulas obrigatórias nos contratos agrários, são especificadas no já referido Decreto nº 59.566, de 14 de novembro de 1966, que Regulamenta as Seções I, II e III do Capítulo IV do Título III da Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, Estatuto da Terra, e o Capítulo III da Lei nº 4.947, de 6 de abril de 1966. Essas cláusulas, ao restringirem a liberdade contratual das partes no contrato agrário, só podem ser justificadas pela aplicação de uma outra norma constitucional, que sejam os princípios aplicados à terra, como o artigo 5º, XXIII; 170, III; 184, Parágrafo Único; 186 da CF, todos estes tratando sobre a função social da terra e da propriedade rural, e artigos 23, VI; 24, VI; 170, VI; 186, II; 225; todos também da constituição federal, tratando da proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A função social referida pelo art. 186 da Constituição Federal é a fonte fundamental das limitações administrativas do direito de propriedade. Pode ser limitado, restringido ou eliminado por meio da expropriação por utilidade pública ou social. O direito de propriedade, tal como garante a Constituição e o Código Civil, em razão de sua função social, é submetido a limitações de caráter legal. Jarque (1985) afirma que:

es la propiedad de la tierra el más amplio, autónomo y soberano poder que se tiene sobre superficies aptas para El cultivo en función de la producción, de la estabilidad y Del desarrollo al servicio armónico de sus titulares y de La comunidad. Antes que estático, negativo y excluyente, cual se há manifestado en otras, se nos presenta la propiedad de La tierra conforme a las exigencias de nuestro tiempo, como un poder dinámico, positito y participante, esto es, funcional, que atribuye facultades, deberes y limitaciones a sus titulares, y ello - aquí la novedad - no sólo en su ejercicio hacia fuera sino también hacia dentro, es decir en su propia estructura, para hacer posible la consecución de los frutos de todo orden, y no solo materiales y económicos, que la propiedad há de producir en beneficio de los propietarios y de la comunidad.”[19]



Então, na medida em que se promove a aplicação de dois princípios constitucionais que representam direitos fundamentais de terceira geração, sendo considerados assim os direitos fundamentais difusos e coletivos, afetos a toda uma coletividade indistinta, há uma colisão de princípios<sup>[20]</sup> que restringe a aplicação do princípio da liberdade contratual em favor dos princípios da função social da propriedade e do direito ao meio ambiente equilibrado. O Estatuto da Terra, a Lei nº 4.947, e o decreto supracitado, então, são legítimos ao elencar essas limitações as quais trataremos a seguir.

### **8.1 Conservação dos Recursos Naturais Renováveis**

O art. 13, II do Decreto nº 59.566/66 dispõe que independentemente da forma do contrato, constarão de maneira obrigatória cláusulas que assegurem a conservação dos recursos naturais e a proteção social e econômica dos arrendatários e parceiros-outorgados como os prazos mínimos, as normas estabelecidas no Código Florestal a observância de práticas agrícolas admitidas para os vários tipos de exploração intensiva e extensiva.

Com o fim de tutelar a presente e futuras gerações, o art. 225 da Constituição determina que a sociedade tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, devendo o poder público e a própria coletividade defendê-lo e preservá-lo. É possível observar que a Constituição garantiu que, mesmo na órbita privada, podem ser fixados deveres para que os proprietários assegurem o gozo dos aspectos ambientais de bens de sua propriedade. Assim, a cláusula obrigatória e irrenunciável de conservação dos recursos naturais nos contratos agrários é limitadora do direito de propriedade.

### **8.2 Prazos mínimos**

Os prazos mínimos de três a sete anos variam de acordo com a atividade agrária exercida. O objetivo do legislador, em 1966, era proteger o débil econômico, assegurando-lhe um prazo mínimo para permanecer na terra e fazer com ela cumprisse a sua função social. Hoje com os sérios problemas ambientais existentes, tais prazos asseguram maior conservação

dos recursos naturais da gleba. Dessa forma, em razão do tempo mínimo assegurado por lei, em que o arrendatário ou parceiro-outorgado possam executar a atividade agrária estabelecida no contrato, há necessidade que o mesmo preserve e conserve melhor o seu instrumento de trabalho, ou seja, o imóvel rural e, conseqüentemente, os recursos naturais. Contudo, nas culturas temporárias, não é recomendável o replantio da mesma cultura em safras sucessivas. Portanto, deve o contratado procurar o contratante, para mudar a destinação do contrato. Normalmente, as partes resolvem esta questão amigavelmente, e caso isso não ocorra, busca-se o auxílio judicial.

Sob a ótica do Direito Agrário, o prazo nos contratos agrários nominados se adequam aos ciclos produtivos e há uma preocupação por parte do estatuto agrário em proteger a terra, os recursos naturais renováveis.

Assim, foi fixado pelo legislador o prazo mínimo para os contratos agrários nominados de três anos. O Decreto nº 59.566/66 em seu art. 21 dispõe que: “presume-se contratado, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos, o arrendamento por tempo indeterminado (art. 95, II do Estatuto da Terra)”.

Os contratos de arrendamento e parceria, quando expirarem o prazo estabelecido e a finalidade for para a agricultura, terminarão sempre depois de ultimadas as colheitas. Se houver retardamento da colheita por motivo de força maior, os prazos ficarão automaticamente prorrogados até o final da colheita. Nos contratos de arrendamento para fins de pecuária, os prazos terminarão sempre após a parição dos rebanhos ou depois da safra de animais de abate. Entende-se por safra de animais de abate o período oficialmente determinado para a matança, ou adotado pelos usos e costumes da região.

### **8.3 Irrenunciabilidade dos direitos**

Previsto no artigo 13 do Decreto-lei nº 59.566, para proteger a parte mais fraca nos contratos agrários, é proibido aos contratantes abrir mão de direitos que a lei lhe concede, como: a preferências na aquisição do imóvel, em igualdade de condições com terceiros e indenização pelas benfeitorias úteis e necessárias, podendo permanecer no imóvel e dele usufruir enquanto não for indenizado

#### **8.4 Indenização de Benfeitorias úteis e necessárias**

As benfeitorias são tratadas de forma diferente pela lei. As benfeitorias necessárias introduzidas por arrendatário ou parceiro-outorgado, mesmo que não autorizadas pelo arrendador ou parceiro-outorgante, são indenizáveis e dão direito ao arrendatário ou parceiro-outorgado de reter o imóvel até o recebimento dos gastos comprovados, mesmo quando houver pedido de retomada pelo arrendador ou parceiro-outorgante, salvo se do contrato constar renúncia pelo arrendatário ou parceiro-outorgado. É, portanto, necessário que o arrendatário ou parceiro-outorgado notifique o arrendador ou parceiro-outorgante antes de realizar a benfeitoria necessária, mas se este não autorizar, e as danificações puderem comprometer o uso normal do imóvel, poderá o arrendatário ou parceiro-outorgado, mediante três orçamentos, notas fiscais e recibos, para que em seguida, postular através de via judicial a compensação do valor gasto quando do pagamento do aluguel. As benfeitorias úteis só serão indenizadas se houver prévia autorização do arrendador ou parceiro-outorgante para que o arrendatário ou parceiro-outorgado possa executá-las. Se autorizadas darão ao arrendatário ou parceiro-outorgado o direito de reter o imóvel até o recebimento dos valores comprovados.

#### **8.5 Proibições de serviços gratuitos, venda necessária e beneficiamento na usina do arrendador, *et al***

Todos previstos no artigo 13, inciso V, alínea b, do Decreto nº 59.566, eles visam impedir que as diferenças econômico-sociais entre as partes contratantes as levem a estabelecer condições de plena desvantagem para uma das partes, como é comum acontecer nas zonas rurais brasileiras. O dispositivo legal cita 5 práticas:

- prestação do serviço gratuito pelo arrendatário ou parceiro-outorgado;
- exclusividade da venda dos frutos ou produtos ao arrendador ou ao parceiro-outorgante;

-obrigatoriedade do beneficiamento da produção em estabelecimento determinado pelo arrendador ou pelo parceiro-outorgante:

- obrigatoriedade da aquisição de gêneros e utilidades em armazéns ou barrações determinados pelo arrendador ou pelo parceiro-outorgante;

- aceitação pelo parceiro-outorgado, do pagamento de sua parte em ordens, vales, borós, ou qualquer outra forma regional substitutiva da moeda

Algumas destas práticas, como a obrigatoriedade de aquisição de gêneros e a exclusividade das vendas dos frutos são utilizadas inclusive para manter trabalhadores rurais em condições análogas à de escravo, o que vem sendo combatido pelo Ministério do Trabalho e Ministério Público do Trabalho em tempos atuais.

## 9 PARTES

Os contratos agrários têm como parte contratante, de um lado, o proprietário ou quem detenha a posse, ou ainda, quem tenha a livre administração do imóvel rural.

Tratando-se de arrendamento, como já referido, quem cede a terra é denominado de arrendante e se for parceria rural, será denominado de parceiro outorgante (também chamado de parceiro proprietário).

No outro pólo da relação contratual situa-se quem vai exercer a atividade agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa ou mista (art. 1º do Decreto nº 59.566/66). Além da terra, o gado, isoladamente, também pode ser objeto de parceria rural, especificamente a parceria pecuária. O contratante trabalhador, no arrendamento rural, é denominado de arrendatário e, na parceria rural, sua denominação é parceiro-outorgado, conforme também já mencionado. Tanto o arrendatário como o parceiro outorgado podem ser uma pessoa ou o conjunto familiar.

## 10 DIREITO DE PREFERÊNCIA

O direito de preferência não é exclusivo ao direito brasileiro. No direito italiano, as Leis nº 590/65 e nº 817/71 tratam sobre o tema<sup>[21]</sup>. No Brasil, os artigos 45 a 47 do decreto nº 59.566 prescrevem, *verbis*:

Art 45. Fica assegurado a arrendatário o direito de preempção na aquisição do imóvel rural arrendado. Manifestada a vontade do proprietário de alienar o imóvel, deverá notificar o arrendatário para, no prazo, de 30 (trinta) dias, contado da notificação, exercer o seu direito (art. 92, § 3º do Estatuto da Terra).

Art 46. Se o imóvel rural em venda, estiver sendo explorado por mais de um arrendatário, o direito de preempção só poderá ser exercido para aquisição total da área.

§ 1º O proprietário de imóvel rural arrendado não está obrigado a vender parcela ou parcelas arrendadas, se estas não abrangerem a totalidade da área.

§ 2º Nos casos dêste artigo, fica assegurado a qualquer dos arrendatários, se os outros não usarem do direito de preempção, adquirir para si o imóvel.

Art 47. O arrendatário a quem não se notificar a venda, poderá depositando o preço, haver para si o imóvel arrendado, se o requerer no prazo de 6 (seis) meses, a contar da transcrição da escritura de compra e venda no Registro Geral de Imóveis local, resolvendo-se em perdas e danos o descumprimento da obrigação (art. 92, § 4º, do Estatuto da Terra).

No que tange ao contrato de arrendamento rural, o entendimento é que será necessário observar a data de celebração deste contrato, se referido documento foi firmado antes de 1964 será regido sob a ótica do "pacta sun servanda", isto é, dependerá do que as partes

estiverem entabulado sobre o tema. Contudo, se referido contrato foi celebrado após esta data, rege-se-á pelas disposições da Lei nº 4.504/64 (30.11.1964) que criou o direito de preferência. Na hipótese em que o contrato fora celebrado após o advento da lei supra mencionada, outros aspectos deverão ser considerados:

- i) se a venda do imóvel se deu sem a prévia notificação ao arrendatário, configurado se acha o direito real deste à adjudicação do bem alienado, por força do direito de preferência, outorgado pela Lei nº 4.504/64, desde que efetue o depósito do preço do imóvel até seis meses do registro da alienação ou poderá pleitear perdas e danos;
- ii) como ao arrendatário assiste preferência em igualdade de condições, a notificação deve ser remetida respeitando o prazo de 30 dias e explicitar as condições básicas do negócio pretendido, a fim de que o notificado possa decidir se lhe convém exercer, ou não, seu direito de preempção. Notificação essa em que simplesmente seja comunicada a intenção de vender, porém, omissa quanto ao preço e demais cláusulas e condições de transação, não produz os efeitos jurídicos visados pelo alienante; e
- iii) o arrendatário a quem se não comunicar eficazmente a venda poderá haver para si o imóvel arrendado ou requerer perdas e danos.

Outrossim, o arrendador que receber uma proposta para a venda do imóvel, deverá dar ciência ao arrendatário, notificando-o de todos os termos da proposta, para que este possa avaliar se irá ou não exercer o seu direito de preferência. Diante do exposto, é de se salientar que a lei prevê a obrigatoriedade da ciência da venda para que o arrendatário possa exercer o direito de preferência se assim desejar, contudo, na prática sabemos que o registro na matrícula do imóvel é muito eficaz, pois dá publicidade ao ato e contribui muito para a fase de produção de provas numa eventual demanda.

Ainda, insta consignar que para prova dos contratos previstos no artigo 92 do Estatuto da Terra, será permitida a produção de prova testemunhal, logo, a ausência do contrato não poderá elidir a aplicação dos princípios previstos na lei e normas regulamentares.

## 11 MODOS DE EXTINÇÃO ESPECÍFICOS DOS CONTRATOS AGRÁRIOS

Os contratos agrários se estabelecem, se renovam, se prorrogam e também se extinguem. As causas de extinção dos contratos agrários estão especificadas no artigo 26 do Decreto nº 59.566/66.

De acordo com o citado dispositivo:

Art 26. O arrendamento se extingue:

I - Pelo término do prazo do contrato e do de sua renovação;

II - Pela retomada;

III - Pela aquisição da gleba arrendada, pelo arrendatário;

IV - Pelo distrato ou rescisão do contrato;

V- Pela resolução ou extinção do direito do arrendador;

VI - Por motivo de fôr maior, que impossibilite a execução do contrato;

VII - Por sentença judicial irrecorrível;

VIII - Pela perda do imóvel rural;

IX - Pela desapropriação, parcial ou total, do imóvel rural;

X - por qualquer outra causa prevista em lei.

Parágrafo único. Nos casos em que o arrendatário é o conjunto familiar, a morte do seu chefe não é causa de extinção do contrato, havendo naquele conjunto outra pessoa devidamente qualificada que prossiga na execução do mesmo.

Estas causas também são aplicáveis às parcerias. Vamos agora analisar cada uma delas.

### **11.1 Término do Prazo ou de sua Renovação**

É considerada a forma de extinção normal do contrato agrário. Claro que tomamos aqui normalidade em relação às eficácias programáticas do contrato, ou seja, tomando em conta as expectativas de ambas as partes. Atingindo-se o termo final e transcorrida a execução da avença sem incidentes, ambos os contratantes terão satisfeito seus objetivos e metas advindos da resolução do contrato.

*A contrario sensu*, podem ocorrer incidentes durante o transcurso da execução que implicam uma extinção que poderíamos reputar anormal, mais uma vez se fazendo a ressalva de que normalidade e anormalidade estão aqui tomadas em relação à eficácia total que se poderia esperar do contrato, em tese, e que se inviabiliza por uma ruptura prematura do contrato. Há, contudo, que não se olvidar que o interesse público indireto inserto nos contratos agrários, aqui se fazendo presente impondo exceções a que tenha plena aplicação o princípio de que o transcurso do prazo extingue pleno *iure* o contrato. A regra geral é de que, terminado o prazo do contrato, deve ele ser resolvido ao proprietário.

Por fim, vale lembrar, que a renovação pode operar-se repetidas vezes desde que preenchidos os requisitos, podendo operar-se não só sobre contratos originários como derivados de anteriores renovações<sup>[22]</sup>. Nada obsta a que estipulem as partes prorrogação ou renovação negociais, mas o inverso não é verdadeiro, pois as normas protetivas não podem ser afastadas por cláusula sob pena de tornar a lei letra morta.

### **11.2 Retomadas**

A retomada do imóvel está prevista nas hipóteses do artigo 22, parágrafo 2º do Decreto nº 59.566/66 e compreende três situações: i) para exploração direta; ii) para cultivo direto e pessoal, na forma dos artigos 7º e 8º do Decreto; iii) para cultivo através de descendente do arrendador. Também é absolutamente imperioso que preceda à retomada uma notificação, com antecedência mínima de seis meses, por parte do



proprietário sob pena de que, não feita, opere-se renovação automática, ficando assim vedada a pretensão à retomada do prédio. (art. 22, §1º.)[\[23\]](#).

### **11.3 Aquisição da Gleba pelo Arrendatário.**

Uma vez que adquire a gleba, o arrendatário passa a ser o proprietário e a usufruir de tal condição, de forma que é absurdo que cumule ambas as posições ao mesmo tempo de arrendador e arrendatário, o que acontece também na parceria, produzindo exemplo da figura jurídica da confusão, modo extintivo das obrigações previsto no artigo 381 do Código Civil de 2002. O raciocínio é extensível à parceria por força do artigo 34 do Decreto nº 59.566/66. Consoante referido artigo, extingue-se a obrigação, desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor.

### **11.4 Distrato ou Rescisão**

O distrato corresponde à manifestação da mesma vontade que gerou o contrato. Portanto, trata-se de modo normal de extinção. Por outro lado, na rescisão, ocorre lesão, há discordância ou contrariedade de vontades.

De acordo com MEZZOMO, M. C.[\[24\]](#):

O distrato, também chamado por alguns resilição bilateral, nada mais é do que negócio celebrado entre as mesmas partes para que se desfaça um outro negócio jurídico. Como negócio jurídico que, é sujeita-se aos requisitos de existência, validade e eficácia concernentes aos negócios em geral. Importante é, no entanto, atentar para que, consoante o artigo 1093 do C. C., o distrato faz-se em observância as mesmas formalidades requeridas para a celebração da avença objeto do distrato.

A rescisão, segundo Orlando Gomes, é a ruptura do contrato em que houve lesão. A espécie relaciona-

se à infringência de obrigação da qual resulta inadimplemento e dano. A rescisão é facultativa, segundo o artigo 27 do Decreto 59566/66.

As perdas e danos geram uma indenização e abrangem o dano emergente e o lucro cessante, ou seja, o que a pessoa perdeu de imediato, e o que ela deixou de lucrar.

De acordo com a doutrina de Pinto Ferreira<sup>[25]</sup>:

O Estatuto da Terra (art. 92, § 6º.) e o seu Regulamento (art. 27) mencionam 2 causas que dão lugar à rescisão do contrato agrário: o inadimplemento das obrigações assumidas por qualquer das partes; a inobservância de cláusula assecuradora dos recursos naturais (Dec. N. 59.566/66, art. 13, II, c).

No caso de inadimplemento, fica a parte inadimplente obrigada a ressarcir as perdas e danos causados à outra parte.

### **11.5 Resolução ou Extinção do Direito do Arrendador**

É muito comum a palavra “resolução” ser confundida com “rescisão” na nossa legislação. Isto causa muitos problemas terminológicos e contribui para a obscuridade dos textos.

A palavra “resolução” significa a extinção do contrato em virtude de uma estipulação expressa ou implícita em seu conteúdo.

### **11.6 Força Maior**

Ocorrendo hipótese de força maior, tornar-se inviável a execução do contrato, dando, pois, causa à sua extinção.

Os efeitos de tais fatos são variados.

De acordo com os artigos 29 e 36 do Decreto nº 59.566/66:

Art 29. Na ocorrência de força maior, da qual resulte a perda total do objeto do contrato, êste se terá por extinto, não respondendo qualquer dos contratantes, por perdas e danos.

Art 36. Na ocorrência de força maior, da qual resulte a perda total do objeto do contato, êste se terá por rescindido, não respondendo qualquer dos contratantes, por perdas e danos. Todavia, se ocorrer perda parcial, repartir-se-ão os prejuízos havidos, na proporção estabelecida para cada contratante.

O artigo 29 do Decreto nº 59.566/66 não faz distinção entre a impossibilidade parcial ou total, ao passo que o artigo 36, que se refere à parceria, observou-se tal distinção. A distinção nos tratamentos se explica devido à diferença entre arrendamento e parceria no que se refere à disciplina dos riscos, que no primeiro caso correm por conta do arrendatário e, no segundo, de ambos[26].

### **11.7 Por Sentença Irrecorrível**

Tratando-se de sentença irrecorrível, isto é, da qual não dependa mais recurso, sendo imutável, também ocorre extinção do contrato agrário de arrendamento ou parceria.

As hipóteses que podem ser subsumidas neste tópico dizem respeito principalmente aos casos em que se identificam vícios *ab origine* que podem dar causa a nulidade ou anulação.

### **11.8 Perda do Imóvel**

A hipótese de perda do imóvel no dispositivo em questão não está para a perda que se opera por ato negocial, mas sim para a perda perecimento, destruição. *Prima facie* pode parecer um tanto difícil conceber perecimento de uma área de terra, porém a dificuldade desaparece ante uma análise mais atenta das diversas possibilidades de perecimento a que, mesmo os imóveis, estão sujeitos. É pensar na tomada de áreas por águas

quando da construção de hidroelétricas ou erosões que façam ruir terras em margens de cursos de água. Perdido o objeto, que deixa de existir, por certo se extingue o contrato.

### **11.9 Desapropriação**

A matéria referente à desapropriação é de foro constitucional. Está no inciso XXIV, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988: "a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição". Encontramos ainda, no Título VII, Capítulo III (Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária), artigo 184, previsão específica a desapropriação para fins de reforma agrária.

Reza o referido artigo 184 da CF/88 que:

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

Pode a desapropriação ser total ou parcial, prescrevendo, para o segundo caso, o artigo 30 do Decreto nº 59.566/66 que, fica assegurado ao arrendatário o direito à redução proporcional da renda ou o de rescindir o contrato.

Fato já observado, emprega-se mal o termo rescisão neste artigo. Trata-se de resolução do contrato e não de sua rescisão. Ainda, fala-se só em arrendatário, mas tal direito também se estende ao parceiro-outorgado.

### **11.10 Quaisquer outras Causas com Previsão Legal**

A lei figura principalmente o caso de morte do arrendatário. Impende notar que a morte do arrendador proprietário não interrompe a vigência dos contratos de arrendamentos ou parceria, ficando o adquirente sub-rogado nos direitos e obrigações do alienante.

Quanto a morte do arrendatário, é de mister distinguir-se se o arrendatário é apenas a pessoa física ou o conjunto familiar. No primeiro caso, há a extinção do contrato. No segundo, incide o parágrafo único do artigo 26 do Decreto nº 59.566/66, *verbis*: "nos casos em que o arrendatário é o conjunto familiar, a morte do seu chefe não é causa de extinção do contrato, havendo naquele conjunto outra pessoa devidamente qualificada que prossiga na execução do mesmo".

## 12 CONCLUSÃO

Ao analisarmos estes temas no Direito Agrário, observamos que os contratos agrários, com as normas estabelecidas no Estatuto da Terra e seus regulamentos, estabeleceram significativos avanços em relação à legislação anterior. Atualmente, o novo Código Civil fez importante acréscimo referente à função social do contrato, dando novo enfoque também aos contratos agrários, apesar de sua aplicação ser subsidiária.

Percebe-se também a preocupação do constituinte em buscar a emancipação do campesino e o desenvolvimento agrário. O princípio da função social, que encabeça a luta do Direito agrário, mostra-se completo por contemplar tanto a saúde do imóvel, quanto dos proprietários, vizinhos, trabalhadores, meio ambiente e toda a sociedade.

Desta forma, o incentivo ao aumento da produtividade e às práticas cooperativistas, bem como a busca da melhor qualidade de vida no campo, e demais princípios, mostram-se perfeitamente cabíveis à solução da questão agrária, conquanto possibilitem a integralização de indivíduos à estrutura agrária.

Cabe ressaltar, contudo, que as normas referentes aos contratos agrários não garantem efetivamente os direitos de quem cultiva a terra, principalmente no que diz respeito ao acesso à terra, constitucionalmente

garantido a todos, tendo em vista que, consante as regras em vigor, o trabalhador da terra alheia acaba por contribuir com a produção, o progresso econômico do proprietário e o cumprimento da função social da terra, mas tal prática não lhe garante o acesso à terra que cultiva.

#### REFERÊNCIAS

BAFFA, Valéria. Disponível em: <[http://www.iuramundi.eu/pt/ordenamento\\_juridicos\\_italiano/direitoagrario/o\\_direito\\_de\\_retrato\\_e\\_o\\_direito\\_de\\_preferencia\\_agrario\\_a\\_favor\\_dos\\_confinantes.html](http://www.iuramundi.eu/pt/ordenamento_juridicos_italiano/direitoagrario/o_direito_de_retrato_e_o_direito_de_preferencia_agrario_a_favor_dos_confinantes.html)>. Acesso em: 07 abril 2018.

BORGES, Paulo Tormin. **Institutos Básicos do Direito Agrário**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 1994

COELHO, José Fernando Lutz. **Contratos Agrários**. Uma Visão Neo-Agrarista. Curitiba: Juruá, 2006

FERREIRA, Pinto. **Curso de Direito Agrário**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **A função social dos contratos: ponderações após o primeiro biênio de vigência do Código Civil**. Disponível em: . Acesso em: 07 abril 2018.

MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito agrário brasileiro**. 9 ed. rev. atual e amp. São Paulo: Atlas, 2011

MEZZOMO, M. C.. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/agrario/extincao-contratos.htm>>. Acesso em: 07 abril 2018

OLIVEIRA, Umberto Machado de. **Princípios de direito agrário na Constituição vigente**. Curitiba: Juruá, 2004

OPTIZ, C. B SILVIA. OPITZ, Oswaldo. **Curso completo de direito agrário**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

OPTIZ, C. B SILVIA. OPITZ, Oswaldo. **Contratos no Direito Agrário**. Editora Síntese, 1974.

SALDANHA, Nelson Nogueira. **Sociologia do Direito**. T.T., São Paulo, 1970.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NOTAS:

[1] VENOSA, Sílvio de Salvo, p. 379

[2] CARVALHO, Edson Ferreira de, p. 394

[3] O que leva a alguma doutrina afirmar que eles se confundem com os contratos nominados.

[4] Art3º Arrendamento rural é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de imóvel rural, parte ou partes do mesmo, incluindo, ou não, outros bens, benfeitorias e ou facilidades, com o objetivo de nêle ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agro-industrial, extrativa ou mista, mediante, certa retribuição ou aluguel , observados os limites percentuais da Lei.

§ 1º Subarrendamento é o contrato pelo qual o Arrendatário transfere a outrem, no todo ou em parte, os direitos e obrigações do seu contrato de arrendamento.

§ 2º Chama-se Arrendador o que cede o imóvel rural ou o aluga; e Arrendatário a pessoa ou conjunto familiar, representado pelo seu chefe que o recebe ou toma por aluguel.

§ 3º O Arrendatário outorgante de subarrendamento será, para todos os efeitos, classificado como arrendador.

[5] Art 4º Parceria rural é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso específico de imóvel rural, de parte ou partes do mesmo, incluindo, ou não, benfeitorias, outros bens e ou facilidades, com o objetivo de nêle ser exercida atividade

de exploração agrícola, pecuária, agro-industrial, extrativa vegetal ou mista; e ou lhe entrega animais para cria, recria, invernagem, engorda ou extração de matérias primas de origem animal, mediante partilha de riscos do caso fortuito e da força maior do empreendimento rural, e dos frutos, produtos ou lucros havidos nas proporções que estipularem, observados os limites percentuais da lei (artigo 96, VI do Estatuto da Terra).

Parágrafo único. para os fins dêste Regulamento denomina-se parceiro outorgante, o cedente, proprietário ou não, que entrega os bens; e parceiro-outorgado, a pessoa ou o conjunto familiar, representado pelo seu chefe, que os recebe para os fins próprios das modalidades de parcerias definidas no art. 5º.

[6] Art 39. Quando o uso ou posse temporária da terra fôr exercido por qualquer outra modalidade contratual, diversa dos contratos de Arrendamento e Parceria, serão observadas pelo proprietário do imóvel as mesmas regras aplicáveis à arrendatários e parceiros, e, em especial a condição estabelecida no art. 38 supra.

[7] OPTIZ, C.B SILVIA. OPTIZ, Oswaldo, p. 381.

[8] Como é de fácil intelecção, esta figura se assemelha ao instituto na sublocação, na qual o próprio arrendatário, cederá parcial ou totalmente o imóvel para um subarrendatário, por uma retribuição.

[9] Esse parágrafo está adiantando um dos deveres do arrendatários, o de obedecer a forma prescrita no contrato acerca das condições de pagamento.

[10] OPTIZ, C.B SILVIA. OPTIZ, Oswaldo.

[11] “Pois justifica-se a rescisão do arrendamento, a danificação da coisa por abuso do inquilino, como o corte de árvores e o estrago de outras, por animais, ou por falta de cuidado” (TJSP, RT, 161:719) (apud OPTIZ, C.B SILVIA. OPTIZ, Oswaldo, p. 390.)

[12] Mais a frente, tratar-se-á especificamente acerca da diferença entre o arrendamento rural e parceria rural.

[13] OPTIZ, C.B SILVIA. OPTIZ, Oswaldo, p. 429



[14] Decreto nº 59.566/66, Art. 38.- A exploração da terra, nas formas e tipos regulamentados por este Decreto, somente é considerada como adequada a permitir ao arrendatário e ao parceiro-outorgado gozar dos benefícios aqui estabelecidos, quando for realizada de maneira: (...)

[15] Código Civil, Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.

[16] ACÓRDAO EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. TÉRMINO DO CONTRATO DE COMODATO E CONSEQUENTE PERDA DA POSSE. DIREITO À INDENIZAÇÃO PELO COMODATÁRIO DE BOA-FÉ. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

I - O acordo firmado entre a Municipalidade e o Sr. Geraldo Cazaquevis Capucho era de "utilização da área", não configurando uma Doação, mas um Contrato de Comodato, conforme prevê o artigo 579, do Código Civil.

II - O Comodato perdurou até a interdição judicial do Abatedouro Municipal (2006), a partir de quando o Recorrente deixou de praticar qualquer tipo de ato possessório sobre o bem. Por esse motivo, houve a perda da posse direta do bem do Recorrente, nos termos do artigo 1223, do Código Civil. Diante do término do Contrato de Comodato, devem ser afastado o pleito reintegratório.

III - Nos termos dos artigos 1219 e 1255, ambos do Código Civil, o Recorrente (possuidor de boa-fé e comodatário) deverá ser indenizado pelo Recorrido pela benfeitoria construída (matadouro), sob pena de enriquecimento ilícito deste último, devendo a apuração do *quatum debeat* ser realizada por meio de Liquidação de Sentença.

IV - Recurso e Remessa Necessária conhecidos, e parcialmente providos. ACORDA a Egrégia Segunda Câmara Cível, em conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, por unanimidade dos votos, conhecer e conferir parcial provimento ao recurso e à Remessa Necessária.(TJES, Classe: Apelação Cível, 29090006460, Relator Designado: NAMYR CARLOS DE SOUZA FILHO, Órgão julgador: SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Julgamento: 04/10/2011, Data da Publicação no Diário: 20/10/2011)

[17] "Antes de outra coisa, deve-se distinguir entre 'costumes' em geral e costumes jurídicos. Os costumes (francês 'moeurs', em alemão, 'sitten') são as práticas assentes e enraizadas num grupo, nas várias situações e áreas da vida. O costume jurídico é um uso que apresenta importância jurídica, que como 'fonte' naquele sentido convencional (formal) do termo, que como ponto de referência para constar fatos notórios ou circunstanciais". Saldanha, Nelson Nogueira, Sociologia do Direito. T.T., São Paulo, 1970, p. 131.

[18] COELHO, José Fernando Lutz. Contratos Agrários. Uma Visão Neo-Agrarista, p. 86.

[19] JARQUE, J.J.S. Derecho agrario: general, autonômico y comunitario. Madrid: Reus, 1985, v.1.

[20] Sobre o tema: ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª Ed.. São Paulo, Malheiros, 2011

[21] Sobre o tema, artigo de Valeria Baffa disponível em <[http://www.iuramundi.eu/pt/ordenamento\\_juridicos\\_italiano/direito\\_agrario/o\\_direito\\_de\\_retrato\\_e\\_o\\_direito\\_de\\_preferencia\\_agrario\\_a\\_favor\\_dos\\_confinantes.html](http://www.iuramundi.eu/pt/ordenamento_juridicos_italiano/direito_agrario/o_direito_de_retrato_e_o_direito_de_preferencia_agrario_a_favor_dos_confinantes.html)>

[22] BORGES, Paulo Tormin, p. 113.

[23] FERREIRA, Pinto, p. 252.

[24] Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/agrario/extincao-contratos.htm>>

[25] FERREIRA, Pinto, p. 253

[26] FERREIRA, Pinto, p. 255.

## INOVAÇÕES DO CÓDIGO PROCESSUAL PENAL ACERCA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

**LETICIA RIBEIRO LIMA:**  
Graduanda em Direito pela  
Universidade Brasil.

ANDRÉ DE PAULA VIANA  
(Orientador)[1].

**RESUMO:** O presente artigo visa expor a finalidade dada a Audiência de Custódia, haja vista ser considerado um mecanismo de humanização do processo penal e de proteção aos direitos individuais inerentes da pessoa detida, constitucionalmente resguardados. Direito este, previsto em diversos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, garantindo ao detento a preservação de sua integridade física, psíquica e moral. Além do mais, iremos apresentar pontos controversos à implantação concreta da Audiência de Custódia no Brasil. Analisaremos o Projeto de Lei nº 554/11 como uma inovação ao direito brasileiro e quais são as divergências dos Tribunais. Abordaremos o grande avanço da justiça, uma vez que todos os membros do Judiciário terão capacitação para encarar a nova metodologia de humanização apresentada pelo Senado. Trataremos a Audiência como método de melhor desempenho do Poder Judiciário, possibilitando que o índice de tortura e tratamento desumano, bem como o encarceramento em massa tenha queda significativa diante da real situação que o sistema prisional brasileiro encara. Nesse sentido, através de doutrinas, jurisprudências e dados estatísticos recentes, apresentaremos a Audiência como inovação fundamental e necessária para o desenvolvimento do Poder Judiciário Brasileiro no combate à superlotação e inobservância de normas de direitos fundamentais inerentes da pessoa humana.

**Palavras-Chave:** Custódia. Processo. Dignidade. Lei. Senado.

**Abstract:** The purpose of this article is to explain the purpose of the Hearing of Custody, given that it is considered to be a mechanism for humanizing the criminal process and protecting the inherent individual rights of the detained person, constitutionally protected. This right, provided for in several international human rights treaties and conventions, guarantees the detainee the preservation of his physical, mental and moral

integrity. In addition, we will present controversial points to the concrete implementation of the Hearing of Custody in Brazil. We will analyze Bill 554/11 as an innovation in Brazilian law and what are the differences of the Courts. We will address the great progress of justice, since all members of the Judiciary will have the capacity to face the new methodology of humanization presented by the Senate. We will treat the Audiência as a method of better performance of the Judiciary, allowing that the rate of torture and inhuman treatment, as well as mass incarceration, will fall significantly in the face of the real situation that the Brazilian prison system faces. In this sense, through doctrines, jurisprudence and recent statistical data, we will present the Audiência as a fundamental and necessary innovation for the development of the Brazilian Judiciary in the fight against overcrowding and non-observance of norms of fundamental rights inherent to the human person.

**Keywords:** Custody. Process. Dignity. Law. Senate.

**Sumário:** Introdução; 1. A Audiência de Custódia frente aos Direitos Humanos; 2. A Audiência de Custódia no Brasil; 2.1.O Brasil e a aplicação dos Tratados; 3. CNJ E TJSP; 4. Vantagens e Desvantagens da Implantação da Audiência de Custódia no país; 4.1. Preservação dos Direitos Fundamentais; Melhor desempenho da justiça humanitária; Diminuição dos índices de superlotação e de gastos com presos; 4.2. Ausência de conhecimento e preparo dos magistrados e insuficiência de recursos; 5. Projeto de lei nº 554/11; 5.1. Inovações ao Código de Processo Penal; 5.2. Posicionamentos dos Tribunais; Considerações finais; Referências.

---

## INTRODUÇÃO

O termo custódia vem do latim, *custodire*<sup>[2]</sup>, que significa guardar, manter aos cuidados, vigiar, tutelar, proteger, dentre outros. Em outras palavras, no âmbito jurídico e no trabalho aqui apresentado, a tutela versa sobre o dever do Estado como responsável pela aplicação da lei, bem como dos direitos fundamentais do cidadão, haja vista garantir às pessoas encarceradas a preservação à integridade física e moral<sup>[3]</sup>.

A Audiência de Custódia ou Audiência de Apresentação<sup>[4]</sup> é o ato pré-processual que assegura o direito que todo cidadão preso tem em face do

Estado, sendo o principal de ser apresentado imediatamente à autoridade judiciária competente, para que sejam analisadas as circunstâncias que ensejaram a prisão em flagrante.

Nucci disserta que (2016, p. 1118), a audiência de custódia é definida como:

*"[...] audiência realizada, após a prisão em flagrante do agente, no prazo máximo de 24 horas, para que o juiz, pessoalmente, avalie a sua legalidade e promova as medidas cabíveis (manter a prisão, relaxar o flagrante ou conceder liberdade provisória). Não há, ainda, lei estabelecendo a sua existência e qual o seu procedimento[5]"*.

O preso tem a garantia de sua integridade física com essa apresentação imediata, ou seja, assegura a inviolabilidade à dignidade da pessoa humana, tendo por escopo, diminuir as violências praticadas pelos agentes policiais, igualmente diminuir o número de prisões ilegais.

Para melhor compreendermos o objetivo da Audiência de Custódia, Augusto Tarradt Vilela, destaca que:

*"a audiência de custódia é um instituto perfectibilizador de valores predominantes em nossa Constituição Federal, em tratados internacionais (...), além de ser um elemento extremamente necessário para o melhor desempenho da justiça humanitária[6]"*.

Ao fim e ao cabo, essa audiência garante uma maior legitimidade ao processo decisório inicial deixando de ser um ato meramente burocrático, onde o magistrado simplesmente recebe a comunicação e as peças do flagrante escritas e decide apenas com base no que foi relatado pela autoridade policial[7].

## 1. A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA FRENTE AOS DIREITOS HUMANOS.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos determina:

*"qualquer pessoa presa ou detida nas condições previstas no parágrafo 1, alínea c), do presente artigo deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo*

*razoável, ou posta em liberdade durante o processo. A colocação em liberdade pode estar condicionada a uma garantia que assegure a comparência do interessado em juízo”.*[\[8\]](#)

Ainda, a Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu tópico 7.5 prevê que:

*“Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”.*[\[9\]](#)

Por fim, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP), no item 9.3, dispõe:

*“Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença”.*[\[10\]](#)

Além de Tratados e Convenções, a Constituição Federal atesta as garantias inerentes da pessoa humana, haja vista esse direito estar ligado subjetivamente à Audiência.

O inciso LXII do referido instituto dispõe que:

*“a prisão de qualquer pessoa e o local onde encontra serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”.*[\[11\]](#)

Ainda, complementa a Constituição Federal, o disposto no art. 306 do Código de Processo Penal, sendo que deverá ser comunicado "(...) ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada." [12]

Não obstante este seja o ponto a ser alterado no Código de Processo Penal, devemos citar o mencionado artigo a fim de esclarecimentos, haja vista desconsiderar a apresentação do preso à autoridade competente.

## 2. A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO BRASIL.

Atualmente não há previsão legal expressa acerca do tema aqui apresentado, posto que a Constituição Federal e o Código de Processo Penal apresentam apenas possibilidades de encaminhamento dos autos em juízo e, não do acusado para as devidas formalidades da prisão.

Instituto que mais se aproximou da Audiência de Custódia, foi à previsão do art. 656 do CPP, acerca do HC, "(...) o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar[13].

O Decreto Legislativo nº 226, de 12.12.1991 do CNJ, aprovou o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos[14], tendo o Brasil depositado carta de adesão em 24.01.1992, entrando em vigor na data de 24 de abril do referido ano[15]. Ainda, o Brasil depositou carta de adesão à Convenção Americana de Direitos Humanos em 25.09.1992, mesma da que passou a vigor no território nacional, promulgada por Decreto Presidencial nº 678 de 06.11.1992[16]. E mais, A Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura foi aprovada pelo CNJ no Brasil através do Decreto Legislativo 05/1989, sendo promulgado pelo Decreto Presidencial nº 98.386/1989[17]. O Brasil promulgou também, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados em 2009, pelo Decreto 7.030/2009[18].

Insta acrescentar, que todos os tratados e convenções internacionais foram introduzidos no ordenamento jurídico antes da Emenda Constitucional nº 45/04, viabilizando assim, o status de norma supralegal, ou seja, a preferência que esses diplomas possuem, possibilitando lugar especial no ordenamento jurídico, ficando acima das legislações internas e apenas abaixo da Constituição Federal.

## 2.1. O BRASIL E A APLICAÇÃO DOS TRATADOS.

O Brasil possui status de país signatário de todos os tratados citados no item acima, uma vez que versa sobre a proteção dos direitos humanos a serem aplicados direta ou indiretamente no país.

Segundo Paiva (2015, p 34):

*"é o principal objetivo da implementação da Audiência de Custódia. Ora, se o Brasil é signatário dos Tratados em questão, deve(ria) ajustar seu ordenamento jurídico para que fique em conformidade com as regras então ratificadas. A grande questão é que o Brasil ratificou tal Tratado há mais de vinte anos atrás e só agora o tema da audiência de custódia, nele contida, vem sendo discutido[19]"*.

Ademais, a Constituição Federal dispõe em seus artigos que:

*49- É da competência exclusiva do Congresso Nacional:*

*I- Resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional[20];*

*84- Compete privativamente ao Presidente da República:*

*VIII- Celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional[21].*

*21- Compete à União:*

*I- Manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais[22].*

De acordo com Alejandro Artúcio:

*"O Estado ao ratificar um tratado se obriga a respeitar, fazer respeitar e garantir os direitos reconhecidos pelo texto a toda pessoa sujeita à sua"*



*jurisdição; a adaptar sua legislação interna ao estabelecido no tratado; a assegurar que suas autoridades não tomem medidas ou ações que vão contra o disposto no tratado e colocar à disposição de toda pessoa que se sinta violada em seus direitos, recursos jurídicos efetivos para corrigir a situação*<sup>[23]</sup>”.

A Constituição Federal trás redação expressa acerca dos tratados internacionais. Vejamos:

*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos seguintes termos:*

*§1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*

*§2º Os direitos e garantias expressos nessa Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*<sup>[24]</sup>.

Flávia Piovesan, procuradora e professora, leciona:

*"Ora, se as normas definidoras dos Direitos e Garantias Fundamentais demandam aplicação imediata e se, por sua vez, os tratados internacionais de Direitos Humanos têm por objeto justamente a definição de Direitos e Garantias, conclui-se que estas normas merecem aplicação imediata*<sup>[25]</sup>."

Diante das imposições normativas, se torna evidente a não faculdade e sim, a obrigatoriedade da aplicação em sinônimo de respeito aos tratados internacionais, bem como aos direitos inerentes da pessoa humana.

### 3. CNJ e TJSP.

Diante todo conteúdo normativo e a precisão de instituir a "Audiência de Custódia", em 15 de dezembro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça

(CNJ), aprovou a proposta advinda da audiência de custódia, através da Resolução 213. Determinando assim, que todo aquele que fosse detido, deveria ser encaminhado sem demora, no prazo de 24 horas à autoridade judiciária competente, para que fossem analisadas as circunstâncias e legalidade da prisão, bem como estipulou um período de 90 (noventa) dias para que todos os Tribunais se adequassem ao procedimento.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo TJSP, em Resolução conjunta com a Corregedoria Geral de Justiça de SP, inovou, aplicando de forma pioneira a Audiência de Custódia em 24.02.2015.

#### 4. VANTAGENS E DESVANTAGENS DA IMPLANTAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO PAÍS.

A Audiência de Custódia no Brasil gerou grande polêmica desde sua Resolução, acarretando diversas opiniões. No entanto, citaremos alguns posicionamentos favoráveis e contrários no que tange sua aplicabilidade e opiniões de doutrinadores quanto ao tema.

##### 4.1. PRESERVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS; MELHOR DESEMPENHO DA JUSTIÇA HUMANITÁRIA; DIMINUIÇÃO DOS ÍNDICES DE SUPERLOTAÇÃO E DE GASTOS COM PRESOS;

A principal finalidade da Audiência de Custódia é coibir supostos atos de tortura ou de maus tratos decorrentes da prisão em flagrante, cabendo ao magistrado observar se foram preservados os direitos fundamentais inerentes da pessoa humana.

Sabemos que a dignidade da pessoa humana esta intrinsecamente voltada ao dever do Estado Democrático de Direito em garantir e preservar esse direito.

Nesse diapasão, Flávia Piovesan, disserta que:

*"É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, a dignidade da pessoa humana como verdadeiro*

*super princípio a orientar o Direito Internacional e o Interno*<sup>[26]</sup>”.

Partindo dessa premissa, podemos inserir nesse contextos todos os demais princípios que serão preservados quando da aplicação da Audiência de Custódia.

Aury Lopes Jr e Caio Paiva inovam com a ideia de que a Audiência seja um método de “humanização do processo penal<sup>[27]</sup>”, uma vez que possibilita ao juiz analisar as nuances em que foram procedidas a prisão em flagrante e sua legalidade, podendo, após o prévio contraditório verificar a ilegalidade e relaxar a prisão, bem como se houver legalidade e não preencher os requisitos da prisão preventiva, aplicar medidas diversas da prisão, garantindo ao detendo a liberdade e comprometendo-o a comparecer em juízo sempre que for requisitado, haja vista, verificar pessoalmente se o detido foi vítima de maus tratos e torturas.

Ainda, o Mestre e Advogado, Gustavo Badaró leciona que:

*O pronto contato pessoal do preso com um juiz é o mínimo que um Estado de Direito deve assegurar a quem está sendo privado de sua liberdade. Mais do que obedecer uma norma de direitos humanos, a audiência de custódia humanizará o juiz. Hoje, em seu gabinete, ele decide lendo folhas de papel, da forma mais impessoal possível. Com a audiência de custódia o juiz não decidirá apenas se uma prisão em flagrante, que foi documentada em um auto, deve ser mantida ou reformada. Ele terá contato com um preso de carne e osso, olhará nos olhos de alguém que, por mais que lhe custe acreditar, é uma pessoa e não um número de auto de prisão em flagrante. E o preso terá a chance de, prontamente, expor seus argumentos para um juiz que, se convencido que a prisão é a única medida adequada, terá que justificar, de viva voz, que o cárcere é o seu lugar*<sup>[28]</sup>.

Estima-se, no entanto, que a Audiência de Custódia proporcione significativa diminuição no índice de superlotação dos presídios brasileiros, uma vez que sua breve aplicação em determinados Estados teve aprovação imediata.

Além disso, dados significativos disponibilizados pelo CNJ, demonstrando que no estado do Maranhão de 569 audiências de custódia realizadas, houve a liberação de 322 pessoas. Ainda, no Espírito Santo, 439 pessoas detidas foram liberadas após a realização da audiência, dentre os 849 casos.

*A providência [implantação das audiências de custódia] conduzirá, de início, à redução da superlotação carcerária, além de implicar diminuição considerável dos gastos com a custódia cautelar. O custo médio mensal individual é de aproximadamente R\$ 3 mil”[29].*

E mais,

*“Reduzir a superlotação do sistema contribui para maior segurança às unidades e melhora as condições para as atividades de ressocialização e também resulta em economia para o estado”[30]* relata o secretário de Justiça do Espírito Santo.

Ainda, *“É como um habeas corpus automático para todo mundo”, disse o secretário. “A garantia de liberdade é muito grande.”[31].*

Até Junho de 2017, no Brasil, foram realizadas 258.485 Audiências de Custódia, sendo que 44,68% desse índice resultaram em liberdade provisória e, 4,90% dos casos, ou seja, 12.665 detidos confirmaram os maus tratos decorrentes da prisão em flagrante. Em São Paulo, foram efetuadas 56.682 audiências, posto que 26.106 pessoas foram postas em liberdade. Além disso, no Mato Grosso procedeu-se a realização de 5.927 pessoas apresentadas em juízo no prazo de 24 horas da prisão em flagrante, do qual 56,28%, ou seja, 3.336 foram liberadas[32].

A diminuição dos presos provisórios com a aplicação da Audiência de Custódia fará com que a economia do País apresente redução significativa, uma vez que segundo os dados do Conselho Nacional de Justiça, se houver a redução dos presos provisórios em 50%, passando a ser apenas 120 mil presos em todo o sistema carcerário nacional, haverá a diminuição de gastos anuais em R\$4,3 bilhões, conseqüentemente, deixará de ser construídos novos presídios, logo, R\$9,6 bilhões serão economizados. Ou seja, anualmente a economia do país atingirá a margem de R\$13,9 bilhões[33].

Até maio de 2016, em São Paulo desde a implementação da Audiência no estado, houve a economia de R\$1.400.530.000,00, além disso, verificou que 21 presídios deixaram de ser construídos em decorrência da liberação de presos provisórios.

Destarte, se levarmos em consideração a economia do país desde a implantação do Projeto Audiência de Custódia, podemos concluir, que sua inserção definitiva no ordenamento jurídico brasileiro, fará com que o índice de superlotação do sistema carcerário caia significativamente e, por conseguinte, a economia tenha um relevante avanço.

#### 4.2. AUSÊNCIA DE CONHECIMENTO E PREPARO DOS MAGISTRADOS

##### E INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS.

Para alguns doutrinadores e juristas, a Audiência de Custódia não passa de um instrumento caro e inútil, provocando assim reprovabilidade instantânea quanto a sua aplicação, além do mais afirmam que por não ser um mecanismo voltado à produção de provas, os juízes não possuem capacidade para avaliar pois não se igualam a peritos preparados para averiguar supostas torturas decorrentes da prisão.

Com todas as vênias, tal afirmativa não condiz com a verdade real, uma vez que analisando o Poder Judiciário e seus membros, bem como se levarmos em consideração o objetivo do Projeto Audiência de Custódia, é de meridiana clareza a finalidade de humanização do processo penal, haja vista o preparo estar associado não ao conhecimento quanto à perícia e sim, quanto às metodologias a serem aplicadas no momento da realização da audiência, bem como verificar as formalidades legais inerentes da prisão em flagrante.

Insta acrescentar que o CNJ em parceria com CGJ e a Universidade Corporativa do TJBA, apresentaram um workshop Audiência de Custódia, possibilitando assim que os magistrados se capacitassem para realizar esse determinado procedimento.

Ainda, os juízes do Espírito Santo receberam treinamentos de magistrados paulistas. Já em São Paulo, os cursos de capacitação e aprimoramento dos magistrados e membros do Poder Judiciário começaram a ser realizados no primeiro semestre de 2016, com influencia

do juiz auxiliar da Presidência do CNJ, para que num primeiro momento houvesse a adaptação dos mesmos com a nova intervenção judicial.

Portanto, dizer que o Poder Judiciário não é capacitado para realizar as Audiências de Custódia, sem sombra de dúvidas, seria mera força de expressão, uma vez que a única barreira para ser aplicado definitivamente este procedimento é a falta de previsão legal no nosso ordenamento jurídico.

Ainda, a título de “desculpa” por parte do Judiciário, é dizer que não há recursos financeiros que possam cobrir os gastos com a implantação da Audiência em todo território nacional.

Se levarmos em consideração uma das vantagens acerca da inserção da Audiência de Custódia no Brasil definitivamente, referente ao item 5.1 supracitado, uma vez que o gasto anual com presos provisórios que receberam medidas cautelares diversas da prisão deveria ser convertido em recursos para um melhor desempenho dos Tribunais, investindo em infraestrutura e capacitação do Poder Judiciário e seus membros.

Sendo assim, de todo o lado que se analisa o Projeto Audiência de Custódia, não encontramos substância palpável que possa demonstrar à negativa e a desvantagem de sua implantação, sendo que basta apenas sua normatização e real aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

## 5. PROJETO DE LEI Nº 554/11.

De autoria do Senador Antônio Carlos Valadares, o Projeto de Lei do Senado nº 554/11, alteraria o CPP conforme respectiva ementa:

*Altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante*[\[34\]](#).

O Projeto de Lei do Senado teve início em 06 de setembro de 2011 através de protocolo feito pelo Senador Antônio Carlos Valadares, aguardando posteriores propostas de emenda. O Senador João Capiberibe em 25 de junho de 2013 apresentou emenda ao PLS nº 554/11 e, posteriormente a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Parlamentar[\[35\]](#) aprovou por unanimidade o relatório apresentado pelo mesmo. Assim que apresentada as emendas, em 05 de agosto de 2015, a

Comissão de Cidadania e Justiça aprovou o substitutivo ao PLS, relatado pelo Senador Humberto Costa e, em 09 de setembro de 2015 em turno suplementar, rejeitou outras emendas especificando àquelas já aprovadas. Em 30 de novembro de 2016 foi aprovado o substitutivo com todas as emendas em turno suplementar e encaminhado o projeto final em 06 de dezembro de 2016 à Câmara dos Deputados para aprovação do projeto onde se encontra até a presente data.

#### 5.1. INOVAÇÕES AO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

De acordo com o Projeto de Lei nº 554/11, o substitutivo aprovado em turno suplementar datado de 30 de novembro de 2016 e encaminhado a Câmara dos Deputados no dia 06 de dezembro do aludido ano, traz inovações de grande valia, uma vez que no "caput" do art. 306, inclui a Defensoria Pública no polo de órgãos a serem comunicados após a prisão, haja vista permitir o rápido acionamento de mecanismos de defesa ao acusado, já no §1ª inseriu-se no rol o Ministério Público, objetivando o célere desenvolvimento do Fiscal da Lei, permitindo assim que diligências sejam requeridas se necessário for, bem como o relaxamento ou até mesmo pedido de prisão preventiva se for o caso. Ainda, incluiu ao dispositivo treze novos parágrafos, evidenciando o resguardo da preservação da dignidade da pessoa humana.

#### 5.2. POSICIONAMENTOS DOS TRIBUNAIS.

A Audiência de Custódia por ser um assunto atual e muito debatido, provocou divergências quanto sua aplicabilidade e constitucionalidade nos tribunais brasileiros.

O Plenário deu parcial provimento na Adin ADI 5240/SP, rel. Min. Luiz Fux, 20.8.2015. (ADI-5240), em face da Resolução nº 3/2015 do TJ/SP e CGJ, relacionada a Audiência de Custódia, que determina a apresentação da pessoa detida no prazo de 24 horas à autoridade judiciária competente para ser analisada a legalidade da prisão procedida. A Corte afirmou que de acordo com o dispositivo da CADH, o efeito de toda a legislação ordinária teria sustado com esse preceito, relativo ao caráter supralegal que os tratados de direitos humanos possuem para com o ordenamento jurídico, como ficara assentado pelo STF, no julgamento do RE 349.703/RS (DJe de 5.6.2009). bem como, essa apresentação em juízo garantiria a ideia de

liberdade do detento. Assim, o voto dado a ADI demonstrou de forma salutar a constitucionalidade e perfeita adequação com normas constitucionais, inclusive com a legislação ordinária, bem como com o Código de Processo Penal, sem ao menos se cogitar em inconstitucionalidade referente ao Projeto de Lei do Senado nº 554/11[36].

De outra banda, podemos analisar julgados contrários, que mesmo o Brasil sendo signatário de tratados internacionais de direitos humanos, sua não aplicação ao caso concreto é notório, principalmente quanto a Audiência de Custódia. Vejamos:

**TRF-1 - HABEAS CORPUS HC  
389797520144010000 (TRF-1)**

***Data de publicação: 03/10/2014***

***Ementa: PROCESSUAL PENAL. PENAL. SUPOSTA PRÁTICA DO DELITO DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. CONDUÇÃO PESSOAL DO PRESO AO JUIZ. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. HABEAS CORPUS DENEGADO.***

*1. O ordenamento jurídico pátrio não contempla o instituto da "audiência de custódia", apenas prevê o encaminhamento do auto de prisão em flagrante para que o juiz competente analise a legalidade e a necessidade da manutenção da prisão cautelar. Não há condução pessoal do preso ao magistrado.*

*2. O indeferimento do pedido de realização de audiência de custódia – por absoluta falta de previsão legal – não consubstancia constrangimento ilegal, passível de reparação por habeas corpus.*

*3. Ordem de habeas corpus denegada.[37]*

E mais,

**[TJ-PE - Habeas Corpus HC 4123460 PE \(TJ-PE\)](#)**

***Data de publicação: 18/01/2016***

***Ementa: AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. (...) 4 - Não se faz necessária a realização da audiência de custódia. Muito embora a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, subscrita pelo***



*Brasil, preveja em seu art. 7º, inciso V, que o acusado preso deverá ser apresentado à presença da autoridade judicial, cumpre salientar que atualmente não existe tal **previsão** expressa no ordenamento jurídico pátrio **[38]**.*

Ainda,

[TJ-PR - Habeas Corpus HC 12474125 PR](#)

[1247412-5 \(Acórdão\) \(TJ-PR\)](#)

***Ementa:*** Ausência de audiência de custódia. Não há no ordenamento pátrio qualquer norma legal regulamentando a chamada audiência de custódia. Inclusive, justamente para se suprir essa lacuna, é que tramita no Senado o projeto de Lei nº 554/2011, que prevê a obrigatoriedade da apresentação do réu preso em juízo no prazo de 24 horas. Enquanto referido projeto não é aprovado, por óbvio não se poderá exigir a sua realização. **[39]**

A aprovação na Câmara dos Deputados relacionada ao PLS 554/11, trará para o ordenamento jurídico brasileiro uma garantia de aplicabilidade da audiência de custódia com base em dispositivo legal, haja vista, atualmente conforme demonstrado acima, os magistrados denegarem a ordem fundamentando a inexistência de previsão normativa.

Ainda, há de se ressaltar o avanço dos dispositivos do processo penal, bem como a humanização do procedimento a ser desenvolvido pelos magistrados.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Com base no que fora apresentado, a Audiência de Custódia possui previsão expressa em tratados e convenções internacionais do qual o Brasil é signatário e, está subjetivamente introduzida nos anais da Constituição Federal.

Por sua vez, objetiva a preservação dos direitos fundamentais inerentes da pessoa humana, garantindo a pessoa detida a preservação da integridade física, psíquica e moral constitucionalmente resguardados.

A ausência de previsão legal expressa acerca da Audiência de Custódia, dificultou sua aplicação diante o Poder Judiciário, conforme jurisprudências supracitadas, uma vez que apenas os dispositivos dos tratados e convenções internacionais, não seriam suficientes para sua introdução e aplicação nos casos em concreto.

Ademais, ressalta, portanto que a inovação advinda da PLS 554/11 humanizará o processo penal, possibilitando assim que o magistrado e todo o Poder Judiciário estejam preparados para analisar as nuances que ensejaram a prisão em flagrante.

A expectativa é que o projeto supere os dados de superlotação, protagonizando mudanças quanto à cultura do encarceramento em massa.

Diante de todo conteúdo apresentado, objetiva-se pela aprovação do PLS 554/11, tornando uniforme o posicionamento do ordenamento jurídico brasileiro com os tratados internacionais do qual o Brasil é signatário viabilizando um maior desenvolvimento do Poder Judiciário no que cerne as prisões brasileiras.

## REFERÊNCIAS

**BRASIL.** Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. 1988, mar.

**NUCCI, Guilherme de Souza.** Código de Processo Penal. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

**PAIVA, Caio.** Audiência de custódia e o processo penal brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

**PIOVESAN, Flávia.** Direitos Humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988, 2004.

**VILELA, Augusto Tarradt.** Audiência de custódia: uma necessidade (in)aplicável, Boletim IBCCrim, n. 269, p. 18-19. São Paulo, abr. 2015.

**AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA.** Brasília- DF. CNJ. p. 15. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>

**BADARÓ, Gustavo.** A importância da Audiência de Custódia: antes tarde do que nunca. 2015. Disponível

em: <http://www.jornalcruzeiro.com.br/materia/593901/a-importancia-da-audiencia-de-custodia-antes-tarde-do-que-nunca>

**JR, Aury Lopes e PAIVA, Caio.** AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA APONTA PARA EVOLUÇÃO CIVILIZATÓRIA DO PROCESSO PENAL. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lopes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>

**MONTENEGRO, Manoel Carlos.** Audiências de Custódia interferem na superlotação e nas mortes em presídios. Brasília. 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79955-audiencias-de-custodia-interferem-na-superlotacao-e-nas-mortes-em-presidios>

**VALADARES, Antônio Carlos.** PLS 554/11. Senado Federal. Brasília. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115>

NOTA:

[1] <http://lattes.cnpq.br/4428702481856069>

[2] <https://conceito.de/custodia>

[3] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, inc. XLIX. Brasília, DF. 1988, mar.

[4] Embora seja mais conhecida como “audiência de custódia”, há quem prefira a denominação “audiência de apresentação”, como, p. Ex., o Min. Luiz Fux do STF, para evitar a ideia de que a finalidade da audiência seja custodiar alguém.

[5] NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal. 15. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2016.

[6] VILELA, Augusto Tarradt. Audiência de custódia: uma necessidade (in)aplicável, Boletim IBCCrim, n. 269, p. 18-19. São Paulo, abr. 2015.

[7] APn 0000812-91.2014.402.5001/ES, 2ª Vara Federal de Vitória/ES, decisão de 23.05.2014. “Tal apresentação visa precipuamente a salvaguarda à integridade física e psíquica do preso, que devera ser ouvido pelo juiz, com evidentes garantias ao estabelecimento da verdade real sobre os fatos,

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590929>

possibilitando, ainda, a análise judicial dos motivos da prisão, não se substituindo pela merda notificação da ocorrência desta”.

[8] CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Roma, nov 1950. Disponível em: [http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_POR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf)

[9] CONVENÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, San José da Costa Rica, 22 de nov. 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)

[10] Decreto nº 592. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Brasília. 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)

[11] BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, inc LXII. Brasília, DF. 1988, mar.

[12] DECRETO LEI nº 3.689 DE 03 DE OUTUBRO DE 1941. Código de Processo Penal. Art. 306. Rio de Janeiro, RJ. 1941. Out.

[13] DECRETO LEI nº 3.689 DE 03 DE OUTUBRO DE 1941. Código de Processo Penal. Art. 656. Rio de Janeiro, RJ. 1941. Out. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)

[14] NOVAES, Roberta Carina Silva. A Hierarquia dos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF:02 abr.2011. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-hierarquia-dos-tratados-internacionais-sobre-direitos-humanos-no-ordenamento-juridico-brasileiro,31639.html>

[15] Decreto nº 592. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Brasília. 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm)

[16] Decreto nº 678. Convenção Americana de Direitos Humanos. Brasília. 1922. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)

[17] Decreto nº 98.386. Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Brasília. 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1980-1989/D98386.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D98386.htm)

[18] Decreto nº 7.030. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Brasília. 2009. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm)

[19] PAIVA, Caio. Audiência de custódia e o processo penal brasileiro. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

[20] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 49, inc I. Brasília, DF. 1988, mar.

[21] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 84, inc VIII. Brasília, DF. 1988, mar.

[22] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 21, inc I. Brasília, DF. 1988, mar.

[23] In Seminário sobre derechos económicos, sociales y culturales. Bogotá, 1992, p. 21.

[24] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Art. 5º, §1º e §2º. Brasília, DF. 1988, mar.

[25] PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 14. Ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 139. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-hierarquia-dos-tratados-internacionais-sobre-direitos-humanos-no-ordenamento-juridico-brasileiro,31639.html>

[26] PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988, 2004.

[27] JR, Aury Lopes e PAIVA, Caio. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA APONTA PARA EVOLUÇÃO CIVILIZATÓRIA DO PROCESSO PENAL. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lobes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>

[28] BADARÓ, Gustavo. A importância da Audiência de Custódia: antes tarde do que nunca. 2015. Disponível em: <http://www.jornalcruzeiro.com.br/materia/593901/a-importancia-da-audiencia-de-custodia-antes-tarde-do-que-nunca>

[29] AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. Ministro Marco Aurélio. ADPF 347, 27 de agosto de 2015, p. 21. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>

[30] MONTENEGRO, Manoel Carlos. Audiências de Custódia interferem na superlotação e nas mortes em presídios. Brasília. 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79955-audiencias-de-custodia-interferem-na-superlotacao-e-nas-mortes-em-presidios>

[31]PIZA, Paulo Toledo. Mais de 8 mil presos são atendidos em audiências de custódia em SP. São Paulo. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/08/mais-de-8-mil-presos-sao-atendidos-em-audiencias-de-custodia-em-sp.html>

[32] CNJ. Dados Estatísticos/Mapa de Implantação. 2017. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>

[33] AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. Brasília- DF. CNJ. p. 15. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/0a99a0ab0eb26b96fdeaf529f0dec09b.pdf>

[34] VALADARES, Antônio Carlos. PLS 554/11. Senado Federal. Brasília. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/102115><http://www.fmp.edu.br/downloads/e-books/e-book-audiencia-de-custodia.pdf>; <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/184798.pdf>

[35] PARECER nº 716, 2015. Rel. Raulo Rodrigues. Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/gettexto.asp?t=178358>

[36] BRASIL. ADI 5240/SP, rel. Min. Luiz Fux, 20.8.2015. (ADI-5240).

[37] BRASIL. Processo: HC 389797520144010000. Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA. Publicação: 03/10/2014. Julgamento: 23 de Setembro de 2014. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL NEY BELLO. Disponível em: [http://arquivo.trf1.gov.br/AGText/2014/0038900/00389797520144010000\\_3.doc](http://arquivo.trf1.gov.br/AGText/2014/0038900/00389797520144010000_3.doc)

[38] BRASIL. Processo: HC 4123460 PE. Órgão Julgador: 1ª Câmara Regional de Caruaru- 1ª Turma. Publicação: 18/01/2016. Julgamento: 23 de Dezembro de 2015. Relator: José Viana Ulisses Filho. Disponível em: <http://www.tjpe.jus.br/consulta/processual/2grau>

[39] BRASIL. (TJPR - 5ª C.Criminal - HCC - 1247412-5 - Região Metropolitana de Londrina - Foro Central de Londrina - Rel.: Rogério Etzel - Unânime - - J. 20.11.2014). Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/consulta-2grau>

## **O DIREITO PREVIDENCIÁRIO E O DIREITO DO TRABALHO: RELAÇÕES, APROXIMAÇÕES E DISTANCIAMENTOS.**

**CAMILA PIMENTEL DE OLIVEIRA  
FERREIRA:**

**Resumo:** O presente artigo se propõe a realizar uma análise entre o Direito Previdenciário e o Direito do Trabalho, destacando as relações entre esses ramos jurídicos, seja no tocante às aproximações, seja em relação aos distanciamentos.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. Relações, aproximações e distanciamentos; 2.1. Divisão do Direito: Direito Público e Direito Privado; 2.2 Direitos Sociais; 2.3 Benefícios previdenciários e reflexos no contrato de trabalho; 2.4 Execução, de ofício, das contribuições previdenciárias; 2.5 Distanciamentos; 3. Conclusão; 4. Bibliografia;

---

### 1. Introdução:

Tanto o Direito do Trabalho quanto o Direito Previdenciário são ramos autônomos do Direito, tendo, cada um deles, sua própria doutrina especializada, seus princípios individualizadores e regras próprias.

O Direito do Trabalho, segundo Maurício Godinho Delgado (2006, p. 47) é um “complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam, no tocante às pessoas e matérias envolvidas, a relação empregatícia de trabalho, além de outras relações laborais normativamente especificadas”.

Por sua vez, o Direito Previdenciário é o ramo do Direito Público que tem como escopo principal o estudo e a regulamentação da Previdência Social ou Privada.

### 2. Relações, aproximações e distanciamentos:

#### 2.1 Divisão do Direito: Direito Público e Direito Privado:



O Direito, propriamente dito, é uno, ou seja, não é efetivado de maneira fragmentada. Entretanto, a possibilidade de sua divisão em diversos ramos não retira deste o caráter da unicidade.

Portanto, classicamente, o Direito é dividido em Direito Público e Direito Privado. Entretanto, atualmente, essa divisão não tem mais tanto efeito prático quanto teórico, pois, segundo afirmam muitos doutrinadores, em vários casos não é possível determinar a natureza jurídica do interesse em foco, uma vez que os mesmos estariam inter-relacionados.

Para Mussi (2008, p. 75/76 apud PARRAS, 2015, p.66/67), as diferenças seriam:

DIREITO PÚBLICO	DIREITO PRIVADO
-----------------	-----------------

DIREITO PÚBLICO	DIREITO PRIVADO
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Conjunto de normas para as ações que, segundo o sentido que a ordem jurídica lhes deve atribuir, se referem à instituição estatal.</li> <li>- Finalidade: conservação, expansão ou execução direta dos fins desta instituição.</li> <li>- Representa a totalidade de regulamentos, normas que contêm apenas instruções para os órgãos estatais e não justificam direitos subjetivos adquiridos de indivíduos.</li> <li>- Também podem trazer normas de direito subjetivo. No entanto, tais direitos podem ser considerados como mero reflexo de um regulamento.</li> <li>- Poder de mando existente no Direito Público: um detentor de poderes preeminentes, com poder de mando autoritário, aparece diante de pessoas que, segundo o sentido jurídico das normas, lhe estão submetidas. As partes não são consideradas iguais (hierarquia, supremacia).</li> <li>- Regulam, em regra, as ações dos submetidos ao poder que servem para nomear e controlar o detentor ou os detentores preeminentes de</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Conjunto de normas para as ações que, segundo o sentido atribuído pela ordem jurídica, não se referem à instituição estatal, sendo apenas regulada por esta mediante normas.</li> <li>- Criam direitos subjetivos públicos (padronização de pretensões).</li> <li>- Refere-se a todos os assuntos jurídicos em que aparecem várias partes consideradas juridicamente "iguais".</li> <li>- Regulam as ações entre iguais. <ul style="list-style-type: none"> <li>- Existe o poder de mando entre pai e filho, por exemplo, que embora faça parte de matéria de ordem privada, não tem importância para o Direito Público.</li> </ul> </li> </ul>

DIREITO PÚBLICO	DIREITO PRIVADO
<p>poderes.</p> <p>- O Estado é considerado a única fonte de poder legítimo e, por isso, só interessa para o Direito o poder de mando referente ao Direito Público.</p>	

Além disso, para a doutrina, o Direito Público e Direito Privado podem ser diferenciados através de três critérios: o critério da titularidade, o do interesse e o da sujeição. Conforme o critério da titularidade, o que difere o ramo público do ramo privado é o titular do direito. Já quanto ao segundo critério, a diferença baseia-se no interesse que está em jogo, ou seja, verifica-se se o interesse do caso é público ou de caráter privado. Por fim, o critério da sujeição verifica se há ou não subordinação entre as partes da relação jurídica, isto é, se existe ou não desigualdade entre as partes.

Assim, a doutrina enquadra o Direito Previdenciário como ramo próprio do Direito Público e, o Direito do Trabalho, como sendo ramo pertencente ao Direito Privado – apesar de existir posição em contrário que o enquadra como pertencente ao Direito Público.

## 2.2 Direitos Sociais:

Embora pertencentes a ramos diferentes, ambos, seja o Direito Laboral, seja o Previdenciário, são, juntos, importantes concretizadores dos direitos fundamentais de segunda geração: os direitos sociais.

No século XVIII, através, principalmente, das ideias de Adam Smith, fora implantado um forte Liberalismo econômico na defesa da liberdade política e econômica. A Monarquia absolutista, que vigorara há tantos anos, havia sido derrubada e, a contraponto, toda a sociedade buscava uma forma de governo ausenteísta, que interferisse o mínimo possível na vida das pessoas.

Entretanto, tal liberalismo desenfreado trouxe grandes prejuízos para a população e, principalmente, para os trabalhadores, uma vez que, diante da ausência Estatal, com o conseqüente capitalismo exacerbado, a classe operária era tratada de forma desumana.

Assim, surgiria a segunda geração dos direitos humanos – a geração dos direitos sociais – marcada pela necessária atuação estatal, com o fito de acabar com tratamento desumano oferecido pelo capitalismo industrial aos trabalhadores. Portanto, inicialmente, os direitos sociais limitavam-se à proteção dos trabalhadores.

É nesse ponto que, nos deparamos com a primeira “relação” entre o Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário, pois ambos surgiram do intervencionismo estatal no mercado trabalhista, realizado na segunda metade do século XIX.

Assim, conclui-se que ambos os segmentos jurídicos buscam assegurar os direitos sociais dos trabalhadores, reclamando do Estado atividades positivas, prestacionais, com o fito de diminuir as desigualdades sociais.

Portanto, a partir do analisado, podemos ter como base um importante ponto de partida: o Direito do Trabalho e o Direito Previdenciário têm como ponto de interseção a proteção da figura do trabalhador. Ou seja, o Direito do Trabalho cuida do “hoje” do trabalhador, enquanto o Direito Previdenciário tutela o seu “amanhã”.

### 2.3 Benefícios previdenciários e reflexos no contrato de trabalho:

Cabe ainda ressaltar que grande parte das verbas arrecadadas para a Previdência Social derivam da arrecadação realizada nas folhas de salário das empresas e demais rendimentos do trabalho (art. 195, I, a, da Constituição Federal), e das contribuições pagas pelos trabalhadores sobre o salário de contribuição (art. 195, II, da Constituição Federal).

Com o exercício da atividade laboral remunerada, há, em regra, a filiação automática do trabalhador à Previdência Social, gozando, assim, da proteção que esta pode lhe oferecer em caso de acontecimento de um risco social por ela tutelado.

Assim, uma vez efetivado o risco social, serão concedidos benefícios previdenciários que, por sua vez, podem produzir diversos efeitos no contrato de trabalho, como, p.e., de suspensão ou interrupção, estabilidade, extinção, reflexos no aviso prévio, etc.

Isto é, como o Direito Previdenciário tem como função social a proteção do trabalhador diante de riscos sociais, é imprescindível falar das consequências que a concessão de um benefício previdenciário tem no

contrato de trabalho e da responsabilidade do empregador quando diante de tal concessão.

Assim, cabe analisar alguns exemplos de benefícios e seus reflexos no contrato de trabalho, a saber:

BENEFÍCIOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL	REFLEXOS NO CONTRATO DE TRABALHO
Aposentadoria por Invalidez	<ul style="list-style-type: none"><li>- Obrigatoriedade do empregador em arcar com os 15 (quinze) primeiros dias de afastamento (art. 43, §3º da Lei n. 8.213/91);</li> <li>- Suspensão do Contrato de Trabalho;</li> <li>- Garantia de estabilidade no emprego;</li> <li>- etc.</li></ul>

BENEFÍCIOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL	REFLEXOS NO CONTRATO DE TRABALHO
Auxílio Doença	<p>- Durante os primeiros 15 (quinze) dias de afastamento, o contrato de trabalho está interrompido; a partir do 16º (décimo sexto) dia haverá a suspensão;</p> <p>- A partir do 16º (décimo sexto) dia do afastamento, o empregador fica isento de qualquer ônus referente ao contrato de trabalho, salvo se convenionado por meio de cláusulas normativas o pagamento de licença remunerada, caso em que a empresa terá que pagar ao empregado qualquer diferença entre o benefício e o valor garantido pela licença.</p> <p>- etc.</p>
Auxílio Acidente	<p>- Independe da relação de emprego, pois é devido mesmo que o segurado fique desempregado, pois, tem natureza meramente indenizatória;</p> <p>- Não há, assim, nem suspensão, nem interrupção, uma vez que a concessão do benefício não depende da existência ou manutenção do</p>

BENEFÍCIOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL	REFLEXOS NO CONTRATO DE TRABALHO
	vínculo de emprego;  - etc.
Aposentadoria Especial	- O segurado aposentado na modalidade especial, que continuar exercendo atividade tida como especial a qual deu origem à aposentadoria ou voltar ao exercício de atividade exposto à agente nocivo, terá seu benefício cancelado;



BENEFÍCIOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL	REFLEXOS NO CONTRATO DE TRABALHO
Salário Maternidade	<ul style="list-style-type: none"><li>- Ônus da Previdência, mas pago pelo empregador;</li> <li>- Confere estabilidade;</li> <li>- Sofre a incidência de contribuições previdenciárias, por ser salário de contribuição;</li> <li>- etc.</li></ul>
Pensão por morte	<ul style="list-style-type: none"><li>- Extinção do contrato de trabalho;</li> <li>- Pagamento das verbas rescisórias;</li> <li>- etc.</li></ul>

#### 2.4 Execução, de ofício, das contribuições previdenciárias:

Com a Emenda Constitucional de nº 20 de 1998, acrescentou-se como competência da Justiça do Trabalho a possibilidade de execução, de ofício, das contribuições sociais das sentenças que proferir.

Ao trazer essa competência, visou-se melhorar a condição social do trabalhador, uma vez que se garante o efetivo recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre as verbas remuneratórias, definidas em sentença trabalhista.

Ademais, tal competência atribuída à Justiça Laboral aumentou ainda mais os “laços” desta com o Direito Previdenciário, pois o Juiz do Trabalho passou a cobrar contribuições devidas ao INSS (Instituto Nacional do Seguro Social) – quando decorrentes de suas sentenças ou acordos homologados – facilitando muito tal arrecadação.

Entretanto, cabe ressaltar que a doutrina e a jurisprudência muito discutem sobre a competência da Justiça do Trabalho para executar as contribuições previdenciárias incidentes sobre as decisões meramente declaratórias, sem caráter condenatório. É que alguns afirmam que seria possível a execução, enquanto outros dizem que só seria cabível falar em execução de contribuições previdenciárias decorrente de uma sentença condenatória.

Em um primeiro momento, a jurisprudência do TST entendeu ser possível a execução de contribuições previdenciárias que incidem sobre sentenças trabalhistas meramente declaratórias. Contudo, o próprio Tribunal mudou de entendimento e, o sedimentou no seguinte verbete:

#### SÚMULA 368

DESCONTOS PREVIDENCIÁRIOS E FISCAIS. COMPETÊNCIA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO. FORMA DE CÁLCULO (redação do item II alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 16.04.2012) - Res. 181/2012, DEJT divulgado em 19, 20 e 23.04.2012

I - A Justiça do Trabalho é competente para determinar o recolhimento das contribuições fiscais. A competência da Justiça do Trabalho, quanto à execução das contribuições previdenciárias, limita-se às sentenças

condenatórias em pecúnia que proferir e aos valores, objeto de acordo homologado, que integrem o salário de contribuição. (ex-OJ nº 141 da SBDI-1 - inserida em 27.11.1998 )

II - É do empregador a responsabilidade pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e fiscais, resultante de crédito do empregado oriundo de condenação judicial, devendo ser calculadas, em relação à incidência dos descontos fiscais, mês a mês, nos termos do art. 12-A da Lei nº 7.713, de 22/12/1988, com a redação dada pela Lei nº 12.350/2010.

III - Em se tratando de descontos previdenciários, o critério de apuração encontra-se disciplinado no art. 276, §4º, do Decreto nº 3.048/1999 que regulamentou a Lei nº 8.212/1991 e determina que a contribuição do empregado, no caso de ações trabalhistas, seja calculada mês a mês, aplicando-se as alíquotas previstas no art. 198, observado o limite máximo do salário de contribuição. (ex-OJs nºs 32 e 228 da SBDI-1 – inseridas, respectivamente, em 14.03.1994 e 20.06.2001)

Assim, a partir da interpretação da referida súmula (item I), conclui-se que o TST entende que só cabe execução, de ofício, das contribuições previdenciárias se a sentença proferida for de caráter condenatório, ou, ainda, se os valores forem objeto de acordo homologado, desde que integrem o salário de contribuição.

## 2.5 Distanciamentos:

Por fim, cabe ressaltar que, apesar de existirem todos esses pontos de interseção entre as matérias, há, também, pontos divergentes, isto é,

existem distanciamentos entre tais segmentos jurídicos, uma vez que, são ramos autônomos, com princípios, regras e teorias próprias.

Para Ilídio das Neves (1996), existem quatro fatores que diferenciam tais segmentos jurídicos:

- a. Origem normativa ou a base jurídica dos direitos dos interessados: nesta situação, enquanto o Direito de Segurança Social decorre da lei, o Direito do Trabalho emerge de um contrato individual.
- b. Natureza da relação jurídica de segurança social relativamente à relação jurídica laboral: enquanto a relação jurídica de segurança social é complexa, vez que integra uma série de outras relações jurídicas menores ou da verificação de circunstâncias, em regra, não relacionadas à vontade das partes, o Direito do Trabalho enquadra relações simples bilaterais.
- c. Objeto juridicamente relevante e suas particularidades no Direito da Segurança Social, o objeto é a prestação, quando da ocorrência de um risco social, sem que haja uma situação necessariamente sinalagmática. Já no Direito do Trabalho, o objeto é a prestação do trabalho remunerado, e existe o perfeito sinalagmatismo, pois em retribuição ao trabalho, o empregador tem a obrigação de efetuar pagamento ao seu empregado.
- d. Vida da relação jurídica: enquanto o vínculo de segurança social é permanente e de natureza institucional, o vínculo contratual pode ser temporário e tem natureza individual.

### 3. Conclusão:

Com base no supracitado, é possível observar que, apesar da unicidade do Direito, este é subdividido em ramos jurídicos, existindo entre eles uma interdisciplinaridade. Tais ramos, ao mesmo tempo que se relacionam, servindo de fonte um para o outro, também se distanciam em razão da autonomia científica que cada qual possui.

Portanto, como ramos do Direito, o Direito Previdenciário e o Direito do Trabalho –apesar de serem diferentes e possuírem suas próprias particularidades – se relacionam, seja direta ou indiretamente, em inúmeras hipóteses, formando tal interdisciplinaridade inerente ao próprio Direito.

#### 4. Bibliografia:

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 15ª Edição. São Paulo: LTR, 2016.

MUSSI, Cristiane Miziara. Os efeitos jurídicos do recebimento dos benefícios previdenciário no contrato de trabalho. São Paulo: LTR, 2008.

MUSSI, Cristiane Miziara. Os efeitos jurídicos do recebimento dos benefícios previdenciário no contrato de trabalho. São Paulo: LTR, 2008. apud. PARRAS, Heloisa Cremonesi. OS EFEITOS DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS NO CONTRATO DE TRABALHO. 2015. 166p. Monografia como requisito parcial para obtenção do grau de Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. São Paulo. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/Juridica/article/view/5207/4960>. Acesso em: 02 de maio de 2016.

NEVES, Ilídio das. Direito da segurança social. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

PARRAS, Heloisa Cremonesi. OS EFEITOS DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS NO CONTRATO DE TRABALHO. 2015. 166p. Monografia como requisito parcial para obtenção do grau de Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. São Paulo. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/Juridica/article/view/5207/4960>. Acesso em: 02 de maio de 2016.



## A INVISIBILIDADE DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO

**GABRIELA TOMAZ ROSOLEM:**

Bacharelanda em Direito pela  
Universidade Brasil. Auxiliar de escritório.

**RESUMO:** A presente pesquisa analisa a mulher no mercado de trabalho, desde a sua inserção, as desigualdades enfrentadas diante de uma sociedade conservadora, a gradativa evolução no tocante à diferença de cargos e salários, especialmente as últimas conquistas femininas, ocupando espaço no mais alto escalão dos Poderes Judiciário e Executivo brasileiros. A proposta deste trabalho é destacar os inúmeros artigos da Constituição Federal, Código Civil e Consolidação das Leis do Trabalho que garante a igualdade de gêneros, inclusive no mercado de trabalho e que, na maioria das vezes, são ignorados e desrespeitados pelos empregadores, sendo que a classe feminina não almeja nenhum tipo de privilégio por ser taxada como sexo "frágil", mas o estrito cumprimento da legislação. A pesquisa tem como objetivo fazer uma análise comparativa das conquistas femininas, seus direitos, deveres e obrigações no mercado de trabalho, e ainda, o que ainda tem que ser mudado. O método utilizado neste artigo é o dedutivo, o procedimento é o hermenêutico e a pesquisa é bibliográfica e não empírica. Verifica-se que ainda é ampla a discriminação contra o trabalho feminino, a refletir-se principalmente no valor dos salários, na designação para cargos de direção, na seleção de trabalhadores para admissão e na despedida. Mas é inegável que a participação da mulher no mundo do trabalho vem crescendo, sendo que até prepondera em algumas atividades profissionais. A pesquisa ainda apresenta metas a serem cumpridas por órgãos de apoio as mulheres e traz ainda alguns direitos já conquistados pelo sexo feminino.

Palavras-chave: Mulher. Mercado de trabalho. Desvalorização. Conquistas.

**ABSTRACT:** The present study analyzes women in the labor market, from their insertion, the inequalities faced before a conservative society, the gradual evolution in the difference of positions and salaries, especially the last female conquests, occupying space in the highest rank of the Brazilian Judicial and Executive Powers. The proposal of this paper is to highlight the numerous articles of the Federal Constitution, Civil Code and Consolidation

of Labor Laws that guarantee gender equality, including in the labor market and that, in most cases, are ignored and disrespected by employers, the female class does not want any kind of privilege because it is labeled as "fragile" sex, but strict compliance with legislation. The research aims to make a comparative analysis of women's achievements, their rights, duties and obligations in the labor market, and still, what has yet to be changed. The method used in this article is the deductive, the procedure is the hermeneutic and the research is bibliographical and not empirical. Discrimination against women's work is still widespread, mainly reflected in the value of wages, the appointment to management positions, the selection of workers for admission and farewell. But it is undeniable that the participation of women in the world of work has been increasing, and even preponderates in some professional activities.

The research also presents goals to be met by women's support agencies and brings some rights already won by women.

Keywords: Woman. Job market. Devaluation. Achievements.

---

## **INTRODUÇÃO**

Este artigo traz pesquisas sobre a evolução da mulher no mercado de trabalho. As convenções do início do século diziam que o marido era provedor do lar, a mulher não precisava e não podia ganhar dinheiro.

Contudo, em uma determinada época, ela se viu obrigada a trabalhar fora de seu lar para o sustento da família, a partir disso, começou a constante luta da mulher em busca de espaço no meio profissional.

É nítida a sua evolução no mercado de trabalho, ainda que permaneça – e de forma gritante – a sua desvalorização em relação ao sexo masculino, quando inseridos na mesma área, desempenhando a mesma função e igualmente qualificados para tal.

A pesquisa tem como objetivo fazer uma análise comparativa das conquistas femininas, seus direitos, deveres e obrigações no mercado de



trabalho, e ainda, o que ainda tem que ser mudado. O método utilizado neste artigo é o dedutivo, o procedimento é o hermenêutico e a pesquisa é bibliográfica e não empírica.

O tema parece desatualizado, mas é verídico e muito mais próximo do que imagina, principalmente quando se percebe que a justificativa dos empregadores para tamanha discriminação é facilmente descaracterizada, concluindo-se que o problema não está na legislação, mas no paternalismo e no conservadorismo impregnados na sociedade brasileira.

## **1. A inserção da mulher no mercado de trabalho**

A presença da mulher no mercado de trabalho tem sido objeto de discussão ao longo dos anos, se de um lado a figura feminina lutava para trabalhar e mostrar o seu próprio valor, de outro encontrava uma imensa resistência por parte da sociedade paternalista e conservadora.

Segundo Rousseau:

[...] a mulher fora de casa destruiria o lar, tornando os liames familiares frouxos, desagregando a família, deixando de ser mães dedicadas e esposas carinhosas. Além do que, muitas deixariam de se interessar pelo casamento e pela maternidade pondo em risco a continuação da raça. Acreditavam que sem a presença materna, a prole ficaria desprotegida e em total liberdade, prejudicando seu crescimento e sua formação. (*apud* RAGO, 1997).

Alguns autores repetia os argumentos de Lombroso (*apud* RAGO, 1997): "O amor da mulher pelo homem não é um sentimento de origem sexual, mas uma forma destes devotamentos que se desenvolve entre um ser inferior e um ser superior".

Com o passar do tempo, elas conseguiram vencer as barreiras do papel incumbido, ou seja, de esposas, mães e donas de casa e ingressaram no mercado de trabalho num momento em que obrigava-se a trabalhar

para o sustento de sua família, enquanto seus maridos lutavam na guerra, mostrando, assim, sua competência e habilidade. (PROBST, 2003).

Conforme afirma Martins:

No decorrer da Revolução Industrial (século XIX), o trabalho da mulher foi muito utilizado, principalmente para a operação de máquinas. Os empresários preferiam o trabalho da mulher nas indústrias porque elas aceitavam salários inferiores aos homens, porém faziam os mesmos serviços que estes. Em razão disso, as mulheres sujeitavam-se a jornadas de 14 a 16 horas por dia, salários baixos, trabalhando em condições prejudiciais à saúde e cumprindo obrigações além das que lhe eram possíveis, só para não perder o emprego. Com base nesses problemas é que começou a surgir uma legislação protecionista em favor da mulher. (2017, p. 889).

## **2. A desigualdade enfrentada pela classe feminina**

As guerras, em que são recrutados muitos homens, são apontadas como estímulo ao trabalho da mulher. Na verdade, há muitos preconceitos em relação à mulher, oriundos de uma sociedade paternalista, que enxerga o pai como chefe de família e que só ele deve trabalhar. As mulheres, assim, ficam marginalizadas, aceitando salários inferiores aos dos homens, prestando serviços em jornadas excessivas, apenas para conseguir o emprego e obter um salário. (MARTINS, 2017, p. 894).

Apesar das mudanças do mundo, ainda destinam às mulheres as atividades, tais como os cuidados com a casa e com a família, enquanto aos homens cabe o papel de provedor de sua família. Estas diferenciações de gênero ditadas pelo mercado de trabalho, determinando, assim, que homens e mulheres ocupem lugares desiguais e hierarquicamente determinados, favorecem a ocorrência de discriminação em relação às mulheres e nem por isso deixaram de se dedicar e lutar arduamente pela igualdade de salários e benefícios. (QUERINO; DOMINGUES; LUZ, 2013).

Em pesquisa realizada pelo IBGE, no ano 2000, constatou que 49% das mulheres ganhavam até um salário mínimo. Segundo, Ana Lúcia Sabóia - a coordenadora do estudo, algumas estão em cargos domésticos ou em ocupações como cabeleireiras, depiladoras, manicures, professoras primárias ou enfermeiras. São trabalhos pouco considerados na sociedade e, como tal, são pagos a eles sempre o subsidiário, às atingindo em um grau muito severo. As regiões Sul e Sudeste, consideradas as mais desenvolvidas economicamente, apresentam as maiores desigualdades nos rendimentos. (IBGE, 2000).

A mulher ainda perde espaço porque algumas empresas acreditam que ela terá menos disponibilidade para o trabalho por causa da família e da casa, sendo que quando a questão é a divergência salarial entre homens e mulheres, há alguns fatores indelévels, tais como: licença-maternidade, criação e educação dos filhos, entre outras tarefas as quais a maioria dos homens se esquivam.

Segundo pesquisa realizada pelo IBGE, os afazeres domésticos ainda são em sua maioria afazeres femininos. Dados da OIT (Organização Internacional do Trabalho) mostram que elas gastam, em média, 22 horas semanais, enquanto eles somente 9,5 horas. (Ricardo Barros – Ministro da Saúde - 2000).

José Roberto de Toledo mostra no vídeo feito em 24/05/2011 com o tema: "A discriminação salarial contra a mulher e a falsa desculpa da licença-maternidade":

A desculpa dos empregadores é que as mulheres têm licença-maternidade e que custam mais caro, por isso as empresas compensam esse custo pagando menos. Pura balela. Com dois filhos em média por mulher, o custo médio seria de 8 salários ao longo de toda carreira. A diferença salarial seria no máximo de 5%. Nas carreiras do serviço público, cujos cargos são preenchidos por concurso e as promoções são por mérito e tempo de serviço, a diferença salarial entre os sexos é muito menor. Já no mercado informal de

trabalho, onde não há lei, as mulheres ganham muito menos do que os homens. Ou seja, o problema não é a legislação, é o machismo mesmo. (*apud* CARDOSO, 2011)

Catho realizou um levantamento com 13.161 profissionais, e mostra que as mulheres são inferiores na maioria das áreas quando o assunto é salário, alcançando até 62,5% a menos que a remuneração dos homens. Nas áreas administrativas, comerciais e financeiras, as mulheres chegam a receber quase metade do que os homens ganham. As exceções prevalecem nos segmentos de academia, esportes e comunicação social, em cujas áreas as mulheres levam ligeira vantagem. (Brigitte Bedin – Coordenadora Geral da Pós – Graduação Lato Sensu da Universidade de Garulhos – UnG - 2017).

Uma pesquisa feita no Brasil por Renato Meirelles, presidente do Instituto Locomotiva, com 1.204 mulheres e 858 homens, confirmou sua crença de que acabar com o machismo é uma questão urgente. “A naturalização do machismo no Brasil é causa e consequência da desigualdade de gênero”, aponta. E este machismo afeta todas as esferas de vida das mulheres e traz prejuízos à economia. Há uma estimativa de que 461 bilhões de reais seriam injetados no país caso o salário das mulheres fosse equiparado ao dos homens. (GALVÃO, 2016).

O rendimento médio da população é um indicador da grande desigualdade de gênero no mercado de trabalho, mesmo com o grande crescimento das mulheres no âmbito profissional, a diferença salarial é menor se comparada ao salário masculino. Mesmo na constante luta de conquistar conhecimento profissional e específico, a mulher continuará recebendo salário inferior em relação ao homem e executando a mesma função. Nos últimos anos, verifica-se que, apesar da maior escolaridade e avanço da inserção feminina no mercado de trabalho, as mulheres ainda assim, tem salários inferiores aos homens. (SÍNTESE, 2004).

Não é de hoje que falamos sobre as dificuldades das mulheres no mercado de trabalho. Exemplo disso é o relatório do Fórum Econômico Mundial que afirma que a igualdade de gêneros só será possível em 2095 e que a disparidade, quando se trata de participação econômica e

oportunidades para as mulheres, gira em torno de 60%. O Brasil, por exemplo, está em 124º lugar, entre 142 países, no ranking de igualdade de salários. Somos o penúltimo das Américas, ficando à frente apenas do Chile. Em terras brasileiras, essa diferença salarial é uma variável que chama a atenção de imediato – já que o público feminino ganha em média 73,7% do salário recebido pelos homens, de acordo com a última pesquisa da PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios). (DUTRA, 2016).

As mulheres se qualificam mais, tem menores remunerações e são responsáveis financeiramente por 30% dos lares brasileiros. Apesar disso, os institutos de pesquisa do país mostram que elas ainda ocupam menos postos e rendimento menor que os homens, mesmo executando a mesma função. As mulheres conquistaram mais espaço, mas ainda não venceram as desigualdades quanto a salários e cargos. (CARBONI, 2009).

A porcentagem da diferença salarial está diminuindo com o tempo, mas há muito o que se fazer. É preciso acelerar as mudanças e para isso é fundamental que desculpas biológicas e maternais não sejam colocadas no caminho das mulheres. (CARDOSO, 2011).

Para Martins:

Não se justifica a diferença de salário entre o homem e a mulher. A Constituição traz a mesma ideia no inciso XXX do art. 7º. O art. 5º da CLT também veda a distinção salarial por motivo de sexo. Esclarece, ainda, o art. 377 da CLT que “a adoção de medidas de proteção ao trabalho das mulheres é considerada de ordem pública, não se justificando, em hipótese alguma, a redução do salário”. É claro que as questões pertinentes à equiparação salarial serão reguladas pelo art. 461 da CLT. (2017, p. 895).

Essa nova realidade, com a presença cada vez maior da figura feminina nas mais diversas empresas, ocupando um leque de funções, se consolida cada dia mais, tornando o processo de incorporação do contingente feminino um fenômeno social contínuo e presente.

### **3. A incansável luta das mulheres em busca de igualdade**

Segundo Martins:

Inicialmente, o empregador era quem pagava o período em que a gestante ficava afastada para dar à luz. Em consequência, a contratação de mulheres era mais escassa, pois o empregador não se interessava em ter esse encargo. Havia necessidade de a legislação determinar que o pagamento da licença-maternidade ficasse a cargo da Previdência Social, principalmente como uma forma de incentivar a contratação de mulheres como empregadas. (2017, p.899).

É vedado recusar emprego, promoção ou motivar dispensa do trabalho em razão do sexo, idade, cor, situação familiar, salvo quando a natureza da atividade seja notória e publicamente incompatível. Não é permitido considerar o sexo, a idade, a cor ou situação familiar como variável determinante para fins de remuneração, formação profissional e oportunidades de ascensão profissional. (MARTINS, 2017).

De acordo com Martins:

A Constituição de 1988 não proibiu o trabalho da mulher em atividades insalubres, o que o tornou permitido. Assegurou a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de 120 dias (art. 7º, XVIII), quando anteriormente era apenas 84 dias. Passou a haver uma previsão de proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, conforme fossem determinados em lei (art. 7º, XX). Proibiu a diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivos de sexo (art. 7º, XXX). O art. 5º, I, da Constituição assegura que homens e mulheres

são iguais em direitos e obrigações, não mais se justificando qualquer distinção entre ambos. O art. 10, II, "b" do ADCT prevê a garantia de emprego à mulher gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto, apenas em normas coletivas de certas categorias. (2017, p. 893/894).

Afirma a Súmula nº 244 do Tribunal Superior do Trabalho:

#### GESTANTE. ESTABILIDADE PROVISÓRIA.

I - O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, "b" do ADCT).

II - A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade.

III - A empregada gestante tem direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, inciso II, alínea "b", do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

Ainda, a Orientação Jurisprudencial nº 30 da SDC do TST relata:

ESTABILIDADE DA GESTANTE. RENÚNCIA OU TRANSAÇÃO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. Nos termos do art. 10, II, "b", do ADCT, a proteção à maternidade foi erigida à hierarquia constitucional, pois retirou do âmbito do direito potestativo do empregador a possibilidade de despedir arbitrariamente a empregada em estado gravídico. Portanto, a teor do artigo 9º, da CLT, torna-se nula de pleno direito a cláusula que estabelece a

possibilidade de renúncia ou transação, pela gestante, das garantias referentes à manutenção do emprego e salário.

O art. 5º da Constituição Federal proclama a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. O inciso I do mesmo artigo estabelece que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. No entanto, a CLT ainda tem uma série de artigos discriminatórios quanto ao trabalho da mulher, que já não se justificam. (MARTINS, 2017).

Nos ensinamentos de MARTINS:

As medidas de proporção, porém, só se justificam em relação ao período de gravidez e após o parto, de amamentação e a certas situações peculiares à mulher, como de sua impossibilidade física de levantar pesos excessivos, são as condições inerentes à mulher. As demais formas de discriminação deveriam ser abolidas. (2013, p. 658)

Segundo Eluf *apud* Pinsky, homens e mulheres são diferentes fisicamente, mas, intelectualmente, são iguais. A igualdade de que tanto se fala diz respeito aos direitos de cada um. E faz muito tempo que o sexo "frágil" vem lutando para ser visto como capaz de manter seu próprio sustento, e alguns, até o sustento de toda família. As mulheres não podem mais ser prejudicadas por serem diferentes biologicamente; as oportunidades precisam ser dadas a todos independentemente do sexo de cada um. (2011).

Verifica-se que os motivos de proteção ao trabalho da mulher são conservadores e, em vez de protegê-la, acabam discriminando-a. (MARTINS, 2017).

Uma importante descoberta do século passado foi a pílula anticoncepcional. A mulher que fazia uso da pílula diminuiu consideravelmente o número de filhos e teve mais tempo de se cuidar, de trabalhar fora e ganhar seu próprio sustento. Ela também entendeu que



cuidar dos filhos não era responsabilidade só dela, era também do pai, da sociedade e do Estado. Nessa direção, observa-se o surgimento de creches, cujos pais podiam deixar as crianças enquanto trabalhavam. Aos poucos, a mulher vai deixando de ser cobrada como única responsável pela casa e pelos filhos. (Eluf *apud* Pinsky, 2011).

As mulheres já foram muito humilhadas porque se resignaram à esfera doméstica. É necessário aprender com os erros passados e não repeti-los. As injustiças aconteceram porque não havia mulheres na política, na magistratura, na economia para dizer “exigimos respeito!”.

Há algum tempo atrás, não havia deputadas, senadoras, governadoras, juízas, empresárias, médicas. Ou eram donas de casa, empregadas domésticas, ou operárias muitíssimo exploradas. Ah, sim, ou prostitutas. Não havia mulheres mandando, com raras exceções. Por isso prevaleceu a opressão. Entendeu por que as mulheres não podem mais ficar só em casa, mesmos as que gostariam disso? É preciso ter efetiva participação na vida da Nação, caso contrário perdemos tudo, até a dignidade. (Eluf *apud* Pinsky, 2011, p. 17).

As mudanças no universo feminino contribuíram não só na inovação do mercado, mas principalmente no âmago da mulher proporcionando autoconfiança, determinação, independência financeira e coragem para assumir riscos em seus projetos de vida e empreendedorismo, desenvolvendo com muita dedicação as atividades e sendo um diferencial nas organizações em que administram. Sua preocupação está ligada à formação educacional, financeira e conhecimentos técnicos com pretensões na disputa corporal e mental no espaço que divide. (CARBONI, 2009).

Segundo Teixeira:

Nos últimos 50 anos o contínuo crescimento da participação feminina é explicado por uma combinação de fatores econômicos e culturais. Primeiro o avanço da industrialização transformou a estrutura produtiva, a continuidade do processo de urbanização e a queda das taxas de fecundidade,

proporcionando um aumento da possibilidade de as mulheres encontrarem postos de trabalho na sociedade. (2005).

Concordemos que ainda falta muito para que tenham um mercado de trabalho equilibrado no que se refere a gênero. As mulheres estão se qualificando e buscando a inserção em áreas antes não ocupadas por elas e, aos poucos, as organizações estão se atentando para a qualidade do serviço feminino.

O mais importante é levar em consideração a competência do profissional, seja homem ou mulher, a desconstrução desse tipo de preconceito só vai acontecer com o esforço das organizações em contratar com base apenas na qualificação. As mulheres ocuparam seus espaços com muito esforço e sob muitas dificuldades, e merecem o reconhecimento profissional (e financeiro) de seu empenho. (ENTSCHEV, 2014).

Cabral afirma que:

A mulher consegue transmitir a importante e dura tarefa de mudar hábitos com a clareza e a delicadeza necessárias para despertar o envolvimento de cada indivíduo e a importância da mudança de cada um. (2012, p. 03)

Basta olhar o avanço da mulher, tanto na política como na economia, para perceber a sua força quando ela se determina a alcançar seus objetivos. (SCHLICKMANN; PIZARRO, 2013).

Empregadores de todo o mundo investem nos valores femininos, com a facilidade em aceitar o desenvolvimento de seu trabalho, o poder de convencimento levando a credibilidade de suas ideias, sem necessidade de ser autoritária, trabalho em forma de cooperativismo deixando de lado a competição, sem limites de cargos e salários, o que prejudica a produtividade de qualquer trabalhador. (BAYLÃO; SCHETTINO, 2014).

As mulheres, hoje, necessitam de união. É necessário lutar pela evolução econômica e social, ter direito ao trabalho com salários iguais,

independente do gênero, e a divisão justa nos trabalhos do lar. É preciso que todos sejam vistos e tratados com igualdade, na casa, no trabalho e na sociedade. (MAZEI, 2012).

A partir da década de 70, as mulheres foram conquistando melhores lugares, ou seja, profissões mais conceituadas e com maior responsabilidade como, por exemplo, a entrada das mulheres na política. Também, nas décadas de 70 e 80, o movimento – antes chamado feminino – passou a ser o movimento feminista. Portanto, as mulheres, por meio de lutas incansáveis, alcançaram mais uma grande conquista. O dia 8 de março foi destinado a ser o Dia Internacional da Mulher e a partir daí, todo ano, no dia 8 de março, é comemorada essa data. (SCHLICKMANN; PIZARRO, 2013).

#### **4. As conquistas das mulheres e seus direitos:**

Segundo Duarte (2012), as dificuldades quanto ao voto feminino foram eliminadas com a nova lei de 1934 e a universalização do direito ao voto só foi percebida depois da constituição de 1988. “Talvez a maior conquista que podemos comemorar é a do século XXI, quando o Brasil consegue eleger a primeira mulher presidente da República”.

Mas na política a participação das mulheres ainda é muito menor do que as participações dos homens, apesar das mulheres serem maioria dos eleitores, 51,96% podendo hoje decidir uma eleição. Prá *apud* Duarte (2012) salienta que esta é a terceira intervenção da ONU (Organizações das Nações Unidas) para aumentar a participação das mulheres no mundo político. (SCHLICKMANN; PIZARRO, 2013).

No Brasil, só 10% das mulheres ocupam cadeiras na Câmara dos Deputados, cerca de 14 Estados, mais o Distrito Federal, não possuem representantes na Câmara. Dos 57 mil vereadores eleitos, pouco mais de mil são mulheres. (OLIVEIRA, 2016).

A proporção de mulheres nos cargos mais altos de confiança no Executivo Federal diminuiu após Michel Temer assumir a Presidência da República, as mulheres são apenas 22% em seu governo, em abril de 2016,

antes de Dilma Rousseff deixar a Presidência, a taxa era de 26,2%. (ALEGRETTI, 2017).

Segundo um cálculo pedido pelo BBC (Brasil ao Fórum Econômico Mundial), a ausência de mulheres à frente dos Ministérios do presidente em exercício Michel Temer, pode levar o país a despencar 22 posições no ranking do Índice Global de Desigualdade de Gênero. (WENTZEL, 2016).

Contudo, dois dos cargos mais importantes do Judiciário brasileiro são ocupados por mulheres: Carmém Lúcia, Presidente do Supremo Tribunal Federal e, recentemente, Raquel Dodge, Procuradora-Geral da República, demonstrando relevante progresso da figura feminina no cenário jurídico brasileiro.

Por outro lado, na advocacia, este fenômeno se confirma com o aumento dos registros profissionais de mulheres. A OAB nacional, em 2006, tinha 312.734 advogados e 248.085 advogadas (56% a 44%); a OAB-SP contava com 116.948 homens e 93.245 mulheres (56% a 44%), sendo que nos últimos três anos o número de novas inscritas superou os novos inscritos, com 35.873 advogadas e 32.763 advogados (52% a 48%). Essas mudanças vêm se destacando na advocacia e alterando sua configuração. O aumento expressivo na oferta de cursos superiores de Direito ocorreu concomitante à ampliação da participação feminina nesses cursos e sua inserção no mercado das profissões jurídicas. (BONELLI. et. alt., 2008).

A Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), em vigor desde o dia 11/11/2017, traz em seu artigo 461 que sendo idêntica a função, a todo trabalho de igual valor, prestado ao mesmo empregador, no mesmo estabelecimento empresarial, corresponderá igual salário, sem distinção de sexo, etnia, nacionalidade ou idade. (2017).

A igualdade de gênero ou a diminuição da desigualdade entre homens e mulheres é uma das "Metas do Milênio", pautadas pela ONU durante o ano de 2000 e até o ano 3000 o objetivo é o combate a preconceitos e discriminações entre os sexos relacionados ao acesso à saúde, educação e mercado de trabalho. (CATHO).

Com tantos anos de luta e evolução, as mulheres ganharam alguns direitos reconhecidos na CLT e Constituição Federal, 11 direitos exclusivos para as mulheres, uma das maiores conquistas históricas do sexo feminino. São eles:

1 - Toda mulher, independentemente de estar grávida ou não, tem direito a intervalo de 15 minutos antes de começar o trabalho em jornada extraordinária, de acordo com o artigo [384](#) da [CLT](#), ratificado pela Orientação Jurisprudencial 26. "E ainda que seja alegado que a [Constituição Federal](#) prevê a igualdade entre homens e mulheres, a constitucionalidade do artigo já foi reconhecida, considerando que a mulher desempenha dupla incumbência: a familiar e a profissional". O não cumprimento do intervalo previsto no artigo [384](#) da [CLT](#) é o pagamento como extra do período de descanso entre a jornada comum e sua prorrogação, além de seus reflexos nas demais verbas trabalhistas.

2- A mulher pode aposentar-se integralmente cinco anos antes dos homens. A idade mínima para mulheres é de 60 anos, enquanto os homens devem esperar até os 65.

3- Licença-maternidade de 120 dias (a partir do 8º mês de gestação), sem prejuízo do emprego e do salário, que será integral. Caso receba salário variável, receberá a média dos últimos seis meses.

4 - A mulher também tem direito a duas semanas de repouso no caso de aborto natural.

5 - Ampliação da licença-maternidade por 60 dias, a critério da empresa, desde que a mesma faça parte do Programa Empresa Cidadã (Lei [11.770/08](#)).

6 - Dois descansos diários de 30 minutos para amamentação, até a criança completar seis meses de vida.

7 - Estabilidade no emprego, o que significa que do momento da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto a gestante não poderá ser demitida sem justa causa.

8 - A gestação não pode ser motivo de negativa de admissão.

9 - Ser dispensada no horário de trabalho para a realização de pelo menos seis consultas médicas e demais exames complementares.

10 - Mudar de função ou setor de acordo com o estado de saúde

11 - E com base no anterior, ter assegurada a retomada da antiga posição.

Considerados como uma vitória na classe feminina, os 11 direitos supracitados são os mais conhecidos entre as leis pelas mulheres, pois lhes garantem alguns direitos fundamentais simplesmente pelo fato de serem mulheres. Garantia de serviços que não exija força extrema, alguns direitos relacionados à maternidade e a gestação.

É importante reconhecer que ainda falta muito, a mulher tem um imenso caminho a percorrer. A luta é constante e incansável.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Apesar da incansável luta da mulher por um tratamento digno e igualitário no âmbito profissional, almejando nada mais que o cumprimento da lei por autoridades, empregadores e sociedade, em geral, são claras e lamentáveis as formas de discriminação da classe feminina.

A mulher ingressou no mercado de trabalho tardiamente por ter encontrado resistência dentro de casa e na sociedade paternalista e conservadora e, como consequência, lhes foram reservados os cargos mais simples e os salários mais baixos, mesmo desempenhando a mesma função que o homem e com qualificação profissional melhor.

Em meio a tanta luta e busca por igualdade e valorização, foram criadas leis que garantem a igualdade de gênero, proíbem a discriminação

salarial e protegem a classe feminina no tocante à maternidade e à compleição física quando comparada com o sexo masculino.

Atualmente, é grande e considerável a conquista da mulher no cenário nacional, ocupando cargos como presidentes e líderes em multinacionais, bem como os cargos mais elevados no âmbito político, como Presidente do Supremo Tribunal Federal, Procuradora-Geral da República e ex-Presidente da República.

Mas ainda não é o suficiente. É necessário que a mulher busque tratamento igualitário em todas as esferas, especialmente no mercado de trabalho, lutando e exigindo cada vez mais respeito, reconhecimento do seu valor diante da sociedade e o devido cumprimento legal.

A luta da mulher por seus direitos deve continuar por longos anos, pesquisam apontam que para chegar em iguais direitos quanto aos homens, as mulheres terão de lutar por mais incansáveis 95 anos.

Notoriamente a economia mundial tem perdido muito. As mulheres estão cada dia mais capacitadas e estudadas, gerando assim perfeitas condições de assumir grandes cargos e receber remunerações devidas sem nenhuma distinção. A luta continua.

## REFERÊNCIAS

ALEGRETTI, Laís. Temer reduz mulheres no alto escalão do governo ao nível de 15 anos atrás. **Folha de São Paulo**. Brasília. 10/09/2017. Disponível em: . Acesso em: 18/11/2017.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. – CLT – 1943.

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado. 1988.

BRASIL. **Lei nº 13.467/2017**. Reforma Trabalhista. Brasília, DF, Novembro 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 244**. Gestante. Estabilidade provisória. Disponível em: . Acesso em: 09/11/2017.

BAYLÃO, André Luis da Silva; SCHETTINO, Elisa Mara Oliveira. **A Inserção da Mulher no Mercado de Trabalho Brasileiro.** Disponível em: . Acesso em: 18/11/2017.

BONELLI, Maria da Glória. et. alt. **Profissionalização por gêneros em escritórios paulistas de advocacia.** Disponível em: . Acesso em: 18/11/2017.

CABRAL, Gabriela. **A mulher na conquista de seu papel na sociedade.** Disponível em: . Acesso em: 18/11/2017.

CARBONI, Maria Ângela. **Evolução da mulher no mercado de trabalho.** Disponível em: . Acesso em: 08/11/2017.

CARDOSO, Bia. **Blogueiras femininas:** de olho na web e no mundo. Disponível em: . Acesso em: 08/11/2017.

CATHO. **Mulher: Igualdade no mercado de trabalho?** - Como educar a sociedade para a igualdade de gêneros? Disponível em: [com.br/carreira-sucesso/dicas-emprego/dia-da-mulher-igualdade-no-mercado-de-trabalho](http://com.br/carreira-sucesso/dicas-emprego/dia-da-mulher-igualdade-no-mercado-de-trabalho)>. Acesso em: 09/11/2017.

CEOLIN ADVOGADOS. **O trabalho da mulher e as proteções da CLT.** Disponível em: . Acesso em: 18/11/2017.

DUTRA, Eliana. **Os desafios das mulheres no mercado de trabalho.** Disponível em: . Acesso em: 09/11/2017.

ENTSCHEV, Bernt. **Mulheres que ocupam cargos tradicionalmente masculinos:** Por que elas estão optando por profissões antes desempenhadas por homens? Disponível em: . Acesso em: 18/11/2017.

FREITAS, Rafael Santiago de. **O direito das mulheres no mercado de trabalho.** Disponível: <<https://jus.com.br/artigos/46824/o-direito-das-mulheres-no-mercado-de-trabalho>>. Acesso em: 09/11/2017.



**GALVÃO, Patrícia.** Machismo alimenta desigualdade social e traz prejuízo à economia. **Disponível em:** . **Acesso em:** 11/11/2011.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho.** 33. Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Regiane. **Machismo alimenta desigualdade social e traz prejuízo à economia.** Disponível em: . Acesso em: 18/11/2017.

PROBST, Elisiana Renata. **A evolução da mulher no mercado de trabalho.** Disponível em: . Acesso em: 11/11/2017.

PROBST, Elisiana Renata. **RH Portal:** A evolução da mulher no mercado de trabalho. Disponível em: . Acesso em: 11/11/2017.

QUERINO, Luciane Cristina; DOMINGUES, Mariana Dias dos Santos; LUZ, Rosangela Cardoso da. **A evolução da mulher no mercado de trabalho.** Disponível em: . Acesso em: 11/11/2017.

RADD, Ana Carolina. Blog da marcha mundial das mulheres: Participação e desvalorização das mulheres no mercado de trabalho. Disponível em: . Acesso em: 09/11/2017.

RAGO, Margareth. **Trabalho feminino e sexualidade.** In: História das mulheres no Brasil. 2 ed. São Paulo: Ed. Contexto, 1997.

SILVA, Raoni. **MULHER: Igualdade no mercado de trabalho?** Disponível em: . Acesso em: 18/11/2017.

SCHLICKMANN, Eugênia; PIZARRO, Daniella. **A evolução da mulher no trabalho: uma abordagem sob a ótica da liderança.** Disponível em: . Acesso em: 18/11/2017.

WENTZEL, Marina. **Sem ministras, Brasil perde 22 posições em ranking em igualdade de gênero.** Disponível em: . Acesso em: 18/11/2017.



## **O DIREITO AO AMBIENTE DE TRABALHO SEGURO PARA O TELETRABALHO**

**PATRÍCIA DE OLIVEIRA SILVA:**  
Bacharelada do curso de Direito/  
Servidora Pública Municipal - Assistente  
Técnico Administrativo em Serviço de  
Saúde.

**Murilo Braz Vieira**[\[1\]](#)

**RESUMO:** Este artigo tem como objeto de estudo analisar se o direito ao ambiente de trabalho seguro foi tutela para o Teletrabalho nos termos da Lei 13.467 de julho de 2017 nos artigos 75-A a 75-E. Insta inicialmente, falar do conceito do Teletrabalho, posteriormente averiguar o ambiente seguro do trabalho que tem matrizes no princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, uma vez que segurança é um direito garantido a todos os trabalhadores e amparado no ordenamento jurídico brasileiro, por razão elementar de proteger à vida humana.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teletrabalho – Segurança no Trabalho – Irrenunciabilidade.

**ABSTRACT :** This article has as its object of study to analyze whether the right to safe work environment was safeguard for the teleworking in terms of Law 13,467 of July 2017 in articles 75 to 75-E. Urges initially, speak of the concept of teleworking, subsequently investigate the safe environment of the job that has the principle of irrenunciabilidade matrices of human labor, since security is a right guaranteed to all workers and sustained in the Brazilian legal system, by reason elementary protect human life.

**KEYWORDS** Teleworking - Safe Work Environment – Irrenunciabilidade.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO – 2. A DEFINIÇÃO LEGAL DO TELETRABALHO NO BRASIL – 3. O AMBIENTE DE TRABALHO SEGURO AO TELETRABALHO – 4. A IRRENUNCIABILIDADE AO DIREITO A SEGURANÇA DO TRABALHO – 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS – 6. REFERÊNCIAS.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa estudar a inclusão do teletrabalho na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT pela Lei 13.467 de julho de 2017 nos artigos 75-A a 75-E. Trata-se de uma nova modalidade de trabalho. Ela é produto da sociedade contemporânea, que propõe não somente novas noções de realidade como também estabelece novas formas de relações sociais e jurídicas, cenário este que desafia o Direito do Trabalho.

Atualmente a CLT passa por um processo de inovação sendo inserido o Teletrabalho como uma modalidade de execução de trabalho de forma virtual como consequência das novas tecnologias que se tem nos dias atuais, mais uma vez os avanços técnicos provocam a esfera trabalhista. Nesse sentido, a proposta é averiguar se para o Teletrabalho será assegurado o seu direito a um ambiente de trabalho seguro, conforme preconiza a Constituição Federal no artigo 7º, inciso XXII, pois o direito supracitado é sua matriz no Princípio da Irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas, tendo em vista que reflete diretamente sobre a vida do trabalhador. Assim, a questão a ser apurada é se de fato o Princípio da Irrenunciabilidade ao direito ao ambiente de trabalho seguro foi tutelado para modalidade do Teletrabalho, conforme prevê a reforma trabalhista em seu artigo 75-E, da CLT.

Para desenvolver este assunto o seu objetivo geral é analisar a inserção do teletrabalho pela Lei pela Lei 13.467 de julho de 2017 nos artigos 75-A a 75-E, sendo seus objetivos específicos a conceituação do teletrabalho a partir do entendimento doutrinário e legal, analisar o artigo 75-E que dispõe acerca do direito a Segurança e Medicina do Trabalho para o Teletrabalho e por fim, verificar se este dispositivo legal viola o Princípio da Irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas ou se de fato o tutela para nova categoria.

Diante do exposto, o presente estudo adotará o método de pesquisa teórica é a descritiva, onde elencará conceitos e características acerca do tema proposto. O recurso de pesquisa será a bibliográfica, portanto faz-se necessário a utilização de livros e artigos já publicados sobre o tema, leis

pertinentes ao assunto, para melhor elucidar o estudo, trata-se de um trabalho qualitativo, pois a base não serão os números ou estatísticas, mas tão somente em conceitos. Sendo que a técnica eleita é do método dedutivo, tendo em vista que este trabalho partirá de premissas gerais, sobre conceitos, com o intuito de verificar se para o teletrabalhador o direito a Segurança do Trabalho será assegurado neste processo de inovação da legislação brasileira.

## **2. A DEFINIÇÃO LEGAL DO TELETRABALHO NO BRASIL**

O teletrabalho é reflexo da sociedade atual pautada pelo uso da tecnologia mais precisamente da internet e dos meios de telecomunicação, esses elementos propuseram uma nova realidade de trabalho para a sociedade do século XXI. Consequentemente a sociedade contemporânea vivencia a virtualização com maior ênfase do que em qualquer época anterior.

Considerando tais características, o teletrabalho é fruto da sociedade moderna e reflete a ideia de um mundo sem fronteira, ou melhor, ao alcance das mãos (computador, smartphones), sendo que sua definição é primordial para melhor entender a proposta de trabalho do teletrabalho.

Na lição de Barros (2016, p. 213) cita que essa modalidade de trabalho tem “origem etimológica grega, *tele* significa a distância. O teletrabalho é modalidade especial de trabalho a distância.”

Já para a OIT - Organização Internacional de Trabalho, a definição do teletrabalho é ampliada, e assevera que “o teletrabalho é qualquer trabalho realizado em um lugar onde, longe dos escritórios ou oficinas centrais, se pode comunicar-se com eles por meio das novas tecnologias.” (ESTRADA, 2014, p. 26). Verifica-se que no entendimento da OIT a definição desta modalidade passa pelo uso da tecnologia motivo pelo qual o trabalho pode ser realizado em lugar diverso das dependências da empresa, muito embora ela somente delimita quais ambientes e recursos que estão ao alcance da referida modalidade, mas resta mencionar os demais componentes desta forma de trabalho.

Para além da simples menção do local e dos meios utilizados para exercer o teletrabalho, Estrada ensina que:

O Teletrabalho é aquele realizado com ou sem subordinação através do uso de antigas e novas formas de telecomunicação em virtude de uma relação de trabalho, permitindo a sua execução à distância, prescindindo da presença física do trabalhador em lugar específico de trabalho, ou seja, podendo ser executado também tanto bidirecional, tridimensional conforme o seu uso como na internet superficial, profunda ou escura segundo a sua realidade. (ESTRADA, 2014, p. 17-18).

Nesta definição os elementos da relação do trabalho são mesclados como os recursos tecnológicos, como a subordinação (ou não) por meio da tecnologia, o trabalho realizado através do uso das novas formas de telecomunicação (informática, internet, etc) e essa condição dispensa a presença física do trabalhador na empresa devido à conexão através do uso das novas tecnologias ampliando o local onde o trabalho será concretizado.

Observa-se que o teletrabalho rompe com o modelo tradicional da definição de trabalho, como bem expõe Martins:

O trabalho tradicional é aquele em que o empregado se desloca diariamente ao seu local de trabalho, permanecendo, nos termos do art. 4º da CLT ((LGL19435), “à disposição do empregador aguardando ou executando ordens”, inferindo-se daí uma presença física – não necessária- do local do trabalho. (MARTINS, 2017, p. 02)

Diferente do padrão convencional, em virtude do uso da tecnologia o teletrabalho se desprende não só da presença física, mas também propõe um novo paradigma nas relações de trabalho devido à chamada realidade virtual.

No Brasil, o primeiro passo em direção a inserção e definição do teletrabalho advém com a Lei nº 12.551 de dezembro de 2011, na época a lei alterou o artigo 6º da CLT, e assim passa a dispor:

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.

O teletrabalho foi apresentado muito timidamente nesta alteração, ela vem basicamente para pontuar as distinções entre o trabalho realizado dentro do estabelecimento da empresa, trabalho no domicílio do trabalhador ou à distância, sendo que em todos eles a relação de emprego deve estar presente. Não abordando os instrumentos para a execução do trabalho a distância, e sobre o uso da telemática e informática eles estariam à disposição do empregador para controlar e supervisionar o trabalhador, pois este estaria distante da presença física do empregador.

Assim, a Lei nº 12.551 de dezembro de 2011, dispôs pouco sobre a definição do teletrabalho. Somente em 2017, com a Reforma Trabalhista proposta pela Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017, inseridas no Título II, Capítulo II-A, nos termos dos artigos 75-A a 75-E, que o Teletrabalho finalmente recebeu uma tratativa legal no Brasil. Sendo extraído do artigo 75-A o conceito próprio do teletrabalho:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no

estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.

A lei brasileira destaca três pontos essenciais para definir o teletrabalho, quais sejam primeiro a prestação do serviço predominantemente fora do estabelecimento patronal, o uso de tecnologia de informação e de comunicação, e por fim, não deve caracterizar trabalho externo.

Segundo Souza Júnior (2017, p. 103) diz que “a essência jurídica do teletrabalho reside não no labor residencial, mas no labor praticado preponderantemente fora das dependências da empresa mediante uso de recursos telemáticos”, o pensamento doutrinário, reforça as ideias anteriormente apresentadas acerca das definições sobre o que é a modalidade do teletrabalho.

E outra distinção que o artigo 75-B da CLT impõe é que o teletrabalho não se confunde com trabalho externo, embora ambos sejam realizados a distância, mais esse afastamento em relação a dependências da empresa comina em uma rotina de trabalho diferente para cada modalidade como cita Miziara:

A Lei faz distinção entre o trabalhador externo e o teletrabalhador. Ambos são trabalhadores à distância, mas, o externo, como o próprio nome indica, é o que trabalha externamente e geralmente não possui um local fixo para exercer suas atividades [...] o teletrabalhador geralmente possui um local fixo para exercer suas atividades. (MIZIARA, 2017, p. 37 - 38)

Como por exemplo, o motorista, o vendedor dentre outras, trabalham “distante” da empresa, mas não é teletrabalho, ocorre que a natureza destas atividades laborais exige a sua execução fora do estabelecimento patronal. Já o teletrabalhador tem local específico para trabalhar, que muitas vezes não será na empresa, exemplo, em casa, shopping, *lan house*, uma cafeteria, etc, deste que seja possível através de uma conexão virtual executar seu trabalho como se na empresa estivesse fisicamente.



Para encerrar estudo acerca da definição do teletrabalho, no parágrafo único do art. 75-B da CLT, afirmar que mesmo quando o teletrabalhador seja requisitado apresentar-se na empresa para realizar uma atividade específica não descaracteriza o Teletrabalho, segundo Souza Júnior (2017, p. 102) “comparecer à empresa para reuniões presenciais a fim de os superiores hierárquicos repassem ordens e/ou conferir relatórios, sem que isso desnature o teletrabalho”, assim a presença esporádica do teletrabalhador é pertinente e natural à rotina de trabalho.

Em fase de evolução legal a definição do que é teletrabalho, nota-se que a legislação teve um avanço significativo com a Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017, nos termos artigo 75-B, § único, em relação a Lei nº 12.551 de dezembro de 2011, pois está última abordava não foi enfática quanto a definição do Teletrabalho.

Cabe ressaltar ainda, que a lei vigente busca inserir os elementos de definição já preconizados pela doutrina, inicialmente o cerne da caracterização do teletrabalho é que se trata de uma atividade laboral executada à distância (que não se confunde com trabalho externo), pois existe acesso virtual aos dados da empresa por meio do uso da tecnologia da informação e comunicação para produzir o trabalho imposto a esta modalidade, condição fática que dispensa a presença física do teletrabalhador nas dependências patronais. Essa descrição como fica demonstrado neste estudo tem berço nos ensinamentos doutrinários, e a lei brasileira não apresentou grandes divergência com os posicionamentos acerca do teletrabalho.

### **3. O AMBIENTE DE TRABALHO SEGURO AO TELETRABALHO**

Na própria fase de conceituação do teletrabalho, é exposto que se trata de uma atividade laboral que será executada fora do estabelecimento patronal, essa circunstância chama a atenção para o tema ambiente de trabalho. Vale salientar, que o teletrabalho, impõe novos parâmetros quanto ao lugar da execução do trabalho, essa alteração provoca um debate que é o de garantir para o teletrabalhador um local de trabalho seguro mesmo ele estando fora do estabelecimento patronal.

Inicialmente verifica-se que a Constituição Federal de 1988 dispõe nos termos dos artigos 7º, inciso XXII cominado com o artigo 200, inciso VIII sobre a redução dos riscos decorrentes do trabalho e proteção ao meio ambiente do trabalho, a tutela constitucional vem para assegurar um ambiente de trabalho seguro como o objetivo de garantir a vida e a integridade física do trabalhador. Ora, o bem jurídico em questão é a vida, condição incipiente a existência humana, assim, o Direito deve resguardar condições mínimas para as práticas do trabalho, como preconiza o doutor doutrinador Nascimento:

Para que o trabalhador atue em local apropriado, o Direito deve fixar condições mínimas a serem observadas pelas empresas, quer quanto às instalações e demais dependências, quanto às condições de contágio com agentes nocivos à saúde ou perigo que a atividade possa oferecer. (NASCIMENTO, 2015, p 881).

Nesse mesmo sentido, a OIT através da CONVENÇÃO nº 155 estabelece que, cabe ao ente público determinar em seu regramento as normas a fim de assegurar o cumprimento das normas de segurança do trabalho, com o propósito de evitar acidentes e danos à saúde do trabalhador.

Para atender a diretriz da OIT, no Brasil tem-se a Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho, é tratada pelo decreto 1.254/994 e cita no artigo 4º, item 2, os objetivos:

Artigo 4º - item 2. Essa política terá como objetivo prevenir os acidentes e os danos à saúde que forem consequência do trabalho, tenham relação com a atividade de trabalho, ou se apresentarem durante o trabalho, reduzindo ao mínimo, na medida que for razoável e possível, as causas dos riscos inerentes ao meio ambiente de trabalho.

Nas palavras de Souza Júnior (2017, p. 110) a regra brasileira "é taxativa ao afirmar que se deve fomentar a estruturação da **"atenção integral à saúde dos trabalhadores**, envolvendo a **promoção de ambientes e processos de trabalho saudáveis"**, fixa, portanto que prevenir acidentes de trabalho e proporcionar um ambiente de trabalho é um direito do trabalhador e o Estado promover e assegurar tal direito.

Sendo que a definição de meio ambiente é extraída da Lei 6938/81 do artigo 3º, inciso I, que diz "o meio ambiente é o conjunto de condições, leis, influências e integrações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas", ou seja, para garantir o direito a um lugar seguro de trabalho é preciso recorrer a todos os instrumentos que compõe o ambiente de trabalho.

Na mesma direção Nascimento (2015, p. 884), define segurança do trabalho "como adequação dos estabelecimentos e máquinas, que permitirá proteção ao trabalhador de possíveis riscos inerentes a prática da atividade profissional". Portanto falar em ambiente de trabalho traduz a ideia de proporcionar segurança através de medidas eficazes afins de que o profissional possa atuar de maneira saudável.

Nesse contexto, o ambiente deve ser seguro para qualquer trabalhador, e quem será responsável por assegurar e conceder condições de segurança durante a execução do trabalho é a empresa, como expõe Martins:

As empresas tem por obrigação: a) cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; b) instruir os empregados, por meio de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar para evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; c) adotar medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente; d) facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente art 157, CLT. (MARTINS 2016, p. 957).

A enumeração dos itens que o empregador deve cumprir corrobora com os preceitos Política Nacional ora supracitada. E fixa ainda que a responsabilidade pelo ambiente de trabalho é sem dúvida daquele que emprega, sua assistência é ampla e não exclui qualquer atividade laboral.

Voltando o tema para realidade do teletrabalho, a Lei nº 13.467 de julho de 2017 no artigo 75-E apresenta a seguinte concepção acerca de segurança para o teletrabalhador:

Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador.

Na primeira parte artigo aduz que o empregador tem a obrigação de "*instruir de forma expressa e ostensiva*" o seu empregado, e este deve assinar um termo de responsabilidade onde se compromete a cumprir as instruções patronais, mas segundo Souza Júnior (2017, p. 110) "o compromisso documental do obreiro não pode ser encarado como um salvo-conduto de deveres patronais que, em verdade, são inegociáveis e incontornáveis." Desta forma, a formalização das instruções não afasta o dever do patrono a sua responsabilidade em viabilizar as condições de um ambiente seguro de trabalho para atividade do teletrabalho, mesmo que este esteja fora das dependências da empresa.

Com intuito deixar claro que é responsabilidade da empresa o ambiente seguro de trabalho e essa lógica legal, não foi alterada pelo artigo 75-E para a modalidade do teletrabalho, que Souza Júnior enfatiza:

Nesse regime, continuará sendo incumbência do empregador prevenir, identificar, aferir, avaliar, diagnosticar e reduzir os riscos do meio ambiente laboral, sendo que a violação a esse dever certamente implicará reparação pelos possíveis danos advindos ao trabalhador. (SOUZA JÚNIOR, 2017, p. 111).

Certamente não há dúvidas que é direito do trabalhador ter um ambiente seguro de trabalho. Em contrapartida, é dever o empregador garantir o referido direito.

Portanto não se admite uma interpretação diferente para o teletrabalho tendo em vista que as regras preexistentes a respeito de segurança no ambiente seguro do trabalho não foram alteradas, pelo

contrário, são amplamente consolidadas em nosso ordenamento jurídico como explicitado neste estudo.

#### **4. A IRRENUNCIABILIDADE AO DIREITO A SEGURANÇA DO TRABALHO**

No decorrer de todo processo de inovação é natural à dinâmica entre o antigo e novo. Para o teletrabalho não é diferente, pois ele vem com a proposta do trabalho realizado fora da empresa e em um ambiente virtual. Para que tal realidade se consolide no plano justralhista, é necessário que a referida novidade firme suas bases nos pilares do Direito do Trabalho.

Embora o teletrabalho tenha características peculiares do processo de globalização somado à ideia de romper a fronteira do tempo e do espaço, e leia-se que o seu cerne é a utilização dos meios da informática e telecomunicação para realização do trabalho, essas transformações suscitam a necessidade de um diálogo mais próximo com os pilares do Direito do Trabalho, mais precisamente com o princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas em relação ao disposto no artigo 75-E e seu parágrafo único da CLT acerca do direito a segurança e medicina do trabalho com foco no ambiente seguro do trabalho para modalidade do teletrabalho.

Como já elucidado, o teletrabalho vem para possibilitar uma nova rotina de trabalho nas empresas, onde o universo virtual cria uma nova forma de execução do trabalho, consequência dos processos tecnológicos em que vive a sociedade atual. Mas é primordial reforçar que a quebra de paradigmas representa evolução, quer seja ela material, humana, cultural ou jurídica, e nesse aspecto olhando para as bases do Direito do Trabalho o uso dessas tecnologias nas relações de trabalho devem estar em consonância com as conquistas justralhistas, que também foram pautas em desenvolvimento de outras épocas que concedem hoje novos caminhos, como preconiza Delgado:

O Direito do Trabalho consiste em um dos principais instrumentos existentes de elevação das condições de

contratação e regência da força de trabalho no sistema capitalista, atuando no núcleo das relações sociais. (DELGADO, 2013. p. 52).

Assim, o Direito do Trabalho é um ramo do direito que busca conceder parâmetros mínimos entre a condição humana e a execução do trabalho. Para viabilizar tal equilíbrio entre estes dois elementos é preciso oferecer ao trabalhador um ambiente seguro de trabalho sendo este o instrumento pelo qual se assegura a vida, sob este tema Delgado cita:

Absoluta será a indisponibilidade, do ponto de vista do Direito Individual do Trabalho, quando o direito enfocado merecer uma tutela de nível de interesse público, por traduzir um patamar mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico. É o que ocorre com como já apontado, ilustrativamente, como o direito à assinatura de CTPS, ao salário mínimo, à incidência das normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador. (DELGADO, 2009, p. 201).

Nesse sentido, o direito a um ambiente de trabalho seguro é protegido por razão de ordem pública, uma vez que ele deve garantir a vida do trabalhador trata-se de um direito do qual não se pode dispor e a sociedade já elencou dentro da sua formação como uma condição essencial para a existência humana.

Assim, quando no artigo 75-E da CLT dispõe sobre segurança do trabalho para a modalidade do teletrabalho através da assinatura de um termo onde o trabalhador se compromete em cumprir as instruções do empregador, não significa que este último foi eximido da sua responsabilidade de garantir o direito em destaque, como elucida Souza Júnior:

Não se pode interpretar o novel art. 75-E da CLT, no sentido de que assinado o empregado compromisso de seguir à risca as instruções patronais sobre riscos à saúde humana no teletrabalho, doravante qualquer

infortúnio que venha a sofrer será fruto de seu puro descaso. (SOUZA JÚNIOR, 2017, p. 110).

Conseqüentemente, para o teletrabalho é assegurado o direito a um ambiente seguro de trabalho e o empregador fica responsável pelo local diverso onde o trabalho é executado mesmo que distante das dependências patronais. Tendo em vista que o nosso ordenamento jurídico reserva de forma ampla o direito a segurança do trabalho, bem como um ambiente seguro, e é pacificado que se trata de um direito irrenunciável e não cabe ressalva.

## **5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante do exposto, ressalta-se que o Direito do Trabalho para se estruturar e consolidar na sociedade passou por momentos históricos diversos, dentre eles a Revolução Industrial no século XVIII na Inglaterra, trouxe inovações dentre elas, à máquina a vapor somada posteriormente a descoberta da eletricidade alterou a relação de trabalho da época, fazendo com que surgisse a necessidade criar leis que garantisse condições mínimas aos trabalhadores, nasce assim às primeiras normas pertinentes ao Direito do Trabalho, ou seja, a inferência do desenvolvimento de técnicas incidem na esfera justralhista desde os seus primeiros passos.

Na linha do tempo, a história do Direito do Trabalho reproduz a dinâmica entre o desenvolvimento técnico e como seus processos influenciaram a necessidade de regras e leis de pacificassem as relações de trabalho. Nesse sentido, o teletrabalho surgiu para propor uma nova de trabalho e desafia o ordenamento jurídico.

A inserção do teletrabalho no Brasil com a reforma trabalhista conforme Lei nº 13.467 de julho de 2017 nos artigos 75-A a 75-E representa a inclusão legal de uma modalidade de trabalho que já era praticada em determinados segmentos empresariais. A ausência legal gerava insegurança jurídica tanto para o empregado como ao empregador. Verifica-se, portanto que o legislador dispõe para teletrabalho, o conceito, a forma de contratação e a aplicação das normas de segurança e medicina do trabalho.

Importa saber que em sede conceitual a lei brasileira não apresenta novidades com relação ao que a doutrina já definia acerca do teletrabalho, o nosso ordenamento define que se trata de uma modalidade cujo trabalho será realizado à distância (leia-se espaço virtual) por meio do uso da informática e telecomunicação e pode ser executado dentro ou fora do estabelecimento patronal e por fim não se confunde com o trabalho externo.

O que de fato determina se um dado trabalho se enquadra na modalidade de teletrabalho não é o local, mas sim, os seguintes elementos: trabalho realizado à distância através de acesso viabilizado pelos recursos da informática (internet) e telecomunicação. Quando na definição do teletrabalho se fala em *realizado a distância*, não é por imposição da sua natureza como acontece com o trabalho externo, este somente pode ser realizado fora do estabelecimento patronal. Mas sim, por disposição das partes contratantes, ou seja, entre empregado e empregador, somado a real possibilidade de executar o trabalho pelos meios virtuais como se o teletrabalhador estivesse na empresa, por isso é que o termo “a distância” não é a natureza da atividade laboral para o Teletrabalho, mas ela determina a modalidade do teletrabalho.

Como toda novidade, é natural a dúvida se realmente essa forma de trabalho é viável no sentido de assegurar os direitos trabalhistas preexistentes, sendo que o direito em destaque neste estudo é o direito a segurança e medicina do trabalho sob o aspecto ambiente seguro do trabalho foi respeitado nos termos do artigo 75-E da CLT.

Como se trata de um direito irrenunciável para o teletrabalho é garantido o direito a um ambiente seguro de trabalho tanto que a lei determina a necessidade da assinatura do termo de compromisso para firmar as instruções e regras que o trabalhador deve obedecer. O fato da lei não especificar quais os meios ou recursos que o empregador deve adotar para garantir um ambiente seguro mesmo quando o trabalhador esteja fora do estabelecimento patronal, este ainda é responsável por zelar pelo ambiente de trabalho independentemente da modalidade de trabalho.



As normas de segurança e medicina para o teletrabalho contidas no artigo 75-E da CLT expressa os elementos requisitos que cada parte o empregador deve repassar instruções pertinentes à segurança por escrito e o empregado assinará um termo de compromisso. Mas tal termo não exime o empregador de garantir para a modalidade um ambiente seguro de trabalho. No teletrabalho o trabalho será executado fora do convívio da empresa e em locais diversos e alheios a observação patronal, este, ainda assim, responderá pelos danos ou riscos à saúde física e mental do trabalhador.

Assim, fica demonstrado que embora o teletrabalho seja uma realidade inovadora, o empregador que contratar nesta modalidade é obrigado a cumprir as regras inerentes de segurança a fim de garantir um ambiente de trabalho seguro, pois este é um direito na seara trabalhista irrenunciável, tendo em vista que ele assegurar a vida do trabalhador.

Portanto, toda vez que o ordenamento jurídico for invocado para dirimir as lides pertinentes à garantia de um ambiente de trabalho seguro em caso de danos ocupacionais em virtude da atividade do teletrabalho, deverá ser observado os pilares já consolidados do direito do trabalho, qual seja que o ambiente seguro de trabalho é um direito de irrenunciabilidade absoluta, onde o trabalhador não pode dispor do seu bem maior que é a vida e, portanto nas relações justas trabalhistas o referido direito assegura existe para conceder ao trabalhador condições mínimas de proteção, estas devem permitir que o trabalho seja executado de forma digna resguardando a vida do trabalhador que é um bem jurídico indisponível e inegociável.

## **6. REFERÊNCIAS**

**BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.**

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm).  
Acesso em: 10.abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 1.254, de 29 de setembro de 1994.** Convenção número 155, da Organização Internacional do Trabalho, sobre Segurança e Saúde do Trabalho dos Trabalhadores e Meio Ambiente de Trabalho, concluída em Genebra, em 22 de junho de 1981. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d1254.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1254.htm) >. Acesso em: 10.abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.938, 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm) >. Acesso em: 10.abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 12.551 de 13 de dezembro de 2011.** Altera o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos.

Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12551.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12551.htm) >. Acesso em: 10.abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

Disponível em: . Acesso em: 10.abr. 2018.

DELGADO, Mauricio Goldinho. **Princípios de Direito Individual e Coletivo do Trabalho.** 4. ed. São Paulo: LTr, 2013.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito do Trabalho.** 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

ESTRADA, Manuel Martín Pino. **Teletrabalho & direito:** o trabalho à distância sua análise jurídica em face aos avanços tecnológicos. Curitiba: Juruá, 2014.

MARTINS, Rafael Lara. **Teletrabalho e o PL 6.787/2016.** Disponível em : > 24 nov. 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho.** 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MIZIARIA, Raphael. **O novo regime jurídico do teletrabalho no Brasil.** Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/116314/2017\\_miziara\\_raphael\\_novo\\_regime.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/116314/2017_miziara_raphael_novo_regime.pdf?sequence=1&isAllowed=y) > 29. abr. 2018.

NASCIMENTO, A.; NASCIMENTO, S. **Curso de Direito do Trabalho:** história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SOUZA JÚNIOR, Antonio Umberto de. **Reforma trabalhista:** análise comparativa e crítica da Lei nº 13.467/2017. São Paulo: Rideel, 2017.

NOTA:

[1] Murilo Braz Vieira. Advogado, graduado em Direito pela Universidade Católica de Goiás (2004) e Pós-graduado em Direito Público (EPD-SP) e Direito Constitucional (UFG). É Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (UFT), Brasil(2015) Professor da Faculdade Serra do Carmo, Brasil

## **EFEITOS DOS RECURSOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

**ANDREZZA ALBUQUERQUE PONTES DE AQUINO CASSIMIRO:** Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) Especialista em Direito Judiciário e Magistratura do Trabalho pela ESMATRA 6. Servidora Pública Federal - TRT da 6ª Região

**RESUMO:** Breves considerações são apresentadas sobre os efeitos dos recursos, à luz do Novo Código de Processo Civil, em especial os efeitos substitutivo, devolutivo, suspensivo, expansivo e regressivo, com análise das consequências práticas e jurídicas decorrentes da aplicação de cada uma dessas hipóteses.

**Palavras-chaves:** Efeitos dos recursos; Efeito substitutivo; Efeito expansivo; Efeito suspensivo; Efeito devolutivo; Efeito regressivo.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Efeito substitutivo: 2.1. Efeito substitutivo e competência para julgar ação rescisória; 3. Efeito expansivo; 4. Efeito suspensivo; 5. Efeito devolutivo; 6. Efeito regressivo ou efeito de retratação e efeito diferido. 7. Conclusões; 8. Referências.

---

### **1. Introdução**

O estudo acerca do tema em questão é grande relevância principalmente no que tange ao processamento do recurso no Tribunal ou no juízo de primeiro grau, como é o caso dos embargos de declaração. Em todo o tipo de recurso aduzido pelo Código de Processo Civil é, portanto, imprescindível a análise dos efeitos dos mesmos, no processo e fora dele, assim como as consequências inerentes à própria decisão recorrida.

De fato, o recurso impede o efetivo trânsito em julgado da decisão recorrida, prolongando a litispendência e impedindo, deste modo, a formação de uma coisa julgada soberana. O eminente doutrinador, Luiz Guilherme Marinoni, vai mais além e afirma, com propriedade, que enquanto pendente prazo para interposição de recurso, tenha ou não a

parte manifestado seu interesse de recorrer, salvo se já houver renunciado a este direito, não pode haver preclusão ou coisa julgada. Já no entendimento de Nelson Nery Jr., os recursos, para os quais a lei não preveja efeito suspensivo, o raciocínio exposto acima não se aplica, visto que a decisão produz efeitos no momento em que é publicada, ensejando, inclusive, uma execução provisória.

Também merece destaque no presente trabalho a discussão doutrinária sobre se estes efeitos dos recursos, tais como impedir o trânsito em julgado e o prolongamento do estado de litispendência, só poderão ocorrer se o mesmo for conhecido pelo Tribunal, ou seja, se estes efeitos supracitados poderão ocorrer em caso de recurso incabível ou intempestivo. Esta é uma discussão essencialmente sobre a natureza jurídica do juízo de admissibilidade dos recursos. Para Barbosa Moreira, somente os recursos admissíveis produzem efeitos, afirmando, também, que a inadmissibilidade do recurso opera efeitos retroativos e, portanto, não impede a formação do trânsito em julgado. Apesar da grandeza dos argumentos, convém suscitar o entendimento de Fredie Didier Jr. e Leonardo Cunha. Para eles, a data do trânsito em julgado é a da última decisão, ainda que esta seja um juízo de inadmissibilidade do recurso. Este entendimento privilegia a segurança jurídica, na medida em que enquanto não invalidado, deve produzir todos os efeitos jurídicos previstos para o caso em questão até o seu desfazimento, sendo o juízo de inadmissibilidade do recurso constitutivo negativo e, assim, com eficácia *ex nunc*.

Faz-se mister observar que integra o juízo de admissibilidade do recurso a decisão que registra em quais efeitos o recurso interposto deverá ser recebido. Deve, portanto, o juízo se pronunciar de ofício sobre isto, embora este seu pronunciamento poderá ser revogado, caso haja alguma equivocidade, a qual deverá ser corrigida de ofício ou por petição simples da parte, sem que seja necessário interpor novo recurso, de maneira a impedir a celeridade processual.

Questão sobre a qual há ainda muita discussão jurisprudencial diz respeito às ações conexas para as quais a lei estabelece regime recursal diverso. Para Nelson Nery, o recurso eventualmente interposto deve ser

recebido em efeitos diferentes quanto aos capítulos que compõem a decisão recorrida. Este entendimento tem se consolidado no STJ, até porque, apesar da conexão, deve ser respeitado o que já fora predisposto quanto ao regime recursal para cada ação isoladamente, principalmente, como grande corolário da segurança jurídica propugnada em nosso sistema processual.

## 1. EFEITO SUBSTITUTIVO

De acordo com a dicção do Art. 1.008. (*"O julgamento proferido pelo tribunal substituirá a decisão impugnada no que tiver sido objeto de recurso"*), é possível verificar que este efeito é produzido a partir do conhecimento do mesmo. Deste modo, se for conhecido, ainda que provido ou não, haverá como consequência a substituição da decisão recorrida por uma nova. Observa-se, desta maneira, que ainda que o Tribunal reitere ou confirme o pronunciamento da decisão recorrida, ainda assim haverá o efeito substitutivo.

É fundamental que o recurso, portanto, seja, ao menos, conhecido, posto que a decisão constitutiva negativa fruto da inadmissibilidade do recurso, como visto acima, faz com o recurso interposto deixe de produzir efeitos dentro e fora do processo, posto que há essencialmente uma sanção de invalidação, já que não foram cumpridos requisitos cogentes impostos na legislação processualística brasileira.

Enquanto Marinoni limita-se a afirmar que a decisão do juízo *ad quem*, qualquer que seja ela, irá substituir a decisão recorrida; Nelson Nery Junior, consagra em sua obra que só irá se operar o efeito substitutivo caso o recurso seja conhecido e julgado pelo mérito, o que ocorre quando for negado provimento ou dado provimento ao mesmo, hipótese de acolhimento do chamado *error in iudicando*. Para este último autor, em caso de provimento de *error in procedendo*, em que haverá anulação da decisão recorrida, não haverá este efeito substitutivo.

No entanto, no caso de o Tribunal conhecer e dar provimento de um recurso que tenha a finalidade de anular a decisão recorrida, não haverá o efeito substitutivo, porque o acórdão do Tribunal não vai substituir a

decisão recorrida, mas vai apenas anular a sentença, no intuito ou não de que seja proferida uma nova. Este é o chamado **Efeito Reincidente**.

Afora isto que foi dito acima, é de se notar que a substituição pode ser total ou parcial. Esta última ocorre quando a impugnação é parcial, pois dado o princípio dispositivo, ao Tribunal só é dado o poder de julgar nos limites estabelecidos nas razões do recurso, salvo as questões de ordem pública; e ocorre também quando o Tribunal limita-se a reconhecer parcialmente do recurso. Isto porque, como visto acima, o efeito substitutivo somente se opera quando o recurso é, ao menos, conhecido; assim, a parte não impugnada ou que não fora conhecida pelo Tribunal deve permanecer como proferida pelo juízo *a quo*.

### 2.1. Efeito substitutivo e competência para julgar ação rescisória

A importância do efeito substitutivo encontra-se, primordialmente, no que concerne à competência para julgamento da ação rescisória, visto que a mesma deve direcionar-se para a rescisão do acórdão proferido por Tribunal, que substituiu sentença recorrida. Assim, verifica-se que o pedido de rescisão de sentença de Tribunal *a quo*, diante da qual já foi conhecido recurso por Tribunal, este servirá como parâmetro para a ação rescisória, dado o efeito substitutivo. É igualmente importante para a impugnação da decisão por outras vias autônomas, determinando a competência para a apreciação da nova insurgência.

Cumprе relacionar, neste particular, o efeito substitutivo dos recursos com a **ação rescisória**. Observa-se, de antemão, que esta ação só poderá ser intentada perante Tribunal e que apenas pode ser rescindida por esta ação decisão de mérito; assim, se houver o conhecimento e improvimento do recurso contra sentença processual, com posterior trânsito em julgado, esta não está sujeita à ação rescisória. Deste modo, havendo substituição da decisão de mérito recorrida pela oriunda do juízo *ad quem*, também deve ser alterada a competência para julgamento da ação rescisória.

De acordo com o art. 1.013, §3º, que será visto posteriormente, é possível a resolução do mérito no próprio Tribunal. Deste modo, o acórdão conterà dois capítulos: o primeiro que irá cassar a sentença e o segundo

para resolver o mérito no próprio Tribunal; contra este último capítulo, poderá, sim, ser intentada a ação rescisória, desde que o acórdão transite em julgado. Para o julgamento da rescisória, a competência funcional deverá ser verificada pelo exame do teor da matéria a ser rescindida por esta ação. Se a rescisória tratar de violação aos dispositivos tratados no feito originário e remetidos ao Tribunal Superior por força do efeito substitutivo, a competência funcional para a rescisória será deste Tribunal. Até porque se observa na Constituição que os Tribunais Superiores têm competência para rever seus próprios julgados, com a interposição de ação rescisória.

Por outro lado, deve-se atentar para os casos de recurso parcial, em que não foi dado ao Tribunal Superior conhecimento acerca da matéria que será objeto de ação rescisória. Nestes casos, a ação rescisória não será da competência do Tribunal Superior, posto que os argumentos, questões e fundamentos não chegaram a ser apreciados pelo tribunal superior, não estando sujeitos, portanto, ao efeito substitutivo. Assim, é possível afirmar que o Tribunal Superior só terá competência para julgar a ação rescisória quando este Tribunal analisar o mérito do recurso e quando a matéria contida na rescisória tiver sido posta à cognição deste Tribunal e houver manifestação do mesmo sobre ela.

É também de destacar as Súmulas 249<sup>[1]</sup> e 515<sup>[2]</sup> que fazem alusão à competência do Supremo para analisar a ação rescisória. De acordo com as referidas Súmulas, o STF só deverá julgar ação rescisória de acórdão que julgou a questão federal e, quando esta tiver sido efetivamente suscitada no pedido da rescisória.

Em suma, a competência para apreciação da ação rescisória será sempre de Tribunal. Segundo Marinoni, quando se trate de sentença prolatada por juiz de primeiro grau, o juízo competente para julgamento da rescisória será do tribunal imediata e hierarquicamente superior a este juízo, que poderá ser o Tribunal de Justiça ou o Tribunal Regional Federal. Se o julgamento a ser rescindido for de Tribunal, seja por causa de sua competência originária ou recursal, competirá ao próprio Tribunal prolator da sentença julgar a ação rescisória. Deste modo, observa-se que é extremamente importante verificar a competência preliminarmente para



que a parte não perca o prazo bienal para a interposição da ação rescisória e também para que não haja sobrecarga indevida aos Tribunais Superiores, prestigiando assim o potencial julgamento de instâncias inferiores e a razoável duração do processo.

## 1. EFEITO EXPANSIVO

Doutrinariamente, divide-se o efeito expansivo em objetivo (interno e externo) e subjetivo. Este efeito significa, basicamente, que a decisão do Tribunal, ao substituir a decisão recorrida, ampliou, de um algum modo, esta decisão; teve, portanto, a decisão do Tribunal uma amplitude maior, sem que seja considerada uma decisão *ultra petita*. O julgamento do recurso pode ensejar, assim, uma decisão mais abrangente do que aquela objetivada no mérito do recurso. Está relacionado com a interdependência dos atos processuais, em que a seqüência na realização dos mesmos determina a formação de um procedimento.

O efeito expansivo objetivo interno repercute diretamente dentro do processo e atinge vários atos; deste modo, o efeito expansivo se dá relativamente ao mesmo ato impugnado. É exemplo do mesmo, segundo Nelson Nery, a possibilidade de o Tribunal dar provimento à preliminar de litispendência, atingindo todo o ato processual impugnado. Enquanto isso, no efeito expansivo objetivo externo, o disposto no acórdão repercute fora do processo e, não, em ato interno, podendo resultar, por exemplo, na extinção do processo por ilegitimidade da parte, ainda que isto não tenha sido objeto de pedido do recurso pela parte que o interpôs. Autoriza o entendimento de que este ato atingirá outros praticados no mesmo processo, sendo o caso, por exemplo, da execução provisória, em que recurso recebido apenas no efeito devolutivo, sujeita a execução a ser modificada posteriormente pela decisão a ser tomada pelo Tribunal.

Há também o efeito expansivo subjetivo, que ocorre quando a decisão do Tribunal beneficia e prejudica quem recorreu e outros que não fizeram parte do mesmo. Este efeito, na verdade, constitui uma exceção ao princípio da personalidade do recurso, que afirma que a interposição de recuso produz efeitos apenas para o recorrente. Um bom exemplo deste efeito é a formação de litisconsórcio unitário, quando apenas um dos litisconsortes

recorre e, o eventual provimento deste, beneficiará o outro litisconsorte, posto que a decisão deverá ser igual para ambos, segundo dicção do artigo 117, CPC. Assim, através da figura do litisconsórcio, o efeito expansivo manifesta-se, pois expandirá a repercussão subjetiva do recurso, beneficiando aquele litisconsorte que não interpôs recurso.

Outro exemplo exposto por Fredie Didier é o caso da interrupção de prazo para a interposição de outros recursos evidenciada após a utilização de embargos de declaração, ainda que feito apenas por uma das partes. Neste caso, a interrupção do prazo beneficiará ambas as partes, não apenas aquela que efetivamente embargou.

Alguns doutrinadores acreditam que o efeito expansivo subjetivo não é propriamente um efeito do recurso, mas tão-somente uma regra de litisconsórcio; enquanto que o efeito expansivo objetivo interno também não seria efeito de recurso, sendo apenas uma lógica do sistema de nulidades, pois a decisão desfeita e os atos dela dependentes seriam atingidos.

## 1. EFEITO SUSPENSIVO

O efeito suspensivo impede, efetivamente, que a decisão produza os seus efeitos ao suspender a eficácia da mesma, até que haja o seu trânsito em julgado. Apesar disto, existem casos determinados pela legislação processual, em que a decisão determinada pelo órgão judicante deverá ser imediatamente efetivada, sob o risco de tornar o provimento inócuo.

A questão principal sobre este efeito diz respeito ao momento a partir do qual ele se produz. Pela incoerência que seria a incidência de uma execução provisória de decisão que poderá ser recorrida em seu efeito suspensivo, consagrou-se na doutrina brasileira que diante de decisão para qual a legislação possibilite a interposição de recurso com efeito suspensivo, este se iniciará com a própria prolação da decisão e, não, com a interposição do recurso e nem a partir do momento em que o juiz conhece do mesmo. Resulta, deste modo, a suspensão da decisão da simples recorribilidade do ato. Só com o escoamento do prazo para a interposição do recurso ou a partir do momento em que a parte aceitar a decisão ou

renunciar ao direito de recorrer é que se pode pensar em execução definitiva da decisão.

De acordo com as lições de Nelson Nery, só é possível atribuir-se suspensividade à decisão, antes de haver recurso contra a mesma, quando esta decisão puder ser alvo de recurso e se para este recurso estiver previsto o regime da suspensividade, pois caso contrário, não haveria motivos justificáveis para se obstar a produção imediata de efeitos e a eficácia da decisão, o que representaria um atentado contra a própria efetividade do processo e sua respectiva “razoável duração”. Deste modo, como dito, a eficácia da decisão fica sob condição suspensiva, ou seja, só será produzida caso não haja a interposição de eventual recurso recebido em seu efeito suspensivo.

Cabe observar também os casos em que há impugnação parcial. Nestes, apenas a parte impugnada será recebida no efeito suspensivo, devendo as demais partes, não impugnadas, serem passíveis de execução provisória. Também merecem os casos em que, não obstante a suspensividade do procedimento por causa do recurso, faz-se necessária determinada atitude do juiz para a conservação da coisa, assim como podem as partes ajuizar ação cautelar para garantir a efetividade do processo.

A hipoteca judiciária, efeito secundário da sentença, é um meio hábil para assegurar futura execução de sentença condenatória. Através dela, é gravado bem imóvel de propriedade da parte condenada em prol do vencedor para que a sentença seja eficaz. Deste modo, ainda que haja recurso com efeito suspensivo, o vencedor da demanda poderá utilizá-la contra o vencido na demanda.

Vale ressaltar que alguns doutrinadores, a exemplo de Barbosa Moreira, não concordam com a atribuição terminológica de “efeito suspensivo” a este fenômeno, pois passaria a ideia de que algo já estava em execução quando foi devidamente suspenso pelo recurso, o que não ocorre, de fato. Deste modo, sugerem, inclusive, a expressão “efeito obstativo” ou “efeito impeditivo”, porque o que acontece com a

interposição de certos recursos é que obstam ou impedem a produção de efeitos.

A partir do que foi dito, é possível compreender o porquê da concessão de tutela antecipada em sentença. Concedida a tutela antecipada, esta pode produzir de imediato seus efeitos, não ficando suspensa a satisfação da mesma pela simples recorribilidade do ato (sentença). Neste caso, afasta-se o efeito suspensivo quanto à concessão da tutela.

Merece consideração neste presente trabalho a comparação feita por Luiz Guilherme Marinoni, em sua obra, acerca do efeito suspensivo. Para o eminente doutrinador, há, na utilização deste recurso, um verdadeiro dilema entre segurança e tempestividade. A primeira está refletida no fato de a interposição do recurso impedir que a decisão impugnada produza já seus efeitos na pendência de decisão que poderá modificá-la. Não admitido o efeito suspensivo, no entanto, privilegia-se a tempestividade, pois a suspensão da eficácia da decisão pode fazer com que o tempo prolongado prejudique a parte que tem razão.

Na minha opinião, o segundo critério estaria de acordo com a razoável duração do processo e há certa imprecisão terminológica quando ao uso do termo "tempestividade", posto que todos os recursos poderiam ser interpostos tempestivamente e, ainda assim, ferir o cânone constitucional da razoável duração do processo e a necessidade da rápida resolução dos litígios. De qualquer modo, devem ser observados no caso concreto os critérios elencados pelo CPC sobre a concessão das tutelas de urgência, para que não haja o risco de a "intempestividade", prejudicar a satisfação da tutela pretendida em juízo e inviabilizar o resultado final do litígio.

Cabe também uma observação de que especificamente o fato de os embargos de declaração interromperem o prazo para a interposição de outros recursos, é chamado de Efeito interruptivo, embora os embargos de declaração também são recebidos no efeito suspensivo. Este efeito suspensivo, como visto acima, constitui regra que beneficia ambas as partes, expressando o efeito expansivo subjetivo do recurso.

Quanto ao recurso de agravo, verifica-se que a sua interposição não obsta o prosseguimento do processo; no entanto, por exceção, o relator pode conceder efeito suspensivo ao agravo de instrumento, nos termos do art. 1.019,I, CPC.

Nelson Nery, em sua obra, afirma com propriedade que as regras atinentes aos efeitos em que deve ser recebido o recurso são de ordem pública e as partes não podem sobre elas dispor. Sendo assim, a imprescindibilidade do requerimento da parte para a atribuição de efeito suspensivo deve ficar restrita a hipótese de agravo de instrumento supracitada e também ao que está determinado no artigo 1.012, CPC, no que tange ao recurso de apelação.

Por último, merece destaque a utilização de um remédio constitucional – o mandado de segurança – para se obter efeito suspensivo, quando, apesar da previsão deste efeito para o recurso interposto, o juízo, por abuso de poder, não o tenha concedido, ferindo, assim, direito líquido e certo do impetrante deste recurso. Ao impetrar o mandado de segurança, a parte pleiteará que a sustação dos efeitos do ato impugnado. Caso o ato não tenha ferido direito líquido e certo, será possível a utilização de uma tutela cautelar, desde que também sejam preenchidos os seus respectivos requisitos, como o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

## 1. EFEITO DEVOLUTIVO

Antes de proceder a uma explanação acerca deste efeito, é possível reconhecer duas modalidades de efeito devolutivo. A primeira é o efeito devolutivo de argumentação livre, em que o recorrente está livre para argumentar o que quiser, respeitado os limites da causa de pedir, como é o caso da apelação. A segunda modalidade é o efeito devolutivo de argumentação vinculada, em que só é possível alegar aquilo que a lei permite, ou seja, um argumento específico é exigido. É exemplo disto, os Embargos de Declaração, em que o recorrente deve demonstrar, em suas razões de recurso, a obscuridade, omissão ou contradição existente na decisão recorrida.

Outra divisão elaborada pela doutrina separa o efeito em diferido e imediato. O primeiro expressa a ideia de que o efeito não se produzirá desde logo, mas será retardado para momento futuro, à exemplo do agravo retido. Deste modo, apesar de evitar a preclusão, o conhecimento da matéria envolvida no recurso não é devolvido ao Tribunal de imediato, pois se espera uma reiteração do pedido em momento posterior. Já o efeito devolutivo imediato opera-se em recursos que não sejam retidos e, tão logo interpostos, seu conhecimento é devolvido ao Tribunal, para que seja apreciado.

Após estas considerações preliminares sobre as modalidades do efeito devolutivo, é possível perceber, pelo que foi dito, que através dele será devolvido ao conhecimento do Tribunal matéria impugnada via recurso. O sentido de “devolver” a matéria ao Tribunal possui uma razão histórica, que remonta aos tempos, em que inexistia a tradicional tripartição de poder e, ao Imperador, governante ou rei, era dado o poder de sempre rever as decisões dos juízes, posto que esta era função delegada a estes últimos. Caso houvesse inconformismo entre as partes sobre a decisão tomada por estes juízes, o poder de reapreciar, então, era devolvido ao Imperador, rei ou governante.

Há uma discussão muito pertinente feita na doutrina, até mesmo por esta razão histórica do efeito devolutivo, se o recurso, para que tenha o efeito devolutivo, deverá sempre ser remetido a órgão hierarquicamente superior. Para parte da doutrina, os embargos de declaração, por exemplo, não teriam efeito devolutivo, posto que não seriam dirigidos a órgão hierarquicamente superior, mas ao próprio órgão que já havia julgado, com o fito de esclarecer determinada questão.

Não obstante o entendimento desta corrente minoritária, da qual Luiz Guilherme Marinoni e Barbosa Moreira fazem parte, prevalece a concepção de que todos os recursos, até mesmo os Embargos de Declaração, apresentam efeito devolutivo. Isto porque o efeito devolutivo deve ser compreendido como efeito de transferência da matéria para outro órgão ou para o mesmo com o objetivo de renovar determinada apreciação. Acredito que esta concepção é coerente em relação ao entendimento moderno acerca do próprio efeito devolutivo e os postulados decorrentes

do mesmo, não havendo motivo plausível para serem excluídos os Embargos de Declaração, perspectiva que seria completamente restritiva e inadequada. Este é também o entendimento de Nelson Nery, para quem o efeito devolutivo é comum e existe em todos os recursos do sistema processual civil brasileiro.

Deste modo, é importantíssimo o efeito devolutivo do recurso, principalmente, para que seja dada a oportunidade de reexaminar questão já discutida e, só através deste efeito, o Tribunal se torna competente para o reexame da matéria impugnada. Sem este recurso, a intromissão do Tribunal em questão decidida pelo juízo *a quo* seria completamente descabida e, acima de tudo, uma violação ao princípio do juiz natural.

De acordo com o artigo 1.013, CPC ("A apelação devolverá ao Tribunal o conhecimento da matéria impugnada"), o efeito devolutivo é determinado pelo recorrente, posto que este é quem delimita o que efetivamente será "devolvido" ao conhecimento do Tribunal. O *caput* do art. 515 trata, portanto, da extensão do efeito devolutivo. É possível fazer uma relação entre a extensão do efeito devolutivo e o princípio dispositivo, pois ao Tribunal só é dado o conhecimento das matérias que foram alvo de impugnação, sob pena de julgamento *extra, citra* ou *ultra* petita. Boa definição da extensão do efeito devolutivo encontra-se no famoso brocardo "*tantum devolutum quantum appellatum*". Deste modo, o objeto da devolutividade é o mérito do recurso interposto pela parte ou, melhor, a extensão da cognição do Tribunal é delimitada exatamente pela extensão da impugnação.

Enquanto isso, os §1º e 2º trata especificamente da profundidade do efeito devolutivo, posto que com a impugnação de determinada matéria pelo recurso, o Tribunal deverá utilizar todo o material contido nos autos, como provas, petições, argumentos, para a elucidação do recurso, ainda que não haja referência sobre isto na decisão impugnada. Deste modo, todas as questões suscitadas e discutidas no processo poderão ser analisadas pelo Tribunal. É, portanto, uma referência sobre o material que será utilizado pelo Tribunal e é definida em lei, não fica sob disposição do recorrente a delimitação deste efeito para a cognição do Tribunal. Em suma, quanto aos fundamentos do pedido, que fora determinado pela parte

recorrente, o Tribunal está livre para examinar todos, ainda que não tenham sido referidos nas razões do recurso.

Ainda sobre a profundidade do efeito devolutivo, observa-se que esta não se limita apenas às questões resolvidas na decisão recorrida, mas também deve abranger as que deveriam ter sido objeto de análise. Com isto, as questões de ordem pública, que podem ser examinadas de ofício, podem ser vistas pelo Tribunal, ainda que a parte recorrente não tenha feito menção sobre isto em seu recurso. As questões, que mesmo não sendo de ordem pública e foram suscitadas, embora não tenha havido nenhum pronunciamento sobre as mesmas no juízo *a quo*, poderá o Tribunal examiná-las, como é o caso das questões acessórias, incidentais e outras presentes no fundamento do recurso.

Vale ressaltar que o efeito devolutivo pressupõe ato de impugnação pela parte recorrente; sendo assim, não há efeito devolutivo no reexame necessário, em que é transferido a órgão hierarquicamente superior o reexame da matéria que teve decisão desfavorável à Fazenda Pública. Por isto, é extremamente necessário que haja uma impugnação especificada pela parte, a fim de delimitar a matéria a ser devolvida ao Tribunal, para que este proceda à análise de tudo que ocorreu no processo, para fundamentar de maneira coerente seus fundamentos, ainda que a parte não haja indicado.

Merece comentário, em separado, neste presente trabalho a questão debatida pela doutrina à época do CPC/1973 sobre se o juiz de 1º grau, extinguir o processo com resolução do mérito, baseado na prescrição ou decadência, e houver uma apelação, o Tribunal poderá, afastando estas preliminares, julgar demais questões de mérito relacionadas ao processo?

Sobre a vigência do CPC anterior, alguns doutrinadores chegaram a afirmar que caso o Tribunal julgue outras questões de mérito, não analisadas pelo juízo *a quo*, estaria suprimindo a instância e, deste modo, deveria voltar para o juiz apreciar a questão. A segunda corrente, ao fundamentar sua tese na profundidade do efeito devolutivo, entendia que o Tribunal pode, sim, analisar outros elementos de mérito, eventualmente não verificados pelo juiz. O STJ, no entanto, acolheu um posicionamento



intermediário, ao afirmar que afastada a prescrição e a decadência, o Tribunal pode examinar outros elementos de mérito e julgar a causa, desde que a causa esteja madura para o julgamento. Esta Teoria da Causa Madura diz respeito sobre a desnecessidade de nova produção de provas ou diligências para o esclarecimento das questões controvertidas.

O §3º do art. 515, CPC/1973, estendia este mesmo efeito (Teoria da Causa Madura) em relação às sentenças terminativas. Nestes casos, se o Tribunal afastar o motivo determinante para a prolação de sentença sem resolução do mérito, pode julgar desde logo, se a matéria for apenas de direito ou não exigir mais produção de provas. Nos casos concretos, a “maturidade” da causa deve ser aferida com muita cautela, principalmente para que não dê margem à alegação de cerceamento de defesa para aquele que sofra a sucumbência com a decisão do Tribunal. Esta medida adotada pelo CPC anterior, que confirma a possibilidade de o Tribunal conhecer “originariamente” da causa representou um grande avanço, no que tange à economia processual e a rápida resolução da lide, sem acarretar prejuízos para o contraditório e a ampla defesa.

A teoria da causa madura, é importante salientar, foi um dos pontos de grande alteração com o advento do CPC/2015, eis que foi deveras ampliada.

Com efeito, o §3º do art. 1.013 ampliou o leque de situações em que o Tribunal pode julgar o mérito, desde logo, sem necessitar retornar os autos para apreciação do Juiz de primeiro grau.

São três as novas hipóteses (incisos II, III e IV) em relação ao digesto processual anterior: *II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir; III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo; IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.*

No ponto, merece destaque as lições de Daniel Assumpção Neves quando defende sua aplicação a outras espécies recursais, por ser o tema de teoria geral dos recursos e não restrito à apelação:

*"Conforme se nota da expressa previsão do art. 1.013, § 3.º, I, do Novo CPC, a norma diz respeito à apelação, sabidamente uma das espécies recursais. Ocorre, entretanto, que parcela considerável da doutrina entende ser a regra pertencente à teoria geral dos recursos. Dessa forma, defende-se a aplicação da regra em todo e qualquer recurso, em especial no agravo de instrumento (...)"* (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo CPC comentado. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1.680)

Ademais, o §4º do mesmo artigo veio a positivizar o entendimento do STJ sobre a aplicação da teoria da causa madura para os casos em que afastado o reconhecimento da prescrição ou decadência pelo Tribunal.

1.

a. **Efeito translativo**

Alguns autores, como é o caso de Nelson Nery, chamam a profundidade do efeito devolutivo de **Efeito translativo**, embora sejam essencialmente a mesma coisa. Segundo o autor supracitado, este fenômeno ocorre toda vez que o Tribunal apreciar questão fora dos limites impostos pelo recurso. Bom exemplo disto, são as questões de ordem pública, porque devem ser apreciadas pelo Tribunal, ainda que nada sobre elas seja dito nas razões do recurso da parte que o interpôs, sem que seja uma decisão *extra* ou *ultra petita*.

Outros autores afirmam, no entanto, que este efeito – o translativo – não pode ser compreendido isoladamente, dependendo, sobremaneira, do efeito devolutivo para que o Tribunal possa conhecer das questões, pois se não existir a “devolutividade” via recurso, haverá usurpação de funções e supressão de instâncias, o que não é permitido em nosso ordenamento jurídico. De acordo com as lições de Fredie Didier, deve-se sempre observar que o efeito devolutivo limita e condiciona o efeito translativo.

Por último, vale ressaltar o entendimento de Nelson Nery Jr. e Marinoni sobre o efeito translativo. Para eles, este efeito seria uma exceção ao princípio do dispositivo, na medida em que as questões de ordem pública devem ser verificadas de ofício, ainda que a parte não tenha se manifestado sobre a mesma em suas razões de recurso. Deste modo, o

efeito translativo não se confundiria com o efeito devolutivo em sentido estrito. Para Marinoni, o efeito translativo opera-se ainda que não haja expressa manifestação de vontade do recorrente.

Enquanto isto, para os que negam autonomia a este efeito, como é o caso de Barbosa Moreira, ressalvam o fato de a matéria apreciada de ofício está inclusa no efeito devolutivo. É aceito majoritariamente que a aferição destas questões de ordem pública é condicionada pela extensão do efeito devolutivo. Deste modo, pode-se dizer que em casos de recurso parcial, os vícios contidos na parte não impugnada só poderão ser corrigidos por ação rescisória, posto que o reconhecimento destas questões de ordem pública está limitado ao pedido do recorrente.

Por conseguinte, acredito que o entendimento de Barbosa Moreira é mais coerente com a sistemática processual, visto que só poderá haver manifestação pelo juízo *ad quem*, de matéria que foi submetida à sua cognição. É inegável que este efeito está limitado pelo efeito devolutivo, posto que, para que o Tribunal possa ter acesso às questões de ordem pública, a matéria deve ao menor ter sido transferida para o outro órgão, para que seja objeto de reapreciação.

## **6. EFEITO REGRESSIVO OU EFEITO DE RETRATAÇÃO E EFEITO DIFERIDO**

Este efeito é uma decorrência do efeito devolutivo, no entanto tem a peculiaridade de tratar apenas da “devolutividade” para o próprio *órgão a quo*, como é o caso do agravo de instrumento, da apelação contra sentença que indefere a petição inicial e a apelação propostas em causas reguladas pelo ECA. Como o próprio nome diz, através destes recursos supracitados, o *órgão a quo* poderá fazer um juízo de retratação sobre decisão já tomada.

Enquanto isso, o efeito diferido ocorre quando para a apreciação de um recurso for necessário o recebimento de outro. A eficácia do recurso fica diferida no tempo, ou seja, não será produzida de imediato, mas posteriormente quando houver momento oportuno para a interposição de outro recurso, que será fundamental para o julgamento do primeiro. Isto ocorre, por exemplo, com a interposição de apelação adesiva, cuja eficácia

depende do conhecimento da apelação; assim como é da própria essência dos recursos adesivos.

Em relação ao agravo retido e a apelação, em que a doutrina majoritariamente aceita que deve haver uma reiteração deste com a interposição da apelação, caso ainda permaneça o interesse da parte em modificar a decisão; Nelson Nery Júnior entende que, ainda que a parte não interponha uma apelação contra a sentença, o recurso de agravo retido deve ser julgado, principalmente se a parte que o interpôs, ao final, sucumbir.

Há um setor da doutrina, na qual se inclui Ada Grinover, que entende que efeito regressivo e efeito diferido são semelhantes, pois a devolução do exame ao Tribunal encontra-se diferido no tempo, já que somente ocorrerá se o juízo *a quo* não se retratar diante de recurso interposto pela parte. Acredito que razão assiste a ela, posto que com o juízo de retratação negativo do juízo *a quo*, o *ad quem*, poderá analisar o mérito do recurso, desde que condicionado a interposição de novo recurso.

## **7. Conclusões**

Extrai-se, assim, que conhecer os efeitos recursais é de vital importância em nosso sistema processual para que as partes possam exercer um controle sobre o pronunciamento dos juízes e, ainda que indiretamente, sobre a própria atividade estatal.

Em síntese, o efeito suspensivo visa impedir a eficácia imediata das decisões, o efeito devolutivo que delimita a matéria a ser analisada pelo tribunal, o translativo que possibilita, independentemente de provocação, a análise de matérias de ordem pública, o efeito expansivo possibilita que a decisão ultrapasse os limites da matéria impugnada e o efeito substitutivo que tem o condão de apontar qual a competência para análise da ação rescisória, por definir em que momento ocorreu a formação da coisa julgada material.

## **8. Referências**

ASSIS, Araken de. Manual dos Recursos. São Paulo: RT.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2013

DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil. Salvador: Editora JusPODIVM, v.3, 15ª edição revista, ampliada e atualizada, 2018.

DINAMARCO, Candido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. V.3 São Paulo: Malheiros, 2009

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. O Novo Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

NERY JUNIOR, Nelson. Teoria Geral dos Recursos. 6a edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004,

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo CPC comentado. Salvador: Juspodivm, 2016

---

**[1] STF Súmula nº 249 - 16/12/1969 - Competência para Julgamento da Ação Rescisória - Questão Federal Controvertida Já Apreciada pelo STF**

É competente o Supremo Tribunal Federal para a ação rescisória quando, embora não tendo conhecido do recurso extraordinário, ou havendo negado provimento ao agravo, tiver apreciado a questão federal controvertida.

**[2] STF Súmula nº 515 - 03/12/1969 - Competência para a Ação Rescisória - Questão Federal Apreciada no Recurso Extraordinário ou no Agravo de Instrumento Diversa da Suscitada**

A competência para a ação rescisória não é do Supremo Tribunal Federal, quando a questão federal, apreciada no recurso extraordinário ou no agravo de instrumento, seja diversa da que foi suscitada no pedido rescisório.

## **A COMPATIBILIDADE DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COM O PROCESSO DO TRABALHO E A NECESSIDADE DE SUA APLICAÇÃO**

**EMANUEL HOLANDA ALMEIDA:** Graduado em Direito pela Universidade Nove de Julho. Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Assistente de Juiz no Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região.

**Resumo:** O presente trabalho visa a estudar a doutrina da desconconsideração da personalidade jurídica, dando ênfase à sua aplicação no processo do trabalho e os problemas que foram enfrentados pela ausência de regulamentação específica na sua operacionalização. Para tanto, após uma breve exposição da essência e características da pessoa jurídica e sua personalidade, analisar-se-á o instituto da desconconsideração. Será abordado o seu surgimento e história, tanto no mundo como no Brasil, a fim de possibilitar a compreensão dos motivos de sua criação, bem como o porquê de sua consolidação no direito moderno. Por derradeiro, será analisado o novel incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, sua compatibilidade e aplicabilidade no âmbito trabalhista.

**Palavras-chave:** Desconconsideração. Pessoa jurídica. Processo do trabalho. Justiça do trabalho. Incidente de desconconsideração da personalidade jurídica.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. A pessoa jurídica e suas características; 3. O instituto da desconconsideração da personalidade jurídica; 3.1. Origem e evolução; 3.2. A disseminação da doutrina no Brasil; 4. Aspectos gerais sobre a desconconsideração da personalidade jurídica no Processo do Trabalho; 4.1. Código Civil 4.2. Código Tributário Nacional 4.3. Código de Defesa do Consumidor 5. Problemas enfrentados pela ausência de normas processuais para regular a aplicação do instituto 6. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica; 7. A aplicabilidade no Processo do Trabalho; 8. Conclusão; Referências.

---

### **1. Introdução**

Um dos maiores problemas enfrentados pelo Poder Judiciário na atualidade é garantir a plena eficácia da prestação jurisdicional. É comum se ter notícia de sentenças que, por um motivo ou outro, se tornam simples pedaços de papel, incapazes de prover os comandos emanados em seus bojos.

Justamente por esse motivo, jurisprudência e doutrina buscam incessantemente novos meios aptos a conferir às decisões judiciais os efeitos esperados. Grandes são as inovações com esse intuito, algumas não exercem qualquer resultado prático, outras funcionam tão bem que acabam virando lei.

Nas condenações de cunho patrimonial, em que a parte sucumbente deve ressarcir o vencedor materialmente, dispendo de parcela de seu patrimônio para tal, mostra-se costumaz a prática de artifícios obscuros para escondê-lo. Da transferência a terceiros de bens saudáveis, capazes de quitar o débito judicialmente reconhecido, à simulação de situações que possam evitar a constrição ou expropriação, muitas manobras são utilizadas por aqueles que, agindo de má-fé, pretendem resistir à execução judicial.

Um dos comportamentos fraudulentos mais constatados na prática trabalhista é a tentativa de utilização da personalidade jurídica de forma abusiva, em que os sócios utilizam-se da inerente independência patrimonial da pessoa jurídica na tentativa de dívidas contraídas junto a seus empregados.

É por esse motivo que o levantamento do “véu” patrimonial da pessoa jurídica na seara laboral é o objeto do presente trabalho, já que, apesar de maciçamente difundido na prática, foi durante anos negligenciado pelo legislador e até mesmo pela doutrina especializada.

Assim sendo, serão abordados aqui os aspectos gerais e as variadas facetas em que esta figura se apresenta, dando enfoque especial à sua utilização na Justiça do Trabalho, onde, apesar da significância, não possuía qualquer previsão legal de utilização até a edição da Lei n. 13.467/17. Nesse passo, serão analisados os posicionamentos conflitantes acerca da forma de sua utilização, bem como a profunda revolução causada pela criação do

instituto do incidente de desconsideração da personalidade jurídica pelo Código de Processo Civil de 2015.

Para tanto, serão analisados os mais diversos entendimentos das principais Cortes Trabalhistas do país, além do posicionamento dos nomes mais importantes do Direito do Trabalho nacional, sem, contudo, olvidar do Direito Comparado, a fim de se dar consistência à tese sob defesa.

## **2. A pessoa jurídica e suas características**

Não há como se estudar a desconsideração da personalidade jurídica sem antes estudar-se a própria pessoa jurídica e as características da personalidade que lhe é conferida.

A ideia de pessoas se juntarem para formar um ente com personalidade jurídica própria não é nova. O Código de Hamburabi, um dos mais antigos diplomas legais de que se tem notícia, já previa as chamadas “sociedades”; os romanos, por sua vez, admitiam a existência de órgãos colegiados criados para determinados fins; não se esquecendo das companhias comerciais da era da expansão marítima, como a famigerada Companhia das Índias Ocidentais, criada pelos holandeses.

Existem várias teorias para definir a natureza das pessoas jurídicas. Atualmente, a mais aceita é a de que a pessoa jurídica é considerada uma ficção, ou seja, um ente que não possui existência real, mas tão somente jurídica, justificando-se sua criação como forma de simplificar determinadas relações sociais. Assim, pode-se apresentar, por exemplo, como uma sociedade de pessoas que se juntam com o objetivo de obter lucros, as chamadas sociedades empresárias, ou como um patrimônio destinado a determinado fim, como são as fundações.

São, então, requisitos para a existência da pessoa jurídica a organização de pessoas ou bens, a licitude de propósitos e capacidade reconhecida por norma.

Muito embora possuam essa existência virtual, a lei confere-lhes personalidade jurídica e, em decorrência disso, capacidade para praticar os mais diversos atos jurídicos, salvo aqueles vedados expressamente pelo



próprio ordenamento e os exclusivos das pessoas físicas. Ressalte-se, ainda, que tal personalidade nasce a partir do momento do registro dos atos constitutivos atinentes a cada espécie de pessoa jurídica.

O festejado Fabio Ulhoa Coelho<sup>[1]</sup> ao tratar dessa personalização, estabelece três consequências básicas que dela decorrem, *in verbis*:

“a) Titularidade negocial – quando a sociedade empresarial realiza negócios jurídicos (compra matéria prima, celebra contrato de trabalho, aceita duplicata etc.), embora ela o faça necessariamente pelas mãos de seu representante, é ela, pessoa jurídica, como sujeito de direito autônomo, personalizado, que assume um dos pólos da relação negocial. O eventual sócio que a representou não é parte do negócio, mas sim a sociedade.

b) Titularidade processual – a pessoa jurídica pode demandar e ser demandada em juízo; tem capacidade para ser parte processual. A ação referente a negócio da sociedade deve ser endereçada contra a pessoa jurídica e não os seus sócios ou seu representante legal. Quem outorga mandato judicial, recebe citação, é ela como sujeito de direito autônomo.

c) Responsabilidade Patrimonial – em consequência, ainda, de sua personalização, a sociedade terá patrimônio próprio, seus, inconfundível e incomunicável com o patrimônio individual de cada um de seus sócios. Sujeito de direito personalizado autônomo, a pessoa jurídica responderá com o seu patrimônio pelas obrigações que assumir. Os sócios, em regra, não responderão pelas obrigações da sociedade. Somente em hipóteses excepcionais, que serão examinadas a seu tempo, poderá ser responsabilizado o sócio pelas obrigações da sociedade. (original sem grifos)”

Nota-se, de forma cristalina, que, em razão da personalidade que lhe é conferida, a pessoa jurídica distingue-se por total das pessoas físicas que a integram. São, portanto, pessoas inconfundíveis e independentes, autônomas sob os mais diversos prismas analisados.

Das três características acima entabuladas, a que mais interessa para o desenvolvimento desse estudo é a responsabilidade patrimonial. O patrimônio da pessoa jurídica é completamente distinto dos de sócios, respondendo, a princípio, de forma exclusiva pelas obrigações assumidas por aquela. A regra é incomunicabilidade dos patrimônios, admitindo-se, em casos pontuais, o alcance do conjunto de bens das pessoas que compõe a pessoa jurídica, o que ocorre quando da desconsideração de sua personalidade.

Destarte, tem-se que a personalidade da pessoa jurídica é capacidade conferida por lei para esta praticar atos jurídicos e contrair obrigações, o que repercute em sua aptidão para realizar negócios em nome próprio, demandar e ser demandada judicialmente e possuir autonomia patrimonial, mesmo sendo um ente fictício, que a age de acordo com a vontade das pessoas físicas que a administram.

### **3. O instituto da desconsideração da personalidade jurídica**

A desconsideração da personalidade jurídica é um instituto do direito utilizado nas hipóteses de abuso da personalidade jurídica, ou seja, quando os responsáveis pela pessoa jurídica tiram proveito de sua independência e incomunicabilidade patrimonial para cometer fraudes, lesando seus credores, consumidores e não cumprindo devidamente as obrigações fiscais e trabalhistas. Nestes casos, admite-se, sob certas condições, a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, que possui o condão de ultrapassar a barreira patrimonial natural da pessoa jurídica e atingir o patrimônio de seus sócios e/ou administradores, sejam eles pessoas físicas ou outras pessoas jurídicas.

Há de se ressaltar que comumente é utilizada a expressão “despersonalização da pessoa jurídica” para designar este instituto, o que deve ser evitado. Explica-se: ao se falar em despersonalização entende-se

pela desconstituição da personalidade jurídica, o que não acontece, eis que esta é apenas relevada para se chegar ao patrimônio de seus responsáveis.

Traçadas essas linhas iniciais, cabe agora o aprofundamento no estudo deste tema, analisando-se sua origem, evolução e manifestação nos mais diversos ramos do Direito.

### 3.1 Origem e evolução

As primeiras notícias da utilização da desconsideração da personalidade jurídica vêm dos países que têm seus sistemas jurídicos baseados no direito consuetudinário, o "*common law*", em que os costumes constituem-se como a principal fonte do direito, decidindo o juiz com base na equidade e nos princípios gerais do direito, mormente a boa-fé.

Segundo Elizabeth Cristina Campos Martins de Freitas<sup>[2]</sup>, a primeira utilização registrada deste instituto deu-se em no ano de 1809 pela Suprema Corte dos Estados Unidos. No julgamento do caso "Bank of the United States vs. Deveaux", o relator, Juiz Marshal, entendeu que para solucionar celeuma relativa a competência e jurisdição, devia-se levar em consideração a origem dos indivíduos que participavam sociedade. Note-se que o cenário da primeira aplicação da doutrina foi bem diferente dos que são vislumbrados atualmente, mas que, ao se considerar condições pessoais dos membros da pessoa jurídica, a personalidade jurídica foi efetivamente desconsiderada.

Apesar de relatos de que tal decisão foi duramente repudiada por boa parte dos doutrinadores da época, não há como se contestar que foi um marco na história do Direito, servindo de inspiração para o desenvolvimento e consolidação da doutrina da desconsideração.

Outro acontecimento que merece destaque ocorreu em 1897 na Inglaterra, no julgamento de Salomon vs. Salomon & Co. Ltd., apreciado pela Câmara dos Lordes (House of Lords).

De acordo com os ensinamentos do professor Alexandre Couto<sup>[3]</sup>, a Salomon & Co. Ltd. foi constituída por um comerciante de nome Aaron

Salomon em conjunto com outros membros de sua família, o qual resguardou para si a maioria absoluta do capital, ao passo que o restante dos integrantes só detinha uma ação cada, uma verdadeira sociedade fictícia. Com o controle acionário, Salomon constituiu um grande crédito preferencial para ele próprio, o qual, segundo as normas vigentes, teria preferência sobre qualquer outro débito da companhia.

Após algum tempo de atividade, a empresa passou a enfrentar sérias dificuldades, entrando em liquidação um ano após o início dessa crise. Na liquidação, figura que estava para o direito britânico daquela época como a falência está para o nosso atual ordenamento jurídico, foi onde constatou-se que com o pagamento dos créditos preferenciais de Aaron nada sobriaria para se quitar as obrigações assumidas com os credores quirografários.

Vislumbrada essa situação, o liquidante – cargo semelhante ao do administrador judicial –, em defesa dos credores quirografários, sustentou que a atividade da companhia confundia-se com a atividade pessoal de Aaron Salomon, havendo, por certo, um manifesto abuso cometido por este no controle daquela, pleiteando, dessa forma, a sua condenação para que só recebesse seus créditos após a satisfação dos direitos dos credores quirografários.

O pedido do liquidante foi deferido pelo Juízo e a Corte de Apelações, sendo, contudo, reformado pela Câmara dos Lordes, que decidiu pela legitimação da conduta de Aaron, sob fundamento de que o objetivo da sociedade não era o de servir de agente para os atos dos sócios, privilegiando as formalidades em detrimento das situações fáticas.

O precedente aberto, todavia, difundiu de uma vez por todas a desconsideração da personalidade jurídica, originalmente “disregard of legal entity”, que expandiu-se para outros países europeus de reconhecida reputação nos estudos jurídicos, como a Alemanha (“durchrigft der juristischen Person”), Itália (“superamento della personalità giuridica”), Espanha (“teoría de la penetración”) e Portugal.

Na evolução da doutrina, três nomes merecem destaque: o do norte-americano Maurice Wormser, o do alemão Rolf Serik e o do italiano Pierro Verrucoli. As pesquisas de de todos eles foram de suma importância para a

atualização do instituto, bem como de sua delimitação e conceituação, elevando-o de um entendimento bastante minoritário a uma unanimidade no mundo jurídico. Conforme pesquisa realizada por Ticiane Benevides Xavier Correia<sup>[4]</sup>, as principais obras dos mencionados juristas que revolucionaram os estudos sobre a desconsideração da personalidade jurídica são: "*Disregard of corporate fiction and allied corporation problems*"; "*Forma e realtà della persona giuridica*"; e "*Il superamento della personalità giuridica delle società di capitali nella 'common law' e nella 'civil law'*", respectivamente.

### **3.2 A disseminação da doutrina no Brasil**

Em 1919, com a criação no Brasil da Sociedade por Quota de Responsabilidade Limitada, o número de empresas formais passou a crescer de forma exponencial, haja vista que essa espécie de sociedade possuía constituição bem mais informal do que as Sociedade Anônimas. A principal característica dessas sociedades é a limitação da responsabilidade do sócio ao valor do capital investido, existindo, como nas demais pessoas jurídicas, a natural resguarda do patrimônio de seus integrantes.

Essa explosão de novas sociedades trouxe diversas consequências, algumas benéficas, outras preocupantes. Se por um lado evidenciou-se um aquecimento econômico, por outro mostrou-se como a perfeita oportunidade para pessoas desonestas utilizarem-se de empresas para aplicar as mais diversas fraudes, o que, conseqüentemente, veio a ocasionar diversas demandas judiciais.

Tendo em vista a inexistência de normas legais que visassem coibir o cometimento desses atos ilícitos, tampouco de doutrina nacional a esse respeito, os julgadores viram-se obrigados a recorrer à doutrina estrangeira para solucionar tais casos, sobretudo a europeia. Todavia, durante muito tempo o "levantamento do véu patrimonial" das pessoas jurídicas foi um tabu no Brasil, a maioria esmagadora das decisões entendia pela incomunicabilidade absoluta entre o patrimônio da sociedade e o de seus sócios.

Todavia, um fato foi determinante para o desenvolvimento do pensamento da desconsideração no país: a conferência denominada “Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica”, ministrada pelo jurista paranaense Rubens Requião, a qual foi posteriormente incluída como capítulo de sua obra “ASPECTOS MODERNOS DE DIREITO COMERCIAL”.

Os estudos do mestre Requião foram desenvolvidos com o intuito de adequar a doutrina da desconsideração à realidade brasileira, levando em consideração as especificidades do nosso ordenamento jurídico e da nossa sociedade. A partir de sua obra, o instituto ganhou força e começou a ter espaço nos nossos tribunais, que passaram a vislumbrar a necessidade de um provimento jurisdicional mais voltado aos anseios sociais e menos dogmáticos.

Todo esse cenário favorável foi importante para a positivação do instituto em nosso ordenamento jurídico. Isso se deu através da promulgação da Lei 6.404/76, que regulamenta a sociedades por ações. Em seu art. 117<sup>[5]</sup>, o referido diploma legal elenca situações em que o acionista controlador responde pessoalmente por abusos cometidos na administração da sociedade.

Alguns anos mais tarde, a desconsideração da personalidade jurídica voltou a figurar em um texto legal, no Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90. Todavia, foi com o Novo Código Civil de 2002 que a doutrina consolidou-se completamente no Direito brasileiro, constando expressamente em seu texto, mais especificamente no art. 50.

#### **4. Aspectos gerais sobre a desconsideração da personalidade jurídica no Processo do Trabalho**

O Direito do Trabalho, cuja natureza é essencialmente social, busca incessantemente a melhoria das condições de trabalho, sem, contudo, inviabilizar o desenvolvimento socioeconômico de um Estado. Para tanto, dispõe de um conjunto de normas que tem por escopo principal balancear a relação havida entre empregado e empregador, já que existe uma natural desigualdade decorrente da subordinação jurídica daquele a este, e, em decorrência disso, alguns maus empresários acabam coagindo seus

empregados a dispor de alguns de seus principais direitos trabalhistas, utilizando-se do temor a sanções patronais ou até mesmo do desemprego.

Outra característica importante do Direito Laboral é a natureza dos créditos provenientes das sentenças trabalhistas, os quais, em sua maioria, possuem caráter alimentar, pois decorrem da inadimplência de verbas salariais. Por caráter alimentar, entenda-se que são valores percebidos pelo empregado para que possa prover seu próprio sustento e o de sua família, para que possa alimentar-se, daí a necessidade de sua mais rápida satisfação, já que a falta deles põe em risco não só a dignidade do trabalhador, mas sua própria existência.

Estas duas características básicas são capazes de deixar clara a essência especial do Processo do Trabalho, que, por isso mesmo, possui princípios e padrões próprios, não podendo jamais ser vinculada à frieza formalista que outrora regeu o Processo Civil. Por consequência, assim também deve ser encarada a execução trabalhista, que deverá utilizar-se de todos os meios possíveis para proporcionar a mais rápida satisfação do crédito exequendo.

Em razão da falta de regulamentação específica, os operadores do direito utilizam-se das mais diversas formas para justificar a aplicação da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica na Justiça do Trabalho. Do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor, passando pelo Código Tributário Nacional, diversos diplomas legais são invocados como fundamento, seja através da analogia ou da subsidiariedade legalmente permitida. Passa-se a analisar cada uma delas.

#### **4.1. Código Civil**

Há quem defenda que a desconsideração da personalidade jurídica na seara trabalhista deve obedecer à disposição contida no Código Civil vigente. No art. 50 deste diploma, o legislador civil foi extremamente cauteloso quanto à possibilidade de aplicação da doutrina da desconsideração. Isso se torna claro quando se percebe o rol taxativo das hipóteses caracterizadas como de abuso da personalidade jurídica, que são:

- a) desvio de finalidade: o desvio de finalidade pode ser entendido como a

utilização indevida ou destinação diversa dada à pessoa jurídica, distintas daquelas previstas em seus estatutos, divergindo dos fins sociais neles previstos. A forma mais corriqueira de desvio de finalidade é quando a sociedade é utilizada para atender a finalidades que em nada beneficiam a pessoa jurídica, mas tão somente seus sócios ou terceiros; b) confusão patrimonial: a confusão patrimonial, por sua vez, acontece quando se torna difícil diferenciar o patrimônio da empresa dos patrimônios de seus sócios, prejudicando, assim, a delimitação da responsabilidade. Acontece, por exemplo, quando o sócio utiliza sua conta bancária pessoal para realizar a movimentação financeira da sociedade, ou quando esta é extinta de forma irregular, dividindo-se aleatoriamente seu patrimônio entre os sócios.

Assim, para a Lei Comum, tem-se que o abuso da personalidade jurídica constitui espécie do abuso de direito a que se refere o disposto no art. 187, materializando-se quando a pessoa jurídica é utilizada para encobrir finalidades diversas do seu fim institucional ou quando ocorre confusão patrimonial entre a pessoa jurídica e a(s) pessoa(s) física(s) beneficiada(s).

Ressalte-se que apesar da objetividade da lei ao exigir a ocorrência dessas situações, não há a necessidade que elas ocorram de forma cumulativa, sendo bastante a comprovação de apenas uma delas para que se torne viável a decretação da desconsideração da personalidade jurídica.

Outra condição contida no dispositivo sob análise que visa evitar o uso indiscriminado do instituto nas demandas civis é a exigência de que sua aplicação seja necessariamente requerida por uma das partes ou pelo Ministério Público. Dessa forma, mesmo que o magistrado vislumbre a ocorrência das situações autorizadoras da desconsideração, não poderá declará-la de ofício, devendo sempre ser provocado. Isso, sem sombra de dúvidas, resulta numa considerável diminuição da utilização da *disregard* nas lides submetidas ao Código Civil.

Perceba-se que o alcance da aplicação de tal legislação é bastante extenso, já que há de surtir efeitos sobre grande parte das relações entre as sociedades empresárias e praticamente todas que envolvam as demais espécies de sociedades e pessoas jurídicas.



Com a devida vênia, não parece ser essa a forma de aplicação mais acertada. Apesar de o art. 8º da CLT admitir a aplicação da legislação comum na Justiça do Trabalho, o disposto no art. 50 do Código Civil não se coaduna com os princípios trabalhistas, haja vista que regula outra realidade: relações em que as partes gozam da mesma força. É justamente por essa paridade que nos termos do referido dispositivo a desconsideração da personalidade jurídica só pode haver “em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial”, condições restritivas que vão de encontro com os ideais do Direito do Trabalho, já que limitam fatalmente a aplicação da doutrina a essas duas situações, que não exaurem todas as possibilidades de abuso da personalidade jurídica.

Deve-se preferir, portanto, uma interpretação lógico-sistemática do dispositivo do §1º do art. 8º da CLT a uma meramente gramatical.

Assim, admitir a utilização do Código Civil para regular a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito laboral é colocar em risco a plena satisfação dos direitos trabalhistas e privilegiar a prática de ações empresariais condenáveis.

#### **4.2. Código Tributário Nacional**

O direito tributário, no que tange aos meios utilizados para a plena satisfação do crédito tributário, sempre se mostrou bastante inovador e flexível, o que é facilmente explicável pela implacável sede arrecadadora da Fazenda Pública. Como não poderia deixar de ser, a desconsideração da personalidade jurídica também não ficou de fora, já que as empresas são, sem sombra de dúvidas, as maiores arrecadadoras de impostos de todo o sistema tributário nacional.

Assim, para se evitar que as pessoas jurídicas sejam utilizadas como empecilho à arrecadação de tributos, o legislador brasileiro inseriu no Código Tributário Nacional o art. 135, que versa<sup>[6]</sup>:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias

resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatuto;

(...)

III - os diretores, gerentes ou representante de pessoa jurídica de direito privado;

A corrente jurisprudencial reinante sobre essa matéria é no sentido de que, por substituição, o sócio responsável pela administração e gerência de sociedade limitada é objetivamente responsável pela dívida fiscal, contemporânea ao seu gerenciamento ou administração, constituindo violação à lei o não recolhimento de dívida fiscal regularmente constituída e inscrita. <sup>[7]</sup>

Ademais, da redação do dispositivo acima transcrito, fica claro que a responsabilidade fica condicionada aos débitos decorrentes dos atos praticados com “excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatuto”. Dessa feita, não se trata de responsabilidade objetiva, mas subjetiva, restrita à constatação de tais situações. Não restam dúvidas de que este dispositivo do Código Tributário Nacional mostra-se como incontestável recepção da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica pelo referido diploma legal, já que admite a responsabilidade pessoal dos gestores das pessoas jurídicas.

Destaque-se, ainda, que, assim como o crédito trabalhista, o crédito tributário também possui natureza privilegiada, característica que lhe confere algumas prerrogativas especiais, como, por exemplo, a desnecessidade de se sujeitar “a concurso de credores ou habilitação em falência, recuperação judicial, concordata, inventário ou arrolamento”, como dita o art. 187 do próprio Código Tributário Nacional. Por essa razão, a desconsideração da personalidade jurídica neste âmbito se apresenta de forma menos rígida, visto que quando a lei autoriza sua aplicação pela mera constatação de infração legal, abre um leque de inúmeras situações possíveis.

Nessa toada, forte é o posicionamento no sentido de que a desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Trabalho deve

obedecer o disposto no art. 135, III, do Código Tributário Nacional. Os defensores dessa corrente justificam que a aplicação do referido dispositivo encontra fundamento na Lei de Execuções Fiscais (6.830/80), que tem sua aplicação admitida de forma subsidiária na execução trabalhista por força do art. 889 da CLT e assim estabelece no inciso V de seu art. 4º:

Art. 4º - A execução fiscal poderá ser promovida contra:

(...)

V - o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado;

(...)

Dessa forma, quando o inciso supra transcrito fala “nos termos da lei”, tem-se que ele está fazendo menção ao Código Tributário Nacional, que é a legislação que regula as obrigações fiscais.

A aplicação da legislação tributária para a desconsideração da personalidade jurídica na Justiça do Trabalho possui fundamentação legal válida e evidente compatibilidade principiológica, vez que, como já exposto neste trabalho, o crédito tributário, assim como o trabalhista, goza de alguns privilégios quando de sua execução judicial.

Dessa forma, não se vislumbra nenhum empecilho à aplicação do Código Tributário Nacional como fonte legal da utilização da desconsideração da personalidade jurídica na execução trabalhista, desde que observados seus termos, que, apesar de vanguardistas, possuem claras limitações às pessoas físicas que serão responsabilizadas e às ações que autorizam a desconsideração, como já demonstrado.

### **4.3. Código de Defesa do Consumidor**

A promulgação do Código de Defesa do Consumidor pode ser considerada como um dos fatos mais relevantes da história recente do país. As relações de consumo, até então, não possuíam a devida atenção legal

que sempre ensejaram, ante a natural hipossuficiência dos consumidores, e necessitavam urgentemente de uma legislação forte, de caráter garantista e que pudesse efetivamente combater os abusos cometidos pelos prestadores de serviços e fornecedores de produtos.

Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor veio dar essa indispensável proteção, ganhando a força de um verdadeiro microsistema legal, e sendo reconhecido "como lei moderna e tecnicamente adequada à realidade atual das relações de consumo" segundo Nelson Nery Júnior<sup>[8]</sup>, vez que, além de proteger as relações de consumo, consegue ao mesmo tempo propiciar o pleno desenvolvimento da atividade empresarial.

Esse moderno e eficaz diploma legal não poderia deixar de privilegiar a doutrina da desconsideração da personalidade da pessoa jurídica, que goza das mesmas características e se adapta como uma luva à proteção almejada pelo Código de Defesa do Consumidor. Há quem diga, inclusive, que este foi o precursor da doutrina no ordenamento jurídico nacional, desprezando as disposições da Lei das Sociedades Anônimas e do Código Tributário Nacional. Explique-se: anteriormente, nenhuma outra legislação havia utilizado a expressão "desconsiderar a personalidade jurídica", o que só veio a ocorrer com o código consumerista, que em seu art. 28 dispõe<sup>[9]</sup>:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

(...)

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Note-se que o legislador foi incisivo ao deixar claro que estava adotando a doutrina da desconsideração, tanto é que a seção do capítulo onde inclui-se o referido artigo denomina-se “Da Desconsideração da Personalidade Jurídica”.

Todavia, faz-se necessária uma análise mais complexa acerca da desconsideração regulada pelo Código de Defesa do Consumidor. A interpretação literal do dispositivo legal supra colacionado é suficiente para se constatar que sua utilização nesta seara é admitida de forma bem mais ampla do que nas habituais relações privadas, reguladas pelo Código Civil. Além do abuso de direito, do excesso de poder, da infração da lei, do cometimento de fato ou ato ilícito e da violação dos estatutos ou contrato social, é possível desconsiderar-se a personalidade jurídica também quando da falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Por fim, o legislador ainda incluiu o parágrafo 5º a tal artigo, autorizando a utilização da doutrina da *disregard* sempre que a personalidade jurídica constituir-se como “obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

Toda essa flexibilidade permissiva justifica-se pela natureza das relações de consumo que, como já dito, apresentam habitualmente uma parte hipossuficiente, o consumidor, que se submete à superioridade econômica dos empresários. Assim, para tornar essas relações mais igualitárias, a legislação consumerista estabelece normas de caráter protecionista, como a utilização da desconsideração da personalidade jurídica de forma mais ampla.

Destaque-se, finalmente, que essa disparidade existente entre as partes aproxima as relações de consumo das relações de trabalho, visto que nestas o trabalhador também não dispõe dos mesmos recursos que goza o patrão, necessitando também da proteção estatal para poder relacionar-se de forma equitativa, pressupondo-se, pois, que no âmbito trabalhista a desconsideração da personalidade jurídica deve ser utilizada nas mais variadas hipóteses.

Nessa toada, deve-se destacar que as duas searas comungam de princípios e sistemática semelhantes, motivo pelo qual algumas normas de um, por diversas vezes, acabam se inspirando em inovações contidas nas do outro. É por esses motivos e com a autorização legal dos arts. 8º e 769 da CLT que cresce cada vez mais o número dos que defendem a aplicação do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor na execução trabalhista.

A lei consumerista não se limitou a dispor um mero rol taxativo, elencou algumas ocasiões e deixou a porta aberta para subsunção de diversas outras ao utilizar expressões como “infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos”.

Abarca também os casos de decretação de falência, que ocorre com grande frequência e que em outros tempos culminava na frustração da satisfação dos créditos trabalhistas, já que não é raro que o Juízo Falimentar não surta os resultados esperados.

Dessa maneira, vislumbra-se na utilização do Código de Defesa do Consumidor a fonte de direito material mais adequada para se fundamentar a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica na Justiça do Trabalho e, sobretudo, de atender aos anseios de efetividade e celeridade da satisfação do crédito alimentar trabalhista.

## **5. Problemas enfrentados pela ausência de normas processuais para regular a aplicação do instituto**

Definida a norma de direito material utilizável, surgia, ainda, mais um problema: como operacionalizar a desconsideração da personalidade jurídica?

Apesar da grande utilização, não havia nenhuma regulamentação específica para o uso deste procedimento dentro da relação processual, o que acarretava na sua aplicação sem qualquer tipo de uniformidade. Essa variedade de procedimentos gerava, inegavelmente, insegurança jurídica para as partes e confusão para os advogados – que eram obrigados a se adequar ao entendimento de cada Juízo –, além de uma desnecessária demanda para as instâncias superiores, que eram acionadas para resolver conflitos de entendimentos acerca do tema.

Eram comuns as alegações de ofensas ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, mormente em razão de constrições abruptas e inesperadas dos patrimônios dos sócios.

Tentando amenizar esse problema, a Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho enviou recomendação às Corregedorias Regionais acerca da sequência de atos executórios que deve ser seguida, nos seguintes termos<sup>[10]</sup>:

(...)

**R E S O L V E:**

**RECOMENDAR** às Corregedorias dos Tribunais Regionais do Trabalho que orientem os Juízes de Execução a adotarem a seguinte estrutura mínima e sequencial de atos de execução, antes do arquivamento dos autos:

- a) citação do executado;
- b) bloqueio de valores do executado via BACEN-JUD;
- c) desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada, nos termos dos artigos 79 e 80 da Consolidação dos Provimentos da Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho;"

(...)

Ocorre que, ainda assim, vários Juízos Trabalhistas insistiam em avançar ao patrimônio dos responsáveis pela pessoa jurídica sem qualquer possibilidade manifestação prévia, muitas vezes sob a frágil justificativa de que a necessidade de celeridade e efetividade da execução do crédito trabalhista justificaria a relativização de direitos fundamentais do executado. Assim, preenchidos os requisitos previstos na lei material, a execução era direcionada aos sócios sem qualquer tipo de contraditório.

A defesa acontecia de forma posterior, após a constrição dos seus bens, através de embargos à execução ou até mesmo embargos de terceiro.

A constatação de várias situações temerárias, em que a execução inadvertida e ilimitada do patrimônio pessoal dos sócios causava constrangimentos e prejuízos muitas vezes irreparáveis, fez com que a regulação do procedimento para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica fosse uma das pautas do Projeto do Novo Código de Processo Civil.

Isso ficou evidente na Exposição de Motivos<sup>[11]</sup> do aludido diploma legal:

Esta Exposição de Motivos obedece à ordem dos objetivos acima alistados.

1) A necessidade de que fique evidente a harmonia da lei ordinária em relação à Constituição Federal da República fez com que se incluíssem no Código, expressamente, princípios constitucionais, na sua versão processual. Por outro lado, muitas regras

foram concebidas, dando concreção a princípios constitucionais, como, por exemplo, as que prevêm um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica, em sua versão tradicional, ou “às avessas”.

Nota-se, portanto, que era urgente a ação do legislador para pacificar o tema, diante do caos constatado na prática.

## **6. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica**

O Novo Código de Processo Civil instituiu o incidente de desconsideração da personalidade jurídica como uma espécie de intervenção de terceiros que é “cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em



título executivo extrajudicial”. Como o próprio nome sugere, o legislador atribuiu ao procedimento a natureza de incidente, e não de ação autônoma.

A principal razão da sua criação foi a premente necessidade de estabelecimento de um procedimento próprio para a desconsideração da personalidade jurídica, independentemente da fonte de direito material utilizada.

A seguir, uma apertada síntese desse procedimento, conforme os arts. 133 a 137 do Código de Processo Civil de 2015.

Cabe à parte ou ao Ministério Público a iniciativa do requerimento do incidente, oportunidade em que já deverá demonstrar o atendimento dos requisitos legais para seu acolhimento, sendo vedada a instauração de ofício pelo Magistrado. Recebido o requerimento, o processo ficará suspenso até a decisão do incidente.

Nessa hipótese, o distribuidor deve ser comunicado, a fim de proceder à inclusão do sócio no cadastro da demanda.

Em seguida, o sócio será citado para, no prazo de quinze dias, se manifestar e, eventualmente, produzir provas.

Concluída essa possibilidade de instrução, o incidente é resolvido através de decisão interlocutória.

Como se pode perceber, trata-se de um procedimento célere, simplificado e que observa os princípios do contraditório, da ampla defesa e a novel vedação à decisão surpresa (art. 9º do Código de Processo Civil). Sua adoção confere maior segurança jurídica à relação processual e evita situações abusivas.

Ressalte-se, por fim, que também há previsão legal de requerimento de desconsideração já na petição inicial, hipótese em que o incidente não será instaurado e o processo não será suspenso. Contudo, trata-se de situação excepcional, pois, na maioria das vezes, a necessidade de desconsideração só é constatada no curso da relação processual.

## **7. A aplicabilidade ao Processo do Trabalho**

Com o advento do Novo Código de Processo Civil, muito se discutiu acerca da compatibilidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica com o Processo do Trabalho.

As primeiras impressões doutrinárias apontavam a incompatibilidade. Argumentava-se que, na execução trabalhista, em caso de omissão do texto consolidado, dever-se-ia, preferencialmente, aplicar a Lei dos Executivos Fiscais (Lei n. 6.830/80), e só se esta também fosse omissa é que seriam aplicáveis as regras do Código de Processo Civil.

Outros defendiam a inaplicabilidade em razão do filtro axiológico contido no art. 769 da CLT, que exige, para fins de aplicação subsidiária de norma do direito processual comum, a compatibilidade com as regras e princípios do Processo do Trabalho. Segundo essa corrente, o incidente prejudicaria a celeridade e a oralidade inerentes ao Processo do Trabalho, bem como dificultaria a efetividade da execução.

A primeira tese mostrou-se nitidamente inadequada. A Lei n. 6.830/80 não estabelece regras procedimentais para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, mas apenas dispõe acerca da possibilidade de se direcionar a execução fiscal às pessoas físicas responsáveis pelas jurídicas, conforme se percebe em seu art. 4º, §3º, que já foi analisado neste trabalho.

Em relação à segunda, é feita uma análise isolada do Processo do Trabalho, totalmente dissociada da sistematicidade do ordenamento jurídico atual, mormente à luz da Constituição da República. Não se pode simplesmente ignorar direitos fundamentais, caros à sociedade, sob o argumento da necessidade de celeridade e oralidade. Os fins não justificam os meios.

Além disso, como visto no capítulo anterior, o incidente da desconsideração da personalidade jurídica, além de garantir o contraditório e a ampla defesa dos sócios, é manifestamente informal e célere. O simples fato de se suspender o processo não modifica essa constatação, tendo em vista a pequena quantidade de atos processuais necessários à decisão. Não

se pode olvidar, ademais, da possibilidade de, apenas situações justificáveis, utilizar-se da tutela de urgência prevista no art. 301 do Código de Processo Civil, a fim de garantir o resultado útil do processo e postergar o exercício do contraditório para depois do ato cautelar/construtivo.

Nesse sentido, inclusive, o Tribunal Superior do Trabalho posicionou-se através da Instrução Normativa n. 39/16:

Art. 6º. Aplica-se ao Processo do Trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica regulado no Código de Processo Civil (arts. 133 a 137), assegurada a iniciativa também do juiz do trabalho na fase de execução (CLT, art. 878).

§ 1º Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente:

I – na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do art. 893, § 1º da CLT;

II – na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo;

III – cabe agravo interno se proferida pelo Relator, em incidente instaurado originariamente no tribunal (CPC, art. 932, inciso VI).

§2º. A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 do CPC.

Nota-se que o Tribunal Superior do Trabalho, ao admitir essa possibilidade, realizou algumas adequações, a fim de compatibilizar o procedimento com as particularidades do Processo do Trabalho.

Para arrebatá-la, a Lei 13.467/17, a famigerada Reforma Trabalhista, inseriu o art. 855 à CLT, que praticamente copiou o texto da instrução da Corte Superior Trabalhista. Restou suprimida, no entanto, a possibilidade de

instauração de ofício na fase de execução, em razão da alteração da redação do art. 878 da CLT, que agora exige a iniciativa das partes para a promoção da execução – com exceção da situação em que o exequente se vale do *jus postulandi*. Perceba-se:

Art. 855-A. Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1º. Da decisão interlocutória que acolher ou rejeitar o incidente: (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - na fase de cognição, não cabe recurso de imediato, na forma do § 1º do art. 893 desta Consolidação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

III - cabe agravo interno se proferida pelo relator em incidente instaurado originariamente no tribunal. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2º. A instauração do incidente suspenderá o processo, sem prejuízo de concessão da tutela de urgência de natureza cautelar de que trata o art. 301 da Lei no 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil) (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

Por consequência lógica, remanesce a possibilidade de instauração de ofício quando a parte não se encontra assistida por advogado.

Portanto, atualmente, resta superada qualquer discussão acerca da compatibilidade do incidente com o Processo do Trabalho, sendo necessária sua aplicação.

## 8. CONCLUSÃO

Diante do exposto, tem-se que a doutrina, ou instituto, da desconsideração da personalidade jurídica surgiu nos países que adotam o sistema jurídico do *common law* e evolução através do tempo, o que só foi possível em razão da inestimável contribuição de notáveis juristas das mais diversas nacionalidades. Ressaltou-se a jornada enfrentada pela doutrina no Brasil, onde, efetivamente introduzida por Rubens Requião, passou a ser figura comum nas decisões judiciais e, mais tarde, nas mais diferentes legislações.

Analisou-se, ainda, as peculiaridades das manifestações da desconsideração da personalidade jurídica nos ramos do direito em que é aplicada nacionalmente, discutindo-se sua abrangência e enfatizando sua importância atual, mormente no que se refere à conferência de eficácia às decisões judiciais. Para tanto, foram comparadas suas aparições na Lei das Sociedades Anônimas, no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor e no Código Tributário nacional.

Esclarecidas as diversas formas de aplicação da doutrina da *disregard* no ordenamento jurídico pátrio, traçaram-se suas linhas gerais no âmbito da execução trabalhista, destacando-se a habitual aplicação e sua compatibilidade com os princípios processuais trabalhistas, fatores que a tornaram indispensável para essa espécie de processo judicial nos dias atuais. Ademais, foi abordada toda a problemática envolvendo em tal seara, avaliando-se as mais diversas formas de aplicação consequentes da falta de regulamentação específica, concluindo-se pela inaplicabilidade do disposto no Código Civil e pela possibilidade de aplicação dos termos do Código Tributário Nacional e do Código de Defesa do Consumidor, filiando-se à utilização deste último como melhor norma capaz de disciplinar a matéria atualmente no âmbito trabalhista.

Deu-se, também, enfoque aos problemas causados pela falta de uniformidade na aplicação da doutrina outrora existente, principalmente à insegurança jurídica causada, que põe em xeque a credibilidade da Justiça do Trabalho e causa inegáveis transtornos sociais. Além disso, destacou-se o problema da aplicação abusiva, que por diversas vezes simplesmente

ignora a independência patrimonial da pessoa jurídica e passa à constrição do patrimônio de seus responsáveis sem qualquer fundamento, causando prejuízos muitas vezes irreversíveis através de ato arbitrário.

Por fim, mostrou-se que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código de Processo Civil de 2015 é uma excelente ferramenta para possibilitar a aplicação racional do instituto. Por essa razão, sua utilização no Processo do Trabalho já era admitida pelo TST, e foi ratificada pela Lei n. 13.467/2017. Ao se possibilitar o prévio contraditório, possibilita-se que o cumprimento da sentença seja realizado de forma digna, respeitando o devido processo legal e o direito de defesa do executado, sem perder de vista a celeridade necessária à execução do crédito trabalhista.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/De15452.htm> >; Acesso em 02/04/18;

\_\_\_\_\_. Lei nº. 5.172, de 25 de outubro de 1966. *Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm) >; Acesso em 02/04/18;

\_\_\_\_\_. Lei nº. 6.404, de 15 de dezembro de 1976. *Dispõe sobre as Sociedades por Ações*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6404consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404consol.htm) >; Acesso em 02/04/18;

\_\_\_\_\_. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm) >; Acesso em 02/04/18;

\_\_\_\_\_. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: <

<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm> >; Acesso em 02/04/18;

\_\_\_\_\_. *Superior Tribunal de Justiça, Julgamento do recurso especial nº. 33.731-1-MG*. Relator: Ministro Milton Luiz Pereira. Disponível em <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 02/04/18;

\_\_\_\_\_. *TST, CGJT, Recomendação CGJT nº 001/2011*. Disponível em <[www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br)>. Acesso em 13/04/18;

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003;

CORREIA, Ticiania Benevides Xavier. *A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Trabalho*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1100, 6 jul. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8589>>. Acesso em: 4 abr. 2018;

FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade*

*jurídica: análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil*. São

Paulo: Atlas, 2002, *apud* FRARE, Allan Michel. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*, 2008. Disponível em <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/30846/M%201000.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em 04 abr 2018;

JUNIOR, Nelson Nery. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentados pelos Autores do Anteprojeto*. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 8ª ed. rev. ampl. e atual. 2004;

REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (disregard doctrine)*. Revista dos Tribunais: São Paulo, n. 410, 1969;

SENADO FEDERAL. *Código de processo civil e normas correlatas – 7. Ed. – Brasília : Coordenação de Edições Técnicas, 2015;*

SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro*. São Paulo: LTR, 1999, p. 31, *apud* CORREIA, Ticiane Benevides Xavier. *A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Trabalho*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1100, 6 jul. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8589>>. Acesso em: 4 abr 2018.

NOTAS:

[1] ULHOA COELHO, Fábio. Manual de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 15a. ed., 2004, p. 113

[2] FREITAS, Elizabeth Cristina Campos Martins de. *Desconsideração da personalidade jurídica: análise à luz do código de defesa do consumidor e do novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2002, *apud* FRARE, Allan Michel. *Desconsideração da Personalidade Jurídica*, 2008. Disponível em <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/30846/M%201000.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em 04 abr 2018.

[3] SILVA, Alexandre Couto. *Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro*. São Paulo: LTR, 1999, p. 31, *apud* CORREIA, Ticiane Benevides Xavier. *A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Trabalho*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1100, 6 jul. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8589>>. Acesso em: 4 abr 2018.

[4] CORREIA, Ticiane Benevides Xavier. *A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito do Trabalho*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1100, 6 jul. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8589>>. Acesso em: 4 abr. 2018.

[6] BRASIL. Lei nº. 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm) >. Acesso em 02/04/18.

[7] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Julgamento do recurso especial nº. 33.731-1-MG. Relator: Ministro Milton Luiz Pereira. Disponível em <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 02/04/18.



[8] JUNIOR, Nelson Nery. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentados pelos Autores do Anteprojeto**. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 8ª ed. rev. ampl. e atual. 2004, p. 31.

[9] BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm) >. Acesso em 02/04/18.

[10] BRASIL. TST, CGJT, Recomendação CGJT nº 001/2011. Disponível em < [www.tst.jus.br](http://www.tst.jus.br) >. Acesso em 13/04/18.

[11] SENADO FEDERAL. Código de processo civil e normas correlatas – 7. Ed. – Brasília : Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

## **DOAÇÃO DE BENS INSERVÍVEIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM ANO ELEITORAL**

**CASSIANO ANDRÉ KAMINSKI:** Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná, pós-graduado em Direito Societário Empresarial pela Universidade Positivo e MBA em Gestão Pública Executiva pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Procurador do Estado do Paraná.

**RESUMO:** Este estudo trata da interpretação conferida pela jurisprudência brasileira ao dispositivo legal que veda a doação de bens pela Administração Pública em ano eleitoral. Inicialmente, define-se o marco jurídico que disciplina a doação de bens inservíveis pela Administração Pública. Posteriormente, discorre-se a respeito da evolução da jurisprudência sobre a proibição imposta pela lei eleitoral. Por fim, analisa-se os reflexos do entendimento atualmente adotado pelos tribunais e a possibilidade de sua relativização.

**PALAVRAS-CHAVE:** Doação; bens inservíveis; Administração Pública; ano eleitoral; jurisprudência.

**ABSTRACT:** This article deals with the interpretation given by Brazilian jurisprudence to legal device that forecloses the administration's public goods donation in election year. Initially, it defines the legal framework that regulates the unserviceable's goods donation by the public administration. Subsequently, it talks about the evolution of the jurisprudence on the prohibition imposed by the electoral law. Subsequently, it talks about the evolution of the jurisprudence on the prohibition imposed by the electoral law. Finally, it analyzes the consequences of currently understanding adopted by the courts and the possibility of its relativization.

**KEYWORDS:** Donation; unserviceable goods; Public Administration; election year; jurisprudence.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO. 2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A DOAÇÃO DE BENS MÓVEIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 3. A DOAÇÃO DE BENS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM ANO ELEITORAL. 4. RELATIVIZAÇÃO DO ENTENDIMENTO RESTRITIVO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

## 1. INTRODUÇÃO

Para a consecução de suas atividades a Administração Pública adquire enormes quantidades dos mais variados bens. Quando não são consumidos pela própria Administração, esses bens sofrem os efeitos do tempo e podem se tornar inservíveis às atividades que originalmente se destinavam. Não bastasse, no exercício de seu poder de polícia, o Estado promove a apreensão de diferentes tipos de materiais, os quais exigem destinação adequada.

Nesse contexto, ganha relevo a autorização legal para que a Administração possa se desfazer desses bens por meio de doação, observados determinados requisitos. Contudo, essa alternativa encontra óbice nos anos em que se realizam eleições.

Após tecer breves considerações sobre o instituto da doação de bens móveis pela Administração Pública, o presente estudo se debruça sobre a interpretação conferida pela jurisprudência ao § 10 do artigo 73 da Lei nº 9.504/97, que veda a doação de bens pela Administração Pública em ano eleitoral, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior.

Ao final, a partir da fundamentação lançada no voto condutor da Consulta nº 56.39.2014.6.00.00, do Tribunal Superior Eleitoral, e das razões expostas no Parecer Plenário nº 002-2016 CNU DECOR CGU, da Advocacia Geral da União, discorre-se sobre a possibilidade de relativização do entendimento restritivo atualmente esposado pelos tribunais eleitorais, em vista das particularidades que envolvem a matéria.

## 2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A DOAÇÃO DE BENS MÓVEIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O artigo 37, XXI, da Constituição Federal, preceitua que as alienações feitas pela Administração Pública sejam, em regra, precedidas de licitação, de modo a garantir a igualdade de condições entre os interessados. O mesmo dispositivo exclui a obrigação de licitar nos “casos especificados na legislação”.

Dentre as formas de alienação está a doação. Especificamente sobre a doação de bens móveis dominicais da Administração Pública, a Lei nº 8.666/1993, estabelece:

Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

(...)

II – quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:

a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após a avaliação de sua oportunidade e conveniência sócio-econômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação.

A doação de bens pela Administração Pública, com efeito, depende da existência de interesse público devidamente justificado e será precedida de avaliação. Quando se tratar de bem móvel, a licitação será dispensada se a doação se destinar a fins e uso de interesse social, observada a oportunidade e conveniência socioeconômica em relação às outras formas de alienação. Acaso não estejam presentes esses requisitos a doação deverá se processar mediante licitação<sup>[1]</sup>. Nesse particular, Marçal JUSTEN FILHO<sup>[2]</sup> leciona:

A Lei contém ressalva acerca dos casos de interesse social. Qualquer doação de bem público pressupõe a *compatibilidade* com o desempenho das funções estatais. Por óbvio, não se admite liberalidade à custa do patrimônio público. A regra legal impõe à Administração que verifique se a doação consiste na melhor opção, inclusive para evitar a manutenção de concepções paternalistas acerca do Estado.

Em âmbito federal, a doação de bens móveis é regulamentada pelo recém editado Decreto nº 9.373, de 11 de maio de 2018, que dispõe

sobre a alienação, cessão, a transferência, a destinação e a disposição final ambientalmente adequada de bens móveis. O artigo 3º define os bens considerados inservíveis para a Administração Pública (sempre bens móveis); o artigo 8º prevê as entidades que podem ser donatárias desses bens:

Art. 3º Para que seja considerado inservível, o bem será classificado como:

I - ocioso - bem móvel que se encontra em perfeitas condições de uso, mas não é aproveitado;

II - recuperável - bem móvel que não se encontra em condições de uso e cujo custo da recuperação seja de até cinquenta por cento do seu valor de mercado ou cuja análise de custo e benefício demonstre ser justificável a sua recuperação;

III - antieconômico - bem móvel cuja manutenção seja onerosa ou cujo rendimento seja precário, em virtude de uso prolongado, desgaste prematuro ou obsolescência; ou

IV - irrecuperável - bem móvel que não pode ser utilizado para o fim a que se destina devido à perda de suas características ou em razão de ser o seu custo de recuperação mais de cinquenta por cento do seu valor de mercado ou de a análise do seu custo e benefício demonstrar ser injustificável a sua recuperação.

Art. 8º A doação prevista no [art. 17, caput, inciso II, alínea "a", da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência socioeconômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação, poderá ser feita em favor:

I - das autarquias e fundações públicas federais e dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de

suas autarquias e fundações públicas, quando se tratar de bem ocioso ou recuperável;

II - dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de suas autarquias e fundações públicas e de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, quando se tratar de bem antieconômico; e

III - de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público e de associações ou cooperativas que atendam aos requisitos do [Decreto nº 5.940, de 25 de outubro de 2006](#), quando se tratar de bem irrecuperável.

Parágrafo único. Excepcionalmente, mediante ato motivado da autoridade máxima do órgão ou da entidade, vedada a delegação, os bens ociosos e recuperáveis poderão ser doados a Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

Vale mencionar, por oportuno, que a Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98) determina a doação de produtos perecíveis ou madeira apreendida no exercício do poder de polícia ambiental:

Art. 25. Verificada a infração, serão apreendidos seus produtos e instrumentos, lavrando-se os respectivos autos.

(...)

§ 3º Tratando-se de produtos perecíveis ou madeiras, serão estes avaliados e doados a instituições científicas, hospitalares, penais e outras com fins beneficentes.

Estabelecido o arcabouço normativo que disciplina a doação de bens inservíveis pela Administração Pública, cumpre analisar a restrição estabelecida pela legislação eleitoral.

### **3. A DOAÇÃO DE BENS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM ANO ELEITORAL**

Em anos em que se realizam eleições fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior. Trata-se de comando estabelecido pelo §10 do artigo 73 da Lei Federal nº 9.504/97, introduzido pela Lei 11.300, de 10 de maio de 2006, conhecida como “minirreforma eleitoral”, que aumentou o rol de condutas vedadas aos agentes públicos em ano eleitoral:

**Art. 73.** São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos períodos eleitorais:

(...)

**§10** No ano em que se realizar eleição, fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa.

A doação é uma das formas de “distribuição gratuita” a que se refere o citado dispositivo.

Gize-se que a proibição se estende por todo o ano, não apenas ao período da campanha eleitoral. Ademais, não se limita a circunscrição do pleito. É dizer, a doação de bens fica vedada aos agentes públicos de todos os entes da federação, independentemente de se tratar de ano de eleições municipais ou de eleições gerais. A doutrina de Djalma PINTO<sup>[3]</sup> esclarece esse ponto:

Algumas condutas vedadas somente são direcionadas para os agentes públicos da circunscrição do pleito. Outras são de obediência de

todos os gestores públicos, independentemente de tratar-se de eleições para os cargos eletivos da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, cujos pleitos eleitorais ocorrerem em épocas distintas. Quando a lei quis restringir a conduta vedada à circunscrição do pleito (federal, estadual ou municipal), assim o fez expressamente, a exemplo do que ocorre com os incisos V e VI, "b" e "c", ambos do artigo 73 da Lei das Eleições. No silêncio da norma, em anoeleitoral aplica-se a conduta vedada aos agentes públicos de todos os entes federativos, a exemplo do que ocorre com a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios (art. 73, § 10, da LE).

O §10 do artigo 73 permite duas linhas de interpretação: uma literal, que proíbe qualquer hipótese de doação em ano eleitoral, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior; outra, a partir do *caput* do artigo 73, que estende as hipóteses de doação para além das três exceções legais, porquanto a ilicitude da conduta somente se configuraria se efetivamente houvesse o uso da máquina pública de modo a comprometer a igualdade de oportunidades entre os candidatos durante o pleito eleitoral. Ou seja, o ilícito ocorreria apenas se demonstrado que o ato tem potencial para influenciar a disputa eleitoral.

De maneira geral, até o início desta década, o Tribunal Superior Eleitoral considerava que a existência de potencialidade para desequilibrar a disputa eleitoral era requisito indispensável para o reconhecimento da prática das condutas vedadas elencadas no artigo 73 da Lei nº 9.504/97. Nesse sentido é o seguinte acórdão relatado pelo Ministro Cezar Peluso:

1. Recurso. Especial. Reexame de provas. Inviabilidade. Súmula 279 do STF. Se o Tribunal Regional concluiu pela inexistência de provas da autoria e inocorrência de propaganda institucional, seria indispensável reapreciar a matéria fático-



probatória para se concluir de modo diverso, coisa inviável em recurso especial.

2. Representação. Conduta vedada. Cassação de registro ou diploma. Inelegibilidade. Multa. Potencialidade de a conduta interferir no resultado do pleito. Imprescindibilidade. Agravo desprovido. Hoje é firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que a existência de potencialidade para desequilibrar o resultado do pleito é requisito indispensável para o reconhecimento da prática de conduta vedada.<sup>[4]</sup>

Especificamente sobre as condutas vedadas pelo § 10 do artigo 73 da Lei 9.504/97, o Tribunal Superior Eleitoral assim se manifestou:

RECURSO ORDINÁRIO. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2010. DEPUTADO FEDERAL. REPRESENTAÇÃO. CONDUTAS VEDADAS. ART. 73, IV E § 10, DA LEI 9.504/97. PROGRAMA SOCIAL. DISTRIBUIÇÃO. CARTEIRAS DE ESTUDANTE. ALUNOS DE ESCOLAS PÚBLICAS E PARTICULARES. PERÍODO DE MAIO A JULHO DE 2010. FAVORECIMENTO. CANDIDATO. INOCORRÊNCIA. RECURSO ORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. RECURSO ESPECIAL ELEITORAL PROVIDO.

1. (...)

2. O art. 73, IV, da Lei 9.504/97 veda a distribuição gratuita de bens e serviços de caráter social, custeados ou subvencionados pelo Poder Público, realizada com o intuito de beneficiar candidatos, partidos políticos e coligações.

3. Na espécie, apesar da inequívoca implementação, na gestão do prefeito Jorge Abissamra, de programa social de distribuição de carteiras estudantis a alunos de escolas públicas e privadas do Município de Ferraz de Vasconcelos/SP entre maio e julho de 2010, o conjunto probatório

dos autos revela que Elaine Aparecida Belloni Abissamra - candidata ao cargo de deputado federal nas Eleições 2010 - não possuiu ligação com essa ação, tampouco teve sua candidatura beneficiada.

4. O art. 73, § 10, Lei 9.504/97, no que se aplica ao caso concreto, obsta a doação de bens, valores ou benefícios pela administração pública no ano da eleição, salvo quanto a programas sociais autorizados em lei e em execução orçamentária no exercício anterior.

5. O programa de distribuição de carteiras de estudante, embora previsto nas Leis Municipais 2.774/2006 e 2.778/2007, não teve execução orçamentária em 2009 - ano imediatamente anterior à eleição - o que caracterizaria, em tese, a conduta vedada do mencionado dispositivo legal.

6. Contudo, conforme já destacado, não há relação entre Elaine Aparecida Belloni Abissamra e o programa social em comento, tampouco o favorecimento à sua candidatura, de modo que o bem jurídico tutelado no art. 73 da Lei 9.504/97 - igualdade de oportunidades entre candidatos e partidos no contexto da proibição do uso da máquina administrativa para fins eleitorais - não foi violado.

7. Recurso ordinário interposto pelo Ministério Público a que se nega provimento.

8. Recurso especial eleitoral interposto por Jorge Abissamra provido para afastar a multa pecuniária que lhe foi imposta.<sup>[5]</sup>

Do voto proferido pela eminente Ministra Relatora, Fátima Nancy Andrichi, destaca-se o seguinte excerto:

(...)

Em suma, o bem jurídico tutelado no art. 73 da Lei 9.504/97 - igualdade de oportunidades entre

candidatos e partidos no contexto da proibição do uso da máquina administrativa para fins eleitorais - não foi violado no caso concreto, pois a continuidade do programa social iniciado em 2007 e sem execução orçamentária em 2009 não beneficiou a candidatura de Elaine Aparecida Belloni Abissamra ao cargo de deputado federal nas Eleições 2010.

Nesse ínterim, não é plausível punir-se na seara eleitoral conduta desprovida dessa conotação e, portanto, sem o condão de beneficiar candidatos, partidos ou coligações, sob risco de ampliar-se indevidamente a finalidade da lei.

Portanto, predominava o entendimento no sentido de que o descumprimento da regra eleitoral somente ocorreria se a conduta, a princípio vedada, fosse capaz de influenciar na disputa eleitoral de modo a comprometer a isonomia de chances entre os candidatos, consoante o disposto no *caput* do artigo 73 da Lei das Eleições.

Contudo, esse não é mais o posicionamento dominante no âmbito da jurisprudência eleitoral. Nos últimos anos, à exceção das três hipóteses expressamente autorizadas pelo § 10, o Tribunal Superior Eleitoral passou a considerar que a simples prática da conduta descrita na lei como vedada é suficiente para a aplicação da sanção, não importando a alegação de eventual finalidade pública ou social. A potencialidade de influenciar na disputa eleitoral serviria apenas como critério para se determinar a sanção aplicável ao agente público no caso concreto. Nesse sentido é o seguinte acórdão:

**ELEIÇÕES 2010. CONDOTA VEDADA. USO DE BENS E SERVIÇOS. MULTA.**

1. O exame das condutas vedadas previstas no art. 73 da Lei das Eleições deve ser feito em dois momentos. Primeiro, verifica-se se o fato se enquadra nas hipóteses previstas, que, por definição legal, são "tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais". Nesse

momento, não cabe indagar sobre a potencialidade do fato.

2. Caracterizada a infração às hipóteses do art. 73 da Lei 9.504/97, é necessário verificar, de acordo com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, qual a sanção que deve ser aplicada. Nesse exame, cabe ao Judiciário dosar a multa prevista no § 4º do mencionado art. 73, de acordo com a capacidade econômica do infrator, a gravidade da conduta e a repercussão que o fato atingiu. Em caso extremo, a sanção pode alcançar o registro ou o diploma do candidato beneficiado, na forma do § 5º do referido artigo.

3. Representação julgada procedente.[\[6\]](#)

Essa interpretação se estendeu aos casos de distribuição gratuita de bens prevista no § 10 do artigo 73 da Lei 9.504/97:

ACÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CANDIDATOS A PREFEITO E VICE-PREFEITO. ELEIÇÕES DE 2012. CONDOTA VEDADA. OFENSA AO ART. 275 DO CÓDIGO ELEITORAL. NÃO CONFIGURADA. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE RECURSAL E CERCEAMENTO DE DEFESA. REJEITADAS. ART. 73, INCISO IV E §§ 4º, 5º E 10, DA LEI Nº 9.504/97. DOAÇÃO GRATUITA DE BENS DURANTE O ANO ELEITORAL. INEXISTÊNCIA. CONDOTA NÃO CARACTERIZADA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

(...)

6. No ano eleitoral, é possível a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios, desde que no bojo de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior.

7. As condutas do art. 73 da Lei nº 9.504/97 se configuram com a mera prática dos atos, os quais, por

presunção legal, são tendentes a afetar a isonomia entre os candidatos, sendo desnecessário comprovar a potencialidade lesiva.

8. In casu, para concluir se foram perpetradas as condutas vedadas, é imprescindível verificar a ocorrência, ou não, de efetiva doação dos lotes no período vedado.

9. A norma local apenas autorizou a distribuição dos lotes, mas a tradição não foi formalizada de imediato, pois, para tanto, necessário cumprir diversos requisitos, não havendo notícia de que houve efetiva distribuição gratuita de bens durante o ano eleitoral.

10. Não é possível avaliar a gravidade das condutas tendo por esteio a mera presunção de que determinado pronunciamento incutiu "no íntimo de cada eleitor" a certeza de que receberia um dos imóveis.

11. Recursos especiais parcialmente conhecidos e, nessa extensão, providos.<sup>[7]</sup>

RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. ELEIÇÕES 2012. PREFEITO. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. CONDUTA VEDADA A AGENTES PÚBLICOS (ART. 73, § 10, DA LEI 9.504/97). GASTOS ILÍCITOS DE RECURSOS DE CAMPANHA (ART. 30-A DA LEI 9.504/97). ABUSO DO PODER ECONÔMICO E POLÍTICO (ART. 22 DA LC 64/90). PROVIMENTO.

(...)

2. A distribuição de mochilas, em complementação a programa social de fornecimento de uniformes escolares previsto em lei e em execução orçamentária desde 2009, também não é apta na espécie à cassação dos registros e à inelegibilidade, sendo suficiente a aplicação de multa.

3. Incidência dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e do art. 22, XVI, da LC 64/90, a teor da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral.

4. Recursos especiais eleitorais de Claudenir José de Melo e Wellington Francelli Estevão Rodrigues Roque parcialmente providos e recurso especial de Magda Isolina Giacomini Fontes provido.[\[8\]](#)

Ademais, através da Resolução nº 23291[\[9\]](#), de 1º de julho de 2010, o Tribunal Superior Eleitoral decidiu que a norma do § 10 do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997 não comporta exceção, nem mesmo quando se trata de doação de bens perecíveis. O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA pediu a reconsideração dessa decisão sob o argumento de que além de perecível, o caso concreto versava sobre bens apreendidos em razão do exercício do poder de polícia ambiental, motivo pelo qual a doação era uma imposição do artigo 25, § 3º, da Lei nº 9.605/98. O Ministério Público Eleitoral deu parecer favorável à autarquia ambiental na ocasião. Porém, o acórdão do TSE foi assim ementado:

DOAÇÃO DE BENS - PODER PÚBLICO. A teor do § 10 do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997, é proibida a doação de bens em época de eleições, não cabendo distinção quando envolvidos perecíveis.[\[10\]](#)

Do voto proferido pelo Ministro Marco Aurélio Mello extrai-se a seguinte conclusão:

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (Relator): Senhor Presidente, descabe a reconsideração pretendida. A norma do § 10 do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997 não contempla qualquer exceção, pouco importando que o produto seja perecível. No período crítico das eleições, quando normalmente há candidato da situação, não é possível viabilizar a doação de bens. Voto no sentido de manter-se a decisão do Colegiado.

O Tribunal Regional Eleitoral do Paraná se alinha ao entendimento restritivo da Corte Superior, consoante se infere do seguinte precedente:

RECURSO ELEITORAL - ELEIÇÕES 2016 - CONDOTA VEDADA CARACTERIZADA - DOAÇÃO DE BENS MÓVEIS (VEÍCULOS E EQUIPAMENTOS - SUCATA) EM ANO ELEITORAL - EXCEÇÃO DO §10 DO ART. 73 DA LEI Nº 9.504/97 NÃO DEMONSTRADA - CONDOTA REALIZADA DENTRO DO PERÍODO VEDADO ÀS VÉSPERAS DAS ELEIÇÕES - GRAVIDADE DA CONDOTA - MANTIDA MULTA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL - ABUSO DO PODER POLÍTICO - NÃO DEMONSTRADA A INTERFERÊNCIA NA NORMALIDADE DAS ELEIÇÕES - CANDIDATO À REELEIÇÃO BENEFICÁRIO E NÃO ELEITO - ABUSO DO PODER POLÍTICO AFASTADO - RECURSOS ELEITORAIS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS.

1. É proibida a doação de bens pela administração pública em ano eleitoral, consoante dispõe o §10, do art. 73 da Lei nº 9.504/97. Ficam excepcionadas da vedação legal as doações feitas nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior ao da eleição.

2. Não desnatura a gratuidade da doação o fato de o donatário arcar com os custos do transporte e retirada dos bens recebidos, visto que em regra é a quem cabe tal ônus. Na espécie, não há que falar em custos para retirada dos bens pelo donatário, vez que a somente a municipalidade e terceiros contribuíram para tanto.

3. Os estados de calamidade pública e de emergência devem estar formalizados e existentes de fato para se enquadrarem na exceção legal §10 do art.

73, da Lei das Eleições, não bastando mera alegação de que tais bens estariam acumulando água e poderiam abrigar focos de proliferação do mosquito da dengue.

4. No caso em exame, a gravidade da conduta praticada pelos representados deriva da quantidade, da grandeza e dos valores dos bens doados (veículos e equipamentos) que somados à época da doação (conduta às vésperas das eleições - mês de agosto/2016), reflete em circunstâncias graves.

5. Para a configuração da conduta vedada do art. 73, § 10, da Lei nº 9.504/97 não é preciso demonstrar caráter eleitoreiro ou promoção pessoal do agente público, bastando a prática do ato ilícito. Precedente. [...]. (Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 36026, Acórdão de 31/03/2011, Relator(a) Min. ALDIR GUIMARÃES PASSARINHO JUNIOR, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 84, Data 05/05/2011, Página 47 - destacamos)

6. (...). Sobre o tema, esta Corte Superior firmou a compreensão de que "as condutas do art. 73 da Lei nº 9.504/97 se configuram com a mera prática dos atos, os quais, por presunção legal, são tendentes a afetar a isonomia entre os candidatos, sendo desnecessário comprovar a potencialidade lesiva" (REspe nº 14-29, rel. Min. LAURITA VAZ, DJE de 11.9.2014). Destaquei

7. DOAÇÃO DE BENS - PODER PÚBLICO. A teor do § 10 do artigo 73 da Lei nº 9.504/1997, é proibida a doação de bens em época de eleições, não cabendo distinção quando envolvidos perecíveis.

(Petição nº 100080, Acórdão de 20/09/2011, Relator(a) Min. MARCO AURÉLIO MENDES DE FARIAS MELLO, Publicação: DJE - Diário da Justiça Eletrônico, Tomo 214, Data 11/11/2011, Página 54.

8. Ainda que caracterizada a conduta vedada pela doação de bens em ano eleitoral e no período



vedado (três meses que antecedem ao pleito), a prova efetivamente produzida nos autos não é suficiente para avaliar a interferência que gere o desequilíbrio na disputa eleitoral, fato que seria considerado para apurar a gravidade da conduta ilícita e a sua extensão.

9. Recursos eleitorais conhecidos e não providos.<sup>[11]</sup>

Sintetizando, a jurisprudência eleitoral é firme no sentido de proibir qualquer hipótese de doação de bens pela Administração Pública em ano eleitoral, exceto nos estritos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior. Não importa se os bens a serem doados são inservíveis, perecíveis ou oriundos de apreensão pelo regular exercício do poder de polícia. O potencial da conduta de influenciar o pleito eleitoral serve apenas como critério para determinar a sanção aplicável aos agentes públicos no caso concreto.

#### **4. RELATIVIZAÇÃO DO ENTENDIMENTO RESTRITIVO DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL**

Conforme visto em linhas passadas, uma das hipóteses legais de doação em ano eleitoral é a destinada a programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior. Nesse caso, se se tratar de bens perecíveis apreendidos cuja doação decorra de determinação legal, o próprio Tribunal Superior Eleitoral assentou que não há necessidade de que os bens doados façam parte do orçamento desses programas, porquanto não há como prever, em regra, a ocorrência das apreensões/doações ou mesmo sua quantidade. O acórdão em questão recebeu a seguinte ementa:

CONSULTA. MINISTÉRIO PÚBLICO ELEITORAL. ART. 73, §10, DA LEI N. 9.504/1997. ALIMENTOS PERECÍVEIS APREENDIDOS EM RAZÃO DE INFRAÇÃO LEGAL. PERDIMENTO.

1. É possível, em ano de eleição, a realização de doação de pescados ou de produtos perecíveis

quando justificada nas situações de calamidade pública ou estado de emergência ou, ainda, se destinada a programas sociais com autorização específica em lei e com execução orçamentária já no ano anterior ao pleito. No caso dos programas sociais, deve haver correlação entre o seu objeto e a coleta de alimentos perecíveis apreendidos em razão de infração legal.

## 2. Consulta respondida afirmativamente.[12]

Apesar de a decisão relativizar apenas esse ponto do entendimento restritivo do TSE, é mister destacar os fundamentos lançados pelo Ministro Gilmar Mendes, Relator da Consulta formulada pelo Ministério Público Eleitoral:

Conforme ressaltado pela Assessoria Especial, na oportunidade do julgamento da Petição n.º 1000-80/DF, este Tribunal indeferiu pedido apresentado pelo Ibama de doação a órgãos e entidades, públicos e privados, em ano eleitoral, de bens, especialmente perecíveis, oriundos de apreensão decorrente do exercício de suas atribuições. Na ocasião afirmou-se: o argumento referente à origem e à natureza perecível não é suficiente a excepcionar-se a regra proibitiva, fora de previsão dela constante. Assim, o pedido foi negado por não estar contemplado nas exceções previstas no art. 73, §10, da Lei n.º 9.504/1997.

Contudo, acredito que a questão merece melhor reflexão.

Extraio dos argumentos constantes na consulta (fl. 3):

(...) no exercício de suas funções institucionais em matéria ambiental, o Ministério Público Federal tem observado a necessidade de se racionalizar a destinação de produtos perecíveis apreendidos em todo o Brasil em anos de eleição, **cuja perda**

**inevitável que se verifica com a proibição da doação escapa dos limites do razoável, especialmente porque a cada dois anos se está diante de ano eleitoral.** Ou seja, não parece claro que o sacrifício que se impõe a esses bens e às entidades que se beneficiam deles é estritamente necessário para a preservação do bem jurídico que se tutela na legislação eleitoral, especialmente aquele protegido no artigo 73 da lei n.º 9.504/1997 (grifamos).

(...)

Consoante se extrai dos documentos que acompanharam a consulta, é grande o volume de alimentos perecíveis apreendidos e o procedimento de doação é costumeiro.

A incidir a vedação legal, nos anos pares, em virtude das eleições, essas doações não poderiam ser realizadas e o produto, inevitavelmente, estaria sujeito à deterioração, devido ao longo período dessa proibição, isso quando houver condições para seu armazenamento em local refrigerado.

Vivemos num país onde grande parte da população passa fome, não possui vida digna. Segundo dados de 2009 do I13GE1, 35,5% das famílias brasileiras destacaram que a quantidade de alimento consumido era eventualmente insuficiente ou normalmente insuficiente.

Em razão do volume, a importância social dessas doações é evidente.

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, conforme estabelece a Constituição Federal, que assegura também o direito à vida (art. 1º, inciso III, e art. 5º).

Ademais, entre os objetivos fundamentais da República, temos a construção de uma sociedade

solidária, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais (art. 30, inciso 1 e II, *CF11988*).

O direito à alimentação está previsto no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais, adotado pela Organização das Nações Unidas e do qual o Brasil é signatário, nos termos do Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.

A alimentação também é reconhecida como direito básico pelo Programa Nacional de Direitos Humanos, previsto no Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009.

A fome é uma grave violação dos Direitos Humanos.

Acredito ser um contrassenso autorizar, por via oblíqua, o desperdício/destruição de alimento perecível apreendido cuja doação, friso, **decorra de determinação legal.**

No caso, temos uma aparente antinomia. De um lado, uma norma determina sejam tais produtos doados; de outro, uma regra estabelece proibição para tanto em se tratando de ano eleitoral. Ou seja, essa doação somente poderia ser realizada em anos ímpares - não eleitorais; nos anos pares, os órgãos e instituições rotineiramente destinatários dessas doações ficariam desassistidos desse auxílio para o desempenho de seus objetivos.

A solução para o caso, a meu ver, está na própria Lei n.º 9.504/1997, cujo §10 do art. 73 excepciona a proibição à citada distribuição, nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa.

(...)

Com efeito, o art. 73, §10, da Lei n.º 9.504/1997 exige que os programas sociais tenham previsão legislativa específica e a respectiva execução orçamentária desde o ano anterior.

Neste ponto, ressalto que, no caso específico, não há necessidade de que os bens doados façam parte do orçamento desses programas, como suscita o consulente, até porque não há como prever, em regra, a ocorrência das apreensões/doações ou mesmo sua quantidade.

Logicamente, contudo, se faz necessário que esses programas sociais estejam relacionados à coleta de alimentos, ou seja, tenham como objeto atuar como banco de alimentos, por exemplo, o Programa Mesa Brasil-Sesc.

Os argumentos expostos pelo Ministro Gilmar Mendes parecem trilhar o caminho de uma interpretação teleológica do artigo 73, §10, da Lei n.º 9.507/1997, mais consentânea com a realidade e mesmo com o bom senso ao compreender que a vedação à distribuição gratuita de bens não pode levar a situações desarrazoadas e à infringência de princípios constitucionais. Na hipótese, o ministro considerou um contrassenso a proibição eleitoral implicar o desperdício de alimentos perecíveis num país onde grande parte da população passa fome. Trata-se, por certo, de verdadeira afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Vale pontuar que a doação de bens é atividade corriqueira da Administração Pública, muitas vezes decorrente de imposição legal, como no caso do citado artigo 25, § 3º, da Lei nº 9.605/98. E, como toda atividade pública habitual, nem sempre pode ser obstada sem que sobrevenham consequências prejudiciais à Administração e à própria sociedade.

Nesse cenário, atenta às peculiaridades dos inúmeros casos concretos desse jaez, a Advocacia-Geral da União, através do Parecer Plenário nº 002-2016 CNU DECOR CGU, assim se posicionou:

**DIREITO ELEITORAL. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE  
BENS PÚBLICOS**

FEDERAIS EM ANO ELEITORAL. INTERPRETAÇÃO DO ART. 73, § 10, DA LEI 9.504/97.

1. A disposição do art. 73, §10, da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, dirige-se à distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios pela Administração Pública diretamente a particulares, não afetando as transferências realizadas entre entes públicos. A estes casos aplica-se o disposto no art. 73, VI, "a", da mesma lei, vedando-se a destinação de bens a outros entes públicos nos três meses que antecedem o pleito eleitoral. Tal vedação, porém, não impede as doações realizadas entre entidades que integram a mesma esfera de governo, como por exemplo a doação de bem da União a uma autarquia ou fundação pública federal.

2. Não se admite, porém, que a única função do ente público receptor do bem seja transferi-lo à população diretamente beneficiada, configurando mera intermediação. Por outro lado, isso não obsta a transferência do bem ao ente público para a prática de atos preparatórios que antecederão a efetiva destinação aos beneficiários finais, que só poderá ocorrer fora do período vedado.

3. Não são afetadas pelas vedações da legislação eleitoral as transferências que constituem direito subjetivo do beneficiário, nas quais o agente público não dispõe de margem de discricionariedade.

4. O entendimento aqui exposto alcança doações e cessões, sendo que o encargo ou finalidade da outorga não desnatura, por si só, seu caráter gratuito.

5. Deve-se orientar o gestor a observar o princípio básico de vedação de condutas dos agentes públicos, de forma a não afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais, sugerindo-se que a divulgação do ato seja a mínima necessária ao atendimento do princípio da

publicidade formal – divulgação na Imprensa Oficial -, não sendo recomendada a realização de qualquer solenidade, tais como celebração de cerimônias simbólicas, atos públicos, eventos, reunião de pessoas para fins de divulgação, enfim, qualquer forma de exaltação do ato administrativo, sob pena de responsabilização do agente público que assim proceder.<sup>[13]</sup>

Em resumo, a Advocacia Geral da União sustenta que a norma do § 10 do artigo 73 da Lei nº 9.504/97 proíbe somente a distribuição gratuita de bens da Administração a particulares, não afetando as doações realizadas entre entes públicos. A destinação de bens a outros entes públicos fica proibida apenas nos três meses que antecedem as eleições, consoante o disposto no artigo 73, VI, 'a', da mesma lei. E, mesmo nesse período, não há impedimento se as doações forem realizadas entre entidades integrantes da mesma esfera de governo, exceto se a única função do ente público receptor for a transferência de bens à população diretamente beneficiada.

Note-se que o parecer da Advocacia Geral da União não conflita com a interpretação do Tribunal Superior Eleitoral; apenas estabelece critérios mais precisos para a aplicação da vedação legal, apropriados às especificidades da matéria.

## **5. CONCLUSÃO**

A doação de bens constitui atividade ordinária da Administração Pública, sobretudo da União e dos Estados.

A partir da introdução do § 10 no artigo 73 da Lei nº 9.504/97, passou a ser proibida a doação de bens por parte da Administração Pública em ano eleitoral, exceto nos casos de calamidade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior. Nos primeiros anos de vigência desse dispositivo prevalecia o entendimento de que o descumprimento da regra eleitoral somente se verificava se a doação fosse capaz de influenciar na

disputa eleitoral, ou seja, se comprometesse a isonomia de chances entre os candidatos. Com efeito, interpretava-se o parágrafo a partir do *caput* do artigo.

Entretanto, nos últimos anos, à exceção das três hipóteses expressamente autorizadas, o Tribunal Superior Eleitoral passou a considerar que a simples prática da conduta descrita na lei como vedada é suficiente para a aplicação da sanção, não importando a alegação de eventual finalidade pública ou social, tampouco se os bens a serem doados são inservíveis, perecíveis ou oriundos de apreensão pelo regular exercício do poder de polícia. A potencialidade de influenciar na disputa eleitoral serviria apenas como critério para a determinação da sanção aplicável aos agentes públicos.

Na quadra atual, diante de posicionamento tão restritivo da jurisprudência eleitoral, impõe-se aos gestores públicos redobrada cautela quando da doação de bens em ano eleitoral. Devem, por certo, atentar para que esteja presente alguma das três circunstâncias autorizadas previstas no § 10 do artigo 73 da Lei nº 9.504/97. Especificamente nos casos de doação em ano eleitoral destinada a programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, se se tratar de bens perecíveis apreendidos cuja doação decorra de determinação legal, não há necessidade de que os bens doados façam parte do orçamento desses programas. Ainda, no âmbito da União, os gestores podem se valer das orientações lançadas no Parecer Plenário nº 002-2016 CNU DECOR CGU que, a nosso sentir, não confrontam com a posição do Tribunal Superior Eleitoral, mas a esmiúça considerando as particularidades que envolvem a matéria.

De fato, diante dos desdobramentos fáticos e variáveis que podem criar situações de excepcionalidade, não parece razoável impor-se uma uniformização restritiva de interpretação quanto a aplicação do §10 do art. 73 da Lei nº 9504/97. Nessa perspectiva, parece-nos legítimo estender as hipóteses de doação em ano eleitoral - ao menos nos casos de bens inservíveis ou perecíveis - para além das três exceções legais, desde que respeitada a *ratio legis* (impedir o uso da máquina pública para beneficiar candidatos, partidos políticos ou coligações no período que antecede o



pleito eleitoral) tal qual a antiga orientação do Tribunal Superior Eleitoral, cabendo aos órgãos de controle exercerem sua atividade fiscalizatória com base nesse entendimento. Em adição, deve estar demonstrado o interesse público da doação, bem como a necessidade premente da administração a fim de evitar situações desarrazoadas e a violação de princípios constitucionais, tais como o da dignidade da pessoa humana.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 25.075 - Teresina/PI. Relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 27/11/2007, publicado em 12/12/2007. Disponível em: <[www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br)>. Acesso em: 1º/06/2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário nº 1426966 - São Paulo/SP. Relatora Ministra Fátima Nancy Andrichi, julgado em 22/03/2012, publicado em 27/04/2012. Disponível em: <[www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br)>. Acesso em: 1º/06/2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 295986 – Brasília/DF. Relator Ministro Henrique Neves da Silva, julgado em 21/10/2010, publicado em 17/11/2010. Disponível em: <[www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br)>. Acesso em: 1º/06/2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 1429 – Petrolina/PE. Relatora Ministra Laurita Hilário Vaz, julgado em 05/08/2014, publicado em 11/09/2014. Disponível em: <[www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br)>. Acesso em: 1º/06/2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 48472 – Arcos/MG. Relator Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 05/08/2014, publicado em 14/08/2014. Disponível em: <[www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br)>. Acesso em: 1º/06/2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário nº 149655 – Maceió/AL. Relator Ministro Arnaldo Versiani Leite Soares, julgado em

13/12/2011, publicado em 24/02/2012. Disponível em: <[www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br)>. Acesso em: 1º/06/2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 23291, de 01/07/2010. Relator Ministro Marco Aurélio Mello, publicada em 24/08/2010. Disponível em: <[www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br)>. Acesso em: 1º/06/2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Petição nº 100080 – Brasília/DF. Relator Ministro Marco Aurélio Mello, julgado em 20/09/2011, publicado em 11/11/2011. Disponível em: <[www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br)>. Acesso em: 1º/06/2018.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Paraná. Recurso Eleitoral nº 3452. Relator Josafá Antonio Lemes, julgado em 29/03/2017, publicado em 04/04/2017. Disponível em: <[www.tre-pr.jus.br](http://www.tre-pr.jus.br)>. Acesso em: 1º/06/2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 56.39.2014.6.00.00 – Classe 10 – Brasília/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgado em 02/06/2015, publicado em 13/10/2015. Disponível em: <[www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br)>. Acesso em: 02/06/2018.

BRASIL. Advocacia Geral da União. Parecer Plenário nº 002-2016 CNU DECOR CGU. Relator Advogado Marcelo Azevedo de Andrade, sessão de 28/06/2016, publicado em 12/07/2016. Disponível em: <[www.agu.gov.br/noticia/parecer-plenario-n-002-2016-cnu-decor-cgu--425190](http://www.agu.gov.br/noticia/parecer-plenario-n-002-2016-cnu-decor-cgu--425190)>. Acesso em: 02/06/2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral: Improbidade Administrativa e Responsabilidade Fiscal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

#### **NOTAS:**

[1] Artigo 22, §5.º, da Lei n.º 8.666/1993: Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

[2] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 272.

[3] PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral, Improbidade Administrativa e Responsabilidade Fiscal: Noções Gerais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 233.

[4] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Agravo Regimental em Recurso Especial Eleitoral nº 25.075 - Teresina/PI. Relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 27/11/2007, publicado em 12/12/2007. Disponível em: <[www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br)>. Acesso em: 1º/06/2018.

[5] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário nº 1426966 - São Paulo/SP. Relatora Ministra Fátima Nancy Andrichi, julgado em 22/03/2012, publicado em 27/04/2012. Disponível em: <[www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br)>. Acesso em: 1º/06/2018.

[6] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Representação nº 295986 - Brasília/DF. Relator Ministro Henrique Neves da Silva, julgado em 21/10/2010, publicado em 17/11/2010. Disponível em: <[www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br)>. Acesso em: 1º/06/2018.

[7] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 1429 - Petrolina/PE. Relatora Ministra Laurita Hilário Vaz, julgado em 05/08/2014, publicado em 11/09/2014. Disponível em: <[www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br)>. Acesso em: 1º/06/2018.

[8] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Especial Eleitoral nº 48472 - Arcos/MG. Relator Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 05/08/2014, publicado em 14/08/2014. Disponível em: <[www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br)>. Acesso em: 1º/06/2018.

[9] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Resolução nº 23291, de 01/07/2010. Relator Ministro Marco Aurélio Mello, publicada em 24/08/2010. Disponível em: <[www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br)>. Acesso em: 1º/06/2018.

[10] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Petição nº 100080 - Brasília/DF. Relator Ministro Marco Aurélio Mello, julgado em 20/09/2011, publicado em 11/11/2011. Disponível em: <[www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br)>. Acesso em: 1º/06/2018.

[11] BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Paraná. Recurso Eleitoral nº 3452. Relator Josafá Antonio Lemes, julgado em 29/03/2017, publicado em 04/04/2017. Disponível em: <[www.tre-pr.jus.br](http://www.tre-pr.jus.br)>. Acesso em: 1º/06/2018.

[12] BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Consulta nº 56.39.2014.6.00.00 – Classe 10 – Brasília/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes, julgado em 02/06/2015, publicado em 13/10/2015. Disponível em: <[www.tse.jus.br](http://www.tse.jus.br)>. Acesso em: 02/06/2018.

[13] BRASIL. Advocacia Geral da União. Parecer Plenário nº 002-2016 CNU DECOR CGU. Relator Advogado Marcelo Azevedo de Andrade, sessão de 28/06/2016, publicado em 12/07/2016. Disponível em: <[www.agu.gov.br/noticia/parecer-plenario-n-002-2016-cnu-decor-cgu--425190](http://www.agu.gov.br/noticia/parecer-plenario-n-002-2016-cnu-decor-cgu--425190)>. Acesso em: 02/06/2018.

## **TERRAS QUILOMBOLAS: UM DIREITO NEGADO NA CONSTITUCIONALIDADE DA LEI**

**RICARDO ANDRETT SILVA RODRIGUES:**

Bacharelando do curso de direito da Faculdade Serra do Carmo - Fasec.

KARINE ALVES GONÇALVES MOTA

(Orientadora)[\[1\]](#)

**RESUMO:** O estudo a seguir tem o objetivo de analisar a questão da terra destinada aos quilombolas à luz da legislação vigente. Sabe-se que as terras para os quilombolas é um direito garantido na Constituição Federal conforme está estabelecido no art. 68 do ADCT da Constituição Federal de 1988. Partindo desse mecanismo jurídico que garante o direito à terra para os quilombolas, pretende-se responder a seguinte problemática: é garantido o acesso as terras aos quilombolas, como prevê a legislação vigente?. Busca-se ainda no percurso do estudo apontar algumas informações acerca das terras destinadas aos quilombolas do Tocantins. No ano de 2017 o Tocantins possuía 44 comunidades quilombolas certificadas pela Fundação Cultural Palmares (FCP). Além dessas, o órgão está com mais dois procedimentos de certificação em análise referentes às comunidades Riachão, no município de Chapada da Natividade, e Taquari em Monte do Carmo. Para receber a certificação, uma comunidade precisa, inicialmente, se autodeclarar como remanescente de quilombo, processo esse que vem sendo orientado pela Secretaria de Estado da Cidadania e Justiça (Seciju), por meio da Gerência de Promoção da Igualdade Racial. O INCRA é o órgão que regulamenta os procedimentos administrativos para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos.

**Palavras-chave:** Quilombola; Direito a terra; Regularização

**ABSTRACT:** The following study aims to analyze the land issue for quilombolas in the light of current legislation. It is known that lands for quilombolas is a guaranteed right in the Federal Constitution as established in art. 68 of the ADCT of the Federal Constitution of 1988. Starting from this

juridical mechanism that guarantees the right to land for the quilombolas, it is intended to answer the following problematic: is guaranteed the access to lands to the quilombolas, as foreseen the current legislation ?. In the course of the study, some information about the lands destined for the quilombolas of Tocantins is also sought. In the year 2017 Tocantins had 44 quilombola communities certified by the Palmares Cultural Foundation (FCP). In addition to these, the body has two certification procedures under analysis for the Riachão communities in the municipality of Chapada da Natividade and Taquari in Monte do Carmo. In order to receive certification, a community initially needs to declare itself as a remnant of quilombo, a process that has been guided by the Secretariat of State for Citizenship and Justice (Seciju), through the Racial Equality Promotion Department. INCRA is the body that regulates administrative procedures for the identification, recognition, delimitation, demarcation and titling of lands occupied by the remnants of quilombos communities.

**Keywords:** Quilombola; Right to land; Regularization.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução - 2 Comunidades quilombolas e o direito à terra: mecanismos legais - 2.1 procedimento para regularização da titulação das terras das comunidades quilombolas - 2.3 Quilombolas do Tocantins - 3 Considerações finais - Referências

---

## 1 INTRODUÇÃO

As disposições Constitucionais transitórias estabelecem que os remanescentes das comunidades quilombolas ocupem as Suas terras deverão ter reconhecida a propriedade definitiva. Art. 68. Aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos.

Essa discussão tornou-se nos últimos anos uma discussão polêmica no seio da sociedade envolvida com a questão da terra e órgãos competentes em efetivar a política de titularização e demarcação das terras quilombolas em todo território brasileiro.

Esse processo de titularização e demarcação levantaram conflitos de ideias dentro dos órgãos governamentais como INCRA, Fundação Cultural Palmares, Associações quilombola e movimentos negros. As discussões acerca do assunto buscavam analisar o dispositivo da Constituição Brasileira o Artigo 68, dos atos das disposições transitórias

No Estado do Tocantins a discussão ainda é nova, o INCRA vem à frente de um trabalho de levantamento antropológico em algumas comunidades quilombolas Tocantins.

O reconhecimento das comunidades quilombolas no estado do Tocantins ainda é uma discussão centrada no seio das instituições de caráter governamental de pouca mobilização social e participação das instituições de ensino, isso dentro de uma linha de atuação como pesquisa.

Ressalta-se nesse contexto que o reconhecimento é primeiro ato de mudança na estrutura da comunidade, se faz necessário expandir o estudo e conhecimento, pois o reconhecimento possibilita outras ações que modifica a rotina e vida o quilombola. A titularização e a demarcação das terras vêm sendo para muitos quilombolas uma novidade que interfere diretamente em seus interesses, tanto que na questão social, espaço geográfico, econômica e cultural.

O estudo a seguir pretende apontar alguns aspectos relacionados as comunidades quilombolas e o direito à terra: mecanismos legais, procedimento para regularização da titulação das terras das comunidades quilombola e os quilombolas do Tocantins.

## **2 COMUNIDADES QUILOMBOLAS E O DIREITO A TERRA: MECANISMOS LEGAIS**

Leite (2010) aponta que as comunidades quilombolas vêm passando por um processo de assimilação, e entre as 45 (quarenta e cinco) comunidades existem diferentes óticas, de um lado o interesse pela a demarcação das terras, objetivando a possibilidade em ampliar suas riquezas e forma de sobrevivência e do outro lado o medo em ter que enfrentar grileiros e fazendeiros (LEITE, 2010).

Nascimento (2016) menciona que por força do Decreto n. 4.887, de 2003, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) é o órgão responsável, na esfera federal, pela titulação dos territórios quilombolas.

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) prevê o direito aos remanescentes de quilombos à propriedade das terras, cabendo aos órgãos Públicos, a demarcação de áreas e a expedição de títulos. É justo entender que antes da efetivação ou discussão sobre as terras, a propriedade, o dispositivo legal sustenta alguns fatores de ordem prática, como à identificação dos sujeitos do mencionado direito. Ante a ausência de lei nacional sobre o assunto, o Poder Executivo, dava cumprimento direto à Constituição, tem expedido Decretos regulamentando o assunto.

Diante de tantas discussões não se pode descartar as inúmeras discórdias por parte dos remanescentes de quilombo, a desinformação foi e é um dos principais entraves na compreensão acerca do processo de demarcação de terras no estado do Tocantins. A noção de terra coletiva coloca em crise o modelo de sociedade baseado na propriedade privada como única forma de acesso à terra, instituído desde a Lei das Terras, de 1850.

Vale ressaltar que a questão fundiária deve ser levada em consideração, pois a terra é de extrema importância para as comunidades quilombolas e é ainda condição exclusiva para a existência do mesmo (SEPPPIR, 2004).

A Constituição Federal criou um complexo sistema de proteção com previsão de “posse permanente” das terras tradicionalmente ocupadas pelos quilombolas, tal dispositivo legal está estabelecido no art. 231. Nesse sentido é válido mencionar que os problemas enfrentados por essas comunidades são principalmente relacionados à manutenção de seu território. A intervenção do Estado, por intermédio de algumas ações, se apresenta por vezes como uma ameaça a essas comunidades, como exemplo tem-se os conflitos com muitos fazendeiros (YAGUI, 2006).

No estado do Tocantins pode-se citar a respeito das denúncias ao Ministério Público Federal no ano de 2008 acerca do que acontecia na



Comunidade Quilombola Mimoso do Kalungaas no município de Arraias, localizado no sudeste do estado:

cercas tiveram que ser retiradas, pois, baseado no direito constitucional de ir e vir, estas pessoas estavam sendo impedidas de exercer tal direito. Os fazendeiros pressionam os remanescentes de quilombos a desocupar a citada área com argumento de que não são donos das terras que ocupam. Segundo os moradores, os 24 fazendeiros da região estão cercando a área já ocupada pela comunidade negra, deixando espaços insuficientes para qualquer cultura ou criação de animais (MPF, 2008).

Para Sarmiento (2013, p. 01) não há dúvidas de que esta posição quanto à desapropriação encerra vantagens práticas importantes, seja por proporcionar maior segurança jurídica em relação à validade dos títulos emitidos para as comunidades quilombolas, seja por permitir a atenuação dos conflitos possessórios existentes, através do pagamento de indenização aos proprietários privados. Ocorre que ela gera, por outro lado, um sério problema para os remanescentes de quilombos e para a efetivação do art. 68 do ADCT.

Assim, haveria nessa solução, nos dizeres do autor, uma tentativa de harmonização dos interesses constitucionais em jogo, que, à luz do princípio da unidade da Constituição, deve pautar a exegese seja do art. 68 do ADCT, seja das normas infraconstitucionais que o concretizam, como o Decreto 4.887/03.

Entretanto, observa que a solução pelo procedimento da desapropriação tem dificultado a concreção dos direitos quilombolas, pois estão estes na dependência de providências a serem tomadas pelo Poder Público, que não tem sido suficientemente ágil na propositura das ações expropriatórias por motivos diversos.

A desapropriação com a finalidade de promover a proteção ao direito territorial dos quilombolas se enquadraria no exemplo da desapropriação por interesse social, definida na Lei 4.132/1962, na hipótese de estabelecimento e manutenção de colônias ou cooperativas de povoamento e trabalho agrícola.

Convém ressaltar que a Proposta de Emenda Constitucional 215/2000 e, apensada a ela, a Proposta de Emenda Constitucional 161/2007 que visa modificar a redação do artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e a da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.239 movida pelo Partido Democratas que requer a inconstitucionalidade do Decreto n. 4.887/2003 que podem implicar em perdas de direitos destinados ao povo quilombola.

Para O'Dwyer (2002, p. 14), "o texto constitucional não evoca apenas uma identidade histórica que pode ser assumida e acionada na forma da lei". Faz-se necessário que esses sujeitos históricos presumíveis existam no presente e tenham como condição básica o fato de ocupar uma terra que, por direito, deverá ser em seu nome titulada, como dispõe o art. 68 do ADCT da Constituição Federal de 1988.

## 2.1 PROCEDIMENTO PARA REGULARIZAÇÃO DA TITULAÇÃO DAS TERRAS DAS COMUNIDADES QUILOMBOLA

O Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003 regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

Os procedimentos administrativos para a identificação, o reconhecimento, a delimitação, a demarcação e a titulação da propriedade definitiva das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, serão procedidos de acordo com o estabelecido neste Decreto.

Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida (BRASIL, 2003).

O INCRA deverá regulamentar os procedimentos administrativos para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, dentro de sessenta dias da publicação deste Decreto.

Para os fins do Decreto n. 4.887/03, o INCRA poderá estabelecer convênios, contratos, acordos e instrumentos similares com órgãos da administração pública federal, estadual, municipal, do Distrito Federal, organizações não-governamentais e entidades privadas, observada a legislação pertinente.

O INCRA, após concluir os trabalhos de campo de identificação, delimitação e levantamento ocupacional e cartorial, publicará edital por duas vezes consecutivas no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localiza a área sob estudo, contendo as seguintes informações:

I - denominação do imóvel ocupado pelos remanescentes das comunidades dos quilombos; II - circunscrição judiciária ou administrativa em que está situado o imóvel; III - limites, confrontações e dimensão constantes do memorial descritivo das terras a serem tituladas; e IV - títulos, registros e matrículas eventualmente incidentes sobre as terras consideradas suscetíveis de reconhecimento e demarcação (DECRETO n. 4.887/03, p. 03).

Após os trabalhos de identificação e delimitação, o INCRA remeterá o relatório técnico aos órgãos e entidades abaixo relacionados, para, no prazo comum de trinta dias, opinar sobre as matérias de suas respectivas competências:

I - Instituto do Patrimônio Histórico e Nacional - IPHAN; II - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA; III - Secretaria do Patrimônio da União, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; IV - Fundação Nacional do Índio - FUNAI; V - Secretaria Executiva do Conselho de Defesa Nacional; VI - Fundação Cultural Palmares (BRASIL, 2003, p. 04).

Vale ressaltar que expirado o prazo e não havendo manifestação dos órgãos e entidades, dar-se-á como tácita a concordância com o conteúdo do relatório técnico.

De tal forma todos os interessados terão o prazo de noventa dias, após a publicação e notificações para oferecer contestações ao relatório, juntando as provas pertinentes. Não havendo impugnações ou sendo elas rejeitadas, o INCRA concluirá o trabalho de titulação da terra ocupada pelos remanescentes das comunidades dos quilombos.

Vale citar que de acordo o Decreto n. 4.887 de 2003 quando as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos incidirem em terrenos de marinha, marginais de rios, ilhas e lagos, o INCRA e a Secretaria do Patrimônio da União tomarão as medidas cabíveis para a expedição do título.

Quando as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos estiverem sobrepostas às unidades de conservação constituídas, às áreas de segurança nacional, à faixa de fronteira e às terras indígenas, o INCRA, o IBAMA, a Secretaria-Executiva do Conselho de Defesa Nacional, a FUNAI e a Fundação Cultural Palmares tomarão as medidas cabíveis visando garantir a sustentabilidade destas comunidades, conciliando o interesse do Estado (BRASIL, 2003).

Mombelli (2009) ressalta que sendo constatado que as terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos incidem sobre terras de propriedade dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, o INCRA encaminhará os autos para os entes responsáveis pela titulação.

Incidindo nos territórios ocupados por remanescentes das comunidades dos quilombos título de domínio particular não invalidado por nulidade e nem tornado ineficaz por outros fundamentos será realizada vistoria e avaliação do imóvel, objetivando a adoção dos atos necessários à sua desapropriação, quando couber.

O INCRA regulamentará as hipóteses suscetíveis de desapropriação, com obrigatória disposição de prévio estudo sobre a autenticidade e legitimidade do título de propriedade, mediante levantamento da cadeia dominial do imóvel até a sua origem.

Verificada a presença de ocupantes nas terras dos remanescentes das comunidades dos quilombos, o INCRA acionará os dispositivos administrativos e legais para o reassentamento das famílias de agricultores pertencentes à clientela da reforma agrária ou a indenização das benfeitorias de boa-fé, quando couber.

### 2.3 QUILOMBOLAS DO TOCANTINS

O Estado do Tocantins possui uma população predominantemente Negra, o CENSO do IBGE de 2010 identificou que 72,25 % da população do Estado é composta por pretos e pardos. Há dentre a população negra, as comunidades remanescentes dos quilombos.

A seguir estão elencadas as comunidades quilombolas certificadas no Estado do Tocantins

Rodrigues (2018) informa que no ano de 2017 o Tocantins possuía 44 comunidades quilombolas certificadas pela Fundação Cultural Palmares (FCP). Além dessas, o órgão está com mais dois procedimentos de certificação em análise referentes às comunidades Riachão, no município de Chapada da Natividade, e Taquari em Monte do Carmo. Para receber a certificação, uma comunidade precisa, inicialmente, se autodeclarar como remanescente de quilombo, processo esse que vem sendo orientado pela Secretaria de Estado da Cidadania e Justiça (Seciju), por meio da Gerência de Promoção da Igualdade Racial.

Leite (2010) menciona que nos últimos vinte anos, os descendentes de africanos, chamados negros, em todo o território nacional, organizados em associações quilombolas, reivindicam o direito à permanência e ao reconhecimento legal de posse das terras ocupadas e cultivadas para moradia e sustento, bem como o livre exercício de suas práticas, crenças e valores considerados em sua especificidade.

Fiabani (2009, p. 66) corrobora afirmando que:

O artigo 68 do ADCT foi gestado e aprovado no calor das comemorações do Centenário da Abolição, ou seja, a pressão de determinados segmentos da sociedade brasileira, sobretudo do movimento negro, por medidas reparadoras à população afro-brasileira, influenciou na decisão final dos constituintes, entre elas, aprovação de medidas reparatórias.

Nesse contexto debater sobre o reconhecimento da população quilombola implica necessariamente em discutir sobre a regularização fundiária dos territórios ocupados historicamente por esta população.

Para Malcher (2010, p.06):

Discutir o processo de redefinição da terra, como por exemplo, no processo de regularização das áreas

de remanescentes de quilombos, ultrapassa o limite dos elementos étnico-culturais e atinge a condição da terra no Brasil. O processo de apropriação privada da terra, de uma certa forma solidificou a propriedade privada da terra como condição única de domínio dela, mesmo que na prática o uso coletivo da terra seja uma constante.

Ainda de acordo com Malcher (2010, p. 06), “a luta pela terra se constitui no campo político e organizacional, por meio do qual a comunidade remanescente de quilombo redefine estratégias” O que representa de certa maneira o resgate de uma dívida histórica que a sociedade brasileira tem para com a população negra.

Mesmo com os instrumentos legais garantindo o direito de titulação da terra para a população quilombola, ainda existem vários empecilhos que dificultam o andamento dos processos de regularização fundiária.

Leite (2010) assevera que os processos de regularização fundiária já em curso, sobretudo quando operam em bases essencialistas, deparam-se com a dificuldade em identificar os sujeitos do direito, uma vez que a malha social sob a qual o direito se debruça revela também as inúmeras estratégias ou saídas produzidas pelos grupos, dentre elas a própria miscigenação, como uma forma encontrada pelos descendentes de africanos para se introduzirem no sistema altamente hierarquizado e preconceituoso.

Neste sentido, setores conservadores da sociedade brasileira que não reconhecem o direito a propriedade da terra das comunidades quilombolas, conseguem saídas para emperrar os processos, tais como: a morosidade dos processos, a discussão interminável sobre de quem é a competência na condução do processo, a falta de investimento nas pesquisas para o conhecimento histórico-antropológico do assunto, a falta de sensibilização e informação para os funcionários das instituições governamentais responsáveis, como INCRA, Ministério Público, Ministério da Justiça Ministério da Cultura, Fundação Palmares e outros (LEITE, 2010).

Vale citar a respeito da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.239 foi ajuizada em 2004 pelo Partido da Frente Liberal – PFL, hoje Partido Democratas, pleiteando a declaração de inconstitucionalidade do Decreto 4.887 de 2003 que regulamenta o procedimento para identificação,

reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do ADCT.

Contudo no dia 8 de fevereiro de 2018 o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.239, foi considerada improcedente por oito ministros.

Na ADI3.239 após votação ficou assim determinado:

Fica declarada a propriedade definitiva das terras ocupadas pelas comunidades negras remanescentes de quilombos, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos. Ficam tombadas essas terras bem como documentos referentes à história dos quilombos no Brasil (ADI, 3239).

A ADI ainda menciona:

Ante o exposto, voto no sentido de julgar parcialmente procedente a presente ação direta de inconstitucionalidade, tão somente para conferir interpretação conforme ao § 2º do art. 2º do Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, no sentido de esclarecer, nos termos do art. 68 do ADCT, que somente devem ser titularizadas as áreas que estavam ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos, inclusive as efetivamente utilizadas para a garantia de sua reprodução física, social, econômica e cultural, na data da promulgação da Constituição (5 de outubro de 1988), salvo comprovação, por todos os meios de prova juridicamente admitidos, da suspensão ou perda da posse em decorrência de atos ilícitos praticados por terceiros (ADI, 3239, p. 35).

É importante citar a fala de Carlos Ari Sunfeld (2017, p. 17) a respeito da ADI 3.239:

“Diversamente, acreditamos ser possível e, principalmente, necessária, a prévia desapropriação de terras particulares em benefício dos remanescentes das comunidades dos quilombos que as estiverem ocupando. Não se deve equiparar a titulação das

terras das comunidades quilombolas com a demarcação das terras ocupadas pelos índios, as quais são e sempre foram públicas. Com relação a estes últimos a Constituição Federal criou um complexo sistema de proteção com previsão de 'posse permanente' das terras tradicionalmente ocupadas por eles (art. 231). Mas o art. 68 do ADCT tratou da questão quilombolas de forma diversa e não teve a pretensão de criar uma forma originária de aquisição da propriedade em favor das comunidades remanescentes de quilombos, sem o pagamento de qualquer indenização ao proprietário, assim reconhecido pelas formas de direito. O direito constitucional da propriedade só pode ser limitado nas formas e procedimentos expressamente estabelecidos na Constituição. Não é viável falar-se em perda 'imediata' da propriedade no caso de terras ocupadas por comunidades quilombolas como sustentou o Parecer nº 1.490/01 da Casa Civil. A perda compulsória da propriedade particular em favor de remanescentes de comunidades quilombolas só pode dar-se em razão de usucapião ou pela desapropriação" (ADI 3239, 2017, p. 17).

Mediante o exposto, para Nascimento (2016) o cenário da titularização das terras para os quilombolas ainda é um cenário que ignora e menospreza todo o caminho que foi sendo trilhado, especialmente no âmbito nacional, em consonância com o Direito Internacional, no qual se reconhece a existência de direitos diferenciados e coletivos, e da legitimidade do conhecimento do perito.

Contudo como assevera Souza (2015) mesmo com todos os problemas relacionados a efetivação da Política de Regularização Fundiária, não podemos desconsiderar os avanços que são trazidos pelo artigo 68 do ADCT no que tange ao reconhecimento de um grupo até então inexistente juridicamente, além de possibilitar o acesso à terra, ou seja, possibilitar a redistribuição fundiária.



No cenário tocantinense foi possível perceber que o processo de expansão e consolidação da titularização anda a passos lentos, entretanto, a Fundação Cultural Palmares está conseguindo realizar a certificação das comunidades quilombolas, visto que, a afirmação dos direitos das comunidades quilombolas essencialmente está vinculada a questão de uso e propriedade da terra.

Os conflitos de ideias, interesses, os hábitos culturais e localização geográfica, geraram a desconfiança de muitos fazendeiros, grileiros e quilombolas. Nesta perspectiva a pesquisa vem de encontro com a necessidade de enfatizar e relatar com se dá e encontra o processo de territorialidade, titularização e demarcação das terras quilombolas no Tocantins, especificamente nas comunidades quilombolas Malhadinha e Córrego Fundo.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O estudo permitiu compreender que o processo de titularização e demarcação levantaram conflitos de ideias dentro dos órgãos governamentais como INCRA, Fundação Cultural Palmares, Associações quilombola e movimentos negros.

Compete ao Ministério do Desenvolvimento Agrário, por meio do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, a identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas pelos remanescentes das comunidades dos quilombos, sem prejuízo da competência concorrente dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

É importante ainda frisar que durante o processo administrativo corresponde à regularização fundiária com desintrusão de ocupantes não quilombolas mediante desapropriação e/ou pagamento de indenização e demarcação do território. No caso deste se localizarem terras públicas, a etapa torna-se desnecessária, pois, sendo terras da União, a propriedade será titulada pelo INCRA ou pela Secretaria de Patrimônio da União (SPU); em terras estaduais ou municipais, a titulação será realizada pelo respectivo ente federativo- art. 10 e 12 do Decreto n. 4.887 (BRASIL, 2003) e art. 18 e 20 da Instrução Normativa n. 57 (BRASIL, 2009).

No Estado do Tocantins a discussão acerca da titularização ainda é nova, o INCRA vem à frente de um trabalho de levantamento antropológico em algumas comunidades quilombolas Tocantins.

## REFERÊNCIAS

ADI, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.239. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 2018.

APA. Alternativas para Pequena Agricultura no Tocantins. APA-TO, 2015.

BRASIL. Decreto n. 4.887, de 20 de novembro de 2003. Regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

**DECRETO Nº 3.912, DE 10 DE SETEMBRO DE 2001.** Regulamenta as disposições relativas ao processo administrativo para identificação dos remanescentes das comunidades dos quilombos e para o reconhecimento, a delimitação, a demarcação, a titulação e o registro imobiliário das terras por eles ocupadas. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2001/d3912.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3912.htm) . Acesso em mai: 2018.

FIABANI, Adelmir. O quilombo antigo e o quilombo contemporâneo: verdades e Construções. Disponível em: [www.anpuh.org.br/resources/content/anais](http://www.anpuh.org.br/resources/content/anais). Acesso em mai: 2018.

HENNING, Ana Clara Correa. Procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras quilombolas. Rev. EM TEMPO - Marília - v. 14, 2015.

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 01, DE 25 DE março DE 2015. Estabelece procedimentos administrativos a serem observados pela Fundação Cultural

Palmares nos processos de licenciamento ambiental dos quais participe. Disponível em: <http://www.palmares.gov.br/wp-content/uploads/2015/03/ANEXO-05-IN-n%C2%B001-de-25-de-mar%C3%A7o-de-2015.pdf>. Acesso em mai: 2018.

LEITE, Ilka Boaventura (2010). Os quilombos no Brasil: Questões conceituais e normativas. Disponível em: [www.nuer.ufsc.br/artigos/osquilombos.htm](http://www.nuer.ufsc.br/artigos/osquilombos.htm). Acesso em mai: 2018.

MALCHER, Maria Albenize Farias (2010). Identidade Quilombola e Território. Disponível em: <http://www.wftl.org/pdf/046.pdf>. Acesso em mai: 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. O Ministério Público Federal debate questões fundiárias de comunidade quilombola (2008). Disponível em: [http://noticiaspgr.mpf.gov.br/noticias-dosit/copy\\_of\\_ind](http://noticiaspgr.mpf.gov.br/noticias-dosit/copy_of_ind). Acesso em mai: 2018.

MOMBELLI, Raquel. Territórios Quilombolas Reconhecimento e Titulação das Terras. Boletim Informativo NUER/ Núcleo de Estudos sobre Identidade e Relações Interétnicas- v.2,n.2-Forianópolis, NUER/ UFSC, 2009.

NASCIMENTO. Germana Aguiar Ribeiro do. Panorama atual de proteção do direito à terra das comunidades quilombolas e desafios futuros. INTERAÇÕES, Campo Grande, MS, v. 17, n. 3, p. 432-447, jul./set. 2016.

O'DWYER, Eliane C. Quilombos: identidade étnica e territorialidade. Rio de Janeiro: FGV. ABA, 2002.

PEC 161/2007. Acrescenta o inciso XVIII ao art. 49; modifica o § 4º e acrescenta o § 8º ambos no art. 231 da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=889041](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=889041). Acesso em mai: 2018.

**PEC 215/2000. Acrescenta o inciso XVIII ao art. 49; modifica o § 4º e acrescenta o § 8º ambos no art. 231 da Constituição Federal. Disponível em: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=889041](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=889041). Acesso em mai: 2018.**

**RODRIGUES, Tamires . Cresce número de comunidades certificadas como remanescentes de quilombos no Tocantins. Disponível em: <https://portal.to.gov.br/noticia/2018/1/5/cresce-numero-de-comunidades-certificadas-como-remanescentes-de-quilombos-no-tocantins/>. Acesso em mai: 2018.**

SARMENTO, Daniel. A garantia do direito à posse dos remanescentes de quilombos antes da desapropriação. Disponível em: <[http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/institucional/grupos-de-trabalho/quilombos-1/documentos/Dr\\_Daniel\\_Sarmento.pdf](http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/institucional/grupos-de-trabalho/quilombos-1/documentos/Dr_Daniel_Sarmento.pdf)>. Acesso em: mar. de 2018.

SEPPPIR, Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial, Programa Brasil Quilombola. Brasília: Abaré, 2004.

SOUZA. Sidimara Cristina de. Política de titulação de terras quilombolas. Jornada internacional de políticas públicas. São Luís, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. ADI. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.239. Supremo Tribunal Federal. Brasília, 2017.

YAGUI; M. M. P. Turismo e Inclusão Social: as comunidades remanescentes de Quilombo. In: Congresso Latino-americano de Sociologia Rural, Quito 7, 2006.

NOTA:

[1] Professora do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo – FASEC. Mestre em Direito pela UNIMAR e doutora em Tecnologia Nuclear pela USP. [prof.karinemota@fasec.edu.br](mailto:prof.karinemota@fasec.edu.br).

## **A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E SEUS RESULTADOS PRÁTICOS APLICADOS NA TENTATIVA DE COMBATER A CORRUPÇÃO**

**FABÍOLA DE SOUSA BARBOSA DE CARVALHO:** Bacharelanda do curso de Direito pela Faculdade Serra do Carmo.

**ÊNIO WALCACER DE OLIVEIRA FILHO**

**(Orientador)**[\[1\]](#)

**Resumo:** O objetivo deste artigo é demonstrar a efetividade da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF no combate aos crimes contra gestão pública nas diversas esferas do poder no Brasil, relacionando os dispositivos que auxiliam no combate a corrupção. Durante a elaboração da pesquisa, fez-se necessário expor os princípios que dão sustentação a Lei complementar 101 de 2000, assim como seus benefícios para a gestão pública. Além disto, apresentam-se também as responsabilidades em torno da mesma, os instrumentos para sua normatização e os limites impostos perante a gestão pública em prol de aplicações equilibrada e que finda melhorias para a sociedade. Ao final, conclui-se as respostas de sua implantação até os dias atuais, com análise da eficácia jurídica no combate a corrupção.

**PALAVRAS-CHAVE:** LRF; Responsabilidade Fiscal; Corrupção.

**Abstract:** The objective of this article is to demonstrate the effectiveness of the Fiscal Responsibility Law - LRF in the fight against crimes against public management in the various spheres of power in Brazil, relating the devices that help in the fight against corruption. During the elaboration of the research, it was necessary to expose the principles that support the complementary Law 101 of 2000, as well as its benefits for public management. In addition, there are also the responsibilities around it, the instruments for its standardization, and the limits imposed by public management for balanced applications, and the improvement of society. At the end, the answers of its implementation to the present day, with analysis of the legal effectiveness in the fight against corruption, are concluded.

**KEYWORDS:** LRF; Fiscal Responsibility; Corruption.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. 2.1 PRINCÍPIOS QUE DERAM SUSTENTAÇÃO À LRF. 3 BENEFÍCIOS DA LEI DE RESPONSABILIDADE NA GESTÃO PÚBLICA. 3.1 A RESPONSABILIDADE COM OS GASTOS NA LRF. 3.2 A GESTÃO PÚBLICA E OS INSTRUMENTOS DE GESTÃO NORMATIZADOS PELA LRF. 3.3 OS LIMITES IMPOSTOS PELA LRF À GESTÃO PÚBLICA. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 5 REFERÊNCIAS.

---

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa enfrentar, sem a pretensão de esgotar o tema, a aplicabilidade efetiva da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, como baliza norteadora das ações dos agentes públicos na condução de suas funções como norteadora da gestão pública eficiente e responsável nas diversas esferas de poder no Brasil.

Entende-se, para o escopo deste artigo, que a LRF não é bem observada quando da condução da gestão pública em alguns entes de governo, mas que, contudo, esta realidade vem se alterando em face da fiscalização empreendida pelos órgãos de controle, como os Tribunais de Contas, bem como o aprimoramento dos gestores e técnicos da administração pública brasileira.

Dentre os objetivos traçados, este artigo foca especialmente em buscar os aprimoramentos, com base em referenciais bibliográficos de artigos e livros, trazidos com o implemento da Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como a sua consolidação ao longo desses anos.

Para tanto dividimos o trabalho nos seguintes capítulos: Lei de Responsabilidade Fiscal, dando uma breve enfatizada em seu conceito e elucidando a mesma e os princípios a que acarreta sua sustentação. No segundo capítulo tratamos de como se deu a corrupção nacional, quais os efeitos que a mesma tem e suas penalidades. Por fim, no último capítulo, disserta-se sobre o impacto da LRF perante a gestão pública, abrangendo os limites impostos pela LRF perante a gestão pública.

Concluimos, ao final que a LRF tem proporcionado grandes avanços no que desrespeito o combate da corrupção administrativa

pública, uma vez que se tem observado a sua aplicabilidade juntamente com os órgãos fiscalizadores e a sociedade.

## **2 LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL**

A Lei Complementar 101, datada de 04 de maio de 2000, também conhecida por Lei de responsabilidade Fiscal - LRF, segundo Pinto (2006, p. 24) é um dos mais importantes conjuntos normativos destinados a mudar o perfil e o jeito de gerenciar a gestão pública no Brasil.

Essencialmente, todos os três poderes da República utilizam a LRF como parâmetro e norma para suas ações que envolvem a aplicação dos recursos públicos, mesmo sendo o poder executivo o principal ordenador das finanças públicas no Brasil.

A LRF foi concebida, no ordenamento jurídico nacional, como uma Lei Complementar, devendo-se, para entender tal conjunto normativo, preliminarmente entender o que vem a ser esta tipologia legislativa no ordenamento pátrio. Nas palavras de Silva, 1982, p.229.

Leis Complementares da Constituição são leis integrativas de normas constitucionais de eficácia limitada, contendo princípio institutivo ou de criação de órgãos, e sujeitas a aprovação pela maioria absoluta dos membros das duas casas do congresso nacional, integram a ordem jurídica nacional numa escala imediatamente abaixo das normas constitucionais.

A Lei de Responsabilidade Fiscal é uma lei complementar federal. Este dispositivo sofreu influências tanto externas como internas antes e durante seu surgimento. Observa-se a influência externa na adoção de práticas de gestão fiscal bem sucedida em outros ordenamentos jurídicos e até mesmo em organismos internacionais. Exemplifica-se isto com o Código de Boas Práticas para Transparência Fiscal, influenciado pelo Fundo Monetário Internacional, internamente, a LRF coaduna-se com as reformas constitucionais, especialmente as emendas constitucionais (NASCIMENTO 2013, p. 56).

Machado Jr. e Costa Reis (2008, p.15)firmam que a “Lei de Responsabilidade Fiscal, como a sua denominação indica, dispõe sobre normas de comportamento ético para o gestor público no trato do patrimônio público que lhe fora confiado”.



Oliveira (2002, p. 21) ensina que a LRF foi criada com o intuito de disciplinar os artigos 163 e 169 da CRFB/88 e se difere da Lei Ordinária porque em alguns casos o texto constitucional expressamente a exige, sendo que:

A diferença está na previsão de quorum qualificado para sua aprovação. A ordinária é aprovada pela maioria dos presentes; a segunda pede a maioria absoluta, nos exatos termos do art. 69 do texto da Lei Maior. A maioria absoluta exige a metade mais um dos congressistas. A lei complementar apenas é necessária quando o texto constitucional assim estabelecer.

A Lei de Responsabilidade Fiscal não tem limite estipulado em suprir a lacuna aberta pelo Art. 163 da Constituição Federal de 88, mas também conceitua, de modo impositivo, a cobrança da efetividade da programação financeira e conteúdos das leis que norteiam os orçamentos públicos, por exemplo, a Lei n. 4.320 de 1964.

A LRF é uma Lei Complementar criada com intuito de organizar o sistema público financeiro, envolvendo a União, Estados-Membros, Distrito Federal e os Municípios, e tendo como fato novo o de “responsabilizar especificamente a parte da gestão financeira a partir de um acompanhamento sistemático do desempenho mensal, trimestral, anual e plurianual” (CRUZ, 2001).

Com a edição da LRF, foram criados novos mecanismos de prestação de contas e ainda houve reforço dos já existentes. Toda norma legal tem em seu nascimento a vontade de ajustar as distorções existentes, isto porque a irresponsabilidade praticada atualmente em qualquer nível de governo resultará amanhã em mais impostos, menos investimentos ou mais inflação. Os governantes além do julgamento do poder judiciário, poderá também ser julgado pelos eleitores e pelo mercado se descumprirem as regras estipuladas pela legislação, sendo o segundo o que mais penaliza.

Com o surgimento da Lei de Responsabilidade Fiscal, “o administrador pode ser constantemente avaliado, analisado, fiscalizado, penalizado e expungido da administração, desde que verificados atos lesivos à gestão pública e obedecido o devido processo legal” (ROSA; NETO, 2001).

## 2.1 PRINCÍPIOS QUE DERAM SUSTENTAÇÃO À LRF

A LRF está apoiada em quatro princípios intimamente ligados, os quais são responsáveis pela tentativa de alcançar os seus propósitos: o Planejamento, o Controle, a Transparência e a Responsabilidade.

A rigor, esses pontos são recorrentes na doutrina sobre requisitos da boa administração pública. Para José Nilo de Castro (2006), parecem ter tomado revigorado impulso, dado o alto grau de endividamento dos entes da federação e também devido à democratização e desejo de maior participação e controle da sociedade, extenuada por suportar elevada carga tributária, sem a correspondente contrapartida em termos de prestação de serviços.

Ainda de acordo com Castro (2006) o planejamento dá suporte técnico à gestão fiscal, através de mecanismos operacionais, como o Plano Plurianual - PPA, a Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO e a Lei Orçamentária - LOA. Por meio desses instrumentos, há condições objetivas de programar a execução orçamentária e atuar no sentido do alcance de objetivos e metas prioritárias.

Segundo Flávio Régis Xavier de Moura Castro (2000), os sistemas de controle deverão ser capazes de tornar efetivo e factível o comando legal, fiscalizando a direção da atividade administrativa para que ocorra em conformidade com as novas normas. Pois, fiscalização deverá ser rigorosa e contínua, exigindo atenção redobrada de seus executores, principalmente dos tribunais de contas.

Nas linhas de Carlos Maurício Figueiredo et. al (2000) a transparência coloca à disposição da sociedade diversos mecanismos de cunho democrático, entre os quais merecem relevo: a participação em audiências públicas e a ampla divulgação das informações gerenciais, através do Relatório Resumido da Execução Orçamentária, do Relatório de Gestão Fiscal, bem como dos Anexos de Metas e Riscos Fiscais.

O último alicerce, referente à responsabilidade, é importantíssimo, pois ele impõe ao gestor público o cumprimento da lei, sob a pena de responder por seus atos e sofrer as sanções inseridas na própria Lei Complementar 101/2000 e em outros diplomas legais, como disposto no

artigo 73 da LRF. Como foi aludido, o planejamento é o primeiro sustentáculo, a ferramenta básica para que o Estado alcance o seu fim último, que deve ser o bem-comum.

### **3 BENEFÍCIOS DA LEI DE RESPONSABILIDADE NA GESTÃO PÚBLICA**

Em maio de 2000, a aprovação da Lei de Responsabilidade Fiscal dá um passo decisivo na institucionalização do sistema de finanças públicas brasileiras.

O conceito de administração pública não oferece contornos bem definidos, quer pela diversidade de sentidos da própria expressão, quer pelos diferentes campos em que se desenvolve a atividade administrativa. Em sentido lato, administrar é gerir interesses, segundo a lei, a moral e a finalidade de bens entregues à guarda e conservação alheias. Se os bens e interesses geridos são individuais, realiza-se administração particular; se são da coletividade, realiza-se administração pública. Administração pública, portanto, é a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito federal, estadual ou municipal, segundo os preceitos de Direito e da Moral, visando ao bem comum (MEIRELLES, 2008).

A administração em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão geral, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. A administração não pratica atos de governo; pratica, tão-somente, atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes, são os chamados atos administrativos (MEIRELLES, 2008).

Em suma a administração é senão como meio de atingir o bem-estar social. Para tanto ensina Prof. Cirne Lima que "O fim, e não a vontade do administrador domina todas as formas da administração. Supõe, destarte, a

atividade administrativa a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo-lhe uma finalidade própria. Jaz, conseqüentemente, a administração pública debaixo da legislação, que deve enunciar e determinar a regra de Direito” (LIMA 2007, p. 39-40).

### 3.1 A RESPONSABILIDADE COM OS GASTOS NA LRF

Motta, 2002 traz as normas de finanças públicas através da LRF voltada para a gestão fiscal e as providencias relacionadas aos comandos, condicionamentos e cautelas perante à estrutura jurídica das licitações e contratos, afim de prezar pela eficiência da gestão pública brasileira e pelo equilíbrio fiscal nas contas públicas. Assim, os avanços importantes adquiridos após a implementação desta Lei complementar exige uma concentração de esforços de todos os seguimentos envolvidos na gestão da coisa pública.

### 3.2 A GESTÃO PÚBLICA E OS INSTRUMENTOS DE GESTÃO NORMATIZADOS PELA LRF

Conforme os autores Figueiredo e Nóbrega (2002), a LRF determina normas de finanças públicas que apontam para a responsabilidade na Gestão fiscal com amparo no Capítulo II, do Título VI, da Constituição Federal (art. 1º da LRF). A gestão fiscal responsável, constitui instrumento indispensável para a manutenção da estabilidade da moeda e para o desenvolvimento nacional, merecendo, portanto, em virtude de sua magnitude e relevância, tutela e salvaguarda por meio de modernas normas de natureza penal, voltadas para a repressão de condutas que atentam contra as finanças públicas e a lei orçamentária.

Segundo Greggianin e Oliveira (2000), considerando as inovações implementadas pela LRF, está o sistema de planejamento, execução orçamentária e disciplina fiscal, a qual orienta que num prazo de 3 ou 4 anos, os estados e municípios deverão se preparar para fazer previsões de médio prazo para suas receitas e despesas, de modo a acompanhá-las mensalmente, além de dispor de um bom sistema de controle e finanças, principalmente da dívida (Artigos 4 ao 10).

Segundo Leite (2005, p. 104) após a promulgação da LRF, que estava prevista para janeiro de 2000, pela equipe de planejamento, os prefeitos eram contra a entrada em vigor imediata da lei, o intuito do governo, no

entanto, era que a lei atingisse justamente o último ano de mandato dos prefeitos em exercício na época. Os prefeitos por sua vez, não satisfeitos, reivindicaram junto a Associação Brasileira de Secretários e Dirigentes das Finanças dos Municípios (ABRASF) para que a lei entrasse em vigor um ano após a sua promulgação.

Dessa forma, tais inovações surtiram o receio de muitos prefeitos em assumir mais responsabilidades na gestão fiscal, pois em média os municípios controlavam apenas 29% das receitas que gastavam, caindo para 13% nos casos dos municípios com menos de 50.000 (cinquenta mil) habitantes, o que representa 91% do total. Se algum problema, político ou econômico, afetasse o volume ou o prazo das transferências de recursos para o município, eles correriam o risco de pagar pelo não cumprimento da LRF, sem ter controle sobre o maior montante da receita. (LEITE, 2005).

As principais inovações trazidas pela LRF foram: i) a exigência de estabelecimento de metas fiscais trienais e de corte de despesas em casos de previsão de descumprimento de metas; ii) mecanismo de compensação para renúncia de receita e geração de despesas de caráter continuado; iii) imposição de limites para despesas com pessoal; iv) vedação ao endividamento entre entes da federação; v) obrigatoriedade de transparência, incluindo a publicação frequente e o acesso público aos relatórios de cumprimento de metas; e vi) a imposição de penalidades, inclusive pessoais, aos administradores públicos de descumprirem as regras.

Assim, podemos concluir que umas das maiores mudanças trazidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal foi ter feito do processo orçamentário um efetivo mecanismo de planejamento da gestão pública.

### 3.3 OS LIMITES IMPOSTOS PELA LRF À GESTÃO PÚBLICA

Há vários limites fixados na LRF, às vezes referidos a outros documentos legais. São monitorados pelo Ministério da Fazenda, Banco Central ou Tribunais de Contas, ou ainda, pelos próprios órgãos ou poderes que devam prover os recursos.

São definidos na Lei os limites de gastos com pessoal, com percentual das receitas, dentre outros, para os três Poderes da União, dos

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Assim que o administrador público verificar que ultrapassou os limites para despesa de pessoal, deverá tomar providências para se enquadrar, no prazo estabelecido pela Lei.

A LRF determina os quantitativos de gastos através de percentuais para os três poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Para a União, os limites máximos relativos a gastos com pessoal (50% da Receita Corrente Líquida) são assim distribuídos (BRASIL, 2000):

- a) 2,5% para o Poder Legislativo, incluindo o Tribunal de Contas;
- b) 6% para o Judiciário;
- c) 0,6% para o Ministério Público da União;
- d) 3% para custeio de despesas do Distrito Federal e de ex-territórios;
- e) 37,9% para o Poder Executivo.

Nos Estados, os limites máximos para gastos com pessoal (60% da Receita Corrente Líquida) serão (BRASIL, 2000):

- a) 3% para o Poder Legislativo, incluindo o Tribunal de Contas;
- b) 6% para o Poder Judiciário;
- c) 2% para o Ministério Público;
- d) 49% para as demais despesas de pessoal do Executivo.

Nos Municípios, os limites máximos para gastos com pessoal (60% da Receita Corrente Líquida) serão (BRASIL, 2000):

- a) 3% para o Poder Legislativo, incluindo o Tribunal de Contas;
- b) 6% para o Poder Judiciário;
- c) 2% para o Ministério Público;
- d) 49% para as demais despesas de pessoal do Executivo;
- e) 6% para o Legislativo, incluindo o Tribunal de Contas;
- f) 54% para o Executivo

Caso continue a existir excessos, o gestor sofrerá penalidades. Os excessos cometidos em todos os limites fixados em lei têm prazo e forma para correção.

A LRF permite aos municípios gastar no máximo 60% (sessenta por cento) de sua receita corrente líquida com o pagamento de servidores ativos e inativos. Há ainda sublimites - de 54% para o Poder Executivo Municipal e de 6% para as Câmaras de Vereadores. (BRASIL, 2000)

Os ingredientes contidos na Lei de Responsabilidade Fiscal são no sentido de que seja adotado um processo permanente de planejamento, com transparência na elaboração e divulgação dos documentos orçamentários e contábeis, amplo acesso da sociedade às informações sobre as contas públicas e a adoção de medidas corretivas e punitivas de eventuais desvios.

Nenhum governante pode criar uma nova despesa continuada (por mais de dois anos), sem indicar sua fonte de receita ou sem reduzir outras despesas já existentes. Isso faz com que o administrador público consiga sempre pagar despesas, sem comprometer o orçamento.

Os limites para despesa de pessoal estavam previstos na Lei Complementar nº 96 de 31 de maio de 1999, denominada Lei Rita Camata II, aprovada pelo Congresso Nacional. Ocorre que os Poderes Legislativo e Judiciário ficavam fora do alcance dessa lei. Agora, com a Lei de Responsabilidade Fiscal, isso mudou e os limites são aplicados a todos os Poderes e às três esferas de governo. Se o governante verificar que ultrapassou os limites para despesa de pessoal, deverá tomar providências para se enquadrar, no prazo de oito meses. Mas, se depois disso, continuarem a existir excessos, ele sofrerá penalidades (SOUZA, 2012).

Pela LRF ainda são definidos mecanismos adicionais de controle das finanças públicas em anos de eleição. A lei impõe restrições adicionais para controle das contas públicas em anos de eleição, com destaque para o seguinte: fica impedida a contratação de operações de crédito por antecipação de receita orçamentária (ARO); é proibido ao governante contrair despesa que não possa ser paga no mesmo ano.

A despesa só pode ser transferida para o ano seguinte se houver disponibilidade de caixa; e é proibida qualquer ação que provoque aumento da despesa de pessoal nos Poderes Legislativo e Executivo nos

180 dias anteriores ao final da legislatura ou mandato dos chefes do Poder Executivo. (BRASIL, 2000)

Na medida em que os administradores de recursos públicos respeitem a LRF, agindo com responsabilidade, o contribuinte deixa de pagar a conta, seja por meio do aumento de impostos, redução nos investimentos ou cortes nos programas que atendam à sociedade.

Dada a diversidade de situações encontradas entre os Municípios, seria razoável estabelecer limites menores de comprometimento dessas receitas para os Municípios considerados mais pobres.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Com base nos assuntos abordados pode-se dizer que o surgimento da LRF como lei complementar dispôs de normas para as finanças públicas, trazendo regulamentações e garantias para as dívidas públicas voltando mais garantias para a sociedade.

Diante das definições estudadas e dos pressupostos apresentados é verídico que a LRF influência de forma primordial para uma gestão prudente dos recursos públicos, envolvendo mecanismos prévios de ajustes que asseguram a observância dos parâmetros fiscais, assim sendo, os governantes são obrigados a realizar uma administração transparente e equilibrada em prol da sociedade, sendo esta em contra partida, motivada a participar juntamente com os órgãos competentes à fiscalização da comprovação correta do uso dos recursos, para que o equilíbrio de tais demandas trazidas pela LRF seja aplicado e mantido.

A implantação da LRF casou muito pânico nos gestores públicos, assim como foi discutido por Doia (2016), pelo fato do rigor a qual seria aplicado, com isso, os tais gestores tentaram alterá-la, numa medida desesperadora de impedir os avanços conjunturais da administração pública.

O tal rigor em questão, hoje, já não pode ser observado, pois temos exemplos fatídicos de casos cujo a fiscalização foi ou está sendo realizada pelos órgãos competente, porém não foram ou puderam ser julgados não foram concluídos como é o caso da



investigação intitulada “Lava-Jato”, conforme foi citada por Mauricio Conti, juiz professor da Universidade de São Paulo.

Em contrapartida podemos observar que a LRF tem tido sua finalidade alcançada, uma vez que a transparência da administração das contas públicas tem sido verificada tanto pela sociedade quanto pelos órgãos fiscalizadores.

Neste contexto podemos afirmar que a Lei de Responsabilidade Fiscal foi e está sendo fundamental para o combate a corrupção, cabe a sociedade o papel de contribuir para que a mesma seja colocada em prática e que o tal rigor que um dia fora questionado seja validado diante dos governantes.

## 5 REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **O planejamento tributário e o direito privado**. São Paulo: Quatier Latin; 2009.

BARDHAN, Pranab. **Corruption and development: a review of issues**. Journal of Economic Literature, v. 35, n. 3, p. 1320-1346, 1997.

BECKER, Gary. **Crime and punishment: an economic approach**. The Journal of Political Economy, v. 76, n. 2. p. 169-217, 1968.

BEUREN, Ilse Maria. **Como Elaborar Trabalhos Monográficos em Contabilidade**, 3ª Ed, São Paulo, Atlas, 2006.

BILENKY, Thais. **Forças Armadas Lideram Confiança da População**; Congresso tem descredito. 2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/06/1895770-forcas-armadas-lideram-confianca-da-populacao-congresso-tem-descredito.shtml>> Acesso em: 15 de março de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BRASIL, Presidência da República Federativa do Brasil. **Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000**. Disponível em

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp101.htm)>. Acesso em: 20 de outubro de 2017.

CASTRO, Flávio Régis Xavier de Moura. **Lei de Responsabilidade Fiscal: abordagens pontuais; doutrina, legislação**. Del Rey, Belo Horizonte, 2000.

CASTRO, José Nilo de. **Direito municipal positivo**. 6ª ed., Del Rey, Belo Horizonte, 2006.

CRUZ, Flávio et al. **Lei de Responsabilidade fiscal Comentada**. São Paulo: Atlas, 2001.

CONTI, José Maurício. **Teori Zavascki, o Supremo Tribunal Federal e a Responsabilidade Fiscal**, Revista Consultor Jurídico, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-fev-07/contas-vista-teori-zavascki-supremo-responsabilidade-fiscal>>. Acesso em: 14 de maio de 2018.

DOIA, Afonso Radamare Leite. **A importância da lei de responsabilidade fiscal para a administração pública**. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento, Ano, 1, Vol.7, p. 24-36. Agosto de 2016.

FIGUEIREDO, Carlos Maurício et. al. **Comentários à Lei de Responsabilidade fiscal**. 2. ed. São Paulo: RTs, 2000.

FIGUEIRÊDO, Carlos Maurício; NÓBREGA Marcos. **Lei de Responsabilidade Fiscal para concursos**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.

GREGGIANIN, Eugênio; OLIVEIRA, Weder. **A Lei de Responsabilidade Fiscal e a Emenda Constitucional nº 25**, MIMEO, 2000.

LEITE, Cristiane Kerches da Silva. **O Processo de Ordenamento Fiscal no Brasil na década de 1990 e a Lei de responsabilidade Fiscal**. Tese apresentada ao Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Univeridade de São Paulo. 2005.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios do Direito Administrativo**. 7 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, PP. 39-40.

MACHADOJR.,J.Texeira;COSTA REIS,Heraldoda.**Alei4.320comentadaealeide Responsabilidade Fiscal**, Rio de Janeiro: Ibam,2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MICHEL, Maria Helena. **Metodologia e Pesquisa Científica em Ciências Sociais**, 2ª Ed, São Paulo, Atlas 2009.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos: estudos e comentários sobre a Lei 8.666/93 e 8.987/95, a nova modalidade do pregão, impacto da Lei de Responsabilidade Fiscal**. 9 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

NASCIMENTO, Carlos Valderet al.;**Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal**, 7ª Ed, São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Responsabilidade fiscal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLKEN, Benjamin A. Corruption perceptions vs corruption reality.**JournalofPublicEconomics**, v. 93, 2009

PINTO, Djalma. Direito eleitoral: **Improbidade administrativa e responsabilidade fiscal**. São Paulo: Atlas, 2006.

RIBEIRO, Antônio Silva Magalhães. **Corrupção e controle na administração pública brasileira**. São Paulo: Atlas, 2004. 246 p.

ROSA,Alexandre;NETO,A.Ghizzo.**ImprobidadeAdministrativaeLeide Responsabilidade Fiscal**. Florianópolis: Habitus,2001.

SANTOS, Antônio Raimundo dos. **Metodologia Científica a Construção do Conhecimento**, 5ª Ed, Rio de Janeiro, DP&A Editora, 2002.

SILVA, José Afonso  
da; **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revistas dos  
Tribunais, 1982.

SOUZA, Fausto; A Lei De Responsabilidade Fiscal e Gestão Pública.  
2012. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/producao-academica/a-lei-de-responsabilidade-fiscal-e-gestao-publica/4698/>>. Acesso em: 16 de março de 2018.

TANZI, Vito. Corruption around the world: causes, consequences, scope, and cures. **IMF Staff Papers**, v. 45, n. 4, 1998.

**NOTA:**

[1] Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, Especialista em Ciências Criminais e em Direito e Processo Administrativo, Graduado em Direito e em Comunicação Social, todos os cursos pela Universidade Federal do Tocantins – UFT. Professor de Processo Penal. Delegado de Polícia Civil do Tocantins.

## **TUTELAS DE URGÊNCIA NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS E SUA EFICÁCIA NO ESTADO BRASILEIRO**

**LEONARDO FERNANDES PINHEIRO:** Graduado em Direito pela Universidade Federal do Maranhão e pós-graduado em Direito Público pela Universidade Anhanguera - Uniderp.

**RESUMO:** O Direito Internacional dos Direitos Humanos busca a defesa universal dos direitos inerentes ao indivíduo, sendo efetivado através dos sistemas global e regionais de proteção. Os órgãos do sistema regional interamericano, composto pela Comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, possuem mecanismos para apurar a responsabilização dos Estados por violação aos direitos humanos que, no entanto, não são aptos a atuar em casos onde o dano ainda não ocorreu. Quando o Estado não demonstra capacidade de evitar uma previsível lesão iminente, grave e irreparável, ou ainda se o ente soberano é responsável por gerar este risco, a concessão de tutela de urgência pelo sistema interamericano se faz indispensável para a salvaguarda dos direitos humanos sob ameaça, geralmente a vida e a integridade pessoal. O presente estudo volta-se a uma análise da eficácia destas medidas emergenciais de prevenção no que tange a sua aplicação no Brasil. Mediante pesquisa bibliográfica da doutrina especializada nacional e internacional, este trabalho objetiva demonstrar, através da exposição dos casos da Penitenciária Urso Branco e da usina hidrelétrica Belo Monte, as falhas na ação política brasileira, bem como as deficiências estruturais que tornam o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos incapaz de garantir a implementação de suas decisões. Ademais, conclui pela importância da conscientização da sociedade civil como o passo inicial para o desenvolvimento de uma base de atuação consistente dos órgãos internacionais, bem como a compreensão de que as medidas de urgência cumprem papel indispensável à consolidação plena da proteção internacional dos direitos humanos.

Palavras-chave: Direito Internacional dos Direitos Humanos. Sistema Interamericano. Medidas de urgência. Penitenciária Urso Branco. Usina hidrelétrica Belo Monte.

**ABSTRACT:** International Human Rights Law seeks the universal defense of individuals' inherent rights, being accomplished through global and regional systems. The organs of inter-american regional system, composed by Inter-american Human Rights Commission and Court, have mechanisms to canvass State responsibility on human rights violations that, however, are not apt to act in cases where the damage has not occurred yet. When the State does not demonstrate capability to avoid a predictable imminent, severe and irreparable lesion, or even if the sovereign entity is responsible to generate this risk, the grant of urgent measures by the inter-american system is imperative to the safeguard of the threatened human rights, usually life and personal integrity. The present study turns to the analysis of these emergency measures of prevention regarding its enforcement in Brazil. Through bibliographic research of national and international doctrine, this essay aims to demonstrate, by exposing the cases of the Urso Branco Penitentiary and the Belo Monte hydroelectric plant, the flaws of the brazilian political action, as well as structural deficiencies that make the inter-american system of human rights protection unable to guarantee the implementation of its decisions. Furthermore, concludes for the importance of civil society awareness as the initial step to the development of a foundation for a consistent performance of international organs, as well as the realization that urgent measures fulfill an indispensable role to the complete consolidation of human rights international protection.

**Keywords:** International Human Rights Law. Urgent measures. Inter-american system. Urso Branco Penitentiary. Belo Monte hydroelectric plant.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO. 2 O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. 2.1 A consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos. 2.2 Responsabilidade do Estado por violações de direitos humanos. 2.3 Os sistemas global e regionais de proteção aos direitos humanos. 3 O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. 3.1 A Convenção Americana de Direitos Humanos. 3.2 Procedimento e atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. 3.3 Procedimento e atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 4 TUTELAS DE URGÊNCIA E SUA EFICÁCIA NO ESTADO BRASILEIRO. 4.1 Tutelas de urgência no sistema interamericano de direitos humanos: aspectos gerais. 4.2 Tutelas de

urgência aplicadas ao caso brasileiro: os casos Urso Branco e Belo Monte. 5  
CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

---

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Internacional dos Direitos Humanos foi instituído após o testemunho das atrocidades perpetradas na Segunda Guerra Mundial, marcada por genocídio, massacres e destruição. Na era que se seguiu às barbaridades deste conflito mundial, estabeleceu-se uma indubitável necessidade de resgatar um paradigma de proteção igualitária dos direitos inerentes à condição humana que ultrapassasse o controle e a tutela estatal sobre seus nacionais, o que só poderia ser obtido por meio da relativização da soberania dos Estados e do enfoque do indivíduo como sujeito de direitos intrínsecos.

A base dessa noção contemporânea de direitos humanos, reconhecidos com uma estrutura indivisível e compreendidos como universais e inter-relacionados, foi introduzida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, onde se prescreveu direitos individuais como a vida, a liberdade, a propriedade, a presunção de inocência e o devido processo legal.

Para efetivar o amparo desta nova perspectiva, constituiu-se, através deste e de diversos outros instrumentos normativos da Organização das Nações Unidas, um sistema global de proteção aos direitos humanos visando uma atuação de forma universal sem limitação geográfica.

Contudo, a ação especializada de sistemas regionais também se mostrou necessária, de forma complementar ao sistema global, em observância a particularidades sociais, culturais, políticas e econômicas. O sistema interamericano é criado nesse contexto de cooperação internacional a partir de um ideário de maior integração e de promoção de desenvolvimento entre os Estados, posteriormente se tornando fundamental ao gradual restabelecimento da democracia nos países americanos assolados por décadas de ditadura militar.

Dentre as competências jurisdicionais e políticas dos órgãos do sistema interamericano, composto pela Comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, destacam-se as medidas de urgência como único instrumento passível de evitar danos irreparáveis à pessoa por meio de ações imediatas, atribuição inerente à função de proteção de direitos humanos, ante a impossibilidade de dar tutela efetiva a determinados casos de extrema gravidade e urgência se adotado o procedimento usual e prologando.

Os Estados-partes alvos de tal tutela excepcional devem observá-la não somente em decorrência do princípio da boa-fé que rege o Direito Internacional, portanto, mas também da prevalência dos direitos humanos, um dos princípios que guia o Brasil em suas relações internacionais. Isto posto, torna-se relevante questionar: tal recurso de aplicação fundamental tem tido eficácia em sua instituição no Estado brasileiro?

Para atender a esta problemática, buscou-se, por meio do método de abordagem dedutivo, analisar o escopo do Direito Internacional dos Direitos Humanos e das referidas tutelas de urgência dentro do contexto do sistema interamericano, para se observar o caso particular da eficácia da proteção dos direitos humanos em perigo de dano iminente e irreparável no Estado brasileiro. Fez-se uso das técnicas de pesquisa documental e bibliográfica, com análise de doutrina nacional e internacional especializada na matéria, artigos de jornais e revistas dirigidos ao público em geral e documentos pertinentes, como leis, tratados internacionais, repertórios de jurisprudência nacional e internacional.

No capítulo inicial, o presente estudo aduz os fundamentos da criação e a importância do papel do Direito Internacional dos Direitos Humanos, mormente para a consolidação de uma nova perspectiva do indivíduo como sujeito de direitos na ordem internacional independentemente de sua nacionalidade, permitindo assim sua proteção mesmo na falha da atuação estatal. Expõe-se, ademais, acerca da noção de responsabilidade internacional do Estado quando da violação dos direitos humanos, relevante para a efetivação da atuação internacional sobre um ente soberano. Finaliza-se introduzindo a concepção dos sistemas regionais



de proteção aos direitos humanos, com uma breve exposição do funcionamento dos sistemas atualmente ativos.

O capítulo subsequente discorre sobre o sistema interamericano, precipuamente dispendo sobre o núcleo normativo representado pela Convenção Americana de Direitos Humanos, para logo em seguida definir o procedimento e a atuação dos dois órgãos do sistema responsáveis por estabelecer a proteção internacional destes direitos nos países americanos, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

No derradeiro capítulo, para se demonstrar o escopo das medidas de urgência no sistema interamericano, estabelecem-se os aspectos gerais atinentes, como o âmbito de aplicação, os procedimentos e os exemplos de casos em que usualmente são utilizadas para proteger os direitos humanos na iminência de sofrerem grave violação. Por fim, apresentam-se os casos da Penitenciária Urso Branco e da usina hidrelétrica Belo Monte, em que as tutelas de urgência foram outorgadas para serem cumpridas pelo Estado brasileiro, uma pela Comissão e outra pela Corte Interamericana, aqui utilizados como parâmetro para a análise da eficácia da prevenção de violação grave dos direitos humanos no Brasil, bem como para a percepção do que influencia no procedimento de implantação das medidas e em sua executabilidade.

## 2 O PROCESSO DE INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A formação de um Direito Internacional dos Direitos Humanos resulta de um longo e dinâmico processo consubstanciado, primariamente, no reconhecimento destes direitos inerentes à pessoa como direitos subjetivos universais, passíveis de serem tutelados independentemente do vínculo de nacionalidade do indivíduo, inclusive em face do próprio Estado.

Diz-se longo porque a noção atual de direitos humanos foi construída de forma gradual e conjunta ao desenvolvimento dos estudos da própria razão humana, dinâmico porque se expandiu nos momentos históricos em que a humanidade precisou distanciar-se da

consciência ética coletiva da época e buscar novos conceitos para redefinir as acepções de pessoa e direito.

Konder Comparato (2010, p. 20-24) expõe que foi após a instituição da democracia grega, quando suprimido qualquer poder político superior ao próprio povo, que o ser humano passou a problematizar a própria condição de pessoa e se tornou objeto de análise e reflexão, como forma de buscar uma nova justificativa ética para a organização da vida humana em sociedade. Nestas condições, instaurou-se uma noção inicial de lei comum dos povos aplicável a todos os homens, pois todos seriam de igual natureza, ponto de partida para uma construção paulatina do conceito atual de pessoa e de seus direitos.

A consciência acerca dos direitos humanos passou a se consolidar através de marcos históricos como o surgimento e expansão da doutrina judaico-cristã de igualdade universal e posteriormente pelo progresso filosófico da reflexão sobre a razão, a exemplo dos postulados de Kant que trouxeram a compreensão do ser humano como todo ser racional que existe por si mesmo, nunca como meio para qualquer vontade, em patente valoração à dignidade inerente a todo indivíduo (COMPARATO, 2010, p. 24-36).

Esta evolução na concepção da condição humana refletiu, inevitavelmente, sobre o desenvolvimento paralelo da ciência jurídica, que almejou elevar a dignidade humana a valor central e irradiador dos demais direitos. Em decorrência das necessidades sociais, buscou-se inicialmente compreender os direitos humanos como direito natural e divino da humanidade, criada a partir da imagem de Deus e, depois, como resultado racional decorrente da característica da lei de ser criada pelos humanos e seus valores, possuindo então a função intrínseca de proteger princípios basilares que lhe são caros e indisponíveis sem distinção entre os indivíduos.

Denise Sousa, ao buscar um conceito de direitos humanos, observa que:

A expressão "direitos humanos" passou por significativas alterações ao longo dos tempos, não apresenta

um significado único ou pacífico na teoria político-jurídica contemporânea e, provavelmente, sequer na perspectiva filosófica. Tais direitos são essencialmente produto da história, provenientes de debates pela preservação da liberdade e pela instauração da igualdade, de tal modo que suas possibilidades de manifestação estão sempre abertas àquilo que esteja relacionado à natureza humana e à sua capacidade de expansão e realização (2010, p. 61).

Portanto, reafirma-se que a formulação e percepção dos direitos humanos encontram-se intimamente ligadas aos momentos históricos, como reflexo necessário das mudanças sociais e de transformações técnicas, "na medida em que estes não são um dado, mas um construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução" (PIOVESAN, 2012, p. 175).

O mesmo pode ser dito, conseqüentemente, em relação ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, construído após a Segunda Guerra Mundial como resposta às atrocidades que representaram completa desconsideração de todos os princípios fundamentais e concepções de direitos humanos sedimentados até a época e a partir da "crença de que parte destas violações poderia ser prevenida, se um efetivo sistema de proteção internacional dos direitos humanos existisse" (PIOVESAN, 2010, p. 38).

Fez-se necessário mais uma vez inovar no paradigma ético estabelecido, que no período anterior à Segunda Guerra já havia elevado os direitos humanos ao patamar de direitos fundamentais no âmbito das legislações internas de alguns Estados, e buscar a construção de um modelo de proteção internacional do indivíduo e de sua dignidade.

A forma pela qual Estado trata seus nacionais deixa de ser concebida como um problema limitado à jurisdição doméstica, decorrente da própria soberania, para se admitir intervenção no plano nacional, em prol da proteção dos direitos humanos, através de monitoramento e

responsabilização internacional pelos direitos violados (PIOVESAN, 2010, p.39).

É este processo de consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, da consequente responsabilidade internacional dos Estados por violação dos direitos humanos e da formação de uma integrada sistemática de proteção a estes direitos em níveis global e regionais que se pretende estudar a partir de agora.

## 2.1 A consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos

Conforme mencionado, costuma-se tratar a internacionalização dos direitos humanos como um fenômeno característico de um mundo Pós Segunda Guerra, cujo desenvolvimento pode se atribuir às violações aos direitos humanos cometidas em razão da ideologia nazista e à crença que o próprio conflito poderia ter sido evitado se existisse um sistema internacional efetivo de proteção dos direitos humanos após a Primeira Guerra Mundial (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, p. 29).

No entanto, elementos constitutivos da universalização destes direitos surgiram em diplomas anteriores à Segunda Guerra Mundial, conquanto com abrangência limitada.

A origem da formação de uma visão global dos direitos humanos é por vezes atribuída aos ideais iluministas do século XVIII, que resultaram nos primeiros diplomas normativos de direitos humanos voltados a disciplinar o controle do poder estatal, como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (SOUSA, 2010, p. 72).

Buergenthal, Shelton e Stewart (2009, p. 3-6), por outro lado, destacam o direito humanitário<sup>[1]</sup> como a primeira doutrina a externar o entendimento de que haveria limites à liberdade que os Estados usufruem no tratamento de seus próprios nacionais. Acentuam que, embora este argumento tenha sido distorcido e utilizado para justificar ocupações ou invasões em países mais fracos, é impossível olvidar sua relevância em calcar a compreensão de que a violação massiva de direitos humanos

poderia ser respondida através de intervenção humanitária<sup>[2]</sup> coletiva de organizações internacionais ou de outros Estados.

Em seguida, ainda em relativização da soberania dos Estados, aponta-se a contribuição da Liga das Nações ao processo de internacionalização dos direitos humanos. Criada após a Primeira Guerra Mundial para promover a cooperação, a paz e a segurança internacional, sua Convenção apresentava dispositivos em que se estabeleciam sanções econômicas e militares a serem impostas pela comunidade internacional contra os Estados que violassem obrigações previstas relativas aos direitos humanos. Incorporou-se à noção de soberania, portanto, compromissos internacionais no que diz respeito a estes valores fundamentais (PIOVESAN, 2012, p. 178-179).

Nesse contexto, vale ainda mencionar que

Também contribuiu para a internacionalização dos direitos humanos a Organização Internacional do Trabalho (OIT), instituída pela parte XIII do Tratado de Versalhes como uma das agências da supramencionada Liga das Nações, por visar à promoção da instituição de padrões internacionais de condições de trabalho, estabelecendo um rol de direitos consagrados a todos os trabalhadores, independentemente da nacionalidade (SOUSA, 2010, p. 74).

Destarte, os pilares para a concretização do Direito Internacional dos Direitos Humanos após a Segunda Guerra foram previamente estabelecidos, notadamente no que concerne o distanciamento do conceito da soberania estatal como fonte única e isolada à salvaguarda dos direitos humanos de seus nacionais.

Embora renunciando o fim desta era do tratamento do indivíduo como problema exclusivamente de jurisdição doméstica, a consolidação efetiva da globalização dos direitos humanos teve como propulsão definitiva os horrores do nazismo, movimento que veio a demonstrar a ineficácia dos preceitos até então estabelecidos, afastando todo o avanço

alcançando na formação de direitos universais das pessoas com a lógica da destruição e descartabilidade da pessoa humana. Narra-se que

Ao dar entrada num campo de concentração nazista, o prisioneiro não perdia apenas a liberdade e a comunicação com o mundo exterior. Não era, tão só, despojado de todos os seus haveres: as roupas, os objetos pessoais, os cabelos, as próteses dentárias. Ele era, sobretudo, esvaziado do próprio ser, da sua personalidade, com a substituição altamente simbólica do nome por um número, frequentemente gravado no corpo, como se fora a marca de propriedade de um gado. O prisioneiro já não se reconhecia como ser humano, dotado de razão e sentimentos: todas as suas energias concentravam-se na luta contra a fome, a dor e a exaustão (COMPARATO, p. 35-36).

Estas duras lições legadas pelo Holocausto evidenciaram que o desafio já não se tratava de proteger indivíduos sob certas condições ou em situações circunscritas, como tinha ocorrido até ali, mas de proteger o ser humano como tal. "Se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução" (PIOVESAN, 2012, p. 184).

Desta constatação resultou a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, pela recém-criada Organização das Nações Unidas (ONU), ponto de partida para o desencadeamento do processo de generalização da proteção dos direitos humanos (TRINDADE, 2000, p. 23-24).

Com efeito, introduziu-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos uma noção contemporânea de direitos humanos universais e inter-relacionados, em um modelo que "trata direitos humanos internacionalmente reconhecidos holisticamente, como uma estrutura indivisível em que o valor de cada direito é significativamente ampliado pela presença de vários outros<sup>[3]</sup>" (DONELLY, 2003, p. 27).

Nesse sentido, Flávia Piovesan desenvolve tais características de universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos na Declaração Universal:

Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais (2011, p. 41).

Contudo, ainda que um novo paradigma ético tenha indiscutivelmente se formado a partir deste diploma, o que para Bobbio (2004) representou o início de uma derradeira etapa de posituação universal dos direitos humanos<sup>[4]</sup>, sua força vinculante permanece ainda em debate, tendo em vista que tecnicamente tem caráter apenas de recomendação aos membros da Assembleia Geral das Nações Unidas.

Konder Comparato (2010, p. 238-239) defende a vigência das terminações da Declaração Universal dos Direitos Humanos salientando que o Direito Internacional não se limita aos tratados e convenções, também se constituindo pelo costumes e princípios gerais de direito, de forma que a Declaração, como reconhecimento universal dos valores supremos da igualdade, liberdade e fraternidade e tratando do princípio da dignidade humana, representa norma imperativa do Direito Internacional geral<sup>[5]</sup>.

De qualquer forma, reconhece-se que a Declaração Universal foi o primeiro instrumento abrangente de direitos humanos promulgado por

uma organização internacional prescrevendo direitos individuais políticos, econômicos, sociais e culturais como vida, liberdades, segurança, proibição de tortura, processo justo em matéria criminal ou cível, presunção de inocência, privacidade, propriedade e educação, dentre muitos outros, o que levou à comunidade internacional a atribuí-la uma posição moral e normativa especial (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, p. 38-46).

Para efetivar estas disposições e tornar expressa a vinculação dos Estados, à Comissão de Direitos Humanos, órgão subsidiário do Conselho Econômico e Social da ONU, incumbiu a redação de dois documentos com estrutura de tratados, visando criar mecanismos de controle internacional para o monitoramento dos Estados no cumprimento de suas obrigações e de punição para as violações eventualmente praticadas, originando o Pacto sobre Direitos Cíveis e Políticos e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (SOUSA, 2010, p. 84-85).

A decisão de se criarem dois Pactos e não um só decorreu de uma errônea compreensão de que os direitos cíveis e políticos eram suscetíveis de aplicação imediata, requerendo obrigações de abstenção por parte do Estado, enquanto os direitos econômicos, sociais e culturais eram passíveis apenas de aplicação progressiva, a partir de uma atuação estatal positiva<sup>[6]</sup>.

O processo de elaboração dos Pactos prolongou-se por mais de vinte anos (1947 a 1966) por fatores como as diferenças decorrentes dos conflitos ideológicos do mundo bipolarizado da época, obtendo sucesso em conciliá-los para expandir e garantir força normativa incontestada ao rol de direitos expressamente expostos na Declaração Universal<sup>[7]</sup> (TRINDADE, 2000, p. 31-35).

Estes três documentos - Declaração Universal dos Direitos Humanos e os dois Pactos - compuseram a "International Bill of Rights", ou Carta Internacional de Direitos Humanos, representando a instituição da ordem normativa de um sistema global de proteção aos direitos humanos.

Outros tratados vieram a cristalizar e aperfeiçoar os mecanismos de proteção internacional destes direitos, fortalecendo a noções de indivisibilidade e universalidade que lhes é inerente, como a Proclamação de Teerã de 1968 e a Declaração de Viena de 1993 (decorrentes,



respectivamente, da primeira e segunda Conferência Mundial de Direitos Humanos), e expandindo o foco a direitos específicos, a exemplo da Convenção sobre Direitos Políticos da Mulher, de 1952, da Convenção Adicional sobre Abolição de Escravatura e do Tráfico de Escravos, de 1956, e da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1965 (SOUSA, 2010, p. 86-92).

Formou-se, assim, o aparato do Direito Internacional dos Direitos Humanos, voltado à proteção de indivíduos ou grupos em face de violações de seus direitos internacionalmente garantidos, assim como à promoção destes direitos (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, p. 1).

A implementação dos direitos humanos passa a atuar como tema legítimo de interesse internacional, fruto da percepção gradual de que a proteção dos direitos básicos da pessoa humana não se esgota, e nem poderia se esgotar, na atuação do Estado (TRINDADE, 1991, p. 4-5).

A normativa internacional sobre os direitos humanos se consagra, então, sobre dupla lógica: "a lógica da supremacia do indivíduo, como ideal do Direito Internacional e a lógica realista, da busca da convivência e cooperação pacífica entre os povos, capaz de se encontrada através do diálogo na proteção dos direitos humanos" (RAMOS, 2002, p. 19-20).

Para sua efetivação, contudo, além da existência de um corpo legislativo, fez-se necessária uma evolução na interpretação dos tratados internacionais relativos aos direitos humanos e nos próprios conceitos de soberania e domínio reservado de jurisdição dos Estados, bem como do princípio da não intervenção.

De fato, ao aceitarem as obrigações internacionais no campo dos direitos humanos, os próprios Estados tornam infundadas quaisquer alegações de "domínio reservado" ou de "ofensa à soberania" porventura ventiladas<sup>[8]</sup> (RAMOS, 2002, p. 23).

Para Cançado Trindade, esta pretensa "competência nacional exclusiva"

[...] afigura-se como um reflexo, manifestação ou particularização da própria noção de soberania, inteiramente inadequada ao plano de relações internacionais, porquanto originalmente concebida, tendo em mente o Estado *in abstracto* (e não em suas relações com outros Estados), e como expressão de um poder *interno*, de uma supremacia própria de um ordenamento de subordinação, claramente distinto do ordenamento internacional, de coordenação e cooperação, em que todos os Estados são, a demais de independentes, juridicamente iguais. Nos dias de hoje, não há como sustentar que a proteção dos direitos humanos recairia sob o chamado "domínio reservado do Estado", como pretendiam certos círculos há cerca de três ou quatro décadas atrás (1991, p. 4).

Conforme mencionado, a ideia de relativização da soberania estatal precedeu a constituição do sistema global de proteção de direitos humanos, mas foi a partir da perspectiva de defesa aos direitos universais do indivíduo que esta se tornou o cerne dos tratados internacionais, que passam inclusive a perder sua natureza sinalagmática para beneficiar um interesse supraestatal.

Isso porque a preocupação internacional que gerou a globalização de outros temas difere da internacionalização de direitos humanos. Apesar da proteção local dos direitos humanos, em regra, não afetar *per se* os interesses dos cidadãos de outro Estado, se tornou essencial à governabilidade internacional em um mundo de polaridades indefinidas e fator-chave para a convivência entre os povos. Passa a se tratar, portanto, de condição de legitimidade dos próprios Estados (RAMOS, 2002, p. 18-19).

Tem-se, assim, que em matéria de tratados sobre proteção dos direitos humanos, a reciprocidade comum nos tratados internacionais é suplantada pela noção de garantia coletiva e pelas considerações de interesse comum ou geral superior. Tais tratados incorporam obrigações de caráter objetivo, que transcendem os meros compromissos recíprocos entre

as partes e se voltam à defesa dos direitos do ser humano e não dos direitos dos Estados<sup>[9]</sup> (TRINDADE, 1991, p. 10-12).

Um Estado, frente a um tratado multilateral de direitos humanos, assume obrigações para com indivíduos, independentemente da nacionalidade, e não para com outro Estado contratante. Afasta-se, no Direito Internacional de Direitos Humanos, a noção contratualista dos tratados, que exige contraprestação e trata de interesses materiais estatais, para instituir-se uma obrigação com a sociedade internacional (RAMOS, 2002, p. 25-35).

Ademais, outra importante consequência e evolução a partir da redução do domínio reservado do Estado, além da revisão da noção tradicional de soberania absoluta, foi a consolidação da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera universal na condição de sujeito de direitos (PIOVESAN, 2011, p. 40).

Não obstante o constante debate no Direito Internacional acerca da definição de sujeitos de Direito Internacional, condição inicialmente reconhecida apenas aos Estados e às organizações internacionais, o entendimento de que o indivíduo é sujeito de direito interno e de Direito Internacional, gozando de plena capacidade processual para requerer a proteção dos direitos humanos em juízo, tem se firmado de forma gradativa<sup>[10]</sup> (SOUSA, 2010, p. 47-59).

O referido caráter objetivo das obrigações de respeito a direitos humanos assumidos pelo Estado evidencia que se tutela o interesse do indivíduo, e não uma vantagem material do Estado, em situação contraditória com a personalidade jurídica do indivíduo na seara internacional, quando não reconhecida, pois a exigibilidade desta proteção estaria restrita apenas ao próprio Estado ou a uma organização internacional (ANNONI, 2009, p.34)

Tal dicotomia foi solucionada pela admissão da legitimidade ativa do indivíduo em acionar o Estado perante órgãos internacionais em situações concernentes à proteção dos direitos humanos.

Sobre o processo de reconhecimento de capacidade processual do indivíduo, Cançado Trindade observa que

Fator determinante da posição da posição dos indivíduos em um sistema de proteção internacional reside no reconhecimento de sua capacidade processual, i. e., de seu direito de recorrer a um órgão de supervisão internacional. No passado, a negação de seu *status* internacional aos indivíduos (capacitados a agir apenas através de seus próprios Estados) enfatizou de modo grave as conotações políticas das relações interestatais para a solução de reclamações ou litígios. O reconhecimento e a cristalização da capacidade processual dos indivíduos (tornando irrelevante o vínculo de nacionalidade) do direito de petição individual a nível internacional vieram, assim, no contexto da proteção dos direitos humanos, a sanar e superar as insuficiências e os defeitos do sistema tradicional de proteção diplomática interestatal discricionária. No novo sistema de proteção, em que se reconheceu acesso direto dos indivíduos a órgãos internacionais, tornou-se patente o reconhecimento de que os direitos humanos protegidos são inerentes à pessoa humana e não derivam do Estado" (1991, p.7).

A possibilidade de comunicação individual da vítima de violação de direitos humanos a órgão internacional, embora já presente na sistemática da Liga das Nações<sup>[11]</sup> e da Organização Internacional do Trabalho (OIT), não possuía caráter judicial. Esta acessibilidade foi aprimorada na era das Nações Unidas, pela capacidade da vítima de realizar o peticionamento individual perante órgãos internacionais, desvinculando-se da aplicação apenas indireta do Direito Internacional através da jurisdição do Estado<sup>[12]</sup> (SOUSA, 2010, p. 47-53).

Contudo, da mesma forma que se passa a reconhecer o indivíduo como titular de direitos de caráter internacional, com capacidade para postulá-los frente a órgãos internacionais, este também se torna capaz de

figurar o pólo passivo da proteção aos direitos humanos, quando violar as normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário, pois a condição de sujeito pleno de direito no Direito Internacional seria sustentável apenas se passível de proteção ou punição pelas normas internacionais (ANNONI, 2009, p. 25)[13].

Destarte, a sedimentação tanto do acesso quanto da responsabilização do indivíduo na violação de direitos humanos se mostram fundamentais à consolidação da proteção no âmbito internacional e, conseqüentemente, à efetivação do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Pretende-se proteger, com a instituição de um padrão ético universal[14], o reconhecimento internacional de todos os seres humanos como tal, em uma ordem jurídica onde a dignidade possa ser sobreposta, o que pressupõe uma ordem internacional passível de averiguação e controle dos mais diversos sujeitos.

Sustenta-se, assim, a relevância de uma limitação no poder do Estado sobre os direitos dos indivíduos, atingida pela internacionalização dos direitos humanos, bem como a necessidade de assegurar sua eficácia estabelecendo a responsabilidade internacional dos agentes violadores destes direitos, como possibilidade de reação do sujeito prejudicado e de garantia da ordem jurídica estabelecida.

## 2.2 Responsabilidade do Estado por violações de direitos humanos

A responsabilização pelos atos do Estado que violem direitos humanos é fundamental à proteção internacional eficaz, além de constituir o cerne da própria necessidade de internacionalização destes direitos.

Se inexistente a possibilidade de responsabilizar um ente soberano em âmbito internacional, as vítimas destas transgressões restariam à mercê da reparação pelo próprio Estado violador, quedando-se em uma proteção ineficiente e contraditória ao desenvolvimento da concepção universal dos direitos humanos como aspecto basilar à condição humana.

No entanto, embora presente no Direito Internacional anteriormente ao processo de generalização dos direitos humanos, a noção de

responsabilidade do Estado não se mostrava adequada à defesa eficaz destes direitos no modelo originário de proteção diplomática.

Pautada na nacionalidade e na soberania estatal, a proteção diplomática consiste em faculdade do Estado para seus nacionais em território estrangeiro. O dano de um nacional ao qual foi estendida a proteção diplomática seria considerado dano indireto ao Estado de origem, perante o qual o ente violador deve se responsabilizar (ANNONI, 2009, p. 34-35).

Adaptava-se de forma coerente, notadamente até a década de sessenta do século XX, às necessidades dos conflitos bilaterais e circunscritos à esfera econômica, mas tornou-se insuficiente conforme a complexidade das relações internacionais Pós Guerra e a regulamentação da proteção de direitos humanos expôs a necessidade de uma expansão interestatal da defesa do indivíduo (GÓIS, 2011, p. 41).

A responsabilidade pela violação dos direitos humanos se distancia desta proteção diplomática, porquanto, conforme já esclarecido, o reconhecimento da internacionalização dos direitos humanos somente foi possível a partir de uma relativização gradual do conceito de soberania, o que permite que a responsabilidade do Estado violador transcenda qualquer relação com a nacionalidade do indivíduo ou com uma atribuição do poder soberano.

O caráter objetivo dessa proteção internacional, anteriormente ressaltado, também é, em consequência, um fator relevante na compreensão da responsabilidade internacional no que concerne a proteção dos direitos humanos. Tendo em vista a natureza distinta dos tratados internacionais que discorrem sobre a matéria, os quais não possuem a função de tutelar interesse material próprio dos Estados, mas sim um interesse comum e superior, é desejável que a fiscalização e o controle do cumprimento destas obrigações pela conduta estatal sejam entregue a terceiros (RAMOS, 2002, p. 34).

Sob estas premissas, dois mecanismos de constatação da responsabilidade internacional do Estado foram desenvolvidos.

O primeiro deles, o mecanismo unilateral, permite que um ou diversos Estados possam se reconhecer vítimas de violação aos direitos humanos perpetrado por outro ente soberano, ainda que a transgressão tenha se limitado aos nacionais do próprio Estado violador. Assemelha-se, portanto, ao que ocorre nas violações referentes aos tratados comerciais bilaterais<sup>[15]</sup> (ANNONI, 2009, p. 54-55).

O Estado que afirmar ter havido violação de seu direito irá primeiramente analisar de forma livre o pretense fato ilícito, para em seguida requerer reparação ou até mesmo sancionar o dito Estado ofensor, se aquela não for atendida. Com o Estado alegadamente prejudicado na condição de juiz e parte, nota-se que muito se perde em objetividade e imparcialidade na aferição da conduta internacional lesiva (RAMOS, 2002, p. 39-41).

Acerca destas características, observa-se ainda que

O efeito devastador na utilização do mecanismo unilateral de responsabilização é, além da sua generalização e banalização, o uso indevido de pressão política e econômica de Estados mais fortes econômica e militarmente, o que choca o princípio de não intervenção em assuntos domésticos, consubstanciados no art. 2º, §7º, da Carta das Nações Unidas (ANNONI, 2009, p. 55).

Assim, por esta possibilidade de submissão a interesses econômicos e políticos, viabilizando a subserviência dos Estados em posição desvantajosa, a utilização do mecanismo unilateral foi deslocada para uma condição subsidiária ao denominado mecanismo coletivo ou institucional, que implica o processamento e julgamento do Estado por um órgão internacional.

O processo coletivo de responsabilização internacional dos Estados consiste na verificação da conduta estatal por órgãos especializados em processá-los e julgá-los, obedecendo aos ditames do devido processo legal e parâmetros estabelecidos em normas jurídicas internacionais tanto para o

ofensor quanto para o ofendido<sup>[16]</sup>. Procura-se evitar, desta forma, a seletividade e parcialidade características do mecanismo unilateral (ANNONI, 2009, p. 55-56).

Inicialmente, para que se dê uma averiguação e reconhecimento desta responsabilização de maneira conforme aos preceitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como pretendem estes órgãos, faz-se necessário verificar a caracterização dos elementos da responsabilidade internacional.

A incidência de responsabilidade internacional, de uma forma geral, decorre de uma conduta internacionalmente ilícita de que resulte afronta ao Direito Internacional, seja a um princípio geral, regra costumeira ou dispositivo de tratado em vigor. Violado o dever jurídico internacional, surge a responsabilidade do Estado violador de reparar na proporção do prejuízo causado (GÓIS, 2011, p. 33-35).

Neste âmbito, a teoria da natureza subjetiva da responsabilidade, acatada no ordenamento jurídico pátrio, em que se afere a culpa, ou seja, a atuação negligente, imprudente ou imperita na concretização do fato internacionalmente ilícito, resta ultrapassada, bastando que fique caracterizada a referida violação às normas internacionais. Com efeito, torna-se preterível que a conduta seja comissiva, bastando que o Estado tenha se omitido quando tivesse o dever legal de atuar, de impedir a lesão causada (ANNONI, 2009, p. 39-42).

No que concerne à proteção aos direitos humanos, o requisito toma feições ainda mais amplas. Mesmo que a conduta estatal prejudicial aos direitos humanos, comissiva ou omissiva, não configure violação de norma do Direito Internacional, gera-se sua responsabilidade internacional. Destarte, a mera omissão do Estado em não sancionar responsáveis por violações de direitos humanos na ordem interna, por exemplo, embora não viole expressamente à norma de Direito Internacional, configura ofensa aos direitos humanos (ANNONI, 2009, p. 43).

Destaca-se que é indiferente que este ato internacionalmente ilícito viole ou não, concomitantemente, a lei doméstica de um Estado (GÓIS, 2011, p. 35).



Esta ofensa aos direitos humanos, componente da responsabilidade internacional, deve corresponder a um resultado lesivo ocasionado pelo desdobramento daquele ato, elementos que remetem ao nexo de causalidade e o dano da responsabilidade civil.

Trata-se, aqui, da mera lesão aos direitos, dispensando o dano material que, se ocorrer, será apenas uma confirmação da lesão a normas de direito material. Desta identificação da conduta com seu resultado decorre que "o dano passa a ser inerente à comprovação do fato internacionalmente ilícito, o que equivale a uma absorção do dano pelo conceito de ilicitude" (ANNONI, 2009, p. 53).

Assim, caracterizado o fato internacionalmente ilícito, por ação ou omissão estatal, causador de dano aos direitos humanos, ainda que aparentemente não haja dano material a ser reparado, está qualificada a responsabilidade internacional do Estado.

Como resultado desta constatação, no modelo coletivo de responsabilização, os órgãos internacionais emitem decisões e recomendações de naturezas distintas, usualmente classificadas nas modalidades de supervisão, controle e tutela.

Em síntese, tem-se que a supervisão corresponde a uma forma de pressão ou indução aos Estados para introduzirem a garantia dos direitos humanos no ordenamento interno e efetivar tal garantia, através de uma recomendação não-vinculante. No controle estrito senso, por sua vez, averigua-se as possíveis violações e cobra-se dos Estados a reparação das vítimas. A modalidade de tutela, por fim, consiste em uma jurisdição internacional imparcial de deliberações com força vinculante, instaurada com o escopo de realizar uma restauração compulsória da legalidade internacional (RAMOS, 2002, p. 106-108).

As decisões de tutela buscam dar maior eficácia à obrigação objetiva internacional dos Estados de proteção aos direitos humanos, através de sua exigibilidade em âmbito global e regionais, como se verá à frente.

Referida jurisdição internacional, apta a zelar pelo respeito aos direitos humanos em nível internacional, possui, no entanto, natureza subsidiária e complementar ao dever primário do Estado de salvaguarda a estes direitos.

Independentemente do debate doutrinário instaurado acerca do esgotamento dos recursos internos do Estado frente ao nascimento de sua responsabilidade internacional, se elemento ou requisito meramente processual desta<sup>[17]</sup>, importa ressaltar que, atualmente, o fundamento da atuação primária da jurisdição local na defesa dos direitos humanos não advém da soberania estatal, como é de fácil inteligência tendo em vista os já analisados alicerces do Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas da necessidade do Estado de garantir os direitos humanos através do estabelecimento de recursos aos jurisdicionados (RAMOS, 2002, p. 113-115).

Conforme analisa Cançado Trindade (1991, p. 19-21), a regra do esgotamento dos recursos internos nos direitos humanos é hoje abordada de modo positivo, ou seja, tais recursos são tidos como elemento integrante do próprio sistema de proteção aos direitos humanos, com a ênfase deslocada do processo de esgotamento para ao elemento da reparação propriamente dita<sup>[18]</sup>, comportando inclusive flexibilização se a administração da justiça local denegar justiça, houver atrasos indevidos ou outras irregularidades processuais graves.

A atuação estatal na proteção dos direitos humanos não se limitará, no entanto, à prestação jurisdicional, restando toda a Administração Pública, no caso brasileiro,

[...] comprometida com a implementação dos acordos firmados em nome do Estado. Sendo assim, todos os três os Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), nas esferas federal, estadual e municipal, deverão tomar as medidas cabíveis em seu âmbito de atuação para o fiel cumprimento das obrigações acertadas (COELHO, 2008, p. 45-46).

Esgotados os procedimentos cabíveis internos ou flexibilizada esta exigência, os direitos humanos violados deverão ser tutelados por órgãos internacionais, instituídos em uma sistemática global e diversos sistemas regionais complementares que também constituem o conjunto institucional de proteção aos direitos humanos.

### 2.3 Os sistemas global e regionais de proteção aos direitos humanos

Destacados os aspectos que levaram à universalização dos direitos humanos e as consequências deste novo viés na ordem jurídica internacional, é inferível que o implemento desses direitos de forma eficaz necessitaria da criação de uma sistemática internacional de monitoramento e controle, partindo da noção de obrigação internacional dos Estados em preservar os direitos humanos, sob pena de responsabilização.

O reconhecimento universal de direitos humanos fundamentais, conforme já explicitado, se deu com o advento da Declaração dos Direitos Humanos, em 1948, mas sua "juridicização" conclui-se apenas em 1966 com a elaboração dos dois Pactos internacionais e a decorrente formação da Carta Internacional dos Direitos Humanos, que inaugura o sistema global de proteção dos direitos humanos (PIOVESAN, 2012, p. 225-226).

Tal sistema veio a ser ampliado posteriormente por diversos outros instrumentos direcionados a específicas violações dos direitos humanos como o genocídio, a tortura, as discriminações raciais e contra as mulheres e o desrespeito ao direito das crianças e dos idosos, que passaram atuar de forma complementar ao sistema geral nuclear já instituído pela Carta Internacional (SOUSA, 2010, 112-123).

Contudo, a proteção aos direitos humanos no sistema global restringe-se aos chamados "power of shame" e "power of embarrassment", ou seja, à pressões de natureza política da comunidade internacional. Isso porque inexistente um órgão jurisdicional ou de capacidade sancionatória ligado aos direitos humanos na ONU e, conseqüentemente, resta prejudicada a responsabilização dos Estados por violação dos direitos humanos no sistema global (PIOVESAN, 2011, p. 177-178).

Como resultado, tem-se um regime com normas extensivas, coerentes e amplamente aceitas, mas extremamente limitado em seus poderes sancionatórios, voltado fundamentalmente, portanto, apenas à promoção da proteção dos direitos humanos (DONNELLY, 2003, p. 135-138).

Já a efetiva tutela aos direitos da pessoa cabe, quando o Estado se demonstra ineficaz no cumprimento de sua obrigação primária, aos órgãos internacionais dos sistemas regionais, constituídos a partir de instrumentos específicos e abrangentes de áreas geográficas distintas, observando as necessidades e peculiaridades políticas, econômicas, culturais e sociais de cada região.

Assim, enquanto o sistema global não possui limitação geográfica ou de conteúdo, os sistemas regionais são criados para estabelecer atuação especializada nos continentes onde já foram organizados, a exemplo da Europa, da África e das Américas (SOUSA, 2010, p. 95-99).

Os sistemas global e regionais foram instituídos de forma a não serem dicotômicos, e sim complementares, em composição de um instrumento universal de proteção aos direitos humanos que interage em benefício dos indivíduos protegidos. Somam-se, portanto, com o fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais, em respeito à primazia da pessoa humana (PIOVESAN, 2011, p. 42).

O primeiro dos sistemas regionais criado foi o europeu, como consequência direta do quadro incipiente de integração europeia no Pós Guerra, surgindo com a esperança de se implantar naquele continente um paradigma mínimo de proteção aos direitos humanos afeto a todos os países do bloco, a partir da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, de 1950 (MAZZOULI, p. 49-51).

O texto da Convenção Europeia retomou os direitos e princípios da Declaração Universal e, para garanti-los, impôs obrigações aos Estados.

Estabeleceu-se um sistema de controle em que se permitiu tanto aos Estados quanto aos indivíduos, em sua posição conquistada de sujeito de Direito Internacional, proporem denúncias acerca de violações aos direitos humanos caso se considerassem vítimas de violações por conduta dos Estados-partes da Convenção (SOUSA, 2010, p. 126-127).

Acerca da competência dos órgãos componentes do sistema europeu, que viria a inspirar todos os sistemas regionais e o mecanismo de responsabilização internacional atual, Ramos destaca que

[...] a originalidade da Convenção Européia de Direitos Humanos reside justamente no mecanismo coletivo de proteção dos direitos humanos, que se baseia na existência de um órgão de investigação e conciliação (Comissão Européia de Direitos Humanos, existente até novembro de 1998), além de um órgão político de aferimento de responsabilização (Conselho de Ministros do Conselho da Europa) e de um órgão judicial de responsabilização dos Estados (a Corte Européia de Direitos Humanos) (2002, p. 186).

Muito semelhante se deu a estruturação do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, que teve como instrumento basilar a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 e constituiu-se com a atribuição de funções extras à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a instituição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão consultivo e jurisdicional (DONNELLY, 2003, p. 141-143).

Em paralelo ao que ocorreu após a Declaração Universal, o estabelecimento da Convenção Americana deu ensejo a uma série de outros instrumentos internacionais complementares e específicos que reforçaram o arcabouço jurídico do sistema interamericano, a exemplo do Protocolo Adicional à Convenção Americana, que tratou de direitos sociais, econômicos e culturais, previstos naquela Convenção apenas de forma genérica (HANASHIRO, p. 31-35).

À Comissão e à Corte de Direitos Humanos atribuiu-se a função de resguardar, com procedimentos distintos, porém integrados, direitos humanos juridicamente fundados nos diversos instrumentos voltados à sua defesa, atuando exclusivamente em uma região que apresenta um duplo desafio: "romper em definitivo com o legado da cultura autoritária-ditatorial e consolidar o regime democrático, com o pleno respeito aos direitos humanos, amplamente considerados - direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais" (PIOVESAN, 2010, p. 80).

O Brasil, ainda influenciado pelas reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais e pela cultura da violência e impunidade, foi um dos últimos Estados a reconhecer a competência jurisdicional da Corte Interamericana, o que só ocorreu em dezembro de 1998 (PIOVESAN, 2011, p. 143).

O sistema africano, por sua vez, ostenta desafio diverso.

Desenvolvido com base na Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, de 1981, surgiu com forte ênfase nas temáticas das distinções regionais, dos valores culturais, da erradicação do colonialismo e do relacionamento do indivíduo e de grupos de indivíduos com o Estado. Volta-se, particularmente, à situação econômica e de subdesenvolvimento em que se encontra parte majoritária dos países africanos e à batalha pela autodeterminação (SOUSA, 2010, p. 162-163).

Trata-se do mais recente e incipiente sistema regional, que inicialmente contava apenas com a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, órgão de promoção aos direitos humanos, com funções de mediação e conciliação. Um órgão com o poder de adotar decisões juridicamente vinculantes, a Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, foi eventualmente constituído após o reconhecimento que a proteção de direitos humanos carecia de maior legalismo, mas este ainda enfrenta problemas com a aceitação da jurisdição pelos Estados e com uma atuação independente e íntegra, bem como com a escassez de recursos financeiros (PIOVESAN, 2011, p. 161-175).

Dessa forma, afere-se que as diferenças entre os sistemas regionais são mais de ordem cultural do que propriamente jurídicas, e visam um

objetivo comum: a salvaguarda dos direitos humanos de quaisquer pessoas sujeitas à jurisdição de um Estado-parte, independentemente de sua nacionalidade. Qualquer cidadão do mundo que sofrer violações de direitos humanos no Brasil poderá, portanto, peticionar junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos para reivindicar a responsabilização estatal (MAZZUOLI, 2011, p. 16).

Além dos prismas morais e políticos, os sistemas regionais possibilitaram, assim, a gradual consolidação de uma arquitetura protetiva internacional também no plano jurídico, com procedimentos e mecanismos direcionados à salvaguarda de um modelo protetivo mínimo concernente à dignidade humana (PIOVESAN, 2011, p. 177).

É sob estas premissas de internacionalização da defesa aos direitos humanos em uma sistemática global e regional focada na eficácia da aplicação desses direitos que se estudará o organismo de proteção internacional com competência sobre o Estado brasileiro, o sistema interamericano de direitos humanos, para que posteriormente possa se analisar se sua tutela tem se efetivado à luz das particularidades nacionais e dos instrumentos existentes neste sistema regional.

### 3 O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, conforme anteriormente mencionado, foram criados para atuar de forma complementar ao sistema global, integralizando a estrutura do Direito Internacional dos Direitos Humanos e atendendo também às peculiaridades políticas, econômicas, culturais, sociais e morais de cada área.

É nesse contexto estabelecido de internacionalização e cooperação na proteção dos direitos humanos que se concretizam os fundamentos para a criação do sistema interamericano.

No que concerne aos países latino-americanos, principalmente, a proteção ao indivíduo independentemente do vínculo de nacionalidade se tornou essencial em decorrência da "baixa densidade de Estados de Direito

e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico" (PIOVESAN, 2011, p. 123).

Isso por que

ao longo dos regimes ditatoriais que assolaram os Estados na região, os mais básicos direitos e liberdades foram violados, sob as marcas das execuções sumárias; dos desaparecimentos forçados; das torturas sistemáticas; das prisões ilegais e arbitrárias; das perseguições políticas-ideológicas; e da abolição das liberdades de expressão, reunião e associação (PIOVESAN, 2011, p.123-124).

Porém, as origens de um sistema americano de verificação da responsabilidade do Estado por violação dos direitos humanos pode ser remetida ao chamado movimento pan-americano, liderado pelos Estados Unidos e instaurado com a realização da Primeira Conferência Americana de Washington, de outubro de 1889 a abril de 1890, tendo como escopo incentivar uma maior interação entre os países do continente americano e, conseqüentemente, promover seu desenvolvimento (COELHO, 2008, p. 55).

Várias reuniões interestatais foram realizadas durante a primeira metade do século XX<sup>[19]</sup>, buscando esta cooperação através de diplomacia e tratados multilaterais. Contudo, os resultados não foram significativos, pois os acordos firmados constituíam-se em meras declarações de vontade e de boa vizinhança. Uma das formas encontradas para garantir a eficácia desses acordos foi a aprovação da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), em 2 de abril de 1948, que entrou em vigor em 13 de dezembro de 1951 (COELHO, 2008, p. 55-56).

A partir de então, a já existente Associação das Nações Americanas ou União das Repúblicas Americanas passou-se a denominar-se Organização dos Estados Americanos, organismo regional da ONU (SOUSA, 2010, p. 137).

Tal documento, assinado durante a IX Conferência de Ministros das Relações Exteriores, em Bogotá, estabeleceu a base convencional e



institucional a este ideário pan-americano. Possuía, contudo, disposições apenas em termos genéricos em relação aos direitos humanos, não definindo quais seriam esses direitos ou qualquer mecanismo para promovê-los ou protegê-los (HANASHIRO, 2001, p. 29).

Na mesma oportunidade também foi adotada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, seis meses antes da Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento que foi considerado a "interpretação autêntica dos dispositivos genéricos da Carta da OEA" (SOUSA, 2010, p. 136).

Diferente dos outros instrumentos de proteção aos direitos humanos, a Declaração Americana se destacou por não estabelecer apenas os direitos, mas também os deveres dos cidadãos perante a sociedade, a exemplo de, dentre outros, o dever de pagar impostos, de assistência e previdências sociais e de abster-se de atividades políticas em países estrangeiros. No entanto, à semelhança da Declaração Universal, não criou obrigações jurídicas contratuais, sendo apenas uma "declaração de princípios" sem entendimento pacífico acerca de sua força coercitiva total (HANASHIRO, 2001, p. 30)[20]-[21].

Estes instrumentos formaram a estrutura basilar de leis e instituições constituídas no âmbito dos países americanos para promover e proteger os direitos humanos, as quais acabaram por se desenvolver em um sistema com duas fontes legais distintas, um construído a partir da Carta da OEA e da referida Declaração Americana, abrangendo todos os países membros da Organização[22], e outro criado pela Convenção Americana de Direitos Humanos, vinculante apenas aos países que a ratificaram (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, p. 256-258).

O primeiro sistema tem seu funcionamento através de órgãos como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Conselho Interamericano para o Desenvolvimento Integral, a Assembleia Geral e o Conselho Permanente da OEA (SOUSA, 2010, p. 138).

A Assembleia Geral se reúne uma vez por ano em sessão regular e em quantas vezes em sessões especiais forem necessárias, sendo o órgão

supremo de decisões políticas no sistema da OEA (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, p. 257). Nessa condição, também se apresenta como órgão final encarregado da responsabilização internacional do Estado em face do descumprimento dos direitos fundamentais da Carta da OEA e da Declaração Americana (SOUSA, 2010, p. 139).

Para isto depende da atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão que atua nos dois sistemas e tem atribuições muito semelhantes em ambos, podendo formular recomendações aos governos em prol da implementação dos direitos humanos, elaborar estudos e relatórios, solicitar informações e realizar investigações *in loco* nos Estados (COELHO, 2008, p. 62-63).

Tal sistema da Carta da OEA, no entanto, tem aplicação mais geral e política, além de menos estruturada, que aquele instituído pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

É neste último que esse estudo se concentrará, pois nele se destaca a atribuição jurisdicional do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e, conseqüentemente, sua maior efetividade, muito embora se aplique somente aos Estados signatários da Convenção.

Para tanto, expor-se-á o contexto, as disposições e a estrutura da Convenção Americana de Direitos Humanos, analisando a atuação da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos e da Corte Interamericana conforme este documento.

### 3.1. A Convenção Americana de Direitos Humanos

Os países membros do segundo sistema de responsabilização dos Estados americanos violadores dos direitos humanos, estruturado pelas normas da Convenção Americana de Direitos Humanos, são, sem exceções, membros do sistema fundamentado nas disposições da Carta da OEA e da Declaração Americana (ANNONI, 2009, p. 88).

Diferenciam-se por a eles se aplicarem os instrumentos e instituições criados pela Convenção, além de, subsidiariamente, todo o regramento geral do chamado sistema da OEA.

Tal sobreposição e interação, por vezes, dificultam a determinação do fim de um sistema e o início de outro. Em certos casos, "os mecanismos legais e normas de ambos os sistemas se aplicam a diferentes aspectos de uma mesma situação envolvendo direitos humanos[23]" (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, p. 258).

A Convenção Americana de Direitos Humanos, no entanto, desenvolveu base mais completa, específica e complexa para a proteção dos direitos humanos nos países americanos[24].

Precipuamente, destaca-se que a decisão no sentido de preparar uma Convenção no âmbito dos Estados americanos se deu na II Conferência Extraordinária Interamericana, em 1965, no Rio de Janeiro, mediante a Resolução XXIX (SOUSA, 2010, p. 141-142). Para tanto,

[...] a Conferência também pediu que fossem levadas em consideração as opiniões da Comissão Interamericana e os dois projetos de Convenção que haviam sido apresentados na Conferência, um elaborado pelo governo do Chile e outro pelo governo do Uruguai.

Os trabalhos para a elaboração do projeto revisado estenderam-se até 1968, quando o Conselho da Organização encomendou a redação de um anteprojeto de convenção. (HANASHIRO, 2001, p. 31).

Com tal documento, o momento planejado para a discussão da matéria seria o ano de 1968, declarado pela Assembleia Geral da ONU como o "Ano Internacional dos Direitos Humanos", mas tal pretensão foi adiada pela existência de regimes militares e democracias pouco consolidadas nos países membros da OEA (HANASHIRO, 2001, p. 31).

A Convenção Americana de Direitos Humanos foi aberta para assinaturas apenas em 20 de novembro de 1969, em uma conferência diplomática realizada em São José, na Costa Rica. Ao contrário do que ocorreu, por exemplo, no sistema europeu, a ratificação da Convenção não foi requerida dos Estados membros da OEA, muito embora a ratificação universal tenha sido apontada, recentemente, como uma prioridade política no sistema interamericano (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, p. 279).

Como resultado, nem todos os Estados-partes da OEA ratificaram a Convenção Americana<sup>[25]</sup> e muito deles, como os de origem anglo-saxã e a maioria dos países do Caribe, não demonstram qualquer interesse em fazê-lo. Tornou-se comum, portanto, a visão da Convenção Americana como um instrumento mais latino-americano do que propriamente interamericano (GOMES; MAZZUOLI, 2011, p. 19).

Também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, a Convenção só entrou em vigor em 18 de julho de 1978, com o depósito da ratificação pelo décimo primeiro Estado americano, Granada (SOUSA, 2010, p. 142).

Em razão das particularidades da região, a Convenção se concentrou em direitos de primeira geração, relativos, dentre outros, à garantia da liberdade em seus mais diversos aspectos, o direito à vida, à privacidade, de participação no governo e à igualdade (ANNONI, 2009, p. 88-89). Isso porque, como já mencionado, especialmente nos países latino-americanos, as circunstâncias políticas impunham um regime de restrição da liberdade de expressão em governos ditatoriais marcados pela prática de tortura, desaparecimentos forçados e total inobservância do processo legal que resultavam em sistemáticas execuções sumárias e prisões arbitrárias.

Olaya Hanashiro expõe que

A Convenção Americana é responsável pela base jurídica do desenho institucional elaborado para a proteção dos direitos humanos na região e destaca-se por procurar proteger um amplo leque de direitos. Mais extensa que a maioria dos instrumentos

internacionais sobre direitos humanos, a CADH é considerada a mais ambiciosa das convenções existentes sobre o tema, tendo sido chamada, até mesmo, de irrealista. Algumas de suas cláusulas são tão avançadas que se questiona se há algum país capaz de cumpri-las completamente (2001, p. 32).

É assegurado e reconhecido um rol de direitos civis e políticos similar ao previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o que também ocorre com a Convenção Europeia de Direitos Humanos (PIOVESAN, 2011, p. 126). Tais direitos somam mais de duas dúzias de categorias extensas de garantias, supridas ainda por uma ampla cláusula de não discriminação e pela obrigação dos Estados-membros de ajustarem sua legislação doméstica, bem como fazê-la efetiva, com vista à salvaguarda dos direitos consagrados na Convenção (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, p. 282).

Assim, deve ser afastada qualquer norma e prática que viole tais garantias ou embarace o exercício dos direitos previstos na Convenção, bem como devem ser desenvolvidas novas regras e práticas que garantam a efetiva observância destes direitos (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, p. 282).

Não se trata, portanto, apenas de uma declaração de direitos, pois, além de listá-los, busca-se sua proteção judicial, cabendo aos Estados que ratificaram o Protocolo de São José "possibilitar o uso desse recurso e garantir o cumprimento das decisões de seus órgãos" (HANASHIRO, 2001, p. 32).

Conclui-se que:

Os Estados-partes da Convenção têm uma obrigação não só de "respeitar" os direitos garantidos na Convenção, como também de "assegurar" seu exercício livre e pleno. Conseqüentemente, possuem deveres positivos e negativos, ou seja, têm a obrigação de não violar os direitos que a Convenção

garante e deles é exigido que adotem qualquer medida que possa ser necessária e razoável de acordo com a circunstância para "assegurar" seu pleno gozo (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, p. 283)[26].

O artigo 1º da Convenção, base para toda sua estrutura, determina que tais garantias devem ser reconhecidas em relação à qualquer pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição. Com este termo, afasta qualquer vínculo necessário com o instituto da nacionalidade, atendendo a um preceito nuclear do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Estão protegidos, portanto, tantos os nacionais dos Estados que ratificaram suas cláusulas como os estrangeiros e apátridas residentes ou não de um desses Estados (MAZZUOLI, 2011, p. 22).

O Pacto de São José, contudo, não enuncia de forma específica qualquer direito social, cultural ou econômico, apenas estabelecendo que os Estados alcancem, de forma progressiva, a completa realização destes direitos, pela adoção de medidas legislativas e outras que se mostrem apropriadas, conforme a disposição do seu artigo 26 (PIOVESAN, 2011, p. 126-127). Isso porque, apesar de no projeto de Convenção apresentado constarem tais direitos, houve grande resistência por parte dos Estados em ter de formular relatórios acerca destas matérias, motivo pela qual esta inclusão foi adiada (HANASHIRO, 2001, p. 33).

Posteriormente, esta lacuna foi suprida com a adoção do Protocolo Adicional à Convenção, pela Assembleia Geral da OEA, em São Salvador, no ano de 1988, relativo aos direitos sociais, econômicos e culturais. A avaliação do cumprimento destas garantias passou a se dar pelo procedimento de elaboração de relatórios periódicos encaminhados pelos países membros, submetidos à análise e discussão na OEA por meio do Conselho Interamericano Econômico e Social e pelo Conselho Interamericano de Educação, Ciência e Cultura (SOUSA, 2010, p. 143-144).

O artigo 27 da Convenção Americana preconiza, ainda, que os Estados poderão derrogar de suas obrigações em tempos de guerra, perigo público ou outra emergência que ameace sua independência ou segurança.

A derrogação não é permitida, no entanto, no que tange a aplicação dos mais básicos direitos humanos que são garantidos pela Convenção<sup>[27]</sup> (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, p. 283).

Trata-se de cláusula bem conhecida nos tratados de direitos humanos, que permite tal derrogação em situações de exceção. As obrigações, contudo, podem apenas ser suspensas, nesses casos, jamais interrompidas (GOMES; MAZZUOLI, 2011, p. 197-198).

Dentre os sistemas regionais, apenas o africano não contem tal previsão, o que leva à incerteza naquela região quanto aos problemas de ordem prática desta ausência (GOMES; MAZZUOLI, 2011, p. 197). Ademais, a lista de direitos não derogáveis é maior do que a presente na Convenção Europeia e no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, p. 283).

Não pode um Estado suspender as obrigações previstas na Convenção, ainda que nos casos nela permitidos,

[...] se estiver obrigado em relação a outra norma internacional da mesma natureza ou se agir em violação de norma imperativa de Direito Internacional geral (*jus cogens*). Também fica impossibilitado a suspensão das garantias quando as disposições que a autorizam encerrarem *discriminação* fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social (GOMES; MAZZUOLI, 2011, p. 198).

Os direitos previstos no Protocolo de São Salvador, por sua vez, podem ser restritos por meio de leis promulgadas com o propósito de preservar o bem-estar geral na sociedade democrática apenas na medida em que estas determinações não sejam incompatíveis com o propósito e razões basilares destes direitos (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, p. 284).

Ressalta-se, ainda, o artigo 28, 1, da Convenção Americana, que tem aplicação a todos os Estados constituídos sob forma de Estado federado, a

exemplo do Brasil. Chamado de cláusula federal ou territorial, estabelece que o Estado Federal tem a obrigação de aplicar diretamente o tratado no que concerne às matérias sobre as quais exerce competência legislativa e judicial, além do dever de "adotar as medidas necessárias para que os seus Estados-membros também cumpram o tratado dentro da esfera de suas respectivas competências" (GOMES; MAZZUOLI, 2011, p. 200-201).

Todavia, apesar de toda a apresentada estrutura de proteção aos direitos humanos, o Brasil ratificou o documento apenas no ano de 1992, muito após sua entrada em vigor, tendo sido então promulgada pelo Decreto 678, de 6 de novembro do mesmo ano. O Protocolo de São Salvador foi ratificado em 1999, ano em que entrou em vigor internacionalmente, tendo sido promulgado internamente pelo Decreto 3.321, de 30 de dezembro do mesmo ano (MAZZUOLI, 2011, p. 21-23).

Necessário destacar que, na hierarquia no direito pátrio interno, a partir do acréscimo do §3º, no art. 5º da Constituição Federal brasileira, em 2004, os tratados relacionados aos direitos humanos são equivalentes às emendas constitucionais quando aprovados com seu mesmo procedimento[28]. O Pacto de São José da Costa Rica, no entanto, promulgado em 1992, não poderia sustentar essa condição sem a observância do procedimento legal delineado pela Carta Maior.

Ao discutir a questão da impossibilidade da prisão civil na alienação fiduciária em garantia, o Supremo Tribunal Federal, no bojo do Recurso Extraordinário nº 466.343-SP, reconheceu à Convenção Americana de Direitos Humanos e aos tratados de direitos humanos em geral a condição de normas supralegais, superando as leis ordinárias, mas ainda abaixo, na hierarquia legal, das previsões constitucionais (GOMES; MAZZUOLI, 2011, p. 19).

Contudo, para Luis Flávio Gomes e Valerio de Oliveira Mazzouli

De acordo com a sistemática internacional de proteção dos direitos humanos não há falar-se em qualquer prevalência de uma norma interna - inclusive a Constituição do Estado - sobre uma norma internacional de proteção, seja esta última



proveniente do sistema global ou de algum dos sistemas regionais. As conquistas já implementadas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos nesse sentido não retrocedem em face de qualquer posicionamento doutrinário ou jurisprudencial em contrário, uma vez que até mesmo a Constituição de um dado Estado é considerada um simples *fato* ante o sistema internacional de proteção.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em várias ocasiões, já se expressou nesse sentido. No caso *A Última Tentação de Cristo Vs. Chile*, entendeu a Corte que a responsabilidade internacional de um Estado pode decorrer de atos ou omissões de qualquer um dos poderes ou órgãos, *independentemente de sua hierarquia*, mesmo que o fato violador provenha de uma norma constitucional (2011, p. 20).

Por fim, não se pode olvidar o fato de que este sistema interamericano instituído pela Convenção Americana, se consolidou, ainda, pela ampliação de seu corpo normativo. Destaca-se, nesse sentido, a Convenção Interamericana para prevenir e punir a tortura, aprovada em 1985, um segundo Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos, tratando da abolição à pena de morte, de 1990, duas Convenções aprovadas na Assembleia Geral da OEA em Belém do Pará em junho de 1994 (a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, que prevê a possibilidade do envio de petições que contenham denúncias, e a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, que consagra a responsabilidade individual por esse fato) e, por fim, em 1999, na Guatemala, a adoção da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiência (SOUSA, 2010, p. 144-145).

A plena implementação e monitoramento do sistema, no entanto, assim como sua real eficácia, se dá pela atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos

Humanos, órgãos que perpetram sua atuação desde a esfera política à jurisdicional, garantindo a maior abrangência à salvaguarda dos direitos humanos. Destarte, estas atividades e procedimentos devem ser conhecidos para que se compreenda a aplicação dos direitos protegidos pelo sistema interamericano.

### 3.2 Procedimento e atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos

A Comissão Interamericana de direitos humanos se constitui, dentro do sistema interamericano, como um órgão de atuação peculiar, possuindo funções em ambos os sistemas de proteção vigentes na região.

Com efeito, a competência da Comissão Interamericana alcança todos os Estados-partes da Convenção Americana e, ainda, os Estados-membros da OEA, em relação à defesa dos direitos consagrados na Declaração Americana de 1948 (PIOVESAN, 2012, p. 327).

Combinando as funções outorgadas pelos dois documentos, a Comissão possui o objetivo principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos, lhe sendo atribuída ainda função consultiva relativa a esta matéria, por meio da emissão de pareceres (SOUSA, 2010, p. 147).

Foi criada pela Resolução VII da quinta Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, em 1959, em Santiago do Chile, iniciando seu funcionamento apenas no ano seguinte, conforme estabelecido pelo seu Estatuto, primeiramente direcionada apenas à promoção dos direitos estabelecidos na Carta da OEA e na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (MAZZOULI, 2011, p. 24).

As limitadas e pouco ativas funções iniciais da Comissão, que incluíam o estímulo à consciência dos direitos humanos, preparação de relatórios, solicitação de informações e consulta, foram gradativamente alteradas mediante Resoluções posteriores que estabeleceram os relatórios anuais e o sistema de petições individuais e, mais significativamente, com o Protocolo de Buenos Aires, em 1967, o qual permitiu que a Comissão fosse legitimamente institucionalizada e adquirisse a condição de órgão da OEA.

Tais alterações foram importantes para criar base legal menos frágil do que a Resolução inicial e para fortificar sua natureza, passando a Comissão de órgão de promoção internacional para um órgão de efetiva proteção dos direitos humanos (HANASHIRO, 2001, p. 35-36).

Com a elaboração da Convenção Americana de Direitos Humanos, passou a ser considerada também "órgão internacional de investigação, conciliação e persecução em juízo de alegadas violações aos direitos humanos protegidos também no sistema da Convenção" (ANNONI, 2009, p. 92).

A Comissão, que até então funcionava apenas como órgão da OEA, passa a ter função ambivalente, portanto, e agir com mais efetividade, atuando também como órgão da Convenção Americana e parte da sistemática de proteção dos direitos elencados neste documento (MAZZUOLI, 2011, p. 21-24).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em seu funcionamento atual, tem sede na cidade de Washington, nos Estados Unidos, reunindo-se em períodos ordinários e extraordinários de sessões. Pode, no entanto, se reunir em qualquer Estado-membro da OEA, se tanto for aprovado pela maioria absoluta de seus integrantes e mediante a anuência do país de acolhida (COELHO, 2008, p. 64).

Em relação à sua composição, é integrada por sete membros, eleitos pelos Estados-membros da OEA, em sua Assembleia Geral. Não representam os respectivos países de origem, sendo eleitos a título pessoal e operando em conjunto e em nome de todos os membros da Organização. Os candidatos devem ser indivíduos de alta autoridade moral e reconhecido saber em matéria de direitos humanos, conforme o artigo 34 do Pacto de São José da Costa Rica e, quando eleitos, exercerão mandato de quatro anos, sendo possível uma reeleição (SOUSA, 2010, p. 146-147).

Cada governo pode propor até três candidatos, nacionais do Estado que os propuser ou de qualquer outro Estado-membro da OEA, sendo que, no caso de ser proposta uma lista com três candidatos, pelo menos um

deles deverá ser nacional de um país distinto do país proponente (ANNONI, 2009, p. 94).

Constituída a Comissão, cabe a seus membros realizar as funções determinadas tanto pela Convenção Americana, quanto pelo seu Estatuto, adotado na oportunidade em que se deu início ao seu funcionamento, bem como por seu Regulamento, elaborado e aprovado pela própria Comissão em 1980 e já diversas vezes modificado para aprimorar sua efetivação (HANASHIRO, 2001, p. 36).

Dentre tais funções destaca-se, inicialmente, que a Comissão possui uma já citada atribuição consultiva. Por intermédio da Secretaria Geral da OEA, a Comissão atende às solicitações de pareceres dos Estados-membros da OEA relacionados à matéria de direitos humanos, tanto aqueles protegidos na Declaração Americana quanto no Pacto de São José da Costa Rica (COELHO, 2008, p. 66).

Na seara das atividades concernentes à promoção dos direitos humanos, importa mencionar que a Comissão Interamericana auxiliou na elaboração de instrumentos de direitos humanos da OEA, incluindo a própria Convenção Americana de Direitos Humanos, e é regularmente consultada pelo Conselho Permanente da OEA e por sua Assembleia Geral em questões envolvendo direitos humanos, além de patrocinar conferências e publicar informativos acerca do assunto (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, p. 268-269).

Uma de suas principais competências, no entanto, é sem dúvidas a de examinar as comunicações relacionadas às violações de direitos humanos feitas por indivíduos ou grupos de indivíduos, ou ainda de entidades não governamentais (ONGs) legalmente reconhecidas em um ou mais Estados-membros da OEA, conforme o artigo 44 da Convenção Americana (MAZZOULI, 2011, p. 25).

Por meio deste instrumento, a Comissão pode ser acionada contra qualquer governo dos Estados que assinaram a Convenção, ou mesmo qualquer Estado integrante da OEA que não a ratificou, aplicando-se nesse último caso as determinações da Declaração Americana. Tal faculdade da

Comissão, no entanto, foi alvo de discussões nas atas e documentos das conferências sobre direitos humanos (HASHIRO, 2001, p. 36).

A preocupação maior dos Estados se referia ao poder de Comissão de receber petições de um Estado contra outro. Chegou-se a defender que a competência da Comissão fosse facultativa, possibilidade que foi rechaçada sob a garantia de que este órgão mantivesse caráter não-judicial, com decisões com natureza de recomendações, não sancionatórias[29] (HANASHIRO, 2001, p. 37).

Ao se tornar parte da Convenção Americana, o Estado aceita, automática e obrigatoriamente, portanto, a competência da Comissão para examinar essas comunicações, sem que seja necessária qualquer elaboração de declaração expressa ou específica para tal fim (PIOVESAN, 2012, p. 329).

O problema do envolvimento de um país no governo de outro Estado foi também amenizado com a possibilidade do acesso direto dos indivíduos (HANASHIRO, 2001, p. 36-37). Ademais, as reclamações entre Estados só serão possíveis se os dois Estados, além de terem ratificado a Convenção, tenham também reconhecido essa jurisdição interestatal da Comissão[30] (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, p. 287).

A petição individual que comunica violação de direitos humanos deve preencher a determinados requisitos de admissibilidade dispostos no artigo 46 da Convenção, quais sejam: o prévio esgotamento dos recursos internos[31]; a inexistência de litispendência internacional sobre a mesma questão; a ausência do curso do prazo de seis meses, contados a partir da data da notificação do presumido prejudicado em seus direitos acerca da decisão interna definitiva sobre os fatos; a não configuração de coisa julgada internacional e o atendimento a requisitos mínimos, como a qualificação pessoal do peticionário, a assinatura da pessoa ou do representante legal da entidade (SOUSA, 2010, p. 149-150).

O juízo de admissibilidade inicial é realizado pela Secretaria da Comissão. Em caso de dúvida, a petição é enviada para sua admissibilidade ser analisada pela própria Comissão. Importante ressaltar que os requisitos de esgotamento dos recursos internos e o referido prazo decadencial de

seis meses poderão ser desconsiderados, conforme o artigo 46, 2, da Convenção, se não existir na legislação local do Estado o devido processo legal para a proteção dos direitos que foram alegadamente violados, se não se houver permitido ao presumido prejudicado o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los ou, ainda, se houver demora injustificada na decisão sobre estes recursos jurisdicionais (COELHO, 2008, p. 75-76).

Reconhecida a admissibilidade, a Comissão solicitará informações ao governo do Estado violador, que deverá enviá-las em um prazo predeterminado, fixado pela Comissão em atenção às circunstâncias de cada caso, mas sempre em observância da celeridade necessária (ANNONI, 2009, p. 94-95).

Recebidas as informações do governo, ou transcorrido o prazo determinado sem que as tenha recebido, a Comissão verifica se de fato existem, ou permanecem, os motivos da petição ou comunicação, arquivando o expediente se não persistir o objeto do procedimento. Conquanto, se não for o caso, a Comissão realizará exame mais acurado da matéria, com o conhecimento das partes, e, se for necessária, uma investigação dos fatos (PIOVESAN, 2012, p. 331-332).

Tais investigações podem incluir visitas *in loco* ou audiências em que o governo e os petionários participarão. Em todo caso, de acordo com o artigo 48, 1, da Convenção Americana, a Comissão deve se colocar à disposição das partes interessadas, a fim de chegar a uma solução amistosa do assunto, fundada no respeito aos direitos ali reconhecidos (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, p. 290).

Segundo o artigo 49, se alcançada uma solução amistosa, a Comissão irá redigir um relatório que será encaminhado ao petionário e aos Estados-parte e posteriormente será transmitido ao Secretário-Geral da OEA para publicação. Tal relatório deverá conter breve exposição dos fatos e da solução obtida (MAZZOULI, 2011, p. 28).

Outrossim, se a solução pacífica não for atingida, a Comissão também elaborará relatório, este dentro do prazo de 180 dias, descrevendo os fatos e as conclusões acerca do caso. Neste caso,

Se o documento não refletir a opinião unânime dos integrantes da Comissão, qualquer deles poderá redigir um voto em separado que será anexado em relatório. Eventuais exposições verbais e escritas que tenham sido apresentadas durante a tentativa de solução amistosa também serão anexadas. A seguir, a Comissão encaminhará o documento aos Estados-partes da relação jurídica podendo formular proposições e recomendações. Destaque-se que aos Estados não é facultado publicar o relatório (COELHO, 2008, p. 77-78).

Importa ressaltar que este primeiro relatório já inclui a deliberação pela violação ou não da Convenção Americana de Direitos Humanos. Caso a Comissão decida, nesta oportunidade, pela não violação aos direitos humanos não há recurso disponível ao demandante. À semelhança do sistema europeu de proteção aos direitos humanos, a decisão da Comissão Interamericana é definitiva (ANNONI, 2009, p. 96).

Denise Sousa, ao tratar desta fase do procedimento da Comissão, em que esta fornece decisão absoluta, menciona que

esse papel da Comissão, de atuar como intérprete final da Convenção, já recebeu críticas por parte da Corte Interamericana, que se considera a única intérprete definitiva da Convenção. Todavia, é necessário observar que a Comissão é um órgão com poderes para atuar com independência e imparcialidade, reconhecendo ou não a existência de violações de direitos humanos no cenário interamericano (SOUSA, 2010, p. 151).

A partir da remessa deste primeiro informe ou relatório aos Estados interessados, se em um prazo de três meses a questão não se encontrar solucionada ou submetida à Corte Interamericana, a Comissão poderá emitir, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros e sob a forma de

segundo informe ou relatório, sua própria opinião e conclusões sobre a questão submetida à sua consideração (MAZZOULI, 2011, p. 29).

Embora o envio do caso para a Corte Interamericana fosse possível dentro destes três meses, no sistema da Convenção, esta medida era tomada pela Comissão de acordo com a análise de cada caso. A partir de novas regras regulamentares que entraram em vigor no ano de 2001, a Comissão passou a ter a obrigação de enviar todos os casos de não cumprimento das proposições ou recomendações para a Corte, a não ser que a própria Comissão decida de forma contrária pela maioria absoluta dos votos (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, p. 291).

A partir desta disposição, presente no artigo 44 do novo Regulamento da Comissão, nota-se que o sistema interamericano passa a reconhecer que a jurisdicalização é fundamental para dar efetividade às normas protetivas de seu corpo legislativo e, como já mencionado, para garantir a responsabilização dos Estados pelas violações aos direitos humanos. Nesse sentido, Flávia Piovesan explana que

o novo Regulamento introduz, assim, a justicialização dos sistema interamericano. Se, anteriormente, cabia à Comissão Interamericana, a partir de uma avaliação discricionária, sem parâmetros objetivos, submeter à apreciação da Corte Interamericana caso em que não se obteve solução amistosa, com o novo Regulamento, o encaminhamento à Corte se faz de forma direta e automática. O sistema ganha maior tônica de "juricidade", reduzindo a seletividade política, que, até então, era realizada pela Comissão Interamericana (PIOVESAN, 2012, p. 333).

A Comissão proferirá, se for o caso de elaboração de um segundo relatório, as recomendações cabíveis, e determinará um prazo para que o Estado tome providências a fim de alcançar uma solução para a violação dos direitos humanos perpetrada, de acordo com o artigo 51, 2, da Convenção Americana. Após esse prazo estabelecido, caberá à Comissão



decidir se o Estado tomou ou não as medidas apropriadas e se procederá à publicação ou não do relatório. Todas estas decisões devem ser aprovadas pela maioria absoluta de seus membros (COELHO, 2008, p. 78).

Na hipótese de descumprimento deste segundo informe, a alternativa existente é o apelo à Assembleia Geral da OEA, já referido órgão de cunho político da Organização (ANNONI, 2010, p. 152). Necessário destacar que isto não impede a publicação do relatório do caso em documento separado. Em regra geral, contudo, a Assembleia Geral da OEA demonstra pouco interesse em agir em casos individuais (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, p. 292).

Assim como é notável também no âmbito das Nações Unidas, esta instância política no sistema interamericano tem obtidos resultados limitados, demonstrando ineficácia no desempenho de sua função. Rodrigo Coelho afirma que

geralmente, os avanços se devem ao constrangimento político e moral gerando perante a comunidade internacional por causa do desrespeito às regras convencionais previamente assumidas. O Estado que descumprir suas obrigações perderá, conseqüentemente, credibilidade. Essa condição contribui para a eficácia da execução da sentença, mas é deficiente e não garante a segurança e a estabilidade jurídica necessárias ao bom funcionamento do sistema (2008, p.85-86).

Percebe-se, portanto, que um dos avanços determinantes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a possibilidade do indivíduo buscar a responsabilização do Estado por violação de seus direitos, ainda que o violador seja seu país de nacionalidade, resta prejudicado no sistema interamericano pelo viés finalisticamente político da estruturação da Comissão, único órgão, como veremos, a que tem acesso direto.

Releva ainda a problemática da efetividade destas decisões da Comissão o fato de que possuem natureza quase-judiciais, de efeito legal

não formalmente vinculativo, diferente das decisões da Corte Interamericana, ainda que cumpri-las seja uma determinação legal expressamente determinada no artigo 51 da Convenção Americana de Direitos Humanos (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, p. 293).

Destaca-se que coube à Comissão de Direitos Humanos papel mais próximo na proteção ao indivíduo, sendo o órgão responsável, como citado, por receber petições diretamente das vítimas nas violações aos direitos humanos, dentre outras funções de cunho não jurisdicional delineadas.

A estruturação de um sistema regional americano que atendesse aos fundamentos do Direito Internacional de Direitos Humanos exigiria, então, que as denúncias e queixas levadas à Comissão por indivíduos, grupo de indivíduos ou organizações não governamentais, devidamente comprovadas, pudessem ser em seu âmbito resolvidas com a participação do peticionário. Atrelada à atuação política e decisões não executáveis, a forma de responsabilização efetiva do Estado acaba por se dar quando a Comissão leva o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos, este sim órgão capaz de realizar julgamentos e decisões com força vinculante, propensas a serem cumpridas e passíveis de serem exigidas[32].

Importante conhecer, portanto, a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como suas atribuições previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos, para que se possa compreender o total alcance dos instrumentos do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e a produção de seus efeitos.

### 3.3 Procedimento e atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Assim como o processo de criação da Comissão Interamericana, a construção de um tribunal internacional americano foi marcada por adiamentos da discussão acerca de sua formação. Leciona Olaya Hanashiro que

a idéia de se estabelecer uma corte de justiça na região era antiga. Em 1923, durante a V Conferência Pan-americana, a delegação da Costa Rica propôs, sem êxito, um plano para o estabelecimento de tal Corte. Durante a IX Conferência também se propôs a criação de um tribunal internacional de direitos humanos, proposição feita pela delegação do Brasil que sustentava que os direitos proclamados deveriam ser garantidos por meio de um órgão jurídico competente. Os Estados Unidos opuseram-se terminantemente, alegando que na ausência de um tratado jurídico seria prematura a criação de uma Corte (2001, p. 38)

Apenas com a formulação da Convenção America de Direitos Humanos é que foi prevista, em sua segunda parte, a Corte Interamericana de Direitos Humanos como órgão jurisdicional de proteção a estes direitos (HANASHIRO, 2001, p. 33-39). Em 3 de setembro de 1979, a Corte se instalou em sua sede permanente, em São José da Costa Rica, a convite do governo deste país, tendo sido seu Estatuto e seu primeiro Regulamento aprovados na Assembleia Geral da OEA no mesmo ano, em La Paz<sup>[33]</sup> (SOUSA, 2010, p. 153).

Não foi constituída, todavia, como órgão da OEA, mas como instituição jurídica autônoma, cujas atividades são empenhadas com independência (COELHO, 2008, p. 67)<sup>[34]</sup>.

A votação para a determinação de seus membros é secreta e, à semelhança da eleição para formação da Comissão Interamericana, é realizada em Assembleia Geral da OEA, por aprovação da maioria, a partir de nomes indicados pelos Estados, sendo os candidatos de alta autoridade moral e de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, com a condição, ainda, de que possam exercer as mais elevadas funções judiciais de acordo com a lei de seu Estado natal ou do Estado que houver o indicado (COELHO, 2008, p. 68). A Corte também é formada por sete juízes nacionais dos Estados-membros da OEA, mas estes eleitos a título pessoal

apenas pelos Estados-partes da Convenção, sobre os quais possui jurisdição, por um período de seis anos (ANNONI, 2009, p. 103).

A Corte Interamericana não possui a amplitude da competência da Comissão, sendo sua criação estabelecida na Convenção Americana e suas funções exercidas, geralmente, apenas em relação aos Estados-partes desta.

Sua jurisdição, que se refere à competência contenciosa da Corte, é limitada, ainda, pela necessidade de que o Estado a tenha aceitado como vinculante *ipso facto* ou em acordos especiais elaborados para casos particulares. A vinculação para todos os casos se dá através de uma declaração específica para este efeito (PASQUALUCCI, 2003, p. 11). Esta declaração pode ainda ser condicionada à reciprocidade e direcionada a períodos determinados (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, p. 296).

Portanto, um Estado-parte não aceita a jurisdição contenciosa da Corte meramente por ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos[35], devendo ainda realizar a declaração geral, referida no artigo 62, 1 e 2, da Convenção, ou o acordo especial, que é mencionado no mesmo artigo, em seu parágrafo 2[36](BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, p. 296).

O Estado brasileiro reconheceu a competência jurisdicional contenciosa da Corte Interamericana em 3 dezembro de 1998, por meio do Decreto Legislativo 89, para todos os fatos ocorridos a partir deste reconhecimento (PIOVESAN, 2012, p. 341)[37].

A Corte compreende, no entanto, duas atribuições. Além da competência para a resolução de contendas, mais restrita, como vimos, destaca-se a atribuição consultiva, com o escopo de interpretar a Convenção e outros tratados referentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Trata-se de uma função "preventiva, de persuasão e colaboração" (HANASHIRO, 2001, p. 39).

Uma opinião consultiva da Corte Interamericana é uma impositiva, mas não vinculante, resolução para um impasse ou questão. Aqui os Estados não são partes se confrontando e defendendo-se de alegações formais, bem como a Corte não possui a autoridade para ordenar sanções

judiciais ou impor obrigações para os Estados que as descumprirem. O objetivo de tal competência consultiva se volta, então, para auxiliar os Estados americanos em cumprir suas obrigações de direitos humanos e assistir os diferentes órgãos do sistema interamericano a executar suas funções determinadas<sup>[38]</sup>, por meio do esclarecimento do objeto, propósito e significado das normas de direitos humanos, em interpretações judiciais da lei ou medida em questão (PASQUALUCCI, 2003, p. 29-33).

Por determinação do artigo 64 da Convenção Americana, qualquer Estado-membro da OEA, e não somente aqueles que ratificaram a Convenção Americana, podem requerer uma opinião consultiva à Corte Interamericana. Da mesma forma, a competência consultiva não é limitada à interpretação da Convenção, se estendendo a qualquer outro tratado aplicável à proteção dos direitos humanos nas Américas. As opiniões podem se dar, inclusive, acerca da compatibilidade da lei doméstica, ou mesmo projetos de lei, com a Convenção Americana ou tais tratados (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, p. 306-307).

Quanto ao efeito legal das opiniões consultivas, como já ressaltado, é aceito seu valor como instituto judicial apto a interpretar e aplicar a Convenção Americana e demais instrumentos do corpo legislativo interamericano de proteção aos direitos humanos, mas não são reconhecidas como legalmente vinculantes. Contudo, entende-se que, se o Estado se engaja em atividades determinadas pela Corte, em opinião consultiva, como incompatíveis com a Convenção, estará ciente que sua conduta viola suas obrigações internacionais, o que debilita sua legitimidade de qualquer argumento legal em conflito com a declaração que a Corte proferiu<sup>[39]</sup> (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, p. 309-310).

Essa atribuição acaba, no entanto, por sobrecarregar a Corte Interamericana, acarretando na preocupação deste órgão com o comprometimento de sua jurisdição contenciosa. Para que se isto seja evitado, ao receber uma solicitação de opinião consultiva, a Corte tem buscado verificar se, na verdade, não se trata de um caso contencioso encoberto (HANASHIRO, 2001, p. 39).

Tais casos contenciosos, por sua vez, além das limitações já mencionadas, também estão restritos quanto à possibilidade de legitimação, sendo submetidos exclusivamente pela Comissão Interamericana e os Estados-partes, excluídos, nessa fase, o indivíduo ou as ONGs voltadas à proteção dos direitos humanos. As vítimas, seus parentes ou representantes podem, no entanto, submeter de forma autônoma seus argumentos, arrazoados e provas perante a Corte, de acordo com o novo Regulamento aprovado em 2001 (PIOVESAN, 2012, p. 339).

Ainda que tenha sido o caso submetido por um Estado e não originado no âmbito da Comissão Interamericana, esta atuará em todos os procedimentos perante a Corte, de forma similar a um Ministério Público do sistema interamericano, agindo como protetora da ordem legal estabelecida pela Convenção. A função da Comissão será, em suma, de promover a integridade legal e institucional do sistema da Convenção Americana (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, p. 293-295).

Lembra-se que a Comissão, após o não-acatamento pelo Estado requerido de suas conclusões no primeiro relatório, poderá acionar a Corte Interamericana apenas se este Estado reconheceu sua jurisdição contenciosa.

O trâmite contencioso terá início com o recebimento do caso de violação dos direitos humanos, cuja petição será protocolada na Secretaria da Corte. Uma vez instaurado o processo, não haverá possibilidade de paralisação, suspensão ou interrupção em decorrência da inércia das partes. O juízo de admissibilidade da petição será exercido pelo presidente da Corte Interamericana de acordo com os artigos 32 e 33 do Regulamento da Corte, que prevê identificação das partes e do objeto da demanda, listagem do nome de testemunhas, peritos, agentes ou delegados<sup>[40]</sup>, os fatos, provas e fundamentos jurídicos que levaram ao pedido, bem com a exposição das respectivas conclusões (COELHO, 2008, p. 79-80).

Caso demandado, o Estado brasileiro "deverá atuar por meio do departamento internacional da Advocacia-Geral da União, com apoio operacional dos Ministérios das Relações Exteriores" (MAZZOULI, 2011, p. 35).

Antes do juízo de admissibilidade prévio, o Secretário da Corte fará a notificação de recebimento da demanda ao seu presidente e aos demais juízes, ao Estado requerido, à Comissão, se não for demandante, e ao denunciante ou a seus familiares e representantes, se for o caso. Também são informados os Estados signatários da Convenção Americana e o Secretário Geral da OEA (SOUSA, 2010, p. 105).

Uma vez que o caso tenha sido submetido à Corte, esta possui o poder de rever completamente as conclusões de fato e de direito da Comissão, inclusive os requisitos de admissibilidade como a exaustão dos recursos domésticos (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, p. 298).

Ao Estado demandado, após notificação, é concedido o prazo de dois meses para arguir exceções preliminares, a respeito das quais as partes têm trinta dias para pronunciarem-se por escrito. Se pertinentes as exceções, a Corte convocará uma audiência para delas tratar e decidirá no sentido de arquivamento ou do prosseguimento do feito (SOUSA, 2010, p. 155).

Tais exceções são objeções feitas pelo demandado, e podem tratar da inadmissibilidade do caso, da ausência de jurisdição do órgão, da não observância de requisitos técnicos ou processuais ou qualquer outra alegação que possua o condão de evitar qualquer discussão que envolva o mérito da questão levada à Corte (PASQUALUCCI, 2033. p. 83). Permite-se, contudo, de acordo com o artigo 42 do Regulamento da Corte, que se resolvam numa única sentença as exceções preliminares e o mérito do caso, em função do princípio da economia processual (MAZZOULI, 2011, p. 37).

Conforme o artigo 52 do Regulamento da Corte, a parte demandante tem o direito de desistir da demanda, sendo obrigatória a oitiva do Estado-réu, dos representantes da vítima ou de seus familiares se o Estado já houver sido citado. Caso contrário, se ainda não houver a notificação, a desistência é aceita de forma obrigatória (SOUSA, 2010, p. 155-156).

Após esta fase de exceções preliminares, o Estado acusado disporá de quatro meses, contados da notificação, para apresentar a contestação

por escrito da demanda, esta com os mesmos requisitos exigidos para a denúncia. Em seguida à resposta, e antes da fase oral de contestações, as partes poderão solicitar do presidente da Corte que sejam trazidos ao processo outros documentos, ato para o qual o presidente poderá estabelecer prazos. Caberá a esta autoridade, ainda, determinar a data de início do procedimento oral de contestação e das audiências, após o término desta fase escrita, e será responsável pela condução dos debates e demais medidas cabíveis durante as reuniões (COELHO, 2008, p. 81).

No curso desta fase oral,

os juízes poderão indagar quaisquer pessoas que se apresentem à Corte. Já os delegados, agentes e representantes das vítimas ou de seus familiares poderão inquirir as testemunhas, os peritos ou outros indivíduos que a Corte resolva ouvir, de acordo com a orientação do Presidente. Este decidirá sobre a pertinência das perguntas, podendo até dispensar alguém de responder a um questionamento, salvo determinação em contrário da própria Corte (COELHO, 2008, p. 81).

Nessa fase probatória perante a Corte, a Comissão ou o Estado requerente, assim como o Estado requerido, têm a possibilidade de produzir provas e exercer todas as faculdades processuais do devido processo legal (ANNONI, 2009, p. 105). A Corte também possui a ampla faculdade de decretar provas, dirigir solicitações ou citar Estados, pessoas ou instituições que sejam necessárias para as diligências probatórias (HANASHIRO, 2001, p. 40).

Na análise de provas, Jo M. Pasqualucci estabelece a atuação ampla da Corte através da comparação dos dois sistemas legais existentes. Aduz:

Casos perante tribunais internacionais são geralmente julgados por juízes treinados em diferentes tradições legais. Os dois sistemas legais basilares são *civil* e *commom law*. [...] Na *commom law*, as partes são adversárias que comportam a



iniciativa de apresentar evidências. A função do juiz é servir de árbitro sem interesses. [...] Na *civil law*, as funções do juiz são mais abrangentes. Os juízes assumem uma posição muito mais ativa nos processos e no exame das testemunhas. [...] A prática probatória no direito internacional faz paralelo mais próximo com a *civil law* no sentido em que é menos sobrecarregada de normas técnicas e restritivas, e os juízes determinam o peso a ser dado para as provas apresentadas (PASQUALUCCI, p. 181-182)[41].

Ademais, ressalta-se que a Corte poderá requisitar aos Estados que apliquem as sanções prescritas em seus ordenamentos jurídicos internos quando os respectivos nacionais forem convocados e deixaram de comparecer ou recusarem-se a depor sem justificativa legítima, ou ainda se desrespeitarem o juramento solene de acordo com o entendimento da Corte (COELHO, 2008, p. 83).

Após estes procedimentos probatórios, é proferida a sentença nos moldes do artigo 55 do Regulamento da Corte, devendo conter o nome do presidente, dos juízes que a tenham proferido, das partes e de seus representantes, dentre demais requisitos. Os julgamentos da Corte devem ser fundamentados, podendo haver votos separados ou dissidentes dos juízes e sendo possibilitado às partes solicitarem a interpretação da sentença (SOUSA, 2010, p. 156-157). "O pedido de interpretação será resolvido por meio de outra decisão, mas não modificará os efeitos da sentença nem suspenderá a sua execução" (COELHO, 2008, p. 84).

As deliberações serão tomadas por maioria de cinco juízes. Em caso de empate, o presidente terá o voto de desempate. A decisão será composta de relatório que versará sobre procedimentos adotados e fatos ocorridos, conclusões das partes, a fundamentação e deliberação final (COELHO, 2008, p. 83-84).

É possível, no âmbito da Corte Interamericana, a solução amistosa dos conflitos, com a condição que os direitos humanos sejam garantidos, podendo o caso ser reaberto com o descumprimento (HANASHIRO, 2001,

p. 40). O acordo será submetido à Corte, que poderá homologá-lo ou não, dependendo das características do acordo e dos interesses envolvidos (SOUSA, 2010, p. 156).

A sentença de mérito da Corte, no entanto, é definitiva e inapelável. Se decidido pela ocorrência de violação aos direitos humanos, pode ser determinada a salvaguarda ao gozo dos direitos ou liberdade violados ao prejudicado ou prejudicados, que sejam reparadas as consequências de medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, e que seja paga uma indenização justa à parte lesada (HANASHIRO, 2001, p. 40).

O Estado, na análise de mérito pela Corte, poderá ser considerado responsável por atos que violem direitos humanos perpetrados por seus agentes, órgãos ou por qualquer exercício do poder público, por grupos não governamentais ou indivíduos agindo a seu comando, por agentes públicos agindo além de sua competência internamente determinada e, ainda, em razão da falha em investigar e punir violações realizadas, mesmo que por indivíduos que não estejam atuando a sua ordem. A Corte não tem considerado, no entanto, responsabilidade do Estado por violações dos direitos humanos cometidas por um movimento insurgente que não obteve sucesso em assumir o governo (PASQUALUCCI, 2003, p. 219-229).

A Corte Interamericana aplica de forma ampla a doutrina do *iura novit curia* em suas decisões, de acordo com a qual possui autoridade para conhecer de diferentes violações daquelas alegadas pelo demandante. Ademais, diferente a Corte Europeia de Direitos Humanos, a Corte Interamericana frequentemente conclui pela violação de vários direitos baseada nos mesmos fatos (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, p. 299).

Em sequência ao procedimento contencioso da Corte, se na sentença não se houver decidido especificamente sobre reparação, fixando-a na própria sentença, haverá a fase de reparações, onde será aberta a oportunidade de conciliação onde devem ser ouvidas as vítimas e seus representantes, aos quais é facultado apresentar seus argumentos e provas (SOUSA, 2010, p. 160). Se a Corte for informada de que as partes no processo chegaram a um acordo em relação ao cumprimento da sentença

de mérito, "verificará se o acordo se o acordo está em conformidade com a Convenção e disporá o que couber sobre a matéria" (MAZZOULI, 2011, p. 37).

No caso de fixação de indenização pecuniária, há a previsão na Convenção, em seu artigo 62, 2, da possibilidade da execução da parte da sentença que determinar esta indenização de acordo com os procedimentos internos de execução de sentença contra o Estado (ANNONI, 2009, p. 106). Este texto, no entanto, sugere que os Estados não são obrigados a estabelecer um mecanismo para a execução doméstica dos julgamentos da Corte, apenas permite que os faça (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, p. 301).

No sistema interamericano, o Estado tem o dever de cumprir integralmente a sentença da Corte<sup>[42]</sup>, e esta possui o efeito de coisa julgada entre as partes, vinculando-as em litígio e servindo de embasamento judicial e orientação interpretativa para casos semelhantes (ANNONI, 2010, p. 106). A Convenção Americana não determina, contudo, nenhum mecanismo específico para supervisionar a execução dos julgamentos da Corte (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, p. 302).

Atualmente, a execução das sentenças da Corte Interamericana se deve à boa-fé e à lealdade processual dos Estados demandados, que não sempre adotam providências legislativas internas para garantir o cumprimento destas decisões, acarretando em insegurança jurídica para as vítimas que tiveram seus direitos reconhecidos em uma corte internacional (SOUSA, 2010, p. 162).

Caso o Estado infrator não cumpra por conta própria as determinações contidas em uma sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, deverá ser acionada, assim como no procedimento final do trâmite na Comissão Interamericana, a instância política, representada pela Assembleia Geral da OEA (COELHO, 2008, p. 85).

No entanto, a Assembleia Geral da OEA, apesar de destinatária final dos informes da Corte e da Comissão, função em que deve resgatar a promoção dos direitos humanos e a responsabilização dos Estados

violadores de direitos humanos protegidos, não possui nenhum procedimento expresso de edição de sanção por violação desses direitos protegidos, como a expulsão do Estado da OEA, existente no sistema regional europeu<sup>[43]</sup>. Este órgão tem se restringido a aprovar tais informes sem adotar medidas específicas para o cumprimento das decisões (ANNONI, 2009, p. 108).

No caso específico do Brasil, o problema de execução das sentenças da Corte e a efetividade de suas decisões perpassa, inicialmente, por um óbice de hermenêutica constitucional. O artigo 105, I, alínea i, da Constituição Federal brasileira, introduzido na Emenda Constitucional 45 de 2004, estabelece que as sentenças estrangeiras devem ser homologadas pelo Superior Tribunal de Justiça. A homologação é condição de eficácia para a sentença proferida por tribunal estrangeiro no Brasil, de acordo com a disposição do artigo 483 do Código de Processo Civil atual.

Majoritariamente, no entanto, entende-se que a sentença proferida pela Corte Interamericana não é estrangeira, e sim internacional, pois não se trata de decisão de um tribunal afeto à soberania de outro Estado, sendo desnecessária sua homologação para que seja executada no país. Nesse sentido, Valerio Mazzouli destaca, diferenciando a natureza jurídica destes dois tipos de sentença, que

*o direito internacional não se confunde com o chamado direito estrangeiro. Aquele diz respeito à regulamentação jurídica internacional, na maioria dos casos feita por normas internacionais. O direito internacional disciplina, pois, a atuação dos Estados, das Organizações Internacionais e também dos indivíduos no cenário internacional. Já o direito estrangeiro é aquele afeto à jurisdição de outro Estado que não o Brasil (MAZZOULI, 2011, p. 39).*

Assim considerada, a sentença proferida pela Corte Interamericana teria eficácia imediata e poder coercitivo incondicionado à ratificação do Poder Judiciário interno. Esbarra-se, no entanto, mais uma vez, na questão

da eficácia destas decisões, estritamente ligada ao seu efetivo cumprimento.

O governo brasileiro foi condenado, pela Corte Interamericana, no notável caso *Damião Ximenes Lopes*, em sentença de 4 de julho de 2006, relacionado a indivíduo que sofria de deficiência mental, o qual faleceu em centro de saúde que funcionava à base do Sistema Único de Saúde, no estado do Ceará. No caso, que foi o primeiro do sistema interamericano a julgar violação de direitos humanos de pessoa portadora de deficiência, ficou determinada, dentre outras, a obrigação do Estado brasileiro de investigar os responsáveis pela morte de *Damião Ximenes*, de realizar programas de capacitação para os profissionais de atendimento psiquiátrico e de pagar indenização por danos materiais e imateriais à família da vítima no prazo de um ano. Isso porque, durante a internação para tratamento psiquiátrico, a vítima sofreu uma série de torturas e maus-tratos por parte dos funcionários, delitos que não foram investigados e, conseqüentemente, não houve sanção aos responsáveis (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006).

O Estado brasileiro pagou de forma espontânea a parte indenizatória da sentença. Com efeito, este não costuma ser o grande problema em relação à implementação das decisões internacionais no sistema interamericano. O maior obstáculo encontra-se na dificuldade de executar internamente os deveres de investigar e punir os responsáveis pelas violações de direitos humanos, como foi estabelecido no caso (MAZZOULI, 2011, p. 43).

Embora esta não observância de parte das decisões da Corte possa ser considerada nova violação à Convenção Americana, pois o seu artigo 68, 1, dispõe sobre o compromisso ao cumprimento das decisões da Corte, a carência de instrumentos para sancionar e exigir o cumprimento das decisões torna inócua a abertura de outro caso contencioso.

No Brasil, de forma mais aparente, podemos visualizar e analisar a questão da eficácia ainda em outro tipo de decisões, presentes apenas no sistema interamericano, que são concernentes aos casos de extrema gravidade e urgência.

Essa espécie de decisão, mais comum em relação ao Estado brasileiro do que as sentenças em casos contenciosos, e sobre a qual passaremos a tratar, demonstram, em situações em que a aplicação dos preceitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos se faz mais necessária e imediata, que a ausência de instrumentos que otimizem a responsabilização estatal e os óbices políticos existentes reduzem consideravelmente a força e a possibilidade de expansão da defesa dos direitos humanos no país, tornando a adesão do Brasil ao sistema interamericano, por vezes, apenas conveniente posição política sem maiores efeitos internos.

#### 4 TUTELAS DE URGÊNCIA E SUA EFICÁCIA NO ESTADO BRASILEIRO

Seja no âmbito da legislação doméstica, do Direito Internacional ou dos sistemas global e regionais criados para atender às necessidades de proteção universal dos direitos humanos, o devido processo legal deve ser observado em qualquer procedimento que resulte na responsabilização por atos danosos aos direitos de terceiros.

O processo estabelecido pelas normas do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, já acima delineado, busca, inevitavelmente, atender às exigências do devido processo legal, estabelecendo a oportunidade de participação das partes e a atuação da Comissão Interamericana como defensora da ordem legal, à semelhança do papel exercido pelo Ministério Público no direito interno brasileiro.

Existem situações, no entanto, em que a obediência ao procedimento usual, que culmina em uma sentença inapelável e de cumprimento obrigatório pelo Estado quando há responsabilização pela violação aos direitos humanos, se mostra ineficaz e inadequado para atender à urgência necessária e evitar uma violação grave aos direitos humanos.

O ordenamento jurídico brasileiro, na visão de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, em consideração aos casos em que um dano é previsível, permite a utilização de uma tutela preventiva que visa

inibir esta lesão de um direito material, garantindo assim a efetividade da proteção ao bem jurídico ameaçado. Esta não se confunde com o conceito de tutela cautelar, a qual pressupõe a ameaça de dano à uma tutela principal que deve ser assegurada e que já foi ou será requerida em ação posterior. A tutela inibitória é satisfativa e preventiva e não assecuratória e instrumental como a tutela cautelar (2011, p. 40-45)[44].

Ademais, o Código de Processo Civil preconiza expressamente, em seu artigo 273, que o juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e a verossimilhança da alegação. Evidencia-se, nesse dispositivo, o instituto da tutela antecipatória ou antecipação de tutela. Também ao contrário da tutela cautelar, não se concede aqui a segurança, mas sim o próprio objeto da demanda de forma satisfativa, total ou parcialmente.

Igualmente, o instituto desenvolvido no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos com o escopo de atender situações de urgência e grave perigo de dano possui a natureza provisional e não meramente assecuratória de uma tutela principal.

Não se identifica totalmente, contudo, com os institutos referidos do ordenamento pátrio, ainda que possua características de ambos.

As medidas de urgência do sistema interamericano não se limitam a inibir uma ação agressiva ao direitos humanos, por vezes prescrevendo obrigações positivas para revertê-la e, ainda que também se submeta ao exame do perigo da demora em uma atuação efetiva e na verossimilhança das alegações, não se trata da prestação antecipada de um pedido em um processo principal, e sim de um comando dado de forma célere para evitar a violação grave dos direitos humanos, ou seja, uma prestação satisfativa independente de um processo de que é incidental ou onde se discutirá a tutela definitiva.

Sua função é excepcional, como único instituto de proteção do sistema interamericano de direitos humanos capaz de evitar um dano iminente e irreparável que de outra forma não poderia ser refreado, tendo

em vista que esse tipo de ameaça é incompatível com o procedimento ordinário.

Evitar esta lesão torna-se mais relevante quando se trata da salvaguarda dos direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, construída para proteger de forma integral os aspectos mais fundamentais à manutenção da própria condição humana.

A tutela de urgência do sistema interamericano existe, destarte, para atender aos princípios basilares da constituição do Direito Internacional dos Direitos Humanos e dar-lhe efetividade, sendo seu cumprimento urgente e mandatário.

No Brasil, as medidas de urgência requeridas têm-se voltado, em sua maioria, à garantia do direito à vida e à integridade física dentre aqueles que se encontram privados da liberdade pelo Estado em razão de punição por conduta delituosa, como o caso da Casa de Detenção José Mário Alves, conhecida como "Penitenciária Urso Branco".

Destaca-se, ainda, dentre as situações que acarretaram medidas dos órgãos internacionais de proteção, o recente caso da usina hidrelétrica Belo Monte, a ser construída no Rio Xingu, no estado do Pará, resultando em permanente impacto ao meio ambiente e às comunidades indígenas locais.

Nestas situações, foi exigido do Brasil o adimplemento de determinações que objetivavam evitar violação previsível, grave e de consequência imediata aos direitos humanos e, em grande parte delas, o Estado brasileiro falhou em agir da maneira mais eficaz na aplicação das medidas, acarretando em prejuízo incalculável aos que careciam de proteção e em lesão permanente ao funcionamento de todo o sistema interamericano.

Previamente a uma análise das medidas adotadas pela Comissão e pela Corte Interamericana em nosso país e de sua eficácia, no entanto, faz-se mister expor o seu funcionamento, admissibilidade e procedimento, para que se apreenda seu alcance e efeitos.



#### 4.1 Tutelas de urgência no sistema interamericano de direitos humanos: aspectos gerais

As tutelas de urgência no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos consistem em ordens aos Estados-partes da Convenção para que adotem ações imediatas com o fim de evitar possível dano iminente e irreparável à pessoa, ou deixem de realizar atos que provocariam lesões irremediáveis aos direitos humanos (PASQUALUCCI, 2003, p. 293-294).

Pertinentes à própria função nuclear dos órgãos deste sistema, estas medidas atendem a uma necessidade de atuação célere e incisiva capaz de evitar as mais graves violações aos direitos humanos. É a única forma, portanto, de efetivação integral da proteção destes direitos universalmente.

Nesse sentido, Clara Herrera expõe que, muito embora a incorporação dos direitos humanos em instrumentos internacionais e domésticos seja uma das grandes conquistas da humanidade, há uma enorme distância entre o reconhecimento de certos direitos e seu efetivo gozo, levantando a questão do que pode ser feito para que esses direitos não se tornem retóricos e o que deveriam os sistemas internacionais de proteção realizar para evitar suas violações.

Para a autora,

o propósito das medidas de urgência é precisamente de preencher essa lacuna. Estas medidas são uma instituto cujo objetivo é garantir a eficácia prática dos direitos para que não sejam apenas retóricos. No fim, o que é mais significativo é a averiguação de que os direitos não só estão inclusos em um plano internacional e que os Estados são internacionalmente responsáveis no caso de violação, mas de que todos os indivíduos acreditam que esses

direitos podem ser protegidos antes de serem afetados (HERRERA, 2010, p. 1)[45].

Como já mencionado, o caráter destas medidas não é apenas cautelar, mas essencialmente tutelar dos direitos ameaçados, e sua instituição e manutenção relacionam-se apenas com a existência e permanência de uma situação de extrema gravidade, urgência e necessidade de evitar danos irreparáveis. Qualquer outra circunstância relacionada à violação de direitos humanos se resolverá através do processo ordinário (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2008a, p. 4).

Duas espécies de tutela de urgência são previstas no sistema interamericano, uma no âmbito da Comissão Interamericana, emanando de suas amplas atribuições de proteção e promoção dos direitos humanos, e uma que provêm de ordem exarada pela Corte Interamericana, competência derivada expressamente das determinações da Convenção Americana de Direitos Humanos (GONZÁLEZ, 2010, p. 51-52).

As medidas adotadas pela Comissão Interamericana são referidas como medidas cautelares, diferenciando-as, assim, das chamadas medidas provisórias, oriundas da Corte.

Ainda que não previstas na Convenção Americana, ou mesmo no Estatuto da Comissão, as medidas cautelares têm fundamento em seu Regulamento, artigo 25, que autoriza a este órgão requisitar aos Estados que previnam dano irreparável à pessoa[46]. Tal procedimento pode ser realizado em qualquer caso de gravidade e urgência, e sempre que for necessário, de acordo com as informações disponíveis (PASQUALUCCI, 2003, p. 295-296).

Contudo, mesmo antes da institucionalização das medidas cautelares, que só veio a ocorrer em 1980, a prática de requerer providências de maneira urgente aos Estados em relação a certas violações, mormente no caso de desaparecimento forçados, já havia sido implementada pela Comissão nos casos em trâmite ou mesmo na ausência de procedimento junto ao órgão. Esta função pôde ser ainda ampliada a partir da redemocratização que se deu nos países americanos a partir dos

anos noventa, quando se estendeu para situações de risco dos mais diversos direitos (GONZÁLEZ, 2010, p. 51-52).

A atribuição da Comissão Interamericana de conceder a tutela em situações de urgência também se encontra preconizada expressamente na Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, em seu artigo 13<sup>[47]</sup>, como proteção reconhecidamente necessária no passado recente das ditaduras militares americanas.

Conforme as regras aplicadas, é possível a adoção destas medidas por iniciativa própria da Comissão, e não somente à requerimento da parte. Quando o órgão não estiver em sessão, no entanto, o presidente da Comissão, ou o vice-presidente, se o primeiro não estiver disponível, deve consultar com os outros membros para requisitá-las. O presidente poderá ordenar a medida sem prévia consulta se as circunstâncias do caso tornarem essa exigência desrazoável (PASQUALUCCI, 2003, p. 296).

Assim como no procedimento usual, a Secretaria Executiva da Comissão realiza um análise precípua da admissibilidade da requisição de medida cautelar, e isto é tudo que é necessário para que a Comissão ordene que um Estado adote providências para evitar um dano irreparável a direitos humanos. Este procedimento sumário é corroborado pelo artigo 36, 3, do Regulamento da Comissão, o qual permite que casos sejam abertos e a consideração de admissibilidade diferida até o debate e a decisão sobre o mérito, em circunstâncias excepcionais (PASQUALUCCI, 2003, p. 297).

A tramitação das medidas cautelares carece de maiores formalidades, podendo provir de denúncias apresentadas por qualquer pessoa ou organização internacional à Comissão (GONZÁLEZ, 2010, p. 53). A requisição pode, no entanto, ser feita imediatamente ou, se não representar prejuízo, após o pedido de mais informações ao solicitante ou ao Estado a que se refere, como determina o artigo 25, 5, do Regulamento da Comissão.

O mesmo artigo 25, 6 e 7, prescreve que a pertinência da vigência da medida deverá ser avaliada periodicamente pela Comissão, e em qualquer momento o Estado poderá apresentar pedido devidamente fundamentado

para que os efeitos da tutela sejam cessados, o que só será concedido após informações dos beneficiários ou seus representantes.

Para a outorga destas medidas o Regulamento prevê três hipóteses de uso: em caráter geral, para a prevenção de danos irreparáveis às pessoas quando os casos estão em trâmite na Comissão; para salvaguarda do objeto de um processo perante ao órgão ou na forma já mencionada, direcionadas para evitar danos irreparáveis em situações urgentes independentemente do sistema de casos, ou seja, em qualquer circunstância (GONZÁLEZ, 2010, p. 54).

Frequentemente, perante o sistema interamericano, as medidas cautelares tem sido utilizadas como uma tentativa inicial de prevenir uma violação aos direitos humanos. A Corte Interamericana, nestes casos, se utiliza de sua própria competência para adotar medida provisória apenas após a Comissão ter ordenado uma medida cautelar que se mostrou ineficaz, a exemplo do caso do presídio Urso Branco, no Brasil, onde cinco prisioneiros morreram após a requisição da medidas de urgência pela Comissão, acarretando na requisição de medidas provisórias (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2002a, p. 2-3).

A real necessidade da outorga de uma medida cautelar anteriormente à concessão de uma medida provisória pela Corte Interamericana, no entanto, não é questão pacífica. Larissa Soares, em estudo acerca do assunto, destaca que o debate sobre a prioridade de uma medida sobre outra perpassa pela observação de que a força jurídica de uma decisão da Comissão e uma advinda da Corte não seria a mesma, uma vez que a Comissão é órgão político e a Corte possui atribuição jurisdicional e decorrente prerrogativa de decisões cogentes aos Estados (2008, p. 8).

Embora este parecesse ser o entendimento da Corte, que inicialmente exigia a preliminar ordenação de medida cautelar, passou-se a reconhecer que este pré-requisito não é obrigatório, nem mesmo dentre as normas regulamentares, e que por vezes ocasionava um procedimento desnecessariamente complicado para as medidas provisórias. Ao tratar da questão, Jo M. Pasqualucci assinala que a prática de utilizar medidas provisórias apenas após a requisição de tutela de urgência pela Comissão

não constitui uma obrigação, mas possui o objetivo de estimular os Estados a consentirem com as medidas cautelares requisitadas, pois a observância destas ordens significa a diminuição da sobrecarga de casos para a Corte e permite ao Estado tomar uma atitude positiva para amenizar a situação antes que o caso seja exposto a um adicional exame por um órgão jurisdicional internacional (2003, p. 297-298).

A Corte Interamericana, em diversas ocasiões, tem reforçado a possibilidade e relevância da utilização das medidas cautelares, afirmando que, em cumprimento às obrigações contraídas em virtude da Convenção Americana de Direitos Humanos, os Estados devem implementar e adimplir as resoluções emitidas pelos seus órgãos de supervisão, ou seja, a Corte e também a Comissão (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2004, p. 10-11).

Para este órgão, qualquer decisão da Comissão Interamericana possui a força de recomendação, como estabelece a Convenção Americana, este termo mantendo o mesmo significado do normalmente utilizado pela sociedade internacional[48]. No entanto, a Corte também ressalta que, de acordo com o artigo 31, 1, da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados e o princípio da boa-fé, quando um Estado assina e ratifica um tratado internacional, especialmente um relativo aos direitos humanos, possui a obrigação de realizar todos os esforços para aplicar as recomendações de um órgão de proteção internacional como a Comissão (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1997, p. 30).

A própria Corte Interamericana, contudo, parece considerar que as medidas cautelares da Comissão, na atual forma do sistema interamericano, não possuem a mesma aptidão das medidas provisórias quando buscam evitar uma situação de extrema gravidade e urgência nos casos envolvendo direitos basilares como a vida, pressuposto de todos os demais.

É o que apresentou o juiz Cançado Trindade, em voto concordante[49], ao conceder medida provisória no caso do Complexo do Tatuapé[50], no Brasil. Nesta oportunidade, o juiz da Corte, além de criticar a demora da Comissão em declarar a admissibilidade da petição e em estabelecer as medidas cautelares, também repreendeu veementemente a

insistência do órgão em dar seguimento as medidas, quando vinham sendo obviamente ineficazes e incapazes de refrear as violações. Para ele,

Em toda e qualquer circunstância, os imperativos de proteção devem primar sobre os aparentes zelos institucionais. Em situações de violência crônica como a que se depreende do presente caso das *Crianças e Adolescentes Privados de Liberdade no Complexo do Tatuapé da FEBEM* no Brasil, não vejo porque a CIDH tivesse insistido - como o tem feito em tantos outros casos - em desde o início testar prolongadamente suas próprias medidas cautelares, ao invés de submeter de imediato uma solicitação de medidas provisórias à Corte, tão logo se configurasse uma situação de extrema gravidade e urgência, capaz de causar danos irreparáveis a pessoas, como já ocorreu no presente caso (TRINDADE, 2005, p. 1).

Por fim, no que concerne os aspectos gerais das medidas cautelares, importa ressaltar que, assim como qualquer tutela de urgência no sistema interamericano, a adoção destas medidas não constitui pré-julgamento sobre a violação dos direitos protegidos pela Convenção e outros instrumentos aplicáveis, conforme expressamente determina o artigo 25, 9, do Regulamento da Comissão.

As medidas provisórias, por sua vez, são emitidas pela Corte Interamericana e encontram previsão no texto da Convenção Americana de Direitos Humanos. Seu artigo 63, 2, sedimenta o fundamento legal da medida. *In verbis*:

Em casos de extrema gravidade e urgência, e quando se fizer necessário evitar danos irreparáveis às pessoas, a Corte, nos assuntos de que estiver conhecendo, poderá tomar as medidas provisórias que considerar pertinentes. Se se tratar de assuntos que ainda não estiverem submetidos ao seu conhecimento, poderá atuar a pedido da Comissão.

Não há, nos demais sistemas de proteção do direitos humanos, global ou regional, medida idêntica à tutela de urgência da Corte Interamericana. No sistema global, referente às Nações Unidas, as medidas de urgência são previstas no Estatuto da Corte Internacional de Justiça, de seu Comitê de Direitos Humanos e do Comitê contra a Tortura[51] (HERRERA, 2010, p. 2). A atribuição da Corte Europeia de ordenar medidas passíveis de evitar danos graves e irreparáveis os direitos humanos, da mesma forma, não provém de um documento internacional ratificado pelos Estados-membros, mas somente de previsão no artigo 39 do Regulamento da Corte (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, p. 303).

A fixação destas medidas na Convenção Americana não permite, portanto, qualquer dúvida quanto a sua vinculação aos Estados-membros. A inclusão deste instrumento no diploma se deu de maneira a ampliar os efeitos das medidas provisórias e atender à especificidades dos casos de violação dos países americanos, uma região, em grande parte, assolada pela ausência de segurança jurídica e de limites ao autoritarismo estatal por décadas de ditadura militar em diversos países[52].

A partir desta determinação

o debate acerca dos poderes inerentes da Corte para ordenar medidas provisórias não é mais controverso, já que este poder é essencial para proteger direitos humanos. O objetivo e propósito da Convenção Americana é proteger os direitos dos indivíduos, e o resultado final de um processo internacional deve ser de relevância prática para a pessoa a que se refere. O Corte deve ter autoridade legal para ordenar medidas provisórias em qualquer caso em que haverá dano imediato e irreparável, ainda que depois da Corte estabelecer os direitos das partes no caso. Esse poder é necessário para o funcionamento eficaz do sistema interamericano de direitos humanos (PASQUALUCCI, 2003, p. 300)[53].

Em relação à legitimidade para a requisição de medidas provisórias, esta será definida pelo órgão do sistema interamericano que estiver analisando a situação no momento que surgir a ameaça de dano que justifique a tutela de urgência. Estando o caso sob consideração da Comissão Interamericana, apenas esta é competente para requisitar as medidas. Para uma situação submetida à Corte, contudo, as medidas provisórias podem ser outorgadas de ofício, por solicitação da Comissão, das alegadas vítimas, de seus sucessores ou representantes (HERRERA, 2010, p. 7).

Destarte, percebe-se que à Comissão é permitido requisitar medidas provisórias para a Corte ainda que o caso não esteja sob sua apreciação. A atuação da Comissão no procedimento de medidas provisórias perante a Corte é um momento singular previsto pela sistemática interamericana em que Comissão e Corte trabalham conjuntamente (HANASHIRO, 2001, p. 38).

Atualmente, quando a Comissão realiza o pedido de medidas provisórias para a Corte Interamericana, se dá uma presunção *prima facie* que existe uma situação de perigo grave e iminente passível de justificar a adoção das medidas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1994, p. 2). A Corte, nestes casos, confere credibilidade à requisição de Comissão Interamericana, sendo este o órgão mais diretamente envolvido com a monitoração dos casos de violação dos direitos humanos. Uma nova análise do caso representaria um dispêndio desnecessário de tempo e recursos, principalmente quando nestas circunstâncias em que a celeridade é o cerne da atuação eficiente (PASQUALUCCI, 2003, p. 301)[54].

A requisição da Comissão Interamericana pode ser feita em qualquer estágio do procedimento do caso no órgão, quando se mostrar necessário, e não obrigatoriamente se dará em seu interesse, havendo a possibilidade de ser realizada a requisição em razão do pedido de uma parte interessada, de representantes da vítima ou a própria, de seus sucessores ou de uma organização não governamental (HERRERA, 2010, p. 8-9)[55].

Quando a Comissão não estiver reunida, as medidas provisórias da Corte Interamericana podem ser requisitadas pelo Presidente ou, na



ausência dele, por um dos Vice-Presidentes da Comissão, conforme previsto no artigo 76, 2, do Regulamento da Comissão Interamericana.

Importa ressaltar que a Corte Interamericana possui jurisdição sobre a duração e o alcance da medida, ainda que referente a uma situação que não estava sob sua análise. Assim, nem a Comissão ou qualquer outra parte interessada possui a competência para fazer a tutela concedida sem efeito ou suspendê-la (HERRERA, 2010, p. 16).

Quando já submetidos à Corte qualquer parte no caso pode requisitar a instituição de medidas provisórias, incluindo a vítima, como já mencionado, o que acentua uma devida participação do indivíduo que teve seus direitos violados e atende a uma evolução latente do Direito Internacional dos Direitos Humanos[56]. A Corte, ou seu Presidente, quando esta não estiver em sessão, podem ainda outorgar as medidas por iniciativa própria, quando apropriado e recomendável (PASQUALUCCI, 2003, p. 311-312).

Uma vez adotadas, as medidas provisórias, assim com as cautelares da Comissão, não representam um julgamento do mérito da controvérsia ou uma condenação do Estado. Em casos como o de Cesti Hurtado, referente ao indeferimento de um *habeas corpus* pelo Estado do Peru, o Presidente da Corte Interamericana chegou a recusar a requisição de uma tutela de urgência, pois a solicitação guardava direta relação com o mérito do caso (HERRERA, 2010, p. 25-26).

No que concerne os Estados passíveis de figurarem como pólo de uma medida provisória, muito se discute se esta competência da Corte estaria atrelada à sua atribuição contenciosa ou se inerente à condição de salvaguarda aos direitos humanos de forma geral. Isso porque, conforme já exposto, ao contrário da Comissão, a Corte Interamericana não exerce sua competência de forma integral sob todos os Estados-membros da OEA, mas apenas em relação àqueles que ratificaram a Convenção Americana, e ainda sua jurisdição.

Na prática, a Corte tem adotado medidas provisórias apenas em relação a Estados que aceitaram sua jurisdição e sempre faz menção a esta

concordância em suas ordens. Com efeito, até o momento, nunca houve medidas referentes à Dominica, Granada ou Jamaica, Estados que ratificaram a Convenção mas não aceitaram a atribuição contenciosa da Corte (HERRERA, 2003, p. 36).

A questão da competência em razão do tempo da Corte Interamericana de requisitar medidas de urgência também já levantou questionamentos, em especial no caso envolvendo o Estado de Trinidad e Tobago. Nesta situação, a Corte havia ordenado o adiamento da execução de certos prisioneiros, oportunidade em que o Estado alegou haver denunciado a Convenção Americana previamente e, conseqüentemente, estaria fora do âmbito jurisdicional da Corte Interamericana. O órgão estabeleceu seu entendimento oficial, perante esta circunstância, que, de acordo com o Direito Internacional, a denúncia não livraria o Estado de sua responsabilidade por atos de violação da Convenção que ocorressem anteriormente a ela, como ocorrera no caso em tela (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2000, p. 2-4).

Embora a Convenção Americana não estabeleça em seu texto qualquer requisito de admissibilidade das medidas provisórias, a requisição da tutela de urgência deve conter as informações necessárias para demonstrar a existência de uma situação de extrema gravidade e imediatidade que justifique a adoção da ordem (HERRERA, 2010, p. 67).

A nomeação individual dos beneficiários das medidas também não é exigida em todos os casos, sendo suficiente que elas pertençam a um grupo identificável, como demonstrado em caso referente à República Dominicana em que a Corte concedeu medida de urgência para prevenir a expulsão sem o devido processo legal de milhares de descendentes de haitianos, ou no caso da penitenciária Sebastião Martins Silveira, em Araraquara, São Paulo, onde a ordem foi direcionada à proteção de todos ali encarcerados, sem que fosse preciso nomeá-los (PASQUALUCCI, 2003, p. 305-308).

Não há, ainda, delimitação ou hierarquização dos direitos que podem ser protegidos pelos efeitos das medidas de urgência. Na prática, uma porcentagem alta das medidas são adotadas em relação ao direito à

vida e à integridade pessoal, típicos casos de riscos graves e urgentes de dano aos bens jurídicos mais caros à sociedade. Conquanto, não houve qualquer restrição da Corte Interamericana em oferecer defesa imediata à outros direitos como a liberdade de expressão, a proteção especial à crianças ou ao direito de circulação e residência das pessoas (GONZÁLEZ, 2010, p. 61-62).

A extrema gravidade, um dos requisitos para a concessão da tutela de urgência a ser observado em cada caso, deve ser resultado de um perigo real e não meramente hipotético. Expõe Clara Herrera, ao tratar do assunto, que tal perigo real pode ser constatado quando uma ou mais pessoas estão em uma situação similar a outro indivíduo que já teve seu direito violado. A autora ainda assevera que

um exemplo se daria quando uma testemunha recebesse ameaças de vida e outra testemunha no mesmo processo tivesse sido ameaçada e morta. A testemunha que ainda está viva se encontra em uma situação de perigo real porque no mesmo caso outra pessoa que estava na mesma posição – testemunha – e na mesma situação – ter recebido ameaças – foi morta<sup>[57]</sup> (HERRERA, 2003, p. 92).

Além desta notável gravidade, as circunstâncias devem exigir uma decisão imediata, sem a qual a possibilidade de injúria aos direitos humanos não poderia ser evitada. Não restando claro o dano iminente, a adoção da tutela de urgência não é necessária (PASQUALUCCI, 2003, p. 302). Como exemplo, a requisição da Comissão Interamericana de medida provisória no caso envolvendo o ativista de direitos humanos Carlos Chipoco, no Peru, acusado criminalmente de delitos relacionados à críticas ao Estado e ao seu trabalho em organizações de direitos humanos, foi denegada pelo Presidente da Corte Interamericana em razão da ausência de mandado de prisão para a vítima, inexistindo, conseqüentemente, a seu ver, justificativa para o procedimento emergencial (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1992, p. 2-3)<sup>[58]</sup>.

Por fim, a outorga de uma medida emergencial só é possível em busca de prevenir danos que ainda não ocorreram, para evitar que causem um prejuízo irreparável. Este dano que, se concretizado, seria insanável, significa a "impossibilidade de resgatar, preservar ou compensar o direito ameaçado através de medidas realizadas após a lesão" (HERRERA, 2010, p. 98).

Corroborando-se, nessa limitação, o objetivo precípua da instituição das medidas de urgência de suprir uma necessidade do sistema regional de direitos humanos, visto que o propósito da proteção além do âmbito doméstico não é apenas de decidir acerca da responsabilidade do Estado pela violação destes direitos, mas também de buscar impedir ou amenizar a ocorrência destes danos aos alicerces fundamentais da condição humana.

Com efeito, as medidas concedidas pela Corte Interamericana tem se mostrado eficaz em diversas circunstâncias em que se exsurge salvaguarda imediata contra potencial dano grave e irreparável, como a proteção de testemunhas que depuseram perante a própria Corte ou à Comissão, a proteção de ativistas ou organizações de direitos humanos, o impedimento ao cumprimento de pena de morte ou mesmo no oferecimento de proteção à indivíduos deslocados nacional ou internacionalmente, para que estes retornem a seu local de origem. Todos esses exemplos já se tornaram usuais no sistema interamericano pela repetição destas situações em casos semelhantes (PASQUALUCCI, 2003, p 318-325).

Não há no regramento das tutelas de urgência normas que especifiquem um procedimento probatório específico para evidenciar o cumprimento dos requisitos citados, no entanto. Assim, as mais diversas formas têm sido utilizadas e aceitas com o fim de demonstrar as situações de extrema gravidade e urgência, seja através de provas diretas como decisões judiciais, investigações e informações da mídia, ou indiretas como a concessão de medidas cautelares pela Comissão e a existência notória de um conflito interno armado na região (HERRERA, 2010, p. 103-127).

A implementação das ordens da Corte, uma vez acatada a requisição, se dá de maneiras diferentes, a depender da natureza da lesão que se pretende conter. Em geral, visando a proteção à vida e à integridade

pessoal, a forma de implementação consiste na proteção policial, com custódia permanente ou sob alguma outra modalidade, ou ainda em rondas periódicas no local de residência ou trabalho do beneficiário (GONZÁLEZ, 2010, p. 64). Em outras ocasiões, a Corte já ordenou ao Estado, dentre outras medidas, o estabelecimento de controle e vigilância em grupos ilegais, a entrega de documentos que obstariam a expulsão ou deportação de indivíduos, a proteção de perímetros em certos locais, a conformização de presídios com os padrões mínimos internacionais com oferecimento de cuidados médicos aos presos e a suspensão da execução de sentenças (HERRERA, 2010, p. 152-158).

Contudo, as medidas provisórias usualmente apresentam comandos genéricos de utilização de todos os meios necessários para evitar a violação prevista, oferecendo margem de apreciação para o Estado soberano decidir qual ação específica seria necessária para cumprir sua obrigação geral de proteção. O adimplemento passa então a ser monitorado através de relatórios obrigatórios do Estado e da supervisão da Comissão Interamericana. Se as medidas iniciais se provarem insatisfatórias, é competência da Comissão notificar a Corte para que sugira ao ente estatal uma alternativa mais adequada (PASQUALUCCI, 2003, p. 312-313).

Assim como as demais decisões da Corte, não há recurso da decisão que ordena ao Estado a adotar medidas emergenciais e protetivas e, uma vez outorgada, será mantida enquanto permanecerem os requerimentos básicos de extrema gravidade e urgência, podendo ainda ser ampliadas em razão de mudança nas circunstâncias e até mesmo reinstituídas se a situação voltar a se apresentar (HERRERA, 2010, p. 148-178). Consequentemente, a suspensão da medida só poderá ocorrer quando cessarem os fatos e situações que lhe deram fundamento, independentemente da conclusão do caso de mérito perante a Corte Interamericana (PASQUALUCCI, p. 315-316).

É pertinente observar, por fim, que as ordens da Corte Interamericana de instituição de medidas provisórias são de cumprimento obrigatório, previstas no texto da própria Convenção Americana de Direitos Humanos, conforme já destacado. A escolha dos termos utilizados na redação do artigo 63, 2, da Convenção Americana, não suscita dúvidas

quanto à vinculação dos Estados signatários a este instrumento de proteção dos direitos humanos, que vai além de uma simples sugestão de atuação preventiva estatal (PASQUALUCCI, p. 317-318).

Em paralelo, no que concerne às medidas cautelares da Comissão, o entendimento atual, como visto, é de que representam um importante papel em desafogar o órgão jurisdicional do sistema interamericano e promover a cooperação estatal em um âmbito político com base no princípio básico de boa-fé.

Não obstante, malgrado a importância já bem estabelecida das tutelas de urgência e de sua aplicação na defesa de forma universal aos direitos humanos nos mais diversos casos nos países americanos, o cumprimento indevido por parte dos Estados têm prejudicado a eficácia deste meio e todo o escopo do sistema regional interamericano.

À semelhança das sentenças nos casos contenciosos da Corte, o único recurso disponível no caso de inadimplemento das medidas de urgência é o relatório anual à Assembleia Geral da OEA, órgão que depende unicamente de sua vontade política para agir, conforme já exposto, e que se reúne apenas uma vez por ano, o que torna sua atuação direta nos casos que exigem celeridade inócua, não obstante possua um potencial não aproveitado de pressão política no que concerne a responsabilização estatal.

Em consequência, também o Brasil possui um histórico de desconsideração das ordens do sistema interamericano, mormente no que se refere as tutelas de urgência, o que se passará a analisar conjuntamente ao prejuízo desse desacato ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, à eficácia da proteção internacional dos direitos humanos no país e aos direitos basilares de seus próprios cidadãos e de qualquer indivíduo que resida no Estado.

## 4.2 Tutelas de urgência aplicadas ao caso brasileiro: os casos Urso Branco e Belo Monte

O Direito Internacional de Direitos Humanos e, mais especificamente, o sistema interamericano de proteção, foram criados para atender as necessidades, ditadas pela história, de salvaguarda dos bens jurídicos fundamentais à construção e manutenção da atual concepção de ser humano. Como já exposto, a responsabilização e o controle internacional dos Estados no que concerne a preservação dos direitos humanos é conquista indisponível para essa proteção seja efetiva, e as medidas de urgência preenchem uma lacuna que evita a afirmação meramente retórica de defesa universal.

Até o presente momento, seis medidas de urgência foram requisitadas em relação ao Estado brasileiro e, desde o ano de 1996, mais de três dezenas de medidas cautelares foram pleiteadas à Comissão Interamericana. Os sistemas jurídicos e políticos nacionais não são estranhos, portanto, à existência de instrumentos fora do âmbito da legislação doméstica constituídos para proteger efetivamente os direitos humanos aqui violados em qualquer circunstância grave e de urgência, perante a falha do dever de proteção geral do Estado, mas agem, não raramente, como se estas medidas representassem meras sugestões de atuação política facultada ao ente estatal soberano.

Neste estudo, serão analisados os casos mais proeminentes de tutelas de urgência deferidas pelos órgãos do sistema interamericano e implantadas de forma deficiente ou sequer cumpridas pelo Brasil, para que se possa construir o panorama atual de um sistema de proteção que tem se tornado cada vez mais falho e ineficaz.

Inicialmente, destaca-se um caso de outorga de medidas provisória relativa ao direito à vida e à integridade física, no qual o Estado foi incapaz de conter atrocidades em presídio público, tampouco de adotar as medidas devidas para refrear os atentados que permaneceram ocorrendo.

A proteção dos encarcerados é decorrência natural da condição humana dos indivíduos submetidos a uma punição de privação de liberdade. Mesmo a posição de condenado e aprisionado não possui o condão de afastar a responsabilidade primária do Estado em resguardar os direitos humanos. Ao revés, tal obrigação se torna ainda mais presente, tendo em vista que o indivíduo passa a estar integralmente dependente da tutela estatal para sua sobrevivência.

Além deste dever oriundo da principiologia do ordenamento jurídico nacional, que traz a dignidade humana como fundamento da nação, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XLIX, assegura aos presos o respeito à integridade física e moral. Disposição semelhante é encontrada na redação do artigo 38 do Código Penal, ao fixar que o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade. Já a Lei de Execução Penal, de nº 7210/84, dedica toda uma seção, composta de quatro artigos, aos direitos dos presos, ressaltando mais uma vez a integridade física e moral, seja o preso provisório ou já condenado.

Outrossim, o respeito a humanidade e à dignidade inerente ao indivíduo privado de liberdade é destacado nos diplomas internacionais como o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, em seu artigo 10, 1, e a prática de penas cruéis que não observam esta determinação é repudiada e afastada, sem que caibam justificativas para o seu uso, por meio da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes e da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

A Corte Interamericana, por sua vez, em caso envolvendo a penitenciária Urbana, na Venezuela, já destacou que

o Estado possui um papel especial como o garantidor das pessoas privadas da liberdade em prisões ou centros de detenção, tendo em vista que as autoridades penitenciárias possuem total controle sobre eles. Além disso, um dos deveres que o Estado deve impreterivelmente cumprir como um garantidor,



visando proteger e assegurar o direito à vida e à integridade física das pessoas privadas da liberdade, é [proporcioná-los] o mínimo de condições para manter sua dignidade enquanto permanecem em centros de detenção (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011a, p. 6)[59].

Afere-se, portanto, que o Estado deve atuar nos casos de violação de direitos humanos envolvendo indivíduos submetidos a pena de prisão ou em privação provisória, mormente para assegurar os direitos fundamentais e evitar que as lesões ocorram, e caso a precaução seja falha, é responsável pela instituição de uma situação em que estes direitos possam ser observados.

No Brasil, o maior destaque dentre as medidas provisórias referentes às penitenciárias é o caso da Casa de Detenção José Mário Alves, mais conhecida como Penitenciária Urso Branco, localizada no município de Porto Velho, no estado de Rondônia. A requisição de tutela de urgência para a Corte Interamericana foi realizada pela Comissão, e se tornou necessária pelo agravamento de situações já existentes e em razão da total ausência de controle dos internos na ocasião.

Em 1º de janeiro de 2002, uma realocação geral dos internos foi realizada com critérios pouco rigorosos de separação dos detentos potencialmente agressores, de modo que tanto aqueles que anteriormente se encontravam em celas de segurança quanto os que gozavam de maior confiança das autoridades e de certa liberdade dentro das instalações foram colocados juntos nas celas destinadas à população geral da penitenciária. Após a retirada das forças especiais envolvidas na mobilização dos internos, na mesma data se deu início a um "homicídio sistemático" dos detentos provenientes das celas de segurança, que chegaram a gritar pelo auxílio dos agentes, sem que estes intervissem. O relatório dos encarregados do "grupo de choque" da polícia Rondônia que adentrou o local no dia seguinte atestou que foram encontrados quarenta e cinco corpos, muitos decapitados ou mutilados, ainda que governo estatal tenha divulgado oficialmente o falecimento de vinte e sete pessoas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2002a, p. 2).

Mesmo com a posterior criação de celas improvisadas de segurança, três corpos foram encontrados em um túnel subterrâneo, duas tentativas de homicídio perpetraram-se e onze celas foram destruídas e, ainda que intervindo a Companhia de Controle e Distúrbios, dois reclusos foram mortos em um pátio na presença de diversos outros internos. Quatro dias depois deste fato, a Comissão Interamericana solicitou a adoção de medidas cautelares para a proteção da vida e da integridade física dos internos, o que não foi suficiente para obstar o assassinato de mais cinco pessoas no interior do centro de detenção. A Corte, então, acatou a requisição de medida provisória, julgando haver um grave risco à vida e à integridade e reconhecendo o caráter urgente pela tensão ininterrupta de ocorrência de homicídios, existência de armas no poder dos internos, aglomeração e falta do controle das autoridades nacionais. Requereu-se, visando refrear as severas lesões aos indivíduos detentos, a adoção dos meios necessários para proteção e investigação<sup>[60]</sup>, bem com o fornecimento de informações acerca do cumprimento (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2002a, p. 2-7).

Em resposta, o Brasil informou a realização de medidas como a aprovação de novos agentes penitenciários em concurso público, a construção de dois novos presídios e a instauração de processo administrativo e inquérito judicial para averiguar a responsabilidade dos fatos. Tais afirmações foram refutadas pela Comissão Interamericana, ao assinalar o atraso das obras, a presença de policiais militares no presídio e a parcialidade e falta de inserção do governo federal em determinar a participação das autoridades estatais nos fatos, bem como a impossibilidade de acesso aos procedimentos em andamento. Na mesma oportunidade, a Comissão ressaltou casos de violação posteriores à concessão de medida provisória, destacando a ocorrência de novos homicídios, castigos pessoais desumanos, ameaças de morte e um espancamento e tortura realizados no dia posterior ao fim da supervisão do cumprimento da medida de urgência, como represália aos internos<sup>[61]</sup>. A Corte reforçou a necessidade da adoção das medidas requisitadas e da responsabilização dos culpados (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2002b, p. 4-12).

Ainda, em ocasião posterior, não obstante o reconhecimento da efetiva atuação do Programa de Justiça Itinerante, que solucionou de forma provisória problemas de revisão de penas e benefícios penais, a Corte voltou a corroborar a relevância da proteção urgente e eficaz, mediante a reiteração de novos danos à vida e integridade dos internos, acentuando-se a morte de um detento por um militar, ao tentar controlar uma briga, a permanência da inadequação das condições do local aos padrões internacionais, a falta de progresso nas investigações e de informações sobre seu andamento, ameaças de suicídio pela superlotação, a ocorrência de motins e rebeliões, falhas de segurança, insalubridade, a existência de armas artesanais entre os detentos e a escassez de reuniões da Comissão Especial instituída pelo Estado brasileiro para o caso, que deveria servir de aporte fundamental ao cumprimento das medidas<sup>[62]</sup> (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2005a, p. 2-23).

Em julho e dezembro de 2007, dois motins resultaram na morte de três internos e dezenas de feridos, com indícios de que a violência aplicada pelos agentes públicos para conter a ameaça foi desproporcional, dentre outros casos de inadequação relativas à superlotação e controle das autoridade policiais, levando a Corte a manter a medida que já perdurava por seis anos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2008b, p. 4-9).

Apesar de uma redução no número de internos, da efetiva construção de novas penitenciárias e mais celas, do reforço na segurança, de melhorias nas condições de encarceramento e da instituição de programas de reintegração social e assistência jurídica, atos de tortura e violência psicológica e físicas por ação dos agentes do Estado continuaram a ocorrer<sup>[63]</sup>, incluindo o uso de armas de fogo como forma de coação e controle dos detentos e o abuso sexual (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, p. 3-18).

Por fim, com a assinatura do Pacto para Melhoria do Sistema Prisional do Estado de Rondônia e Levantamento das Medidas Provisórias Outorgadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 24 de agosto de 2011, por autoridades federais e representantes do beneficiários, em que se deu a identificação dos principais problemas existentes na

Penitenciária Urso Branco e o estabelecimento pelo Estado brasileiro de ações de curto, médio e longo prazo para solucioná-los, bem como formas de supervisionar tais atos[64], a Corte cessou os efeitos das medidas provisórias. Para tanto, levou em consideração a diminuição do número de mais de 700 detentos e a maior estabilidade concedida pelo referido documento, deixando de existir a extrema gravidade, urgência e necessidade de prevenir danos irreparáveis, mas salientando que isto não significava que poderia ser relevado o dever estatal de proteção à vida e integridade dos internos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011b, p. 2-6).

A vida e a integridade pessoal dos indivíduos foram igualmente protegidas em diferentes situações, no Estado brasileiro, por medidas cautelares outorgadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos[65]. O caso mais atual e eminente refere-se à proteção de diversas comunidades indígenas da bacia do Rio Xingu, no estado do Pará, através de tutela concedida em abril de 2011.

A semelhança da proteção dos indivíduos em privação de liberdade, a defesa dos direitos fundamentais da população indígena também se demonstra de relevância peculiar, tendo em vista que se encontram em posição frágil na sociedade em razão de usualmente optarem por manter seus costumes e organizações sociais característicos.

Embora inegável que a salvaguarda da condição de indivíduo de cada membro destas comunidades, com a manutenção de todas as suas particularidades, é obrigação que decorre intrinsecamente da função do Estado, a Constituição Federal faz menção expressa a estes direitos em seus artigos 231 e 232, reconhecendo as tradições, línguas e costumes e as terras por eles habitadas em caráter permanente, de natureza inalienável, indisponível e imprescritível.

Destarte, o direito doméstico pátrio, norteado pela norma constitucional, "afirmou o direito dos povos nativos à diferença, forjado pela existência de diversidades culturais, rompendo o paradigma da integração e da assimilação que até então dominava o ordenamento jurídico brasileiro" (BELTRÃO; BEGOT; LIBARDI, 2012, p. 122).

No âmbito internacional, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho, da qual o Brasil é signatário desde 2002, concernente aos direitos fundamentais dos povos indígenas e tribais, garante o respeito e conservação das instituições sociais, econômicas, culturais e políticas das comunidades indígenas e destaca que os conceitos básicos que norteiam a interpretação das disposições da Convenção são a consulta e a participação dos povos interessados e o direito desses povos de definir suas próprias prioridades de desenvolvimento na medida em que afetem suas vidas, crenças, instituições, valores espirituais e a própria terra que ocupam ou utilizam.

A Comissão Interamericana, em caso contencioso julgado pela Corte envolvendo as terras tradicionalmente ocupadas pela comunidade indígena Yakye Axa, no Paraguai, deixou claro seu entendimento de que

o direito à vida é um direito humano básico, essencial para o gozo dos outros direitos humanos. Esse direito compreende não apenas o direito de todo ser humano de não ser arbitrariamente privado de sua vida, mas também o direito de não ser negado as condições necessárias à garantia de uma existência digna. O Estado, ao não assegurar o direito à comunidade à seu território tradicional, falhou em cumprir com seu dever de garantir a vida de seus membros, tendo em vista que privou a comunidade a seus meios usuais de subsistência, forçando-os a sobreviver em condições terríveis e deixando-as a mercê da assistência estatal (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2005b, p. 80)[66].

É dever do Estado, portanto, assegurar o livre e pleno exercício dos direitos dos indígenas, de forma que "tomem em conta as particularidades dos povos etnicamente diferenciados, em situação de vulnerabilidade, protegendo-os em seus direitos consuetudinários, valores, usos e costume (BELTRÃO; BEGOT; LIBARDI, 2012, p. 145).

Com estes fundamentos, as comunidades de Arara da Volta Grande do Xingu, Juruna de Paquiçamba, Juruna do "Quilômetro 17", Xikrin de Trincheira Bacajá, Asurini de Koatinemo, Kararaô e Kayapó da terra indígena Kararaô, Parakanã de Apyterewa, Araweté do Igarapé Ipixuna, Arara da terra indígena Arara, Arara de Cachoeira Seca e as comunidades indígenas em isolamento voluntário da bacia do Xingu requisitaram a concessão de medida cautelar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, alegando que a vida e a integridade pessoal de toda essa população estaria em risco pelo impacto da construção da usina hidrelétrica Belo Monte (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011).

Importa compreender, no caso, que a região afetada pela construção da hidrelétrica Belo Monte no Brasil é destaque por conter fluxos migratórios de cerca de nove povos indígenas nativos, população ribeirinha descendente de imigrantes do ciclo de borracha, população do município próximo de Altamira e grupos nômades indígenas que realizam raríssimo contato (SICILIANO, 2011, p. 16).

O impasse agravou-se, ainda, pela ampla divulgação de uma análise crítica do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) do aproveitamento hidroelétrico concernente à Belo Monte, realizado por um painel de especialistas em 2009, identificando diversos problemas e sérias lacunas no referido Estudo, como a omissão e falhas na análise de situações e dados sociais, econômicos e culturais, incluindo a ausência de análise ligada à manutenção da vida das populações atingidas, a proliferação de doenças por insetos hematófagos e riscos à fauna local (ACSELRAD et alli, 2009, p. 1-11)[67].

A medida cautelar da Comissão Interamericana de nº 382/10 foi então outorgada com o seguinte teor:

A CIDH solicitou ao Governo Brasileiro que suspenda imediatamente o processo de licenciamento do projeto da UHE de Belo Monte e impeça a realização de qualquer obra material de execução até que sejam observadas as seguintes condições mínimas: (1) realizar processos de consulta, em

cumprimento das obrigações internacionais do Brasil, no sentido de que a consulta seja prévia, livre, informativa, de boa fé, culturalmente adequada, e com o objetivo de chegar a um acordo, em relação a cada uma das comunidades indígenas afetadas, beneficiárias das presentes medidas cautelares; (2) garantir, previamente a realização dos citados processos de consulta, para que a consulta seja informativa, que as comunidades indígenas beneficiárias tenham acesso a um Estudo de Impacto Social e Ambiental do projeto, em um formato acessível, incluindo a tradução aos idiomas indígenas respectivos; (3) adotar medidas para proteger a vida e a integridade pessoal dos membros dos povos indígenas em isolamento voluntário da bacia do Xingú, e para prevenir a disseminação de doenças e epidemias entre as comunidades indígenas beneficiárias das medidas cautelares como consequência da construção da hidroelétrica Belo Monte, tanto daquelas doenças derivadas do aumento populacional massivo na zona, como da exacerbação dos vetores de transmissão aquática de doenças como a malária (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011).

Em nota oficial à imprensa, o Ministério de Relações Exteriores, afirmando ter o governo autorização do Congresso Nacional para realizar as obras a partir de estudos antropológicos e de impacto ambiental no local, realizados com a consulta às comunidades, e que o sistema interamericano tem caráter subsidiário à jurisdição interna, julgou as solicitações precipitadas e injustificáveis (MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES, 2011).

Em seguida, diversas declarações aos meios de comunicação de representantes do governo, parlamentares e do Ministro de Energia à época dos fatos deixaram claro o rechaço à ordem da Comissão Interamericana,

julgando a intervenção descabida, unilateral e desrespeitosa à soberania do país<sup>[68]</sup>(VENTURA; CETRA, 2012, p. 39-40).

Em 9 de junho do mesmo ano, o Congresso Nacional aprovou voto de solidariedade ao governo brasileiro e voto de censura à Comissão Interamericana, afirmando que a OEA precipitou-se no assunto, chegando a envolver-se em assuntos internos do Estado, o que iria de encontro aos princípios basilares do Direito Internacional (SENADO FEDERAL, 2011, p. 22954-22955).

A indicação do ex-ministro Paulo Vannuchi como candidato brasileiro para integrar a Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi retirada, decisão que foi tida como uma retaliação brasileira ao órgão internacional (SICILIANO, 2011, p. 4).

Com base em informações cedidas pelo Estado e pelos petionários, a medida cautelar foi revista pela Comissão, sendo removida a requisição de suspensão das obras e exigindo-se de forma geral a adoção de medidas de proteção à vida, saúde e integridade pessoal dos membros das comunidades indígenas, bem como a integridade cultural, e a rápida finalização dos processos de regularização das terras que restavam pendentes, protegendo-as da apropriação ilegítima e da exploração. Ademais, a Comissão julgou questão de mérito o debate sobre a existência ou não de consulta prévia às comunidades no projeto da Belo Monte (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011).

Posteriormente, em um posicionamento inédito do Estado brasileiro desde a instituição do sistema interamericano, não foram enviados representantes à reunião de trabalho convocada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em outubro de 2011, opção que levou diversas organizações ligadas à defesa dos direitos humanos a assinar nota de repúdio ao governo nacional sustentando que:

A decisão expõe a covardia de um governo que, sabendo das ilegalidades e arbitrariedades cometidas no processo de licenciamento e construção de Belo Monte, evita ser novamente repreendido publicamente pela Comissão. Mas não só isso: o



Estado brasileiro dá ao mundo um triste exemplo de autoritarismo e truculência, deixando claro que o país estará fechado para o diálogo quando for contrariado em instâncias internacionais (REVISTA CONSCIÊNCIA, 2011).

A dissonância do Brasil com a intervenção da Comissão Interamericana culminou em documento apresentado ao Conselho Permanente da OEA, envolvendo propostas da delegação brasileira, em dezembro de 2011, que se referiu à outorga de medidas cautelares ao deliberar, em suma, que: a) a Comissão deveria ter em consideração que possui atribuição quase-judicial e que suas decisões têm natureza de recomendação; b) as medidas perderiam seu objeto se o Estado demonstrasse a eficácia dos remédios judiciais legais para solucionar a situação; c) as medidas deveriam possuir limite de tempo para seus efeitos; d) a concessão de uma medida cautelar deveria ser realizada após consulta ao Estado; e) deveria ser levada em conta a força maior que impedisse o cumprimento de uma medida cautelar (OEA, 2011, p. 2)[69].

Esta série de eventos representaram uma quebra patente da dinâmica do Brasil com o sistema interamericano, insurgindo-se o Estado contra a intervenção da Comissão Interamericana ao omitir-se na cooperação necessária e através de declarações de seu representantes oficiais, que amplamente divulgaram o entendimento de que a atuação do órgão internacional no caso foi inconveniente e irrazoável.

Assim relatados, tem-se dois casos paradigmas da aplicação das tutelas de urgência do sistema regional americano ao Estado brasileiro. Com resultados e níveis de atuação estatal distintos, ambas as situações demonstram a ineficácia destas medidas do sistema interamericano em circunstâncias em que a gravidade de um dano previsível e iminente impossibilitava o procedimento ordinário perante a Corte ou mesmo a Comissão.

Embora seja certo que em algumas ocasiões a instituição das decisões dos órgãos do sistema interamericano se deram de forma efetiva[70], o não cumprimento ou o cumprimento negligente e deficitário

em casos notórios lesiona o funcionamento do sistema regional em seu fundamento, a ponto de levantar questionamentos sobre a necessidade de sua existência.

Não se pode olvidar que um Estado, assim como qualquer dos pólos de uma contenda, possui o direito de resposta e objeção às alegações de outra parte. Quando se trata do exercício de soberania de um país afetada por uma decisão de um órgão internacional, esta já influenciada pelos indícios de suposta violação aos direitos humanos trazidos pela parte requerente, a participação estatal é sem dúvidas impreterível.

Se estas decisões se referem à casos que demandam tutelas de urgência, no entanto, como já evidenciado, o procedimento usual que prevê a deliberação pela violação ou não dos direitos da Convenção Americana após a colheita de informações, investigações e audiências, é quase sempre impraticável e completamente ineficaz. A proteção em um caso grave e emergencial deve se dar de forma imediata, sob pena de perder seu objeto e a capacidade de produzir qualquer efeito, resultado de prejuízo insustentável quando se trata da vida e da integridade pessoal de diversos indivíduos. Ao Estado é possível, naturalmente, afastar o comando dado mediante prova de que o dano grave, potencial e irreversível foi eliminado.

Nos casos apontados, os órgãos do sistema interamericano não agiram de forma arbitrária com o intento de sobrestar a soberania estatal. As medidas de urgência concedidas calcaram-se nas evidências trazidas pelas partes requerentes. A Comissão Interamericana apresentou irrefutáveis sinais de má atuação político-administrativa na Penitenciária Urso Branco, e as comunidades indígenas obtiveram êxito em demonstrar indícios de falhas no projeto da hidrelétrica Belo Monte, potencialmente negligente em relação ao verdadeiro impacto resultante da obra.

Contudo, o Estado brasileiro demonstrou mínima ou nenhuma vontade política de atender às medidas necessárias e urgentes apontadas pelo sistema interamericano. Igualmente, a resposta ao desacato estatal pelo órgãos que compõe o sistema regional, incluindo a Assembleia Geral

da OEA, não foi apta a garantir o cumprimento destas tutelas, demonstrando uma ineficácia da proteção regional em ambos os pólos.

O caso da Penitenciária Urso Branco foi a circunstância que envolveu o maior número de mortes de beneficiários de medidas provisórias da Corte Interamericana, ainda que por diversas vezes o órgão tenha explicitado sua preocupação de que o Estado não estaria adotando as medidas fundamentais à proteção dos internos, chegando a ser levado à Assembleia Geral pela Corte em 2005 como uma situação de descumprimento parcial das medidas (HERRERA, 2010, p. 190-210). Clara Herrera, ao tratar da atuação do Brasil no caso e de casos semelhantes referente ao sistema prisional, frisa que

Para que haja uma verdadeira mudança nas condições das prisões é necessário que exista uma série de ações, mas acima de tudo se requer uma vontade política. As autoridades do Estado devem perceber que a situação dos locais de detenção é grave e devem também determinar que esse problema sério seja resolvido. Apenas dessa forma tomarão as incisivas medidas necessárias para que seja alterada a condição das prisões desses países (2010, p. 208)[71].

Em relação à usina hidrelétrica de Belo Monte, ainda que se considerasse precipitada a decisão de suspensão das obras, a reação do Estado brasileiro se deu de forma desmedida e omissa, o que, além de deixar as comunidades indígenas suscetíveis a danos que não foram completamente compreendidos e impossíveis de reverter uma vez efetivado o projeto, prejudica severamente toda a instituição do Direito Internacional de Direitos Humanos com base em uma cooperação e proteção que transpõe a figura do Estado. Aberta a possibilidade de ignorar as decisões do único órgão em que o indivíduo possui acesso direto no sistema interamericano, a necessidade da própria existência deste órgão é posta em questionamento[72].

Ademais, o documento apresentado pela delegação brasileira ao Conselho Permanente da OEA indica que a função do instituto das tutelas de urgência da Comissão Interamericana não é corretamente entendido pelo governo, e que o papel desse órgão político, bem como do instrumento de medida cautelar, não é tido como relevante ou nem mesmo de observação necessária para o funcionamento do sistema ou da defesa eficaz dos direitos humanos.

Rodrigo Coelho, ao discorrer sobre formas de implementação das determinações da Corte Interamericana, julga que a legislação brasileira é farta de recursos disponíveis e adaptáveis às necessidades de execução das decisões, mas destaca a ausência a vontade política e a consciência das autoridades. Para o autor,

"[...] entre os principais desafios a serem enfrentados pelo Brasil está a falta de conhecimento dos dirigentes acerca do direito pátrio e da natureza jurídica dos compromissos externos firmados pelo país. É emblemático o desconhecimento por parte dos próprios legisladores nacionais sobre a maneira correta de se implementarem as sentenças da Corte Interamericana, sobre a interpretação sistemática do ordenamento jurídico nacional e sobre os meios apropriados para a defesa e a persecução dos direitos humanos. Se a camada social responsável por editar nossas leis tem parco conhecimento sobre esses assuntos, imagine-se a vulnerabilidade a que podem estar sujeitas as vítimas e toda a sociedade frente aos desafios crescentes que a proteção dos direitos individuais impõe atualmente. Não basta que o Brasil procure afirmar no plano internacional a defesa dos direitos humanos. É necessário que os mesmos sejam efetivamente aplicados em âmbito nacional. Teoria e prática devem andar juntas." (2008, p. 187).

Por outro lado, a capacidade de conceder eficácia para suas decisões é extremamente deficiente no sistema interamericano.

Jo M. Pasqualucci, analisando a eficácia do sistema, afirma que a universalidade por ele instituída nada significa se os Estados não implantarem domesticamente os direitos previstos pela Convenção Americana, as decisões da Corte e as recomendações da Comissão, ressaltando que o dever de cumprir as decisões da Corte advém da Convenção, enquanto as determinações da Comissão devem ser aplicadas em obediência ao princípio da boa fé. No entanto, assinala a falha da adequação dos órgãos políticos da OEA em seu apoio ao sistema regional, estabelecendo que a pressão política para o cumprimento das decisões, a cargo da Assembleia Geral, nunca se materializou. Isso porque o órgão não agiu, ou sequer reconheceu, situações de notórios e gravosos descumprimentos, como a rejeição de Trinidad e Tobago à medida provisória da Corte, após a denúncia da Convenção Americana. Acentua que o temor de publicidade negativa internacional é um assunto sensível aos Estados, sendo a opinião mundial uma força reconhecida de persuasão desperdiçada no sistema interamericano (2003, p. 342-346)[73].

Ao oferecer propostas para dar eficácia ao sistema regional de proteção, Flávia Piovesan também destaca a exigibilidade de cumprimento das decisões da Comissão e da Corte, acrescentando ainda a necessidade da OEA prever sanção ao descumprimento de forma reiterada e sistemática, como a expulsão da Assembleia Geral, e aprimorar a supervisão do adimplemento, mormente no que se refere à investigação dos fatos que ocasionaram a lesão. A autora também levanta a problemático do acesso direto do indivíduo, que deveria se estender à Corte Interamericana, devendo este órgão ter jurisdição vinculada por cláusula obrigatória, e não facultativa (2012, p. 355-357).

Por fim, Clara Herrera, ao tratar das medidas provisórias outorgadas pela Corte Interamericana e das dificuldades de sua aplicação, corrobora os defeitos da atuação do sistema interamericano, ponderando que entre os problemas se sobressaem, além da ausência de vontade política dos Estados, a falta de confiança dos indivíduos na atuação estatal para prevenir o dano e protegê-los em casos de urgência e gravidade e a total ausência de reação da Assembleia Geral, como órgão supremo da OEA, em qualquer

caso de não cumprimento de decisões dos órgãos do sistema interamericano (HERRERA, 2010, p. 204-211).

Destarte, é notória a confluência no entendimento dos doutrinadores do Direito Internacional dos Direitos Humanos supracitados acerca das falhas existentes no sistema interamericano, bem como na solução de tais problemas. Estas dificuldades refletem diretamente na eficácia da atuação de todos os órgãos que o compõe e, em maior grau, nas tutelas de urgência que porventura concederem.

Ao tratar de situações de risco potencial iminente, grave e irreversível, as medidas de urgência demandam, mais do que qualquer outra espécie de deliberação da Comissão ou da Corte Interamericana, a total aplicabilidade das determinações. Considerando que o resultado da ineficácia de uma tutela emergencial representa uma lesão de extrema gravidade aos direitos humanos, torna-se ainda mais importante indivíduos e Estados conhecerem e compreenderem o procedimento destas medidas e a relevância de sua implementação.

No Estado brasileiro, como se pôde aferir dos casos pertinentes à Penitenciária Urso Branco e à usina hidrelétrica Belo Monte, parte da atuação prejudicada das medidas de urgência no sistema interamericano se dá pela carência de vontade política estatal, que resultou na permanência de uma situação de extrema tensão por quase dez anos no referido centro de detenção e em dano potencialmente permanente da dinâmica das medidas cautelares e do papel da Comissão Interamericana, no segundo caso.

Não é possível olvidar os problemas do próprio sistema interamericano, no entanto, que possui uma instância política que em nada contribui para o cumprimento das decisões da Comissão ou da Corte Interamericana, seja em situações de urgência ou em sentenças decorrentes de julgamentos, não possui meios de exigir a adimplência dos Estados por conta própria ou sequer prevê qualquer sanção para os países que sistematicamente desconsideram as decisões.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, conforme foi descrito neste estudo, foi instituído a partir da necessidade histórica de sobrepor a

condição do ser humano à posição de cidadão de um Estado ou parte de uma comunidade, relativizando a soberania estatal. Os sistemas regionais, por sua vez, atendem, de forma cooperativa ao sistema global, as necessidades peculiares de uma região, participação de extrema relevância quando se considerada a posição de maioria dos países americanos de transição de regimes militares, o qual deixou de herança terríveis lesões aos direitos humanos, a uma almejada democracia.

A compreensão do funcionamento do sistema interamericano pela sociedade civil, bem como das razões de sua atuação ser por vezes ineficaz à proteção dos direitos humanos, sobretudo quanto aos instrumentos que permitem decisões imediatas, é o primeiro passo, sem dúvidas, para que o arcabouço político do Estado brasileiro sinta-se pressionado a mudar sua resposta às requisições internacionais e para que se possa aproveitar de forma efetiva os procedimentos da Comissão e da Corte Interamericano, ainda que de alcance limitado.

Somado às mudanças estruturais necessárias ao sistema, é certo que a partir do desenvolvimento de uma consciência geral da proteção universalizada dos direitos humanos, seja através da ação das organizações não governamentais ou da própria promoção destes direitos feito pelo sistema interamericano, não restará alternativa ao Brasil que senão a cooperação com a proteção eficiente ao indivíduos e aos seus direitos mais fundamentais, oferecendo o suporte necessário ao cumprimento das medidas de urgência outorgadas pelo sistema regional e protegendo de forma imediata a vida, a integridade pessoal, a liberdade, a diversidade ou qualquer outro direito em perigo de ser violado por eventual falha estatal em sua salvaguarda.

## 5 CONCLUSÃO

O instrumento da tutela de urgência no sistema interamericano tem sido utilizado tanto pela Comissão Interamericana quanto pela Corte como forma de garantir a defesa dos direitos humanos na ocorrência de uma potencial violação grave e iminente que acarretaria em dano irreparável aos indivíduos afetados.

A eficácia de sua aplicação reside na efetiva complementação da lacuna deixada pelo procedimento usual. O processo ordinário nos órgãos internacionais oferece necessariamente um lapso temporal para investigações, prestação de informações e verificação dos fatos, tendo em vista tratar-se de um sistema voltado à averiguação da responsabilidade estatal, enquanto as medidas de urgência voltam-se para a prevenção de uma lesão que está prestes a se dar pela falha da proteção devida pelo Estado.

Todavia, em casos de repercussão internacional como o da Casa de Detenção José Mário Alves, conhecida como Penitenciária Urso Branco, o Estado brasileiro foi incapaz de conter atrocidades e realizar investigações efetivas mesmo após a determinação de medidas provisórias pela Corte Interamericana, adotadas, destaque-se, após a falha estatal em prevenir diversos homicídios sistemáticos entres os internos.

O atual caso da usina hidrelétrica Belo Monte, a ser construída no Rio Xingu, no estado do Pará, também é notável exemplo da prejudicada eficácia da tutela de urgência no Brasil. O Estado não cumpriu a medida cautelar 382/10 da Comissão Interamericana, emitida em 1º de abril de 2011, em que se exigia a paralisação das obras até que condições mínimas de proteção às populações indígenas em isolamento voluntária fossem estabelecidas, e não se fez presente em audiência pública posteriormente realizada pelo mesmo órgão, sem que isso tenha resultado em qualquer medida coercitiva direcionada ao asseguramento da proteção destes direitos lesionados.

Como consequência, esta implementação inadequada e omissa das medidas outorgadas pela Comissão e pela Corte Interamericana em tais casos de notoriedade ocasionaram um inevitável impacto na perspectiva da atuação do sistema interamericano, pondo em questão a própria necessidade da existência das tutelas de urgência ou mesmo do controle e proteção realizados pelos órgãos do sistema regional.

No entanto, de forma concomitante, evidenciou-se as principais razões que resultaram na eficácia prejudicada das medidas de urgência no Estado brasileiro, oriundas não só do atuação relapsa governamental, como



de problemas estruturais no funcionamento do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.

Por um lado, não parece atormentar o Estado brasileiro o fato de não honrar todos os seus compromissos internacionalmente assumidos, seja em casos de decisão de cumprimento obrigatório e executável emitido pela Corte ou mesmo em atenção ao princípio da boa-fé, quando se trata de recomendações da Comissão Interamericana.

A falta de vontade política na instituição de medidas aptas e satisfatórias manifestou-se através de terríveis consequências do descaso na Penitenciária Urso Branco, onde por uma década se noticiou uma situação de permanente urgência e gravidade, falhando o Estado, a cada morte ou violação da integridade pessoal e dignidade dos presos, em adimplir a prevenção ordenada pela Corte Interamericana no decorrer de dez relatórios distintos das circunstâncias no local.

O reflexo da negligência em relação às decisões internacionais ainda é patente nas escolhas políticas realizadas na situação da usina hidrelétrica Belo Monte, onde o Estado se dispôs a afrontar de forma direta a Comissão Interamericana e sua atribuição de outorgar medidas cautelares, sem contudo apresentar qualquer prova de que o perigo do dano permanente aos requerentes das medidas, as diversas comunidades indígenas da região atingida pelo projeto, teria sido devidamente afastando.

Os problemas do sistema interamericano são igualmente responsáveis pela implementação deficitária da tutela de urgência, bem como de qualquer decisão emitida pelos seus principais órgãos. Somada à inépcia estatal, a inexistência de instrumentos que garantam sua responsabilização acarreta na completa insegurança quanto ao cumprimento das ordens exaradas. O sistema interamericano resta prejudicado pela atuação inábil da Assembleia Geral da OEA, principal órgão político do sistema, e pela falta de mecanismos de supervisão e sanção.

A compreensão dos indivíduos acerca de sua posição central no Direito Internacional dos Direitos Humanos, assim como da atuação do

sistema criado para atender especificamente às peculiaridades do Estado brasileiro e dos demais Estados americanos, é o ponto inicial para reverter esta situação de indiferença dos países e de debilidade da proteção internacional dos direitos humanos, pois só a partir dela as obrigações estatais frente aos sistemas regionais poderão ser devidamente exigidas por seus titulares, e os órgãos que os compõe terão uma fundação consistente para agir e fazer cumprir suas determinações, sobretudo no que tange as violações graves.

## REFERÊNCIAS

ANNONI, Danielle. **Direitos humanos & acesso à justiça no Direito internacional**. 7 tir. Curitiba: Juruá, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 8 reimp. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

ACSELRAD, Henri et alli. **Painel de especialistas: análise crítica do estudo do impacto ambiental do aproveitamento hidroelétrico de Belo Monte**. Belém, out. 2009. Disponível em: . Acesso em 5 set. 2012.

BELTRÃO, Jane Felipe; Begot, Marjorie; Libardi, Estella. Povos indígenas e direito à diferença: Colonialismo jurídico *versus* pluralidade de direitos. In: ANNONI, Danielle (org.). **Direito Internacional dos Direitos Humanos: homenagem à Convenção Americana de Direitos Humanos**. São Paulo: Conceito Editora, 2012. p. 121-160.

BUERGUENTHAL, Thomas; Shelton, Dinah; Stewart, David P.. **International Human Rights in a nutshell**. 4 ed. United States of America: West Publishing Co., 2009

COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. **Proteção internacional dos direitos humanos: A Corte Interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medida Cautelar 382/10 - Comunidades indígenas da bacia do Rio Xingu, Pará,**

**Brasil.** 2011. Disponível em <  
<http://www.oas.org/en/iachr/decisions/precautionary.asp>> . Acesso em 15  
set 2012

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **What is International  
Humanitarian Law?** Advisory Service on International Humanitarian Law,  
jul. 2004. Disponível em: . Acesso em: 28 abr. 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos  
humanos.** 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas  
Provisórias Solicitadas pela Comissão Interamericana de Direitos  
Humanos a respeito do Peru - Caso Chipoco.** 1992. Disponível em <  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/chipoco\\_se\\_01\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/chipoco_se_01_ing.pdf)> . Acesso  
em 15 set. 2012

\_\_\_\_\_. **Medidas Provisórias Solicitadas pela Comissão  
Interamericana de Direitos Humanos a respeito da Colômbia - Caso  
Caballero Delgado e Santana.** 1994. Disponível em <  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/caballero\\_se\\_01\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/caballero_se_01_ing.pdf)> . Acesso  
em 16 set. 2012

\_\_\_\_\_. **Caso Loayza-Tamayo v. Peru.** 1997. Disponível em: <  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_25\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_25_ing.pdf)>. Acesso  
em 13 set. 2012.

\_\_\_\_\_. **Medidas Provisórias a respeito da República de Trinidad e  
Tobago - Caso James et al.** 2000. Disponível em <  
[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/james\\_se\\_13\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/james_se_13_ing.pdf)> . Acesso em  
16 set. 2012

\_\_\_\_\_. **Medidas Provisórias Solicitadas pela Comissão  
Interamericana de Direitos Humanos a respeito da República  
Federativa do Brasil - Caso da Penitenciária Urso Branco.**  
2002a. Disponível em <

[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso\\_se\\_01\\_portugues.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_01_portugues.pdf)>.

Acesso em 14 set. 2012

\_\_\_\_. **Medidas Provisórias Solicitadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos a respeito da República Federativa do Brasil - Caso da Penitenciária Urso Branco.**

2002b. Disponível em <

[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso\\_se\\_02\\_portugues.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_02_portugues.pdf)>. Acesso em 7 set. 2012.

\_\_\_\_. **Medidas Provisórias Solicitadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos a respeito da República Federativa da Argentina - Caso das Penitenciária de Mendoza.**

2004. Disponível em . Acesso em 4 set. 2012

\_\_\_\_. **Medidas Provisórias Solicitadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos a respeito da República Federativa do Brasil - Caso da Penitenciária Urso Branco.**

2005a. Disponível em <

[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso\\_se\\_05\\_portugues.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_05_portugues.pdf)>. Acesso em 5 set. 2012.

\_\_\_\_. **Caso da comunidade indígena Yakye Axa v. Paraguai.** 2005b. Disponível em:

[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_125\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_ing.pdf)>. Acesso em 8 set. 2012.

\_\_\_\_. **Medidas Provisórias Solicitadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos a respeito da República Federativa do Brasil - Caso das crianças e adolescentes privados de liberdade no "Complexo do Tatuapé" da FEBEM.** 2005c. Disponível em <

[http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/febem\\_se\\_01\\_portugues.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/febem_se_01_portugues.pdf)>.

Acesso em 14 set. 2012

\_\_\_\_. **Caso Ximenes Lopes v. Brasil.** 2006. Disponível em: . Acesso em 17 ago 2012.

\_\_\_\_. **Medidas Provisórias a respeito do Brasil - Assunto das pessoas privadas de liberdade na Penitenciária “Dr. Sebastião Martins Silveira” em Araraquara, São Paulo.** 2008a. Disponível em < [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/araraquara\\_se\\_05\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/araraquara_se_05_por.pdf) > . Acesso em 14 set. 2012

\_\_\_\_. **Medidas Provisórias Solicitadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos a respeito da República Federativa do Brasil - Caso da Penitenciária Urso Branco.** 2008b. Disponível em . Acesso em 18 set. 2012.

\_\_\_\_. **Medidas Provisórias Solicitadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos a respeito da República Federativa do Brasil - Caso da Penitenciária Urso Branco.** 2009. Disponível em . Acesso em 18 set. 2012.

\_\_\_\_. **Medidas Provisórias a respeito da Venezuela - Caso das prisões venezuelanas.** 2011a. Disponível em < [http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/centrospenitenciarios\\_se\\_01\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/centrospenitenciarios_se_01_ing.pdf) > . Acesso em 16 set. 2012

\_\_\_\_. **Medidas Provisórias Solicitadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos a respeito da República Federativa do Brasil - Caso da Penitenciária Urso Branco.** 2011b. Disponível em . Acesso em 18 set 2012.

DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights in theory & practice.** 2 ed. New York: Cornell University Press, 2002.

FOLHA ONLINE. **Governo desativa unidades do complexo do Tatuapé da antiga Febem.** S.l., out. 2007. Disponível em: . Acesso em 2 out. 2012.

GÓIS, Ewerton Marcus de Oliveira. **Responsabilidade Internacional do Estado por violação dos direitos humanos:** apresentação e estudo de um caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Direito à privacidade; Intercepção telefônica. São Paulo: Servanda Editora, 2011.

GOMES, Luiz Flávio; Mazzuoli, Valerio de Oliveira (Orgs.). **Comentários à Convenção Americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2011.

GONZÁLEZ, Felipe. As medidas de urgência no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. **SUR – Revista internacional de Direitos Humanos**, v. 7, n. 13, p. 51-73, São Paulo, dez. 2010. Disponível em: < [http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo13.php?artigo=13,artigo\\_03.htm](http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo13.php?artigo=13,artigo_03.htm)>. Acesso em: 28 mar. 2012.

HANASHIRO, Olaya Sílvia Machado Portella. **O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2011.

HERRERA, Clara Burbano. **Provisional Measures in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights**. United States of America: Intersentia, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil vol. 4: Processo Cautelar**. 3. ed. rev. atual. São Paulo: Ed. RT, 2011.

MAZZOULI, Valerio de Oliveira. **Os Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos: Uma análise comparativa dos sistemas americanos, europeu e africano**. São Paulo: Ed. RT, 2011.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Nota nº 142 - Solicitação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) da OEA**. Brasília, abril 2011. Disponível em . Acesso em 17 set. 2012.

OEA. Organização dos Estados Americanos. Conselho Permanente. **Special Working Group to Reflect on the Workings of the Original: Portuguese IACHR with a View to Strengthening the IAHRs: Proposals by the delegations of Brazil**. S.l., dez. 2011. Disponível em: < <http://scm.oas.org/IDMS/Redirectpage.aspx?class=GT/SIDH/INF.&classNum=48&lang=e>>. Acesso em 10 set. 2012.

PASQUALUCCI, Jo M.. **The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito Humanos e Justiça Internacional**. 2 ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

\_\_\_\_\_. **Temas de direitos humanos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 3. ed. rev., amp. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2011.

REVISTA CONSCIÊNCIA. **Belo Monte: Governo brasileiro surpreende e não leva representantes à CIDH/OEA**. S.l., out. 2011. Disponível em: <<http://www.consciencia.net/belo-monte-governo-brasileiro-surpreende-e-nao-leva-representantes-a-cidhoea/>>. Acesso em 12 set. 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos: Análise dos sistemas de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SENADO FEDERAL. **Diário do Senado Federal**, n. 94, Brasília, jun. 2011. Disponível em: . Acesso em 17 set. 2012

SOARES, Larissa Campos de Oliveira. As medidas de urgência do Sistema Interamericano de direitos humanos para as penitenciárias brasileiras: uma análise do dever de garantia e do dever de proteção à integridade pessoal à luz do Pacto de São José da Costa Rica. **CEDIN - Revista Eletrônica do Centro de Direito Internacional**, v. 2, s.l., jun. 2008. Disponível em: . Acesso em 13 set. 2012.

SOUSA, Denise Silva de. **O indivíduo como sujeito de Direito Internacional**. 2 reimp. Curitiba: Juruá, 2010.

SICILIANO, Andre Luiz. **O caso de Belo Monte na Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em: . Acesso em 4 set 2012.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**: as primeiras cinco décadas. 2 ed. Brasília: Editora Humanitas de Brasília, 2000.

\_\_\_\_. **A proteção internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

\_\_\_\_. **Voto concordante - Medidas Provisórias Solicitadas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos a respeito da República Federativa do Brasil - Caso das crianças e adolescentes privados de liberdade no "Complexo do Tatuapé" da FEBEM**. S.l., nov. 2005. Disponível em . Acesso em 2 set. 2012.

VENTURA, Deisy; Cetra, Raísa Ortiz. **O Brasil e o sistema interamericano de direitos humanos: de Maria da Penha à Belo Monte**: Seminário Internacional "Limites e Possibilidades da Justiça de Transição - Impunidade, direitos e democracia". Porto Alegre, abril 2012. Disponível em: <  
[http://www.conectas.org/arquivos/Ventura%20Cetra%20O%20Brasil%20e%20o%20SIDH%202012%20\(2\)\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/Ventura%20Cetra%20O%20Brasil%20e%20o%20SIDH%202012%20(2)(1).pdf)>. Acesso em 15 set. 2012.

NOTAS:

[1] "O Direito Internacional Humanitário é um conjunto de leis que busca, por razões humanitárias, limitar os efeitos dos conflitos armados. Ele protege as pessoas que não participam ou deixaram de participar das hostilidades e restringe os meios e métodos de guerra. O Direito Internacional Humanitário também é conhecido como Lei da Guerra ou Lei do Conflito Armado." (COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA, 2004, p. 1).

[2] As questões acerca da legalidade, legitimidade e limitações da intervenção humanitária, embora ensejem inúmeros debates no âmbito do Direito Internacional, não serão tratadas no presente estudo, aqui



focado no desenvolvimento do ideário e na consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

[3] Original em inglês: "[...] treats internationally recognized human rights holistically, as an indivisible structure in which the value of each right is significantly augmented by the presence of many others."

[4] "[...] os direitos do homem nascem com os direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem uma plena realização como direitos positivos universais. A Declaração Universal contém um germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta dos direitos positivos universais" (BOBBIO, 2004, p. 30).

[5] "As normas não-convencionais servem para preencher vazios gerados pela ausência de adesões por parte dos Estados aos tratados internacionais, já que a aceitação das normas não-convencionais possibilita a superação de tais entraves. Muitos desses costumes originaram-se de resoluções da Assembléia Geral da ONU, bem como de deliberações do Conselho Econômico e Social e sua Comissão de Direitos Humanos, a exemplo da Declaração Universal de Direitos dos Homens, reconhecida pela Corte Internacional de Justiça como norma costumeira dessa matéria"(ANNONI, 2009, p. 27).

[6] Destaca-se, dentre os instrumentos posteriores a declarar uma visão global e integrada dos direitos humanos, a Proclamação de Teerã, de 1968, que dispõe em seu parágrafo 13: "Como os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais resulta impossível. A realização de um progresso duradouro na aplicação dos direitos humanos depende de boas e eficientes políticas internacionais de desenvolvimento econômico e social."

[7] Como uma das medidas para garantir força normativa aos direitos humanos universalizados, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em especial, instituiu uma efetiva sistemática de monitoramento através de relatório periódicos, enviados pelos Estados-parte ao Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas sobre medidas legislativas, administrativas e judiciárias adotadas a fim de implementar os direitos

enunciados pelo Pacto. Ademais, seu Protocolo Facultativo, adotado em dezembro de 1966, ampliou este esforço de implementação das normas ali previstas permitindo que indivíduos apresentassem petições denunciando violação de direitos humanos constantes do Pacto (PIOVESAN, 2012, p. 228-236).

[8] O art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, ratificado pelo Brasil em 1969 e que dispõe sobre regras concernentes à tratados de qualquer natureza, reforça esta característica dos diplomas internacionais, estabelecendo que o Estado não pode invocar disposições do seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado.

[9] "[...] o próprio direito dos tratados de nossos dias, como o atesta o artigo 60(5) da Convenção de Viena, descarta o princípio da reciprocidade na implementação dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos e do direito internacional humanitário, em razão precisamente do caráter humanitário desses instrumentos. Abrindo uma brecha em um domínio do direito internacional - como o atinente aos tratados - tão fortemente impregnado do voluntarismo estatal, o dispositivo do referido artigo 60(5) constitui uma cláusula de salvaguarda em defesa do ser humano" (TRINDADE, 1991, p. 11-12).

[10] "A prática internacional apresenta os seguintes entendimentos acerca do papel internacional do indivíduo: (I) é o único sujeito de DI, e o Estado é um agente ou representante; (II) é também sujeito, mas não o único; (III) sua presença no cenário internacional decorre de razões de caráter humanitário e, sendo um súdito do Estado, o indivíduo é o sujeito direto de DI; (IV) o DI aplica-se ao indivíduo em virtude de tratados especiais e de organismos internacionais; (V) não é sujeito de DI por submeter-se à jurisdição do Estado, sendo o destinatário das normas jurídicas, que lhe são aplicáveis a partir da conversão em Direito interno; (VI) é sempre objeto do DI." (SOUSA, 2010, p. 48)

[11] "Esse sistema era relativamente efetivo e bastante avançado para sua época. As petições eram analisadas por um Comitê de Três do Conselho da Liga, aos Estados interessados era dada uma oportunidade de apresentar suas observações e, quando conveniente, a Corte Permanente de Justiça Internacional era acionada para prestar opiniões consultivas nas questões controversas de direito" (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, p. 13)

[12] As petições individuais de caráter judicial se consolidaram, conforme Denise Sousa (2010, p. 53), por sua adoção pelas Convenções Européia e Americana de Direitos Humanos, que deram fundamentação jurídica aos seus respectivos sistemas regionais de proteção os direitos humanos.

[13] A instituição do Tribunal Penal Internacional (TPI), em 1998, representou o ápice da consolidação da responsabilização do indivíduo por violação às normas de Direito Internacional, expressamente estendendo sua atuação ao julgamento de pessoas que tenham cometido os crimes previstos em seu Estatuto, ainda que sejam Chefes de Estado (PIOVESAN, 2010, p. 200-209)

[14] Não se trata aqui de um padrão universal etnocêntrico, este muito combatido pela doutrina do relativismo cultural, tendo em vista invocar uma visão hegemônica da cultura ocidental em detrimento dos sistemas políticos, econômicos, culturais, sociais e morais vigentes em cada sociedade, e sim da abertura do diálogo entre as culturas, com respeito à diversidade e com base no reconhecimento do outro como ser pleno de dignidade e direitos como condição para se atingir uma cultura dos direitos humanos e um universalismo de confluência (PIOVESAN, 2011, p. 44-48).

[15] "[...] aplicar o mecanismo unilateral de aferição da responsabilidade internacional *consiste em equiparar o efeito erga omnes das normas imperativas* (no caso, as de proteção de direitos humanos) *como se fosse mera soma de relações bilaterais* entre todos os Estados da comunidade internacional e o Estado violador" (RAMOS, 2002, p. 93).

[16] A responsabilidade internacional se mantém, no entanto, um instituto consuetudinário, não obstante várias tentativas de fixação de normas convencionais sobre seus conceitos básicos tenham sido realizadas. Em 11 de agosto de 2000, um projeto de 59 artigos foi provisoriamente aprovado, discorrendo, dentre outras matérias, sobre elementos da responsabilidade e procedimentos de implementação (ANNONI, 2009, p. 37-38).

[17] "De um lado, estão aqueles que consideram que tal regra é *substantiva*, afirmando que a responsabilidade internacional do Estado só surge após o esgotamento dos recursos internos. O esgotamento prévio dos recursos internos seria *elemento* da própria responsabilidade

internacional do Estado. [...] De outro lado, parte da doutrina afirma que a responsabilidade internacional do Estado nasce com a violação do Direito Internacional, sendo a regra do esgotamento dos recursos internos *requisito meramente processual*" (RAMOS, 2002, p. 113).

[18] Cançado Trindade (1991, p. 20) expõe que, no caso da proteção diplomática, "é manifesto o caráter preventivo da regra de esgotamento dos recursos internos, abordada de modo "negativo", como objeção substantiva impedindo a intervenção diplomática até que os recursos internos tenham sido esgotados em vão".

[19] Como as conferências do México (1901-1902), do Rio de Janeiro (1906), de Buenos Aires (1918), de Santiago (1923), de Havana (1928), de Montevideu (1933), de Lima (1938) e de Bogotá (1948) (COELHO, 2008, p. 55).

[20] "Há uma outra posição que é defendida pela jurisprudência internacional, segundo a qual as declarações expressam a "consciência moral da humanidade". Um Estado, ao assinar uma declaração, assume os direitos por ela protegidos como princípios gerais do direito, portanto, ficando obrigados a respeitá-los. Para o direito internacional, uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional passa a ter força de *jus cogens*" (HANASHIRO, 2001, p. 30). O efeito normativo das normas de *jus cogens* e sua definição como norma imperativa de Direito Internacional geral estão dispostos no artigo 53 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que só permite sua derrogação por outra normal ulterior de mesma natureza.

[21] "A Declaração foi adotada como uma resolução de conferência não-vinculante que foi imaginada por aqueles que a elaboraram para não possuir efeitos legais [...]. Muito gradativamente, no entanto, a condição jurídica da Declaração Americana começou a mudar. Hoje é considerada como o instrumento normativo que incorpora a interpretação oficial dos "direitos fundamentais do indivíduo" que o artigo 3(l) da Carta da OEA proclama" (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, p. 262).

[22] Todos os 35 Estados independentes e soberanos das Américas ratificaram a Carta da OEA, sendo membros: Antígua e Barbuda, Argentina, Barbados, Bahamas, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba (excluída em 1962, mas em processo de diálogo para restaurar sua participação), Dominica, Equador, El Salvador, Estados Unidos, Granada, Guatemala, Guiana, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá,

Paraguai, Peru, República Dominicana, São Cristóvão e Nevis, Santa Lúcia, São Vicente e Granadinas, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela.

[23] Original em inglês: "[...] the legal mechanisms or norms of both systems apply to different aspects of one and the same human rights situation".

[24] "Ainda que a Convenção Americana seja modelada nos instrumentos de direitos humanos da ONU e na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, os elaboradores da Convenção Americana recusaram-se a simplesmente repetir esses tratados. [...] As circunstâncias e realidade social dos Estados desenvolvidos - de que era composto o sistema europeu de direitos humanos - diferenciavam-se bastante dos muitos Estados subdesenvolvidos do sistema interamericano. Extremos de pobreza e saúde contribuíram para uma instabilidade política no sistema interamericano. Miséria, injustiça e exploração são fatos característicos da região. Não surpreendentemente, a opressão econômica e social deu origem à opressão política e à violações dos direitos humanos. [...] Como resultado, por muitos anos os principais casos no sistema interamericano envolveram desaparecimentos forçados e execuções extrajudiciais resultantes de políticas governamentais intencionais" (PASQUALUCCI, 2003, p. 4-5).

[25] Ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Trinidad e Tobago (embora posteriormente tenha denunciado a Convenção), Uruguai e Venezuela (denunciando a Convenção em setembro de 2012).

[26] Original em inglês: "The State Parties to the Convention have an obligation not only to "to respect", the rights guaranteed in the Convention, but also "to ensure" their free and full exercise. Consequently, they have both positive and negative duties, that is, they have the obligation not to violate the rights which the Convention guarantees and are required to adopt whatever measures may be necessary and reasonable under the circumstances "to ensure" their full enjoyment".

[27] Conforme o artigo 27, 1, da Convenção, são estes: o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica; o direito à vida; o direito à integridade pessoal; a proibição da escravidão e da servidão; a legalidade e a proibição da retroatividade; o direito à liberdade de consciência e de religião; a proteção da família; o direito ao nome; os direitos das crianças; o direito à nacionalidade e os direitos políticos.

[28] O referido art. 5º, §3º, dispõe: Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

[29] "Por essa razão, não falamos em jurisprudência da Comissão, mas em prática" (HANASHIRO, 2001, p. 37)"

[30] Apenas uma denúncia desta natureza foi peticionada até hoje, sendo considerada inadmissível pelo fato do Estado requerente, o Nicarágua, que se posicionava em face da Costa Rica, não ter exaurido os recursos internos para solucionar o conflito, falhando ainda em demonstrar a prática sistemática de discriminação que motivou a reclamação (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, p. 269).

[31] "A operação da regra, assim concebida, na proteção dos direitos humanos, não há de ser excessivamente dificultada (o que poderia ocorrer em decorrência de analogias inadequadas com sua incidência no direito internacional geral), pois há sempre a possibilidade de estabelecer diretrizes específicas para aquela aplicação, particularmente em um sistema que se baseia, ainda em grande parte, em obrigações derivadas de tratados de proteção. A razão de ser da regra dos recursos internos, abordada de modo "positivo" no presente domínio, não impede, e antes recomenda, sua interpretação e aplicação mais flexíveis no contexto da proteção dos direitos humanos" (TRINDADE, 1991, p. 20-21).

[32] Jo M Pasqualucci (2003, p. 220) destaca que os Estados têm constantemente ignorado sua responsabilidade perante a Comissão, assumindo-as posteriormente quando o caso é levado à Corte, causando uma prorrogação desnecessária no deslinde dos casos.

[33] "Desde sua instituição, em meados de 1979, a Corte já teve quatro Regulamentos. O primeiro foi adotado em 1980, tendo se inspirado no Regulamento da Corte Européia de Direitos Humanos (que, por seu turno, seguiu o Regulamento da Corte Internacional de Justiça de Haia, à

qual apenas os Estados têm acesso); o Segundo, em 1991 (a ele se seguirem resoluções da Corte aperfeiçoá-lo); o Terceiro, em 16.09.1996, passando a vigora a partir de 01 de janeiro do ano seguinte; e o Quarto, em 24.11.200, vigente a partir de 01.06.2001" (SOUSA, 2010, p. 158).

[34] Consoante Olaya Hanashiro, "tal definição tem sido muito criticada por reduzir a Corte a uma simples instituição estabelecida pela Convenção em vez de outorgar-lhe o *status* de organismo especializado da OEA, o que lhe daria uma posição bem mais definida dentro da Carta da Organização. Embora a Comissão tenha sido fortalecida ao ter sua existência afirmada por um tratado, a amplitude de suas ações deve-se ao fato de ela ter sido transformada em órgão da Organização" (2001, p. 41).

[35] Não reconhecem a competência da Corte em matéria contenciosa, dentre aqueles que ratificaram a Convenção Americana, os Estados de Barbados, Granada e Jamaica.

[36] Flávia Piovesan e Cançado Trindade compartilham a opinião de que tal dispositivo constitui um anacronismo histórico, que dever ser superado, a fim de que se consagre o "automatismo da jurisdição obrigatória da Corte para todos os Estados-partes da Convenção", nas palavras de Trindade. Isto é, todo Estado-parte da Convenção passaria a reconhecer como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, integralmente e sem restrição nenhuma, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação e aplicação da Convenção (PIOVESAN, 2012, p. 338).

[37] "Frise-se que além desse Dec. Legislativo 89/98, não houve a necessidade de Decreto do Poder Executivo para fins de promulgação do reconhecimento da jurisdição contenciosa da corte, uma vez que aquele apenas *autorizou* o Executivo a aceitar jurisdição da Corte, não tendo inovado a ordem jurídica brasileira (dispensando, assim, a promulgação por meio de um *novo decreto* presidencial" (MAZZOULI, 2011, p. 33).

[38] Além dos Estados-membros, podem apresentar consulta à Corte os seguintes órgãos da OEA: o Conselho Permanente, a Comissão Consultiva de Defesa, o Órgão de Consulta, resultado da Reunião de Consultas dos Ministros das Relações exteriores dos Estados-membros da OEA e, é claro, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (ANNONI, 2009, p. 103).

[39] "Essas opiniões consultivas não ajudam de imediato na proteção desses direitos, mas reforçam os princípios e a interpretação dos instrumentos de proteção aos direitos humanos que devem orientar o sistema interamericano, criando uma espécie de "jurisprudência emergente"" (HANASHIRO, 2001, p. 39).

[40] "Nos processos interpostos perante a Corte, a representação dos Estados será feita por meio de um "agente" (que poderá ter a assistência de qualquer pessoa de sua escolha). Já a representação da Comissão será realizada por meio de "delegados" designados que, igualmente, também poderão ser assistidos por quaisquer pessoas de sua escolha" (SOUSA, 2010, p. 155).

[41] Original em inglês: "Cases before international tribunals are generally heard by judges who were trained in different legal traditions. The two primary legal systems are civil and common law. [...] Under common law, the parties are adversaries who bear the initiative in presenting evidence. The function of the judge is to serve as a disinterested umpire. [...] Under civil law, the functions of the judge are more comprehensive than under common law. Judges take a much active part in the direction of the proceedings and in the examination of the witnesses. [...] Evidentiary practice in international law more closely parallels that of civil law in that it is encumbered by fewer technical and restrictive rules, and the judge determines the weight to be given to the evidence submitted".

[42] Assim é determinado no artigo 68, 1, da Convenção Americana, quando dispõe que: "Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo o caso em que forem partes."

[43] Há situações em que há a própria Corte falhou em não submeter os casos para a Assembleia Geral, espécie de negligência que pode comprometer ainda mais a funcionalidade política já pouco expressiva do sistema interamericano. A exemplo, Buergenthal, Shelton e Stewart (2009, p.302-303) citam que o governo de Honduras deixou por vários anos de pagar o valor total devido a título de compensação definido pela Corte no caso Velasquez Rodriguez e Godinez Cruz. Nos relatórios anuais da Corte para a Assembleia Geral nos anos em que o governo de Honduras restou em débito, nenhuma reclamação formal foi feita. Como resultado, o pagamento foi cumprido anos depois pelo governo de Honduras na presidência de Carlos Roberto Reina, ex-presidente da Corte Interamericana.



[44] Marinoni e Arenhart, considerando a tutela inibitória como uma tutela em face de ato contrário ao direito, fazem referência aos artigos 461 do Código de Processo Civil e 84 do Código de Defesa do Consumidor. Em redações idênticas, estes artigos prevêm a possibilidade da tutela ser concedida liminarmente quando relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final. Os autores acreditam que neles se estabelecem técnicas processuais que permitem a construção mais adequada no caso concreto, viabilizando o alcance do direito material almejado da melhor forma possível, inclusive evitando sua violação, se possível (2011, p. 73-80).

[45] Original em inglês: "The purpose of interim measures is precisely to close that gap. These measures are an institution whose objective is to guarantee the practical effectiveness of rights so that they are not just rhetorical. In the end, what is most significant is the recognition that rights are not only included on an international plane and the States internationally responsible in the event of their violation, but that all individuals believe that those rights will be protected before they are affected".

[46] O artigo 25, 2, do Regulamento da Comissão Interamericana, estabelece que: "Em situações de gravidade e urgência a Comissão poderá, por iniciativa própria ou a pedido da parte, solicitar que um Estado adote medidas cautelares para prevenir danos irreparáveis a pessoas que se encontrem sob sua jurisdição, independentemente de qualquer petição ou caso pendente."

[47] Referido artigo dispõe: "Para os efeitos desta Convenção, a tramitação de petições ou comunicações apresentadas à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em que se alegar o desaparecimento forçado de pessoas estará sujeita aos procedimentos estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e nos Estatutos e Regulamentos da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, inclusive as normas relativas a medidas cautelares."

[48] O conceito de recomendação está estritamente ligado à concepção de *soft law* no Direito Internacional, que incorpora noções de flexibilidade e capacidade de oferecer soluções mais rápidas para os problemas das relações sociais em razão do grau de normatividade menor que o tradicional e a consequente elaboração de regras sem as dificuldades

inerentes a esforços de articulação prolongados e de inúmeros óbices jurídicos-políticos (PORTELA, 2011, p. 82-84).

[49] "Quando uma ordem de medida provisória não reflete de forma integral ou em parte a opinião unânime dos juízes, qualquer um deles pode juntar à ordem uma opinião individual ou discordante. [...] Em suas opiniões concordantes, os juízes oferecem razões adicionais para apoiar a decisão da Corte" (HERRERA, 2010, p. 143)

[50] O Complexo do Tatuapé, da antiga Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor - FEBEM, foi a maior e mais antiga unidade do sistema, porém marcada por rebeliões e acusações de espancamentos que levaram à Corte Interamericana a conceder medida provisória para garantir a integridade física dos adolescentes, sendo desativada em outubro de 2007 (FOLHA ONLINE, 2007). As rebeliões foram marcadas por violência e morte de menores, enquanto se relatava a ausência de tratamento médico, superlotação e o uso de represálias com sinais de tortura nas crianças e adolescentes internos (CORTE INTEAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2005c, p. 2-5).

[51] As medidas são apresentadas, nos diplomas citados, com redação semelhante à do artigo 63, 2, da Convenção Americana. O artigo 41 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, por exemplo, determina que: "A Corte terá faculdade para indicar, se considera que as circunstâncias assim o exijam, as medidas provisórias que devam ser tomadas para resguardar os direitos de cada uma das partes".

[52] Jo M. Pasqualucci (2003, p. 299) explica que o esboço inicial da Convenção não fazia referência às medidas provisórias. A proposta de incluí-las foi feita pela Costa Rica, sugestão que foi acatada de forma unânime sem que os Estados-membros apresentassem discussões ou objeções.

[53] Original em inglês: "The question of whether a Court has inherent powers to order provisional measures is no longer controversial, since this power is essential to protect human rights. The object and purpose of the American Convention is the protection of the rights of individuals, and the final result of the international procedure must have some practical relevance for the person concerned. The Court must have the legal authority to order provisional measures in any case in which there will be immediate and irreparable damage, even after the Court determines the

rights of the parties in the case. This power is necessary for the effective functioning of the Inter-American rights system".

[54] Esta prática, no entanto, é fruto da modificação do procedimento anterior, em que a Corte exigia evidências contundentes da Comissão que fossem capazes de provar a veracidade das alegações (PASQUALUCCI, 2003, p. 301-302).

[55] Debate-se acerca do momento em que a Comissão passa a ter competência para requisitar uma medida provisória à Corte. Não obstante as teorias que defendem que as medidas só podem ser solicitadas após a Comissão ter aceitado a petição do caso e declarado sua admissibilidade, a prática da Corte tem demonstrado que é suficiente que a Comissão tenha registrado e tomado conhecimento da petição, sem que seja necessária decisão formal sobre sua admissibilidade (HERRERA, 2010, p. 9-12).

[56] Clara Herrera (2010, p. 18-25) destaca que a requisição de medidas provisórias pelas vítimas passou por um processo de reconhecimento até estar expressamente prevista no Regulamento da Corte de 2004, mas que esta possibilidade sempre foi acatada pelo órgão, nos casos em as vítimas solicitaram esta proteção.

[57] Original em inglês: "An example would be when a witness had received death threats and another witness in the same proceedings was threatened and the killed. The witness who is still alive is in a situation of real danger because in the same case another person who had been in the same position – witness – and who was in the same situation – had received threats – was killed".

[58] Em estudo comparativo realizado por Clara Herrera, a autora constatou quem em mais das metades dos casos a adoção de medidas provisórias é realizada entre o dia da requisição e cinco dias depois, em reflexo da natureza de urgência do comando (2010, p. 96-97).

[59] Original em inglês: " [...] the State has a special role as guarantor for the persons deprived of liberty in prisons or detention centers, as the prison authorities have total control over them. In addition, one of the duties which the State must inescapably fulfill as guarantor, with a view to protecting and assuring the right of life and physical integrity of persons deprived of liberty, is to [afford] them the minimum conditions in keeping with their dignity while they are held in detention centers".

[60] “[...] a Corte considera que o dever de investigar, identificar e punir aqueles responsáveis pelos atos que tornaram necessário a adoção de medida provisória é um elemento essencial de proteção, que deve ser levado a feito seriamente e não como mera formalidade fadada *a priori* a falhar. O dever de investigar está relacionado com a obrigação de cada Estado de combater a impunidade por todos os meios legais disponíveis” (HERRERA, 2010, p. 203-204).

[61] “[...] com o fim de supervision (sic.) o cumprimento das medidas provisórias ordenadas pela Corte, membros da ONG Centro de Justiça Global visitaram a Penitenciária Urso Branco em 15 de julho de 2002. Na madrugada de 16 de julho de 2002, como forma de represália da referida visita, todos os presos que estavam nas celas que foram visitadas pelos membros do Centro de Justiça Global foram brutalmente espancados e gravemente torturados pelos agentes penitenciários e policiais militares. Estes acontecimentos constituem uma violação do direito à integridade física dos reclusos e, ademais, têm o efeito de intimidá-los para evitar que ofereçam informação sobre a grave situação da penitenciária” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2002b, p. 7).

[62] " [...] o Estado informou sobre algumas melhorias na proteção de vida e integridade das pessoas que se encontram na Penitenciária Urso Branco. O aumento de agentes penitenciários por plantão, bem como seu treinamento contribuirão para melhorar tal proteção. Entretanto, trata-se de medidas que surtem efeito a médio prazo e por si não são suficientes para resolver a situação da segurança. O Governo Federal demonstrou sua boa vontade em atender as medidas provisórias; entretanto, em seus relatórios não transmite a verdadeira situação da penitenciária. Muitos problemas só são resolvidos provisoriamente quando a Comissão Especial se reúne, já que as autoridades de Rondônia têm se mostrado ineficientes na implementação das medidas" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2005a, p. 12)

[63] "Na visita realizada na Penitenciária em 08 de setembro de 2008 pelo juiz de Execução Penal e membros do Ministério Público, foram encontrados dezesseis detentos com graves sinais de lesões físicas na cela F6. Os atos de tortura física e psicológica teriam sido perpetrados pelo ex-Diretor Geral da Penitenciária e outros quatro agentes, que estariam tentando obter informação sobre a posse de um telefone celular. De acordo com o Ministério Público em sua denúncia penal, os internos foram obrigados a ajoelhar-se durante horas sobre o piso quente e a roer suas próprias unhas até que sangrassem, enquanto permaneciam sob a mira de

armas de fogo e eram agredidos pelos agentes com pontapés no corpo e nos pés. Depois da denúncia dos fatos, os detentos receberam ameaças de sofrimento físico, de introdução de drogas em suas celas, entre outras represálias, bem como promessas de vantagens por parte dos agentes carcerários para que mudassem o conteúdo de suas declarações prestadas no marco da investigação. Ademais, o ex-Diretor Geral acusado dos fatos foi removido de suas funções em Urso Branco, mas passou a exercer o cargo de Gerente do Sistema Penitenciário de Rondônia, tendo controle sobre todas as unidades prisionais desse estado" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2009, p. 10-11).

[64] "A respeito da supervisão da implementação do Pacto, as partes acordaram em: a) manter em funcionamento a Comissão Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana; b) enviar relatórios semestrais à Comissão Interamericana sobre o cumprimento do Pacto, e c) solicitar uma reunião de trabalho anual perante a Comissão Interamericana para avaliar seu cumprimento. Com base no Pacto assinado entre as partes e as medidas a ser implementadas, o Estado solicitou o levantamento das presentes medidas provisórias." (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2011b, p. 4).

[65] Deisy Ventura e Raísa Cetra observam que, na concessão de medidas cautelares, "nota-se o predomínio de dois tipos de situação: de detenção, inclusive de menores, em condições desumanas e degradantes, amiúde agravadas por motins; e de ameaças de eliminação de defensores de direitos humanos (sobretudo envolvidos em conflitos de terra e denúncias de tortura em presídios), de testemunhas de crimes praticados por policiais, grupos de extermínio e crime organizado, e de indígenas envolvidos em processos de demarcação de terra" (2012, p. 23).

[66] Original em inglês: "The right to life is a basic human right, essential for enjoyment of the other human rights. This right encompasses not only the right of every human being not to be arbitrarily deprived of his or her life, but also the right not to be denied the conditions required to ensure a decent existence. The State, by not ensuring the right of the Community to its ancestral territory, has failed to comply with its duty to guarantee the life of its members, as it has deprived the Community of its traditional means of subsistence, forcing it to survive under appalling conditions and leaving it at the mercy of State assistance".

[67] André Luz Siciliano, em artigo em que discorre acerca da questão da implantação da hidrelétrica, entende que, apesar de constituir um rico documento acadêmico e apresentar críticas contundentes, o painel de especialistas falha em não apresentar especialistas em todas as áreas, sendo de notável maioria os antropólogos e biólogos, e em não trazer melhores soluções para os defeitos apontados (2011, p. 19-20).

[68] Em manifestação no sítio eletrônico oficial do Partido Comunista do Brasil - [www.pcdob.org.br](http://www.pcdob.org.br) - o partido julgou que: "A Comissão da OEA, cuja missão de defesa dos direitos humanos tem caráter suplementar à dos Estados nacionais que a compõem, nesse caso claramente ultrapassou sua competência. É lamentável que um órgão multilateral se deixe instrumentalizar por interesses mal-intencionados. Este inusitado pronunciamento se verifica num contexto em que a OEA perde relevância, sobretudo por ser conhecida entre os povos latino-americanos como 'ministério das Colônias' dos Estados Unidos – dado seu nefasto papel histórico de suporte e braço da ação norte-americana na região. (...) Em especial, quanto à questão de respeito e de proteção de sua população indígena, o Brasil não reconhece em nenhuma autoridade externa condições para criticar ou orientar suas políticas".

[69] "Ao menos por enquanto, as propostas do Grupo de Trabalho, embora aprovadas pelo Conselho Permanente da OEA, não foram aprovadas pela Assembleia. Estima-se que sejam discutidas numa assembleia extraordinária da OEA, prevista para o primeiro semestre de 2013" (VENTURA; CETRA, 2012, p. 57).

[70] No caso envolvendo a proteção da vida e da integridade física dos internos da Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, em Araraquara, a Corte reconheceu que, após a concessão de medida provisória, o Estado brasileiro realizou a transferência de 1.200 beneficiários da medida sem qualquer incidente, garantiu o acesso dos representantes aos centros de detenção e a comunicação dos detentos com familiares, cumpriu com o dever de informação periódica e, ainda, promoveu a modernização na Penitenciária, tornando-a um estabelecimento modelo (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2008a, p. 3-9).

[71] Original em inglês: "In order for there to be a true change in the prison conditions it is necessary that there be a series of actions, but above all it requires a political will. The State authorities must realize that the situation in the places of detention is grave and they must also determine that this serious problem must be resolved. Only in this way will they take

the profound measures necessary to change the prison conditions in those countries".

[72] "Por meio de um protocolo adicional à Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1998, a comissão foi extinta e os particulares passaram a ter acesso direto à jurisdição. A comparação inspira cuidados, eis que, no caso das Américas, se a CmIDH fosse extinta, os países que não aceitam a jurisdição obrigatória da CrIDH, entre eles os Estados Unidos, ficariam desprovidos de controle. Por outro lado, permitir o acesso irrestrito à jurisdição interamericana sem dotá-la de meios materiais à altura de uma vertiginosa multiplicação de demandas, resultaria em seu descrédito. Ou seja, extinguir a CmIDH poderia significar, ainda que indiretamente, o colapso da CrIDH" (VENTURA; CETRA, 2012, p. 57).

[73] O autor destaca, ainda, como falhas gerais do sistema interamericano, a falta de participação de potências de influência global, como os Estados Unidos e o Canadá, e a ausência de financiamento adequado à Corte e a Comissão, que impede o funcionamento em tempo integral dos órgãos (PASQUALUCCI, 2003, p. 337-348).

## OS DESAFIOS DA REINserÇÃO DO EGRESSO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO AO MERCADO DE TRABALHO E A SOCIEDADE

**WILLIAN DUARTE:** Bacharelado do curso de Direito pela Faculdade Serra do Carmo - FASEC.

ÊNIO WALCACER

(Orientador).

**Resumo:** A ressocialização e a reinserção do apenado ao mercado de trabalho e conseqüentemente, ao seio da sociedade são temas hodiernos, porém, na prática não se trata de algo tão simples e descomplicado como parece. Isso porque muitos até desejam uma nova vida, mas não vislumbram um futuro melhor em um horizonte próximo, surgindo para ele um mundo de preconceitos a sua volta, sem permitir nenhuma defesa, sem consentir uma oportunidade de mudança, a sociedade do preconceito torna-se mais aparente. Por outro lado, aliando-se ao preconceito soma-se o fato de grande parcela, dos egressos, não possuir qualificações exigidas pelo mercado de trabalho, na intensa corrida da sociedade da informação, a capacitação técnica, evolui e transforma-se em frações de segundo, as descobertas e as novas tecnologias, exigem cada vez mais, o conhecimento técnico por parte do profissional, para que ele possa se manter neste cenário. Parece um conluio entre o empresariado e a sociedade, em negá-lo a sua reinserção social, motivos que o fazem repensar, em muitos casos, na vida do crime, como única oportunidade de ascensão financeira e social. Dessa forma, o presente trabalho pretende, isto é, através da pesquisa qualitativa, mostrar a importância de ações públicas e privadas que visem alcançar uma considerável parcela da sociedade, relegada a própria sorte, os egressos do sistema prisional, que por falta de oportunidades acabam voltando à prática de delitos, fragmentando cada vez mais suas possibilidades de reinserção social. Necessita-se urgentemente de concretude das políticas públicas que tenham como foco a dignidade humana e por fim chegar a conclusões relevantes sobre a problemática da população egressa do sistema prisional no Estado brasileiro, sugerindo mesmo que implicitamente mudanças nas atuais políticas públicas de reinserção social.



**Palavras-Chaves:** egresso, reinserção, ressocialização, apenado, sistema prisional.

**Abstract:** Resocialization and the reintegration of the labor market and, consequently, within the society are modern subjects, but in practice it is not something as simple and uncomplicated as it seems. This is because many even wish for a new life, but they do not envisage a better future in a near future, appearing for him a world of prejudices around him, without allowing any defense, without allowing an opportunity for change, the society of prejudice becomes more apparent. On the other hand, in addition to prejudice, there is a large part of the graduates, who do not have the qualifications required by the labor market, in the intense race of the information society, technical training, evolves and becomes fractions of second, discoveries and new technologies, increasingly require the technical knowledge on the part of the professional, so that he can remain in this scenario. It seems a collusion between business and society, denying it social reintegration, motives that make it rethink, in many cases, in the life of crime, as the only opportunity for financial and social advancement. Thus, through qualitative research, the present work intends to show the importance of public and private actions aimed at reaching a considerable part of society, relegated to fate, the graduates of the prison system, who because of lack of opportunities end up returning to the practice of crimes, increasingly fragmenting their possibilities of social reintegration. It is urgently necessary to concretize public policies that focus on human dignity and finally to reach relevant conclusions about the problem of the population coming from the prison system in the Brazilian State, suggesting even implicitly changes in the current public policies of social reintegration.

**Keywords:** egress, reintegration, re-socialization, distress, prison system.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 2 HISTÓRICO DAS PENAS NO BRASIL E NO MUNDO. 1.1 TEORIA DAS PENAS. 3 SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO. 4 RESSOCIALIZAÇÃO DOS EGRESSOS DO SISTEMA PRISIONAL. 5 POLÍTICAS PÚBLICAS DE REINERÇÃO SOCIAL DOS EGRESSOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

O desprezo pelo egresso do sistema penitenciário por parte das organizações e pela sociedade, somada a marca da prisão, com base no preconceito, à falta de moradia, a impossibilidade de encontrar oportunidade de trabalho para prover o seu sustento, e a falta de afeto e apoio familiar fundamentam, em muitos casos, os fatores levam que levam à reincidência, segundo Silva (1991):

(...)egressos do cárcere estão sujeitos a uma outra terrível condenação: o desemprego. Pior que tudo, são atirados a uma obrigatória marginalização. Legalmente, dentro dos padrões convencionais não podem viver ou sobreviver. A sociedade que os enclausurou, sob o pretexto hipócrita de reinseri-los depois em seu seio, repudia-os, repele-os, rejeita-os. Deixa, aí sim, de haver alternativa, só o ex condenado tem uma solução: incorporar-se ao crime organizado. Não é demais martelar: a cadeia fabrica delinquentes, cuja quantidade cresce na medida e na proporção em que for maior o número de condenado.

O Direito, enquanto ciência, que cuida da regulação social, não poderia se afastar desse importante assunto, na medida em que deve analisar se o Estado Democrático de Direito, realmente está cumprindo seu papel de efetivar os direitos fundamentais, da sociedade em geral, e das minorias, como os egressos do sistema prisional brasileiro.

O artigo 5º, da atual Constituição Federal, veda expressamente em seu inciso, XLVII, a pena de caráter perpétuo, contudo, fora dos muros dos presídios, na sociedade, essa realidade parece não ter fim, e a perpetuação da pena estende-se no tempo, no momento em que o egresso sofre os preconceitos sociais, e a sua exclusão do mercado de trabalho.

A sociedade deve entender que as oportunidades dadas aos egressos são ações que refletem de forma indireta na segurança pública como um todo, uma vez que ela é responsabilidade de todos e obrigação do Estado.

Também é possível adotar políticas que reduzam a população carcerária, a exemplo de iniciativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) que no final de 2010 lançaram a campanha intitulada “Começar de Novo” a fim de sensibilizar a população brasileira para a necessidade da recolocação do egresso do sistema prisional, a sociedade e posteriormente no mercado de trabalho, do egresso liberto após ter cumprido sua pena. Uma vez que os egressos necessitam serem alvos de políticas públicas que promovam sua reinserção ao mercado de trabalho e a sociedade, inicialmente pela sua qualificação profissional e pela conscientização da sociedade.

Diante disso, o presente artigo tem por objetivo analisar as principais dificuldades para reinserção do egresso do sistema prisional ao mercado de trabalho e a sociedade e também verificar quais as principais políticas de reinserção do egresso do sistema prisional, além de identificar as fragilidades na política públicas de ressocialização e investigar quais as principais políticas educacionais para os apenados.

Em relação a hipótese na qual sustentamos esta pesquisa funda-se na premissa de que o sistema atual, como está desenhado, não permite a ressocialização do egresso do sistema, reduzindo as oportunidades de alcançar postos no mercado de trabalho, o que tem como uma de suas consequências uma pressão para que esta pessoa egressa acabe por voltar novamente a dedicar-se à prática criminosa, exatamente pela falta de oportunidades.

Para tanto este trabalho foi dividido em quatro partes: O primeiro, quais os aspectos históricos do instituto da pena seja no Brasil e no mundo. O segundo, como se dá o sistema penitenciário brasileiro. O terceiro, como se dá a reinserção do apenado no mercado de trabalho e na sociedade e por fim, o quarto, quais políticas públicas poderão serem adotadas a fim de alcançar o objetivo do Estado que é a ressocialização.

Quanto a metodologia utilizada, foi um estudo de abordagem qualitativa sobre os desafios da reinserção do egresso do sistema penal brasileiro ao mercado de trabalho e a sociedade, entretanto, podendo ter abordagens quantitativas na medida em que os dados forem coletados.

Na coleta de dados foram utilizados principalmente as seguintes técnicas: pesquisa documental por meio de fontes primárias e secundárias, como documentos de arquivos públicos, dados estatísticos policiais, relatórios técnicos, pesquisa bibliográfica, a partir de trabalhos e estudos já realizados sobre o tema em questão; e pesquisa de campo com formulários de com perguntas abertas ou fechadas de acordo a evolução do estudo.

O universo da pesquisa é representado pelo sistema prisional do Estado de Tocantins. A amostra da pesquisa serão os egressos do sistema prisional, e o público em geral, dentro das limitações estruturais disponibilizadas pela Universidade.

## **2 HISTÓRICO DAS PENAS NO BRASIL E NO MUNDO**

Na antiguidade existiam uma grande variedade de penas para os violadores das leis, mais propriamente, dos costumes, a pena de morte era banalizada, na Grécia, em Esparta os filhos que nascessem com alguma deformidade física, poderiam ser sacrificados, dificilmente, existindo a reinserção social do apenado, exceto para a nobreza.

Em Esparta e Atenas, crianças com deficiências física sensorial e mental eram consideradas subumanas, fato que legitimava sua eliminação e abandono. Tal prática era coerente com os ideais atléticos, de beleza e classistas, que serviam de base à organização sociocultural desses dois locais. Em Esparta, as crianças com deficiência eram lançadas do alto dos rochedos e, em Atenas, eram rejeitadas e abandonadas nas praças públicas ou nos campos. Aristóteles e Platão admitiam essa prática, coerente com a visão de equilíbrio demográfico, aristocrático e elitista, principalmente quando a pessoa com deficiência fosse dependente economicamente (GUGEL, 2007).

Essa penalização primaria inclusive era defendida por grandes filósofos como Platão, ao declinar da descendência dos homens e mulheres inferiores.

Primeiro, que os melhores homens tenham relações sexuais com as melhores mulheres tão frequente quanto possível, enquanto o contrário deve se dar com os homens e mulheres mais inferiores; e, segundo, que se é para o nosso grupo ser o de melhor qualidade, a descendência dos primeiros deve ser criada, mas não a dos últimos. E tudo isto deve ser feito sem que seja notado por outros a não ser pelos governantes, para que nosso bando de guardiões continue tão livre da discórdia quanto possível (PLATÃO *apud* ISAAC, 2004).

Em Roma durante a antiguidade, também se adotava procedimentos parecidos, contudo, ao invés da morte as crianças eram abandonadas.

Em Roma, também não se reconhecia valores em crianças "defeituosas", mas havia um outro recurso além da execução que era o de abandonar as crianças nas margens dos rios ou em locais sagrados para serem recolhidas por famílias da plebe.

(...) desde os primórdios da humanidade pessoas nasceram ou adquiriram alguma deficiência ou limitação que as impediram de realizar suas atividades diárias de forma autônoma. De maneira perversa, essas pessoas foram alijadas da sociedade e tratadas como estorvo ou "coitadinhas".

Nesse período inclusive existiam códigos e leis, as quais positivavam a pena de morte, não dando muitas oportunidades do apenado de voltar ao convívio social.

Uma dessas era a Lei das XII tábuas, a qual conforme Meira (1961) apresentava duas correntes de interpretação, para a primeira tratava-se de uma simples codificação de costumes, tendo por finalidade instituir normas de direito privado e atualizar os usos anteriores, para a segunda considerava como um ato constitucional, com um caráter mais amplo, abrangendo normas gerais de direito público, de modo a organizar a sociedade e às instituições políticas, nessa lei, em seis momentos, a morte

poderia ser aplicada, por exemplo, na Tábua Quatro, que trava do pátrio poder, o qual previa que " *O pai terá sobre os filhos nascidos de casamento legítimo o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los*"

Dessa forma, resta provado que a aplicação do direito penal passou por várias fases iniciando-se na vingança privada, passando pelas demais: vingança divina, vingança pública, humanitário e científico, a antiguidade ficou marcada pela vingança privada, na qual predominava a sensação de vingança pelo ofendido (SHECAIRA e CORREA JUNIOR, 2002).

Foucault (1987) nos estudos que realizou sobre as prisões relata que existiam vários tipos de penas, da morte às penas pecuniárias:

A pena de morte natural compreende todos os tipos de morte: uns podem ser condenados à força, outros a ter a mão ou a língua cortada ou furada e ser enforcados em seguida; outros, por crimes mais graves, a ser arrebetados vivos e expirar na roda depois de ter os membros arrebetados; outros a ser arrebetados até a morte natural, outros a ser estrangulados e em seguida arrebetados, outros a ser queimados vivos, outros a ser queimados depois de estrangulados; outros a ter a língua cortada ou furada, e em seguida queimados vivos; outros a ser puxados por quatro cavalos, outros a ter a cabeça cortada, outros enfim a ter a cabeça quebrada. E Soulatges, de passagem, acrescenta que há também penas leves, de que a Ordenação não fala. Satisfação à pessoa ofendida, admoestação, repreensão, prisão temporária, abstenção de um lugar, e enfim as penas pecuniárias — muitas ou confiscação.

No Brasil, por exemplo, as penas eram impostas pelos governadores e ouvidores das Capitâneas, quando se fala em pena, pode-se afirmar que existiam várias, contudo, por ser a pena de morte, dentre todas a que tira o bem mais valioso da pessoa, ganha destaque, motivo pelo qual, sempre é feita alusão a essa penalidade, por ser talvez, a mais extrema a ser aplicada.

Os governadores e seus ouvidores dispunham do poder de julgar escravos, o "gentio", "peões e cristãos e homens livres", até em caso de "morte natural", mas a necessidade do povoar era imperiosa. Duarte Coelho, donatário da capitania de Pernambuco, escreveu pelo menos quatro cartas ao rei reclamando da vinda dos degredados, "que nenhum fruto nem bem fazem na terra", revelando essa contradição (FILHO, 2004).

Fato afirmado também por Goulart (1971):

Ao longo do século XVIII esse quadro se modificou. O poder de condenar à morte pessoas despidas de qualidade superior, sem apelo, foi conferido a governadores e ouvidores de diversas capitanias, paulatinamente, com a criação de juntas de justiça. O objetivo era acabar com a impunidade. A carta régia que concedeu esta jurisdição às autoridades de Minas Gerais, em 1731, justificou a medida pelos "muitos e continuados delitos que se estão fazendo [...] por bastardos, carijós, mulatos e negros" porque "não viam o exemplo de serem enforcados".

A última pena de morte no Brasil ocorreu em 1976, em Alagoas, quando foi abolida pelo poder moderador existente a época.

A pena de morte sem recurso, a princípio considerada fundamental para o controle da escravatura e para a proteção de seus proprietários, transformou-se num problema político para a monarquia, cada vez mais acuada no plano interno e externo pela pressão abolicionista. Sua aplicação foi rareando até ser sistematicamente comutada por Pedro II, como ato de "generosidade" do Poder Moderador, e abolida de fato: o último enforcamento

por crime comum no Brasil, um escravo, ocorreu em 1876, em Alagoas. (FILHO, 2004)

Atualmente ainda existe a previsão de pena morte no Brasil, contudo reserva-se aos casos de guerra declarada, sendo proibida a sua aplicação em tempo de paz pela Constituição Federal de 1988, uma vez que o Estado democrático de Direito optou pela paz social, a justiça e manter a pena de morte é o mesmo que retirar dos governados a segurança e a paz, pois qualquer pessoa, as vezes até sem o devido julgamento poderia ser condenado a morte injustamente, como já ocorreu no passado.

### **1.1 TEORIA DAS PENAS**

O direito tem por finalidade inicial organizar as relações sociais, dinamizando as diversas condutas, tendo por base a cultura vigente. Como o próprio nome sugere vem garantir direitos e impor obrigações, nesse quesito entra em ação à figura do Estado, impondo sanções no caso das violações das normas postas (GARCIA, 2015).

Em decorrência da transgressão da norma, o Estado exerce o seu poder de polícia, restringindo o direito individual em nome da coletividade, surgindo a responsabilização civil, administrativa e penal, de forma independentes entres si, no caso dessa última são impostas as penalidades que podem restringir inclusive a liberdade dos indivíduos, como ocorre no caso dos apenados.

A pena é uma intervenção do Estado, que aplica uma sanção ao particular, quando ocorre a ruptura da ordem social, exercendo o jus puniendi, ou seja, o direito de punir, fato legitimado pelo devido processo legal.

Numa condição mais branda que nos primórdios, atualmente existem vários tipos de pena no Brasil, como as seguintes: privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa, e suspensão ou interdição de direitos, conforme artigo 5º, inciso XLVI, da atual Constituição Federal.



Segundo Martins (2015) existem várias teorias que fundamentam a formulação das penas, cada uma com suas especificidades e a devida importância na sua respectiva época.

a) *Teoria absoluta ou retributiva da pena* - a pena tem a finalidade de retribuir o mal cometido, sendo considerada uma resposta, não tendo nenhuma finalidade, a pena é imposta como a função do Estado de fazer justiça.

b) *Teoria relativa ou de prevenção* - a pena assume um papel de prevenção diante da possível prática de um crime, no sentido de conscientizar o indivíduo a não praticar nenhum fato delituoso, caso pratique, irá sofrer as sanções previstas.

c) *Teoria Mista ou Unificadora* - procurou reunir os caracteres da prevenção e da retribuição, por entender que eles não são inconciliáveis, ao mesmo tempo em que o Estado promove a justiça, pode haver concomitantemente a prevenção da prática delituosa.

d) *Teorias extremadas da pena* - abolicionismo penal, direito penal máximo e garantismo penal.

O Abolicionismo Penal prega a descriminalização, despenalização das práticas sociais delituosas como meio de solucionar as mazelas, contrapondo o encarceramento como forma de punição as violações das normas. HASSEMER e MUNÓZ CONDE (1989) diz que essa perspectiva funda-se no seguinte pressuposto:

Se o Direito Penal é arbitrário, não castiga igualmente todas as infrações delitivas, independentemente do status de seus autores, e quase sempre recai sobre a parte mais débil e os extratos economicamente mais desfavorecidos, provavelmente o melhor que se pode fazer é acabar de vez por todas com este sistema de reação social frente à criminalidade, que tanto sofrimento acarreta sem produzir qualquer benefício.

Enquanto que o Direito Penal Máximo sustenta a tese que quanto mais severo o sistema penal, menos criminalidade existirá na sociedade, ou seja, o Estado tem que atuar fortemente por meio de penas mais severas,

como meio de intimidar os criminosos e reduzir as práticas delituosas, pois se funda na ideia de que a repressão imediata e severa das menores infrações e desentendimentos em via pública, evita o desencadeamento dos grandes atentados criminais, restabelecendo um clima sadio de ordem, pois demonstra a existência de uma autoridade responsável pela manutenção da ordem. Em outras palavras: *“prender ladrões de ovos permite frear, ou simplesmente parar, os potenciais matadores de bois, pela reafirmação da norma e dramatização do respeito à lei.”* (WACQUANT, 2004, p. 244)

O Garantismo, diferente das teorias passadas, exige a atuação do Estado dentro dos princípios do Estado Democrático de Direito, limitando a atuação do Estado às garantias e direitos fundamentais, fruto da evolução do ordenamento jurídico presente nas Constituições modernas. Como Luigi Ferrajoli, ensina que o garantismo *“se propõe como um sistema de limites, de vínculos, voltado para a garantia de funcionamento de todos os direitos declarados em nossas Constituições.”* Portanto, sua teoria não trata apenas do direito penal, *“mas de todos os poderes estatais e políticos”*.

Em suma, pode se perceber que todas essas teorias em maior ou menor grau interferiram na formulação das penas adotadas na atualidade no sistema prisional brasileiro, estando o Brasil passando da teoria mista para as teorias extremadas da pena, mais precisamente representada pelo Garantismo e pelo Abolicionismo Penal (MARTINS, 2015).

### **3 SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO**

Sabe-se que o sistema penitenciário brasileiro originou-se a partir do século XIX quando se deu início ao surgimento de prisões com celas individuais e oficinas de trabalho, bem como arquitetura própria para a pena de prisão. Depois com o advento do século XX surgiram novos tipos de prisões, agora mais modernas, contava com a separação dos presos de acordo com à qualificação do preso segundo categoriais criminais: contraventores, menores, processados, loucos e mulheres.

Machado (2013, p. 04) relata que:

Os asilos de contraventores tinham por finalidade o encarceramento dos ébrios, vagabundos, mendigos, em suma, os antissociais. Os asilos de menores

buscavam empregar um método corretivo à delinquência infantil. Acreditando-se na inocência do réu, foi proposta uma prisão de processados, considerando-se não conveniente misturá-los com delinquentes já condenados ou provavelmente criminosos. Os manicômios criminais foram idealizados para aqueles que sofriam alienação mental e requeriam um regime ou tratamento clínico, enquanto que os cárceres de mulheres, seriam organizados de acordo com as indicações especiais determinadas por seu sexo.

Contudo, com o passar do tempo essa distribuição dos presos foi tomando uma nova forma. As prisões, passaram a se tornar uma "escola" para aperfeiçoar os delinquentes, o objetivo primordial que sempre foi de ressocializar, na realidade perdeu o sentido. Em uma entrevista o Ministro José Eduardo Martins Cardoso afirmou que: "*Do fundo do meu coração, se fosse para cumprir muitos anos em alguma prisão nossa, eu preferia morrer. Quem entra em um presídio como pequeno delinquente muitas vezes sai como membro de uma organização criminosa para praticar grandes crimes*". (MACHADO, 2013)

Kloch e Motta (2008, p. 44) relata que:

Os estabelecimentos Penitenciários Estaduais apresentam formas diversificadas de execução, na tentativa de atingir o objetivo almejado pela Lei de Execução Penal. Mas, enfrentam superlotação carcerária, dificuldades financeiras e despreparo do pessoal técnico, que se reverte em afronta direta e indireta aos direitos fundamentais dos apenados.

Diversos são os motivos que impedem a ressocialização do preso:

Primeiro, tem a questão da superlotação. Estima-se que a população carcerária atualmente encontra-se cerca de 726.712 mil presos, de acordo com dados colhidos até junho de 2016, sendo que se comparado a dezembro de 2014, está população era de 622.202 mil presos, um aumento

significativo de 104 mil pessoas, fazendo com que o Brasil nesse sentido ocupe o patamar de ser o terceiro país com maior número de pessoas presas, atrás de Estados Unidos e China. O quarto país é a Rússia. A taxa de presos para cada 100 mil habitantes subiu para 352,6 indivíduos em junho de 2016. Em 2014, era de 306,22 pessoas presas para cada 100 mil habitantes. (BRASIL, 2016)

Essa superlotação, por sua vez, acaba gerando outros tipos de problemas, como por exemplo, doenças, traumas, agressões, dentre outros, conforme Assis (2008, p. 02) menciona:

A superlotação das celas, sua precariedade e insalubridade tornam as prisões um ambiente propício à proliferação de epidemias e ao contágio de doenças. Todos esses fatores estruturais, como também a má-alimentação dos presos, seu sedentarismo, o uso de drogas, a falta de higiene e toda a lugubridade da prisão fazem com que o preso que ali adentrou numa condição sadia de lá não saia sem ser acometido de uma doença ou com sua resistência física e saúde fragilizadas.

Os presos adquirem as mais variadas doenças no interior das prisões. As mais comuns são as doenças do aparelho respiratório, como a tuberculose e a pneumonia. Também é alto o índice de hepatite e de doenças venéreas em geral, a AIDS por excelência. Conforme pesquisas realizadas nas prisões, estima-se que aproximadamente 20% dos presos brasileiros sejam portadores do HIV, principalmente em decorrência do homossexualismo, da violência sexual praticada por parte dos outros presos e do uso de drogas injetáveis

Depois, o referido sistema apresenta um elevado índice de reincidência. Nunes (2005, p. 146) declara que:

Oitenta por cento dos que cumprem pena de prisão, no Brasil, voltam a cometer novos delitos, um número alarmante e acentuado, que a cada dia cresce

assustadoramente, aos olhos inertes de uma Sociedade que clama por segurança pública, há muito tempo, mas que não é ouvida. Dentro dos Presídios brasileiros, a tortura, os maus-tratos e a desumanidade imperam, porque os reclusos não são tratados como seres humanos, nem há preocupação com a sua recuperação.

Outro fator, também apontado pelo autor supracitado é a falta de agentes penitenciários suficientes nos estabelecimentos prisionais, segundo ele:

Os agentes penitenciários, encarregados da segurança dos presídios, quase sempre são despreparados para a função, máxime no que tange ao tratamento oferecido ao detento. Os diretores de unidades prisionais são recrutados pela via do interesse político, muitos deles sem nenhuma formação humanística e sem conhecimento da Lei de Execução Penal. É comum a designação de oficiais do quadro da Polícia Militar dos Estados, como dirigentes das unidades prisionais, donde conclui-se que a administração da unidade prisional, nesse caso, é realizada com a experiência vivida dentro dos quartéis, o que muito dificulta a humanização dos Presídios, porque não se pode comparar a figura do policial com o detento.

A ociosidade também tem se tornado um óbice para que os objetivos e metas que o sistema penitenciário, isso porque esse problema pode ser considerado ainda mais grave ao se visualizar a legislação executiva penal do Brasil e ratificar que o trabalho deveria ser proporcionado ao preso como meio educador e produtivo e de condição de dignidade humana, além de que pelo simples fatos de estarem sem trabalhar fará com que tenham tempo suficiente para comandar as facções fora das paredes prisionais, ou seja, sem haver a obrigação de trabalhar, o preso além de custar mais caro para os cofres públicos, ainda sai da cadeia

sem a menor perspectiva, retornando assim ao mundo do crime. (CASTRO, 2017)

#### **4 RESSOCIALIZAÇÃO DOS EGRESSOS DO SISTEMA PRISIONAL**

O termo ressocialização remete a ideia de tornar sociável alguém que um dia já estava integrado subjetivamente a sociedade de maneira plena, conforme pensamento de Volpe Filho (2010), "O termo ressocializar traz em seu bojo a ideia de fazer com que o ser humano se torne novamente social (ou sócio). Isto porque, deve-se ressocializar aquele que foi ressocializado".

A ideia inicial da prisão era conceber-se como um lugar de reflexão, de caráter pedagógico, restaurador, contudo, diante das várias mazelas sociais, perdeu-se essa finalidade, virando em muitos casos uma sociedade paralela e um escola de crimes, em que o apenado não se reabilita para o convívio social.

Quando a prisão converteu-se na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinquente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente. Esse otimismo inicial desapareceu e atualmente predomina certa atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possam conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exageros, que a prisão está em crise. Essa crise abrange também o objetivo ressocializar dor da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamentos que faz a prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter

algum efeito positivo sobre o apenado. (BITENCOURT, 2001).

A prisões por meio das penitenciárias tornaram-se quase que inócuas no que diz respeito ao processo de preparação do egresso para sua reinserção social, conforme acentua Zaffaroni (2001):

[...] o preso é ferido na sua autoestima de todas as formas imagináveis, pela perda de privacidade, de seu próprio espaço, submissões a revistas degradantes, etc. A isso juntam-se as condições deficientes de quase todas as prisões: superpopulação, alimentação paupérrima, falta de higiene e assistência sanitária, etc., sem contar as discriminações em relação à capacidade de pagar por alojamentos e comodidades. (ZAFFARONI, 2001).

Alessandro Barata posiciona-se analogamente, ao relatar que nos estabelecimentos penais perderam sua capacidade educativa, fato que desfavorece ao egresso sua reinserção social.

Efeitos negativos sobre a personalidade e contrários ao fim educativo do tratamento têm, além disso, o regime de “privações”, especialmente quanto às relações heterossexuais, não só diretamente, mas também indiretamente, através do modo em que os meios de satisfação das necessidades são distribuídos na comunidade carcerária, em conformidade com as relações informais de poder e de prepotência que a caracterizam. (BARATTA, 2002).

Ainda em relação à socialização nos estabelecimentos penais explana Bitencourt (2001):

Um dos grandes obstáculos à ideia ressocializadora é a dificuldade de colocá-la efetivamente em prática. Parte-se da suposição de que, por meio do tratamento penitenciário – entendido como conjunto de atividades

dirigidas à reeducação e reinserção social dos apenados -, o terno se converterá em uma pessoa respeitadora da lei penal. E, mais, por causa do tratamento, surgirão nele atitudes de respeito a si próprio e de responsabilidade individual e social em relação à sua família, ao próximo e à sociedade. Na verdade, a afirmação referida não passa de uma carta de intenções, pois não se pode pretender, em hipótese alguma, reeducar ou ressocializar uma pessoa para a liberdade em condições de não liberdade, constituindo isso verdadeiro paradoxo. (BITENCOURT, 2001).

Outra problemática das penitenciárias, que além de não conseguirem dar condicionamento para o egresso se ressocializar, é a degeneração do apenado de uma vez por todas, ao passo que grandes organizações criminosas captam e utilizam-se dos egressos para perpetrarem ações criminosas fora do ambiente penitenciário.

As duas maiores organizações criminosas conhecidas no Brasil, Comando Vermelho e Primeiro Comando da Capital, nasceram, provavelmente, de um vácuo estatal. Supõe-se que o primeiro tenha surgido para evitar a tortura de presos. O segundo, para auxiliar as famílias dos encarcerados. Evidentemente, cooptaram muitos adeptos, que, ao deixarem as prisões, retribuem a proteção e os favores recebidos, associando-se definitivamente a uma carreira criminosa. (FRANCO, 2008).

As organizações criminosas agem na ausência do Estado, fortalecendo lações fraternais e construindo um ideário de pertencimento, a qual deveria ser realizado por aquele ente, antes mesmo de seu encarceramento.



Junto à massa carcerária teve por base o estabelecimento de uma malha de solidariedade entre os presos, que envolvia a imposição da violência e do medo, mas também pela construção de uma percepção de pertencimento, revelada na expressão própria aos membros do grupo como 'irmãos' (SALLA, 2008).

Uma das alternativas legais que aumente a probabilidade de ressocialização do apenado é o regime progressivo, considerando que a finalidade da pena é de integração ou reinserção social, conforme pensamento de Mirabete (2004):

Tendo em vista a finalidade da pena, de integração ou reinserção social, o processo de execução deve ser dinâmico, sujeito a mutação ditadas pela resposta do condenado ao tratamento penitenciário. Assim, ao dirigir a execução para a "forma progressiva", estabelece o art. 112 a progressão, ou seja, a transferência de regime mais rigoroso a outro menos rigoroso quando demonstra condições de adaptação ao mais suave.

Outro autor a defender o sistema progressivo como meio a ressocialização é Borges (2008):

[...] constitui importante estímulo à ressocialização, e foi instituído com vistas à reinserção gradativa do condenado ao convívio social. Tem um caráter ré educativo e possibilita ao condenado, de acordo com o mérito demonstrado durante a execução, promoção a regime menos rigoroso, antes de atingir a liberdade, ou seja, o preso cumprirá a pena em etapas e em regime cada vez menos rigoroso, até receber liberdade. Durante esse tempo, o preso será avaliado e só será merecedor da

progressão caso a  
sua conduta assim recomende.

Diante dos vários contratos existentes no sistema penal, verifica-se que é praticamente impossível\_\_ exceto para aqueles que já tem algum tipo de formação, que os egressos constituam algum tipo de capital intelectual para a sua inserção no mercado de trabalho após a decretação de sua liberdade, no mercado de trabalho que está cada vez mais concorrido.

Um conceito no qual se estabelece para os profissionais, empregados ou não, a obrigatoria preocupação no sentido maior de se manterem permanentemente atualizados e empregáveis, diante das exigências de formação, em face das habilidades, especializações e talentos que o mercado de trabalho requer (CARVALHO, 2006).

Outro autor que relata as dificuldade do mercado de trabalho é Sarsur (1999) ao relatar que o profissional deve diariamente capacitar-se, fatos quase que impossíveis de ser concretizado na condição dos apenados e egressos.

Uma ação individual, que pode ser estimulada ou não pelas organizações, que faz com que os funcionários de todos os níveis busquem estar melhor preparados para enfrentar o mercado de trabalho e suas mutações, pressupondo uma postura pro ativa, no sentido de capacitar-se e qualificar-se permanentemente, em termos de habilidades e capacidades técnicas, humanas, conceituais e de relações sócias.

Há uma grande dificuldade enfrenta da pela sociedade na ressocialização do preso e do egresso, quais os caminhos a percorrer, como sistematizar essa ação para que não fique somente na forma abstrata.

Há certo ceticismo no que tange a ressocialização do apenado diante de sua condição, como ressocializar alguém que nem chegou a ser "socializado", a usufruir de pelo menos parte dos direitos sociais estendidos

à sociedade em geral, direitos esses, inclusive, insculpidos no art. 6º, da Constituição Federal de 1988. O melhor caminho seria por meio de políticas públicas do Estado, desenvolvendo programas sociais para incentivar a readequação dos apenados ao seio social.

“Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

O fato é que são necessárias e urgentes mudanças nas políticas de ressocialização dos egressos, tanto ao mercado de trabalho como a sociedade como um todo, fato que será analisado e discutido neste trabalho.

## **5 POLÍTICAS PÚBLICAS DE REINserÇÃO SOCIAL DOS EGRESSOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO**

Frente a todos os dilemas que envolvem o sistema penitenciário brasileiro, o Estado com o intuito de diminuir esse problemas, desenvolveu duas maneiras, o primeiro foi estudo, onde o preso tem a oportunidade de concluir o ensino médio, ou mesmo optar em fazer algum curso de nível técnico ou mesmo superior, e o segundo, foi o trabalho, que dentre tantos benefícios, um é imprescritível que é a dignidade da pessoa humana.

Como Sarlet (2005, p. 33-34) declara:

[...] a dignidade da pessoa poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos.

Ora, é sabido que as pessoas em que se encontram encarceradas acabam desenvolvendo o complexo de inferioridade. A família geralmente

abandona, perde-se o vínculo com os amigos, as oportunidades de um futuro melhor se esvai no momento em que uma pessoa é algemada levada detida. Embora o Estado não o tenha condenado ainda, mas a sociedade ao tomar ciência do ocorrido rechace o indivíduo e o rebaixa a um estado de humilhação e desprezo.

Então, para aplacar esse sentimento de rejeição e resgatar a dignidade que este um dia possuiu, o Estado vem formando parceria com diversas empresas para que os detentos possam trabalhar e com isso remir a pena e também capacita-los para o mercado de trabalho. O próprio STF vem desenvolvendo programa em parcerias com a Vara de Execuções Penais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

O programa conta com quarenta vagas para os reeducando do sistema prisional do Distrito Federal que detenham condições de se submeter ao processo de retorno ao meio social, conforme avaliação do juiz da Vara de Execuções Penais. Essas vagas são destinadas a detentos do Centro de Progressão Penitenciária, presídio específico de regime semiaberto, que oferece cursos profissionalizantes na área administrativa e de informática. (STF, 2018)

Segundo dados do STF em fevereiro de 2009 foram contratados os primeiros 12 apenados para prestar serviços no STF em postos de apoio administrativo, inclusive em alguns gabinetes de ministro. Em troca, recebem uma remuneração entre R\$ 420 e 620 e o abatimento de um dia de pena para cada três dias trabalhados. Ao final, o sentenciado é desligado do programa, liberando a vaga para um novo reeducando. Atualmente, estão ocupadas 30 vagas enquanto se aguarda a seleção dos dez novos ocupantes. (STF, 2018)

Dessa forma percebe-se que o trabalho realmente dignifica a pessoa e ajuda a está a engessarem no mercado de trabalho mesmo após ter cumprido pena. Esse projeto é exemplo de que se implantando nas demais regiões do Brasil, a situação precária do sistema penitenciário irá mudar. Muitos que estão atrás das grades, apenas deseja que haja uma oportunidade para mudar, são pessoas, seres humanos, que apesar dessa condição não perdeu o direito de seguir em frente.

## CONCLUSÃO

Como se observou, a ressocialização tem sido um objetivo árduo que o Estado assumiu a obrigação de implantar. De um lado, a falta de estrutura e políticas públicas e de outro a sociedade que mesmo não algemando o indivíduo, mas que sua punição se perpetua, e entre esse jogo o apenado que muitas vezes por falta de uma oportunidade fica sem alternativa que não seja voltar ao mundo do crime. Dessa forma, o presente trabalho procurou identificar os principais desafios do instituto da ressocialização e quais as políticas públicas podem ser desenvolvidas.

No primeiro capítulo, foi verificado que a pena vem se modificando ao longo dos tempos. No início as crianças com algum tipo de doença eram abandonadas e até mortas por serem consideradas sub-humanas. Depois, com a vingança privada, onde o pai tinha o direito de matar seus filhos e mais tarde a divina, que alegava se uma pessoa sofresse alguma penalização logo esta pessoa estaria em pecado e desonra, que com o passar do tempo a pena foi dividida entre a morte que era destinada a quem cometesse delitos graves e as pecuniárias.

No segundo capítulo, por sua vez, abordou como se deu o sistema penitenciário Brasileiro, por hora, percebeu-se que a ideia era revolucionária para época e chegou até a ser aplicada conforme rezava, porém com o passar do tempo e o crescimento desenfreado da população carcerária esse sistema entrou em crise, os presos perderam sua própria dignidade, estão aglomerados em pequenas e fedidas celas, agressões, maus-tratos, doenças e toda sorte de humilhação são suas companhias diárias. É um sistema falido, cujo objetivo é aumentar cada vez mais esse número de pessoas enclausuradas.

No terceiro capítulo, tratou sobre o que seja a ressocialização e como dá o retorno daquele que um dia esteve atrás das grades e a sociedade como lhe recebe. E por fim, o quarto, quais as políticas públicas que o Estado vem adotando para solucionar o problema em tela, momento este que foi citado o modelo adotado no Distrito Federal que poderia ser expandido para as demais regiões.

E assim resta provado que o presente trabalho alcançou seus objetivos e assim contribuiu para o desenvolvimento e crescimento do conhecimento jurídico e acadêmico, fortalecendo assim a ideia de que muitas coisas precisam mudar, se continuarmos com o sistema penitenciário da forma estar, logo termos mais cadeias que escolas ou hospitais, por exemplo, pois vomitar ex detento sem preparo para a sociedade é o mesmo que garantir que este cometa crimes piores dos que levaram a cadeia.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Rafael Damaceno de. **A realidade atual do sistema penitenciário brasileiro**. Revista CEJ, p. 74-78, 2008. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewArticle/949>>. Acesso em: 10 maio. 2018.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro : Revan, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**, volume 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BRASIL. Ministério da Justiça – Governo Federal. **Relatório de 2016**. Brasília, 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/a5LEU4>>. Acesso em: 10 maio 2018.

BRASIL. **Lei n. 13.058** de 22 de dezembro de 2014. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm)>. Acesso em: 22 mar. 2015.

CARVALHO, Pedro Carlos de. **Empregabilidade**: A competência necessária para o sucesso no novo milênio. 4. ed. Campinas: Editora Alínea, 2006.

CASTRO, Arthur Pereira de Oliveira. **A crise no sistema penitenciário brasileiro**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 24 maio 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589124&seo=1>>. Acesso em: 10 maio 2018

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FRANCO, José Henrique Kaster. **Execução da pena privativa de liberdade e ressocialização**. Utopia?. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2009, 31 dez. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12153>>. Acesso em: 20 fev. 2010.

FILHO, L. F. C. **Impunidade no Brasil** – Colônia e Império. Estudos Avançados. Vol. 18, nº 51, São Paulo, May/Aug. 2004.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**; nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987. 288p.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. **Introdução ao Estudo do Direito**: Teoria Geral do Direito. 3 ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2015.

GOULART, J. A. **Da palmatória ao patíbulo** (Castigo de escravos no Brasil). Rio de Janeiro, Conquista, 1971, p. 190.

GUGEL, M. A. **Pessoas com Deficiência e o Direito ao Trabalho**. Florianópolis : Obra Jurídica, 2007.

HASSEMER, Winfried; Muñoz Conde, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

ISAAC, Benjamin, **The Invention of Racism in Classical Antiquity**. New Jersey: Princeton University Press, 2004.

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO. **Luigi Ferrajoli relembra a importância da garantia dos direitos em conferência no IDP**. Disponível em: <<http://eventos.idp.edu.br/xvcongresso/index.php/component/content/article/39-noticias/137-luigi-ferrajoli-relembra-a-importancia-da-garantia-dos-direitos-em-conferencia-no-idp.html>>. Acesso em: 09 maio. 2018.

KLOCH, H.; MOTTA, I. D. da. **O sistema prisional e os direitos da personalidade do apenado com fins de res(socialização)**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

MACHADO, Ana Elise Bernal; SOUZA, Ana Paula dos Reis; SOUZA, Mariani Cristina de. **Sistema penitenciário brasileiro—origem, atualidade e exemplos funcionais**. Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 10, n. 10, p. 201-202, 2013.

MEIRA, S.A.B. **A lei das XII Tábuas** – fontes do Direito Público e Privado – 2ª Edição. Forense. Rio de Janeiro. 1961.

MARTINS, J. D. R. **Das teorias das penas no ordenamento jurídico**. Jusbrasil, 2015.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução penal**: comentários a Lei nº 7.210, de 11-07- 84. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2004.

NEGREIROS, Dilma de Andrade. **Acessibilidade Cultural**: por que, onde, como e Para quem? Rio de Janeiro, 2014.

NUNES, Adeildo. **A realidade das Prisões Brasileiras**. Recife: Nossa Livraria, 2005.

SALLA, Fernando. **Considerações sociológicas sobre o crime organizado no Brasil**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 16, n. 71, p. 364-390, mar./abr. 2008.



SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 33-34.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JUNIOR, Alceu. **Teoria da Pena: Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Evandro Lins e. **De Beccaria a Filippo Gramatica. Sistema penal para o terceiro milênio.** Rio de Janeiro: Renavan, 1991, p. 40.

STF. **Programa de Ressocialização de Sentenciados.** Brasília, 2018. Disponível em: <[http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfCooperacao\\_pt\\_br&idConteudo=189501&modo=cms](http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfCooperacao_pt_br&idConteudo=189501&modo=cms)>. Acesso em: 10 maio. 2018.

VOLPE FILHO, Clovis Alberto. **Ressocializar ou não-dessocializar, eis a questão.** DireitoNet, 18 de mai. de 2010. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5081/Ressocializar-ou-nao-dessocializar-eis-a-questao>>. Acesso em: 01 dez 2017.

WACQUANT, Loïc. **Sobre a “janela quebrada” e alguns outros contos sobre segurança vindos da América.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 46, p. 228-251, 2004, p. 244.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

## **O REGIME JURÍDICO DO NASCITURO ESTABELECIDO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E NO CORPUS IURIS CIVILIS**

**LEANDRO WEHDORN GANEM:** Bacharel em Direito, especialista em Direito Constitucional, Técnico Judiciário - assistente de juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 3a Região.

**RESUMO:** A questão do nascituro é uma constante em todas as sociedades que se propuseram a indagar a respeito do direito e da origem da pessoa como sujeito de direitos. A partir de quando o ser humano deve ser considerado pessoa, ou seja, pleno sujeito de direitos? Várias correntes tentaram obter respostas, tais como do momento da concepção ou do nascimento com vida. A questão é crucial, pois a partir do momento em que o ser humano se representa como pessoa de direitos na ordem jurídica, esta efetivará no indivíduo todas as garantias e exercícios jurídicos potenciais que se confere ao sujeito de direitos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Nascituro. Código Civil. Sujeito de Direitos. Dignidade.

**SUMÁRIO:** 1. INTRODUÇÃO 2. O NASCITURO NO CORPUS IURIS CIVILIS. 3 O NASCITURO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002. 4. CONCLUSÃO. 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

### **1. INTRODUÇÃO**

O tratamento jurídico do nascituro atrela-se à compreensão da origem da pessoa como sujeito de direitos.

O objetivo deste trabalho é comparar a idéia do nascituro em duas diferentes perspectivas, refletindo a respeito do regime jurídico do nascituro estabelecido no Código Civil brasileiro, de 2002 e com as disposições a respeito do nascituro contidas no *Corpus Iuris Civilis*. A partir destas visões, buscar-se-á compreender melhor o momento da construção da idéia de pessoa como sujeito de direitos.

### **2. O NASCITURO NO *CORPUS IURIS CIVILIS***

A questão do nascituro no direito romano suscita debates, visto que afirmações de Paulo, Juliano, Ulpiano e Papiano nos fazem deduzir, como o faz Windscheid, que “o feto no útero materno ainda não é homem, porém, se nasce capaz de direito a sua existência se computa desde a época da concepção”. Mas Alberto Burdese, de sua parte, afirma que alguns efeitos, especialmente aqueles a favor do nascituro, são levados em conta desde a concepção, e não desde o nascimento. Algumas vezes era reconhecida personalidade ao nascituro, mas outras vezes essa personalidade era condicionada ao nascimento, e ainda em outras vezes crianças não viáveis, ou mesmo aquelas que nasciam deformadas (a ponto de serem chamadas de monstros) não adquiriam personalidade humana.

Savigny, porém, no meio de tantas contradições, encontra fortes indícios que equiparam o nascituro à criança. Para tal ele cita “*D.1.5.26, Qui in útero sunt, in toto pene iuris civile intelleguntur in rerum natura esse.*” Cita também “*D50.16.231 Quod dicimus, eum, qui nasci speratur, pro supérstite esse, tunc verum est cum de ipsius iure quaeritur: aliis autem nom predest nisi natus.*” Tais fragmentos, segundo Silmara J. A. Chinelato e Almeida, removem a aparência de contradição sobre o nascituro no direito romano. O primeiro fragmento mostra a regra geral em Roma, e o segundo era uma ficção, aplicada somente em alguns casos específicos.

Dessa maneira, vislumbra-se a paridade entre o nascituro e o nascido já no direito romano. Para Pierangelo Catalar, no *Disgestas* de Justiniano, é certa a paridade entre o nascituro e o nascido, exceto em algumas partes do *ius*. O princípio elencado é afirmado no *Livro 1, tit.V (De status hominum)*, e tem correspondência com o último livro, *tit XVI (De verborum significatione)*. Esse princípio teria origem nas Doze Tabas. Devia-se aplicar a *interpretatio* dos juristas em matéria de herança. Ele ainda afirma que a paridade entre nascituro e nascido não decorre de uma ficção, de uma construção imperativa, mas por constatação de uma realidade por parte do intérprete (como também entende Teixeira de Freitas).

Para ele também, os princípios da paridade entre nascituro e nascido tem como critério-guia, pelo menos a partir da época de Adriano, o conceito de *commundum* do nascituro. A formulação geral encontra-se na época dos Severos, Paulo, “*D.1.5.7: Qui in útero est, perinde ac si in rebus*

*humanis esset custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur alii antequam nascatur nequaquam prosit.*” Ainda que existam certos fragmentos que não reconheçam o ente concebido como mais do que parte da mulher, é evidente que em Roma a preocupação com a idéia de nascituro já se demonstrava fundamental para a concepção de pessoa como sujeito de direitos.

### **3. O NASCITURO NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002**

O tratamento do nascituro no ordenamento jurídico brasileiro pode ser destacado no artigo 2º do Código Civil de 2002, que nos informa: “*A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”. Desse modo, cabe ressaltar que se entende por nascituro um ser já concebido, que poderá se tornar sujeito de direitos no futuro caso venha a nascer com vida. Esse ser já concebido possui a proteção legal de seus direitos, destacando-se entre eles, o direito a vida.

No entanto, ainda que goze de proteção legal, o nascituro não possui personalidade jurídica. É fato que este possui capacidade para alguns atos, como ser alvo de doação feita pelos pais, ou adquirir bens por testamento, sendo considerado sujeito de direitos nesses aspectos. Mas este fato não lhe reconhece personalidade, pois conforme o Código Civil esta depende do nascimento com vida. A condição do nascituro apenas se aproxima da personalidade, num estado de expectativa de direito. É, portanto, dado ao nascituro no Brasil uma espécie de “personalidade jurídica fictícia”, na qual se entende que este, por ter uma natureza humana, não deva ser completamente destituído de personalidade. Essa concepção revela também que apesar de poder vir a ser, o nascituro ainda não é uma pessoa juridicamente considerada, dependendo de seu efetivo nascimento com vida.

Existe uma noção de direito potencial de um ser que ainda não foi concebido. Tal noção, conhecida por direito eventual, observa que mesmo um ser ainda não concebido pode ser beneficiado em testamento. A visão do direito eventual observa os direitos do nascituro em uma condição suspensiva.

Dessa forma, é possível afirmar que o Brasil não adota estritamente em seu ordenamento jurídico nem uma teoria natalista, que considera a pessoa apenas a partir do nascimento com vida, e nem uma teoria concepcionista, que considera a pessoa a partir da concepção, haja vista não conferir ao nascituro todos os direitos inerentes às pessoas. A personalidade jurídica é atribuída somente no nascimento, mas deixa-se um rol limitado, embora não taxativo, de atribuições de direitos tanto de forma passiva quanto ativa para o nascituro. Esse rol de direitos faz com que o ente ainda por nascer seja considerado sujeito de direitos, ainda que sua personalidade jurídica não esteja totalmente constituída.

Essa perspectiva é até certo ponto contraditória, conforme demonstrado no próprio artigo 2<sup>a</sup> do Código Civil brasileiro de 2002. O Código garante a personalidade civil apenas a partir do nascimento com vida, mas em seguida confere ao nascituro uma devida proteção jurídica, partindo do entendimento de que este possui uma personalidade incipiente, inerente aos seres humanos, cabendo ao direito tratá-la como personalidade jurídica naquilo que vise a efetivar sua potencialidade. Nesse sentido, uma expectativa de vida compreende, no mínimo, uma expectativa de direitos, que em parte já se encontram efetivados em alguns artigos do Código Civil de 2002, como o artigo 552, que garante ao nascituro a capacidade de receber doações. Outro exemplo é a proteção patrimonial do nascituro, observada na obrigação paterna de ajudar financeiramente a genitora, para que esta não arque sozinha com os custos da gestação.

O fato de o nascituro possuir direitos no ordenamento jurídico brasileiro demonstra que o nosso direito entende o nascituro como sujeito de direitos naquilo que lhe cabe, ainda que com personalidade incipiente dada a sua potencialidade. A natureza humana não se modifica independentemente do momento em que se encontra a gestação, o que justificaria o tratamento dado ao nascituro. Um exemplo que se dá é em relação ao Código Penal brasileiro, que trata do aborto na parte dos crimes contra a pessoa, deixando claro que, para o Direito Penal, o nascituro é considerado pessoa de direitos, devendo receber o devido tratamento legal.

Portanto, a partir de uma idéia de “personalidade incipiente”, percebe-se a forma sistemática com a qual o nascituro é tratado no nosso ordenamento jurídico. O direito brasileiro reconhece o nascituro como pessoa em potencial, protegendo-o nos aspectos que visam garantir o desenvolvimento da sua potencialidade humana, sendo que nestes aspectos o nascituro atua como efetivo sujeito de direitos. A partir de então, posiciona-se o nascimento com vida como condição concretizadora da totalidade da potencialidade jurídica, efetivando a aquisição de todos os direitos iminentes da personalidade.

#### 4. CONCLUSÃO

A questão da personalidade jurídica do nascituro se refere às origens da própria atribuição do direito. Observa-se que tanto nas sociedades romana e brasileira, tal discussão gerou perspectivas próprias sobre a idéia de nascituro, mas que dialogam na medida em que buscam estabelecer parâmetros delineadores da efetiva constituição da pessoa de direitos. A partir deste ponto, a pessoa de direitos se torna o agente ao qual se volta todo ordenamento jurídico, buscando efetivar a fruição daquilo que lhe cabe e garantir-lhe a devida proteção jurídica.

Assim sendo, a compreensão do nascituro abarca a compreensão da própria natureza humana. Aquilo que foi concebido por homens há de estar imbuído de humanidade e, portanto, há também de possuir toda a potencialidade humana. Dessa forma, o nascituro deve ser protegido juridicamente para que se garanta o seu apropriado desenvolvimento e o efetivo exercício de sua potencialidade. Essa preocupação é a mola mestra que se observa no tratamento do nascituro sob qualquer perspectiva jurídica.

#### 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silmara Chinelato. **Tutela Civil do Nascituro**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2008 1625p.

JUSTINIANO, Imperador. **Corpus iuris civiles**. Berolini: Weidmannas, 1954-59. 3v.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições do Direito Civil**. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PUSSI, William Artur. **Personalidade Jurídica do Nascituro**. 2. ed, revista e atualizada. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**: aspectos cíveis, criminais e biodireito. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SILVA, Alexandre Marlon. **O Direito do Nascituro a Alimentos**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Aide, 2001.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 12. ed. Rio de Janeiro: 1993. 4v.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: volume 1: Parte Geral. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

## **O PROCESSO LEGISLATIVO DE INCORPORAÇÃO DE DENÚNCIA DA CONVENÇÃO 158 DA OIT**

**CAMILA PIMENTEL DE OLIVEIRA  
FERREIRA:**

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo tratar sobre a controvérsia jurídica surgida com a denúncia unilateralmente feita pelo Chefe do Poder Executivo brasileiro da Convenção nº 158 da OIT, analisando a constitucionalidade ou não da referida prática.

**Sumário:** 1. Introdução; 2. A Convenção nº 158 da OIT; 3. Da denúncia da Convenção nº 158 da OIT; 4. ADI 1625; 5. Conclusão; 6. Bibliografia;

---

### **1. Introdução:**

O Direito do Trabalho tem como um de seus alicerces o chamado Princípio da Proteção ao Hipossuficiente. Assim, como decorrência desse princípio, predomina no campo juslaboral o Princípio da continuidade da relação de emprego, por meio do qual se assegura ao empregado o vínculo indeterminado de labor e, garante-o contra as chamadas despedidas arbitrárias.

Ainda, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o seu art. 7º, inciso I, garante a proteção da relação de emprego contra a dita despedida arbitrária, nos termos da lei complementar. Contudo, até o presente momento a referida lei complementar não fora editada, deixando, portanto, lacuna no tocante ao tema.

Entretanto, em 1992, a Convenção nº 158 da OIT, a qual trata sobre o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, fora adotada pelo Brasil, preenchendo, assim, a omissão legislativa sobre o tema da dispensa imotivada.

Contudo, a mencionada Convenção fora denunciada unilateralmente pelo Chefe do Poder Executivo brasileiro, gerando bastante controvérsia. Assim, o presente trabalho objetiva analisar todas as divergências quanto à



constitucionalidade ou não do processo legislativo de denúncia da Convenção nº 158 da OIT.

## **2. A Convenção nº 158 da OIT:**

A Convenção n. 158 da OIT trata do término da relação de trabalho por iniciativa do empregador. Foi incorporada ao ordenamento jurídico interno brasileiro em conformidade com o trâmite exigido constitucionalmente para tanto. Ou seja, a Convenção nº 158 foi aprovada pelo Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo de número 68, em 16 de setembro de 1992; em seguida, houve o depósito da carta de ratificação na RIT (OIT), em 05 de janeiro de 1995; e, em 11 de abril de 1996, o Decreto de promulgação foi publicado (Decreto n. 1855).

Ademais, como é sabido, somente depois de 12 meses do depósito da ratificação (05 de janeiro de 1995), é que entra em vigor, no ordenamento jurídico nacional, uma Convenção. Portanto, a Convenção n. 158 da OIT entrou em vigor no dia 06 de janeiro de 1996.

## **3. Da denúncia da Convenção nº 158 da OIT:**

Como se sabe, a possibilidade de denúncia de uma Convenção, pode se dar: nos doze meses entre o depósito e a vigência da Convenção ou após dez anos de sua vigência, desde que durante os doze meses subsequentes a cada decênio.

O que ocorreu, entretanto, no caso concreto da Convenção n. 158 da OIT, foi que o Chefe do Poder Executivo, o então Presidente Fernando Henrique Cardoso, por meio do Decreto n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996 (com publicação em 23 de dezembro do mesmo ano), entendendo pela inaplicabilidade da Convenção n.158 em nosso ordenamento jurídico, realizou a denúncia desta Convenção, informando que a mesma não estaria mais vigente a partir de 20 de novembro de 1997.

Diante de tal ato, inúmeras controvérsias surgiram, uma vez que, para alguns doutrinadores, haveria a inconstitucionalidade da denúncia por ser ela unilateral, o que feriria o artigo 49, inciso I, da Constituição Federal, que

traça a competência exclusiva do Congresso Nacional para “resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”.

Por outro lado, outros doutrinadores entendem que, mesmo se entendida como possível a realização de denúncia unilateralmente pelo Poder Executivo, esta somente poderia ter sido feita levando-se em consideração a data de vigência internacional (23 de novembro de 1985) até 22 de novembro de 1996. Isto é, como a denúncia pode ser feita dez anos depois da vigência internacional, desde que nos doze meses após esse decênio, a Convenção n. 158, ao entrar em vigor em 22 de novembro de 1985, poderia, a partir de 22 de novembro de 1995 até 22 de novembro de 1996, ser denunciada pelo Brasil. Entretanto, a denúncia foi publicada somente no dia 23 de novembro de 1996, estipulando-se, ainda, que só produziria efeitos em 20 de novembro de 1997.

Cabe ressaltar, contudo, que a interpretação de que o prazo de dez anos conta-se da vigência internacional da Convenção não é o mais aceito pela doutrina nacional, que entende, conforme ensina Arnaldo Susseking<sup>[1]</sup>, que referido prazo é contado, na verdade, a partir “de cada ratificação”.

#### **4. ADI 1625:**

Em razão do supranarrado, em 18 de junho de 1997, foi proposta, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura – CONTAG e pela Central Única dos Trabalhadores – CUT, a Ação Direta de Inconstitucionalidade, nº 1625, tendo como objeto a declaração de inconstitucionalidade do Decreto nº 2.100, de 20 de dezembro de 1996, por meio do qual o então Presidente da República tornou público que denunciara a Convenção n. 158 da OIT, sobre o Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador, adotada em Genebra, em 22 de junho de 1982, e introduzida no ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto Legislativo nº 68/1992, e do Decreto nº 1.855/1996.

Para os requerentes, o Presidente da República não poderia, sozinho, denunciar tratados, convenções ou acordos internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, com base no artigo 49, inciso I, da Carta Magna. Assim, da mesma forma que a aprovação e promulgação da Convenção nº

158 da OIT, a denúncia deve ser feita por meio de ato complexo, dos Poderes Executivo e Legislativo. Isto é, a denúncia necessita da aprovação ou referendo do Congresso Nacional.

Portanto, pediram os requerentes a declaração de inconstitucionalidade do referido Decreto nº 2.100, de 1996, por ofensa ao art. 49, inciso I, da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal começou a apreciar e julgar a citada ADI apenas no ano de 2003.

No primeiro julgamento, realizado em 03 de outubro de 2003, o STF decidiu, preliminarmente, pela ilegitimidade ativa da CUT. Em seguida, o relator, Ministro Maurício Corrêa (falecido), e o Ministro Carlos Britto, votaram pela procedência parcial da ADI, dando ao Decreto nº 2.100/1996 interpretação conforme ao artigo 49, inciso I, da Constituição Federal, determinando, assim, que a denúncia da Convenção nº 158 da OIT estaria condicionada ao referendo do Congresso Nacional, e, portanto, somente a partir de tal referendo a denúncia produziria eficácia plena. Por sua vez, o Ministro Nelson Jobim pediu vista dos autos.

Em 2006, mais precisamente no dia 29 de março, o Ministro Nelson Jobim (atualmente aposentado) votou pela improcedência do pedido, e o Ministro Joaquim Barbosa solicitou vista dos autos.

No dia 03 de junho de 2009, foi pronunciado o voto do Ministro Joaquim Barbosa, defendendo a total procedência da ação, sendo concedida a vista dos autos a Ministra Ellen Grace.

Em 12 de novembro de 2015, a Ministra Rosa Weber votou pela total procedência da ação para declarar a inconstitucionalidade do Decreto nº 2.100/1996. O Ministro Teori Zavascki pediu vista dos autos.

Recentemente, o último julgamento realizado ocorreu em 14 de setembro de 2016, no qual o Ministro Teori Zavascki entendeu pela improcedência do pedido formulado, apesar de afirmar ser necessária a

participação do Poder Legislativo na revogação de Convenções e Tratados. Explica-se.

Para o Ministro é sim necessária a autorização do Congresso Nacional no ato de denúncia de Convenção pelo Presidente da República, mas, como a decisão sobre este tema, pelo STF, gerará uma “marca na história do constitucionalismo brasileiro”<sup>[2]</sup>, é preciso que haja modulação dos efeitos de tal decisão, para que haja apenas efeitos ex tunc (não retroativos). Disse ele:

“Todavia proponho que se outorgue eficácia apenas prospectiva a esse entendimento a fim de que sejam preservados dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade não só o decreto aqui atacado como os demais atos de denúncia isoladamente praticados pelo presidente da República até a data da publicação da ata do julgamento da presente ação, o que conduz, no caso concreto, a um juízo de improcedência”<sup>[3]</sup>

Ademais, para o Ministro, o seu voto estaria no mesmo sentido dos demais, isto é, apesar de os quatro outros votos terem entendido, dois pela procedência total do pedido (Ministro Joaquim Barbosa e Ministra Rosa Weber), e dois pela procedência parcial (Ministros Maurício Corrêa e Carlos Britto), todos estariam decidindo da mesma forma, no mesmo sentido. Ele, por sua vez, julgara improcedente única e exclusivamente em razão da modulação dos efeitos.

## **5. Conclusão:**

Em razão do mencionado, observa-se que, quanto a discussão do ato de denúncia de Tratados e Convenções Internacionais, a doutrina e a jurisprudência não possuem, por enquanto, uma posição firmada.

Aguarda-se, desde 1997, uma posição final do STF quanto a matéria, com o fito de “estabilizar” tamanha divergência, além de dar segurança jurídica ao tema. Contudo, cabe ressaltar que, diante da análise dos cinco

votos que já foram proferidos na ADI 1625, conclui-se que há uma tendência pelo entendimento de que não pode o Presidente da República, unilateralmente, revogar uma Convenção. Isto é, estamos caminhando para o entendimento de que é necessário, assim como ocorre na aprovação e promulgação, que haja a ratificação pelo Poder Legislativo da denúncia realizada pelo Poder Executivo, respeitando-se, assim, a previsão constitucional estabelecida no artigo 49, inciso I, da Carta Magna.

## **6. Bibliografia:**

Arnaldo Susseking. "Convenções da OIT", LTr., 1994, p. 39

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325338>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325338>

NOTAS:

<sup>[1]</sup> Arnaldo Susseking. "Convenções da OIT", LTr., 1994, p. 39

<sup>[2]</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325338>

<sup>[3]</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325338>

## ÉTICA CRISTÃ E O ABORTO

**DENISE NALINI DE OLIVEIRA**

**DIAS:** Bacharelanda do Curso de Direito pela UNIBRASIL - Universidade Brasil.

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(Orientador)

**RESUMO:** Este artigo trará pesquisas e conceitos relevantes do tema aborto. Nos primeiros tópicos verificaremos o que a ciência diz a respeito, os meios para a sua causa, os métodos utilizados para sua concretização, as consequências para o feto e para a mãe.. Em seguida analisaremos o que a lei Brasileira dispõe sobre o assunto, e em quais casos é permitido abortar. E no final a visão da Ética Cristã, iremos encontrar passagens da Bíblia mostrando como a vida é um dom de Deus, o porque dela ser tão importante, e o porque do ser humano, não ter o poder de decisão se o bebe merece ou não viver !

**Palavras-chave:** Aborto. Métodos de abortos. Consequências causadas. Visão da ciência. Visão da ética Cristã.

**ABSTRACT:** This article will bring research and concepts relevant to abortion. In the first topics we will check what science says about it, the means for its cause, the methods used to achieve it, the consequences for the fetus and for the mother. Next we will analyze what Brazilian law has on the subject, and in which cases abortion is allowed. And in the end the vision of Christian Ethics, we will find passages from the Bible showing how life is a gift from God, why it is so important, and why man does not have the power to decide whether or not the baby deserves it to live !

Keywords: Abortion. Methods of abortion. Consequences caused. Vision of science. Vision of Christian ethics.

**SUMARIO:** INTRODUÇÃO. 1- O QUE É O ABORTO. 1.1- ABORTO ESPONTANEO. 1.2- ABORTO PROVOCADO. 2- ESTADÍSTICAS SOBRE O ABORTO. 3- METODOS DE ABORTO. 3.1- ASPIRAÇÃO OU SUCCÃO. 3.2-

CURETAGEM. 3.3- PROSTAGLANDINA. 3.4- SOLUÇÃO SALINA. 3.5- NASCIMENTO PARCIAL. 3.6- PILULA RU-486. 3.7- POR "D & X ÀS 32º SEMANAS. 3.8- DIU. 4- EFEITOS COLATERAIS DOS CHAS ABORTIVOS. 5- COMPLICAÇÕES TARDIAS DO ABORTO. 6- CONSEQUÊNCIAS SOBRE A CRIANÇA NÃO NASCIDA. 7- CONSEQUÊNCIAS PISICOLÓGICAS. 8- O ABORTO NO CONTEXTO LEGAL. 9- O ABORTO SEGUNDO A ETICA CRISTA. 9.1- CONCEITO BIBLICO DO ABORTO. 9.2- QUANDO A VIDA COMEÇA. 10- O ABORTO EM CASO DE ESTUPRO. 11- O ABORTO EM CASO DE DEFICIÊNCIA. 12- O ABORTO EM CASO DE RISCO A VIDA DA MÃE. 13- O FETO EM SEU COMEÇO É UMA PESSOA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

---

## **INTRODUÇÃO**

Esta pesquisa visa explicar a temática de maneira restrita, aplicando o aborto na ótica cristã. Visando o melhor conteúdo para exemplificar o assunto de maneira mais clara, é necessário que haja uma elucubração firmada no livro dos livros, a palavra de Deus, também conhecida popularmente como bíblia sagrada.

Para tanto, sabemos que o formato do direito, se deriva da bíblia sagrada, anteriormente conhecido como direito canônico, por esse e muitos outros motivos sociais, éticos e morais que são examinados os preceitos de Deus.

### **1. O QUE É O ABORTO?**

O aborto é a morte de uma criança no ventre de sua mãe, produzida durante qualquer momento da etapa, que vai desde a fecundação (união do óvulo com o espermatozoide) até o momento prévio ao nascimento.

No entanto, há 2 tipos de aborto a saber:

#### **1.1 ABORTO ESPONTANEO**

Ocorre sem qualquer intervenção externa, sendo ocasionado por diversos fatores, entre os quais a baixa vitalidade do espermatozoide (causa paterna),

afecções na placenta (causa materna), e a morte do feto por infecções sanguíneas (causa fetal), ou seja, sem desejo ou previsão da mãe e;

## **1.2 ABORTO PROVOCADO**

Neste caso, temos o terapêutico e o criminoso. O primeiro, é recomendado pelos médicos quando a mãe corre risco de vida, e o segundo, dá-se quando se interrompe a gravidez por motivos egoístas e fúteis, ou seja, quando a morte do feto é procurada.

## **2. ESTATÍSTICAS SOBRE O ABORTO**

As estatísticas sobre aborto no Brasil, e receio que no mundo inteiro, são controversas e certamente impossíveis de precisar, até mesmo pelo fato de que nem toda mulher que aborta o faz pelas vias legais ou mediante acompanhamento médico. Há quem especule, que o número de abortos praticado no Brasil, varie entre um milhão a um milhão e meio por ano. Geralmente esses números mais elevados são apresentados pelos defensores da descriminalização do aborto (*Pró-escolha*). Os que são contrários ao aborto e favoráveis à proteção da criança desde a concepção (*Pró-vida*), geralmente apresentam números bem mais modestos que andam ali pela média dos cem mil abortos anuais. Seja como for, é um número altíssimo de inocentes, tendo seu direito de viver negado por suas próprias mães!

## **3. METODOS DE ABORTO**

A Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira, em uma matéria publicada no site Aleteia em março de 2014, elencou com louvor alguns dos métodos de aborto provocados conhecidos, explicitando seu procedimento e meios, embora sendo os mesmos realizados de maneira cruel, explicitando também seus efeitos colaterais gerados nas gestantes.

### **3.1 ASPIRAÇÃO OU SUCÇÃO**

Aplica-se no útero uma espécie de tubo vazado com uma ponta afiada. Um forte poder sucção espedaça o pequeno corpo do bebê que ali está sendo gerado, assim como a placenta e absorve ambos. O abortista introduz logo uma pinça para extrair o crânio, que costuma não sair pelo



tubo de sucção. Algumas vezes as partes mais pequenas do corpo do bebê podem ser identificadas. Quase 95% dos abortos nos países desenvolvidos são realizados desta forma.

Neste método, há grandes consequências que podem ser geradas, como:

- insuficiência do colo uterino, favorecendo abortos sucessivos no primeiro e no segundo trimestre (10% das pacientes);
- partos prematuros, na 20ª ou 30ª semana de gestação.

### **3.2 CURETAGEM**

Neste método, é utilizada uma cureta ou faca, proveniente de uma colher afiada na ponta que extraem aos pedaços, o feto e a placenta. A princípio, a curetagem e a aspiração são realizadas no máximo até 12 semanas (2 meses e meio) de gestação.

A cureta é empregada para desmembrar o bebê, tirando-se logo em pedaços com ajuda do fórceps. Este método está se tornando o mais usual.

Ao fazer esse tipo de aborto, a mãe poderá acarretar vários tipos de problemas para a sua saúde, tais como:

- infecção e obstrução das trompas, provocando esterilidade;
- intervenção para estancar a hemorragia produzida;
- perigo de lesão no intestino, na bexiga ou nas trompas;
- a artéria do útero, nesses casos, frequentemente, é atingida, criando a necessidade de histerectomia (extirpação do útero), se não for possível estancar a hemorragia.

### **3.3 PROSTAGLANDINA**

É o uso de fármaco por via oral ou intravaginal e provoca o aborto ou trabalho de parto, independente do tempo da gestação. Esta droga provoca um parto prematuro durante qualquer etapa da gravidez. É usado para levar a cabo o aborto à metade da gravidez e nas últimas etapas deste. Sua principal "complicação" é que o bebê às vezes sai vivo. Também pode causar graves danos à mãe. Recentemente as prostaglandinas foram usadas com a RU- 486 para aumentar a "eficácia" destas.

### **3.4 SOLUÇÃO SALINA**

Utilizada a partir da 16ª semana de gestação, pela injeção de solução salina concentrada, para dentro do saco amniótico através de longa agulha. O feto aspira e engole este líquido que o envenena; ele se debate, às vezes apresenta convulsões em lenta agonia; nasce com queimaduras pelo sal concentrado que chega a tirar toda sua pele. Apesar disso pode nascer vivo.

Podemos também analisar varias outras complicações muito sérias causadas por esse método:

- retenção da placenta e hemorragia (50% necessitam de curetagem).
- As mesmas complicações que uma curetagem pode produzir, com o agravante de uma possível perfuração do útero e da formação de aderências;
  - infecção e endometrite (inflamação da mucosa do útero);
  - coagulopatia e hemorragia abundante;
  - intoxicação por retenção de água; efeitos secundários do soro salino e da pituita que podem causar falhas de funcionamento do coração e morte;
  - possibilidade de gravidez mais avançada do que a informada pela mãe e, na ausência de um exame sério, poderia abortar uma criança de 2 quilos ou 2 quilos e meio. Esse tipo de aborto apresenta um perigo dez vezes superior à curetagem. A mortalidade vai de 4 a 22 por mil.

### **3.5 NASCIMENTO PARCIAL**

Técnica usada após o 5º mês de gestação. Realiza-se o parto normal pélvico tracionando o bebê pelos membros inferiores. Ao surgir o pescoço, o médico atravessa um orifício da nuca e esvazia o cérebro, matando-o. Para concluir, só falta retirar a cabeça diminuída de volume. Nos Estados Unidos da América, a motivação deste método é de ordem legal, onde se ao nascimento, o recém-nascido esboçar o menor sinal de vida, é considerado pessoa diante da lei e deve ser protegido.”

Ainda sobre métodos abortivos, uma pesquisa liderada pelo médico Emilio Jesús Alegre del Rey, abre um conhecimento acerca da chamada pílula do dia seguinte (pílula ru-486), dos abortos de nascimento parcial (D&X) , e do dispositivo intrauterino (DIU).

### **3.6 PILULA RU-486**

Trata-se de uma pílula abortiva, empregada conjuntamente com uma prostaglandina, que é eficiente se for empregada entre a primeira e a terceira semana depois de faltar a primeira menstruação da mãe. Por este motivo é conhecida como a "pílula do dia seguinte". Age matando de fome o diminuto bebê, privando de um elemento vital, o hormônio progesterona. O aborto é produzido depois de vários dias de dolorosas contrações.

### **3.7 POR "D & X" ÀS 32º SEMANAS**

Este é o método mais espantoso de todos, também é conhecido como nascimento parcial. Costuma ser feito quando o bebê se encontra já muito próximo de seu nascimento. Depois de ter dilatado o colo uterino durante três dias e guiando-se por ecografia, o abortista introduz algumas pinças e agarra com elas uma perninha, depois a outra, seguida do corpo, até chegar aos ombros e braços do bebê. Assim, extrai-se parcialmente o corpo do bebê, como se este fosse nascer, salvo que deixa-se a cabeça dentro do útero. Como a cabeça é grande demais para ser extraída intacta, o abortista, enterra algumas tesouras na base do crânio do bebê que está vivo, e as abre para ampliar o orifício. Então, insere um cateter e extrai o cérebro mediante sucção.

Este procedimento faz com que o bebê morra e que sua cabeça se desabe. Em seguida extrai-se a criatura e lhe é cortada a placenta.

### **3.8 DIU**

Por suas características anatômicas, advertem que o DIU não é um dispositivo de barreira, quer dizer, não impede a livre circulação dos espermatozoides até encontrar-se com o óvulo. Sua função, na realidade, é, como agente exógeno ao organismo feminino, produzir irritação e

inflamação nas paredes internas do útero (endométrio), o que lhe torna propenso a contrair uma série de infecções muito delicadas e que impossibilitam que o óvulo fecundado pelo espermatozoide (ovo) possa nidar-se ou implantar-se nessa parede. Isto leva ao desprendimento e que provoque um sangramento intermenstrual no qual é expulso. Ou seja, ocorre um aborto.

Os estudos clínicos com o DIU portadores de cobre indicam que a fecundação se altera, quer seja porque varia o número de espermatozoides ou pela falta de viabilidade destes. Os DIU não inibem a ovulação (produção e liberação de um óvulo dos ovários). O Para Gard nem sempre evita a produção de gravidez ectópica (a gravidez fora do útero, chamado às vezes gravidez tubária). A gravidez ectópica, pode requerer cirurgia e deixar a mulher incapacitada de ter filhos, em alguns casos pode causar a morte".

#### **4.EFEITOS COLATERAIS DOS CHÁS ABORTIVOS**

Os chás abortivos usados por mulheres que estão grávidas, podem trazer diversos efeitos colaterais. O maior perigo de fazer o uso de chás abortivos, além de não ocasionar a expulsão do feto, é resultar na má formação do bebê. Além disso, a mulher pode sofrer dificuldades de amamentar.

Tomar chás abortivos, também podem intoxicar a mulher, que deve buscar atendimento médico urgente. O aborto, nesses casos, pode não acontecer e ainda o feto sofrer os efeitos tóxicos dessas infusões, causando efeitos colaterais como má formação, nascimento fora do peso, parto prematuro, entre outras complicações indesejáveis.

Outro efeito colateral, que normalmente, esses chás abortivos causam, é a elevação da pressão nas artérias. Com isso o útero pode sofrer contrações que expulsam o feto. Porém, tais contrações podem ser insuficientes e não provocar o aborto, mas fazer mal ao feto e a gestante, como fortes dores uterinas.

Mais um efeito colateral, muito perigoso, é que eles podem causar hemorragia. Tais hemorragias podem requerer atendimento médico emergencial à mulher e pode, inclusive, levar a gestante à morte por sangramento intenso.

A Associação Nacional Provida e Pró-Família, publicou um estudo acerca das complicações e consequências imediatas causadas pelo aborto.

## 5. COMPLICAÇÕES TARDIAS DO ABORTO

**A** - Insuficiência ou incapacidade do colo uterino.

**B** - Aumento da taxa de nascimentos por cesariana (para permitir que o bebê consiga viver mesmo que prematuro).

**C**- Danos causados às trompas por possível infecção pós-aborto, causando infertilidade (em 18 % das pacientes). Maior número de complicações em mulheres grávidas que anteriormente provocaram aborto (67,5% entre as que abortaram e 13,4 entre as que não abortaram).

Dentre todas as complicações, a mais grave é a hemorragia, que transforma a nova gravidez em gravidez de alto risco.

**D**- O aborto pode provocar complicações placentárias novas (placenta prévia), tornando necessária uma cesariana, para salvar a vida da mãe e da criança.

**E**- O aborto criou novas enfermidades: síndrome de ASHERMAN e complicações tardias, que poderão provocar necessidade de cesariana ou de histerectomia.

**F** - Isoimunização em pacientes Rh negativo. Aumento, conseqüentemente, do número de gravidez de alto risco.

**G** - Partos complicados. Aumento do percentual de abortos espontâneos nas pacientes que já abortaram.

## 6. CONSEQUÊNCIAS SOBRE A CRIANÇA

**A** - Sobre a criança abortada:

- dores intensas (o feto é sensível à dor);
- morte violenta;
- aborto de crianças vivas que se deixam morrer.

**B** - Sobre as crianças que nascem depois

- abortos de repetição no primeiro e no segundo trimestre de gravidez;
- nascimento prematuro, os que sobrevivem com frequência são excepcionais (paralisia cerebral, disfunções neurológicas etc.).
- parto difícil, contrações prolongadas;

- Gravidez ectópica (fora do lugar) nas trompas, podendo ser fatal para a mãe

- malformações congênitas provocadas por uma placenta imperfeita;
- morte perinatal por prematuridade extra-uterina (50% morrem no primeiro mês de gravidez);

## 7. CONSEQUÊNCIAS PSICOLÓGICAS

A- Para A Mãe:

- queda na autoestima pessoal pela destruição do próprio filho;
- frigidez (perda do desejo sexual);
- culpabilidade ou frustração de seu instinto materno;
- distúrbios nervosos, insônia, neuroses diversas;
- doenças psicossomáticas;
- depressões;

O período da menopausa é um período crucial para a mulher que provocou aborto.

B- Sobre os filhos que podem nascer depois:

- atraso mental por causa de uma malformação durante a gravidez, ou nascimento prematuro.

## 8. O ABORTO NO CONTEXTO LEGAL

O código de Hamurabi (1810-1750 a.C.) condenava o aborto. No código de Napoleão (1769-1821) era crime hediondo. No Código Criminal do Império no Brasil (1830) era proibido. Hoje, a Legislação brasileira permite apenas nos casos de risco de morte à mulher, estupro e anencefalia. Nos demais casos o aborto ainda é crime (Artigo 124 do Código Penal). No entanto, no Congresso Nacional, Projetos de Lei tramitam com a proposta de Legalizá-lo em qualquer caso.

Métodos abortivos datam do século XXVIII a.C., tendo sido descoberto na China (uso do mercúrio para induzir o aborto). Num comparativo entre a Bíblia e o Código de Hamurabi, encontramos uma preocupação menos com o aborto propriamente dito e muito mais com o ressarcimento ou compensação do dano causado. No mundo grego, Aristóteles e Platão, pregavam a utilização do aborto como forma de controle populacional.

Enquanto Sócrates também o admitia, porém sem qualquer outra justificativa, que não a de dar a gestante a liberdade de escolha.

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 4º, defende os direitos do nascituro, não apenas após a nidação ou implantação, mas "desde a concepção". "*A personalidade civil do homem começa do nascimento com a vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro*".

O Código Penal, instituído pelo Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940, inclui a prática de aborto na parte especial, título I (crimes contra a pessoa), capítulo I (crimes contra a vida):

*"Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:*

*Pena - detenção, de um a três anos.*

*Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:*

*Pena - reclusão, de três a dez anos.*

*Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:*

*Pena - reclusão, de um a quatro anos.*

*Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência"*

*Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.*

*Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:*

*I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;*

*II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.*

## **9. O ABORTO SEGUNDO A ETICA CRISTÃ**

Agora iremos abordar o tema (aborto), segundo a ética cristã, de acordo com a interpretação de Francisco Barbosa:

O tema do aborto implica agressão à dignidade humana e a inviolabilidade do direito à vida. Em nossos dias, muitos segmentos da sociedade se mostram favoráveis ou simpatizantes à prática do aborto.

Acerca do assunto, a Bíblia assegura que Deus é o autor e a fonte da vida (Genesis 2.7; Jó 12.10), e somente Ele tem poder sobre a vida e a morte (1Samuel 2.6).

O aborto é um assassinato, um crime suavemente aceito pela sociedade pós-moderna.

A vida de um ser humano no útero, é digna de todo o esforço necessário para permitir um processo de concepção completo.

### **9.1 CONCEITO BIBLICO DO ABORTO**

Na lei mosaica, provocar a interrupção da gravidez de uma mulher era tratado como ato criminoso (Êxodo 21.22-23). No sexto mandamento, o homem foi proibido de matar (Êxodo 20.13), que significa literalmente "não assassinar". Os intérpretes do Decálogo, concordam que o aborto está incluso neste mandamento.

Assim, quem mata o embrião, ou o feto, peca contra Deus e contra o próximo. ***(Lição Bíblica, Casa Publicadora das Assembleias de Deus-CPAD, 2º Trimestre, an 2018, Lição 4, de 22 Abril de 2018)***

A ciência nos diz que a vida humana começa no momento da concepção. A partir do momento em que ocorre a fecundação, a composição genética da criança já está completa. O gênero já foi determinado, juntamente com sua altura e cor do cabelo, dos olhos e da



pele. A única coisa que o embrião precisa para se tornar um ser de pleno funcionamento é o tempo de crescer e se desenvolver.

Mais importante, Deus nos revela em Sua Palavra que não só a vida começa no momento da concepção, mas que Ele sabe quem somos até mesmo antes disso (Jeremias 1:5). O rei Davi disse isso sobre o papel de Deus na nossa concepção: "Pois tu formaste o meu interior, tu me teceste no seio de minha mãe. Os teus olhos me viram a substância ainda informe, e no teu livro foram escritos todos os meus dias, cada um deles escrito e determinado, quando nem um deles havia ainda" (Salmos 139:13,16).

## **9.2 QUANDO A VIDA HUMANA COMEÇA?**

A ciência responde claramente essa questão ao dizer que a vida humana começa na concepção. Mas esta resposta ainda não é capaz de convencer muita gente, inclusive pesquisadores, que continuam usando argumentos do tipo "aglomerado de células" para justificar que, dependendo do estágio da gravidez, o aborto deveria ser permitido.

A princípio, o termo "aglomerado de células" parece sugerir que o embrião não tem vida própria, não tem controle próprio e autonomia, não tem viabilidade, agindo como um "parasita" que não sobreviveria fora do útero.

[Um estudo feito por Shahbazi e cols \(2016\)](#), que foi publicado em uma das revistas científicas mais renomadas do mundo (grupo Nature), demonstrou que esse argumento é totalmente errôneo. Neste estudo, os pesquisadores utilizaram um aparato experimental que permitiu avaliar o desenvolvimento de embriões humanos, incluindo a transição da fase pré para a fase pós-implantação, sem utilizar qualquer tecido materno.

Para entender os processos que ocorrem antes e após a implantação do embrião no útero materno, os pesquisadores colocaram os embriões humanos em incubadoras contendo apenas nutrientes necessários para o seu desenvolvimento. Com uma série de experimentos, eles demonstraram que o embrião possui uma capacidade de organização autônoma, independente da presença do útero materno, que nunca tinha sido demonstrada antes pela ciência. Estas células se organizam e se desenvolvem de forma autônoma, mesmo não estando no útero e mesmo não passando pelo processo de implantação.

A Bíblia ensina que a vida começa na concepção. As Escrituras nos revela que, não só a vida começa na concepção, mas que Deus sabe quem somos até mesmo antes disso (Jeremias 1.5). Davi descreve poeticamente: "*Pois tu formaste o meu interior, tu me teceste no seio de minha mãe. Os teus olhos me viram a substância ainda informe, e no teu livro foram escritos todos os meus dias, cada um deles escrito e determinado, quando nem um deles havia ainda*" (Salmos 139.13,16).

*"Sabe quais as diferenças entre um óvulo fecundado e um bebê? O tempo de vida, o tamanho e a forma, o desenvolvimento e o tipo de nutrição*

Thiago Rosas, trás um estudo esclarecendo os TIPOS DE ABORTOS E SUAS IMPLICAÇÕES ÉTICAS:

### **1 O ABORTO EM CASO DE ESTUPRO**

O ponto mais questionado nesse caso é o posicionamento dos cristãos acerca da gravidez resultante de um estupro. Uma relação sexual forçada é algo que nenhuma mulher jamais deveria ter que passar. Mulheres que foram vitimas desse tipo de abuso devem ser amparadas, cuidadas e amadas.

Mas quando a ética cristã se opõe ao aborto de uma gravidez nessa situação, ela não está menosprezando a vida da mulher, muito pelo contrário. Há muitos e muitos casos de mulheres que abortam uma gestação que foi fruto de um abuso, e depois não conseguem se perdoar.

Além disso, matar o embrião ou feto não apagará definitivamente o que de fato aconteceu. Na verdade essa atitude pune o filho do agressor com a pena de morte, e não o agressor.

### **2 O ABORTO EM CASO DE DEFICIÊNCIA**

Em casos de feto com deficiência, admitir o aborto também é ignorar e afrontar a soberania divina. Uma pessoa deficiente não significa uma criação que saiu do controle de Deus. Certa vez [Moisés](#) escutou do Senhor: "*Quem fez a boca do homem? Ou quem fez o mudo, ou o surdo, ou o que vê, ou o cego? Não sou eu, o Senhor?*" (Êxodo 4:11).

Por mais que seja uma experiência custosa, a maioria esmagadora dos pais de filhos deficientes jamais concordará que deveriam ter praticado o aborto durante a gestação. Além disso, frequentemente temos notícias de

crianças que foram desenganadas durante a gestação, e que ao nascerem desafiaram todos os prognósticos médicos.

### **3.O ABORTO EM CASO DE RISCO A VIDA DA MÃE**

Contudo, a situação mais complicada é aquela em que a gestação oferece sérios riscos à vida da mãe, chegando ao ponto de alguém ter que basicamente decidir por uma vida ou outra. Percentualmente esse tipo de situação é a menor entre todas as outras. A maioria dos abortos ocorre não por risco à vida da mãe, mas por risco à vida profissional, social ou estética dessa ex-futura mãe.

Mas em casos em que realmente a vida da mãe está em risco, as pessoas envolvidas devem analisar a situação com sabedoria. Elas devem orar a Deus, confiantes de que Ele tem o controle de tudo em suas mãos. Elas devem saber que nenhum fio de cabelo de suas cabeças se perde sem o consentimento do Senhor (Lucas 21:18; cf. 12:7). Por mais que não entendamos a [providência divina](#), o final de todas as coisas é a glória de Deus.

Em casos assim, muitos médicos optam por provocar o nascimento da criança, ainda que seja um nascimento muito prematuro. Consequentemente, eles procuram oferecer todos os recursos necessários para tentar garantir sua sobrevivência. Por vezes, mesmo diante das mínimas chances, algumas crianças sobrevivem a tais condições tão adversas de parto.

Aos defensores do Aborto, a grosso modo, parece-lhes que se uma mulher estiver em perigo de vida, por causa da gravidez, é lícito matar o bebê e ponto final. Deus tem dado à humanidade a capacidade de avançar tecnologicamente, e hoje, os extraordinários recursos de que dispõe a Medicina oferecem meios para prosseguir na luta em busca do fim almejado, isto é, a salvação do binômio mãe-filho. É lógico que não podemos ser irracionais e engessados, cada caso é um caso, mas em geral, a luta deve ser pela manutenção da vida, sempre, diz Francisco Barbosa.

### **10 O FETO EM SEU COMEÇO É UMA PESSOA**

#### **A infusão da alma no ser gerado.**

Entendemos que a alma e o espírito são colocados por Deus no embrião, com a concepção.

É oportuno dizer aqui que a vida humana, do seu início ao fim, está em grande parte encoberta por um véu de mistério que só o próprio Criador e Sustentador conhece. “Peso da Palavra do Senhor sobre Israel. Fala o Senhor, o que estende o céu, e que funda a terra, e que forma o espírito do homem dentro dele” (Zacarias 12.1);

E mais, “Porque para sempre não contenderei, nem continuamente me indignarei; porque o espírito perante mim se enfraqueceria, e as almas que eu fiz” (Isaías 57.16).

### **O exemplo de João Batista e de Jesus.**

Ao que tudo indica, Maria, a mãe de Jesus, já o tinha no ventre há um mês (quatro semanas), quando foi visitar Isabel, sua prima. Esta já estava com seis meses de grávida de João Batista (Lucas 1.36), tendo, nela, um feto de vinte e quatro semanas.

A Bíblia nos mostra que, ao ouvir Isabel a saudação de Maria, “a criancinha saltou no seu ventre; e Isabel foi cheia do Espírito Santo” (Lucas 1.41).

No ventre de Maria, não estava “uma coisa”, mas o Salvador do Mundo; no ventre de Isabel não estava um ser desprovido de alma, mas uma “criancinha” que pulou de alegria ao ouvir a bendita saudação. O Espírito Santo agiu ali através de uma “criancinha” ainda em formação (v.41).

### **O embrião é uma pessoa.**

Mesmo sem ser uma pessoa completa, não é subumano. É uma pessoa em formação, em potencial. Da primeira à oitava semana (2 meses), completam-se todos os órgãos, apresentando inclusive as impressões digitais.

Aos três meses, no útero, o bebê já está formado esperando crescer para vir à luz. Mesmo como ovo, ou feto, desde a concepção, cremos que o bebê não só tem vida, mas possui alma e espírito dentro dele (ver Zacarias 12.1b).

O aborto é conhecido também como feiticídio, definido por Houais como o ‘crime no qual, através do aborto provocado, ocorre a morte do feto que se presume com a vida’.

Se nos dermos ao trabalho de examinar a etimologia do vocábulo ‘feto’, constataremos que o aborto é um crime não somente hediondo, mas tremendamente covarde. No latim, a palavra fetus significa pequenino.

O Dicionário Latino-Português de F. R. dos Santos Saraiva define a palavra simplesmente como filho no ventre.

O teólogo americano Willian Lane Craig aprofunda-se no significado do termo: *'Assim, como eu digo, parece virtualmente inegável que o feto – que é apenas a palavra Latina referente a 'pequenino' – é um ser humano nos primeiros estágios do seu desenvolvimento. Seja um 'pequeno', um recém-nascido, um adolescente ou um adulto, ele é, em cada período, um ser humano nos diferentes estágios do seu desenvolvimento'*.

Diferentemente de outras alternativas éticas, a ética cristã é fundamentada na Palavra Deus. Então isto significa que em nenhuma hipótese a ética cristã irá aprovar o aborto. As Escrituras não enxergam o homem como mais uma espécie resultada de um processo de evolução. Elas dizem que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus.

Portanto, além de o aborto ser classificado como um assassinato, é também um atentado contra a imagem do próprio Deus representada naquele embrião ou feto. Claro que quando a ética cristã se opõe ao aborto, ela não ignora o fato de existirem casos extremamente complexos.

Enquanto há mulheres que simplesmente abortam por concluírem que no momento há coisas mais interessantes a se fazer do que ser mãe, há outras que enfrentam dramas realmente difíceis. Existem mães que enfrentam casos de gravidez de alto risco. Outras carregam um feto desenganado pela medicina. Por fim, há aquelas que foram vítimas de relações abusivas, como o estupro.

Por mais que sejam situações complicadas, a ética cristã, conforme a Palavra de Deus, sempre defenderá a vida. Por exemplo, se a ética cristã aceitasse o aborto em casos de deficiência do feto, ela fatalmente deixaria de ser cristã. No fim ela se harmonizaria a outras formas éticas contrárias a Deus, como a ética naturalística que defende a eliminação dos mais fracos.

O mesmo também pode ser dito do aborto em caso de estupro, onde esse tipo de pensamento se fundamenta em éticas humanísticas que colocam a satisfação individual acima de qualquer coisa, até mesmo da vida do próximo. Nesse caso, o próximo é sempre um feto indefeso no ventre.

## CONCLUSÃO

Aqueles que dizem ser a favor do aborto, eu afirmo a quem interessar, que é fácil ser a favor e que em muitas das circunstâncias é até inspirador, digo ainda como ser humano, é fácil sermos a favor do aborto, pois afinal de contas, já nascemos.

O ponto a ser abordado é: E se fossemos nós aguardando o tão esperado dia do nascimento, prontos e formados para vivermos uma vida intensa e com liberdade, completos e cheios de vigor, quando decidem nos abortar, decidem tirar a nossa vida.

Acredito que sobreviver seja o objetivo de todos que estão no mundo, afinal, todos lutamos dia após dia por isso, e assim afirma Jesus o "CRISTO" homem relatado na bíblia sagrada como sendo o "MESSIAS", "*amarás o teu próximo como a ti mesmo*" (Marcos 12-31), como pode alguém não querer ser abortado, porém querer abortar?

De acordo com a ética cristã o aborto é considerado um pecado, pois um dos mandamentos é: "*não mataras*" (êxodo 20-13) vislumbramos que sendo um pecado tirar uma vida ainda que informe, ferimos uma das leis de Deus executando o aborto, sendo assim sem meios termos o aborto independentemente em que circunstâncias ele seja efetuado, é pecado.

Entende-se que o mundo em que vivemos, esta a cada dia que se passa mais e mais corrompido, e que as leis estão a cada dia mais desfavoráveis a vida, decretando pena de morte ao feto que foi concebido em circunstâncias de abuso, tendo em vista que aquele que abusou terá uma pena mais branda.

Um mecanismo que aparenta caminhar para uma aceitação total de atos reprovados por parte ou um todo da sociedade, do que antes era totalmente proibido, foi deliberado em caso de estupro, posteriormente em casos em que a gravidez oferece risco a vida de mãe e ainda em caso de anencefalia, seguidos de um projeto de lei que legaliza o aborto em toda e qualquer situação.

O que se vê aqui não pode ser considerado evolução e sim uma desvalorização da vida, pois algo que gera apenas prejuízos físicos e psicológicos não pode ser considerado evolutivo e sim degradativo.

Não obstante, concluo que aborto ainda é caracterizado como matar alguém elencado no artigo 121 do código penal brasileiro, considerando os direitos do nascituro, caminho vislumbrado pela ótica cristã.

## REFERÊNCIAS

**Alan Pallister.** Ética Cristã hoje, Shedd Publicações, p. 153

**Claudionor de Andrade.** As novas fronteiras da Ética Cristã, CPAD, p. 53

**Claudionor de Andrade.** Op. cit., p. 69

**Claudionor de Andrade.** Op. cit., p. 77

**Douglas Baptista.** Valores cristãos: enfrentando as questões morais do nosso tempo, CPAD, p. 40

**Hank Hanegraaff.** O livro das respostas bíblicas, CPAD, p. 430

**Hank Hanegraaff.** Op. cit., p. 107

**Raul Marinho Jr.** Em busca de uma Bioética global: princípios para uma moral mundial e universal e uma Medicina mais humana, Hagnus, p. 194

**Raul Marinho Jr.** Op. cit., p. 195

**William L. Craig.** Apologética para questões difíceis da vida, Vida Nova, p. 13

**William L. Craig.** Op. cit, p. 124

**William L. Craig.** Op. cit, p. 126

**William L. Craig.** Op. cit, p. 139

<http://auxilioebd.blogspot.com.br/2018/04/licao-4-etica-crista-e-aborto.html>

<http://estudosnacionais.com/falacia-dos-numeros/>.

<http://estudosnacionais.com/refutacoes-sobre-aborto/>

<http://www.aborto.com.br/tipos/index2.htm>

<http://www.derepentegravida.com.br/chas-abortivos/>

<http://www.gazetadopovo.com.br/ideias/quais-sao-os-verdadeiros-numeros-sobre-aborto-no-brasil-ez2wi4lignffwy4hha6nff51j>.

[http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1774\\_ADPF54-VotoMinCezarPeluso.pdf](http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/1774_ADPF54-VotoMinCezarPeluso.pdf)

<https://artigos.gospelprime.com.br/etica-crista-e-aborto/>

<https://pt.aleteia.org/2014/03/10/os-metodos-de-aborto-provocado/>

<https://www.acidigital.com/vida/aborto/diu.htm>

<https://www.acidigital.com/vida/aborto/tipos.htm>

<https://www.gotquestions.org/Portugues/a-vida-comeca-na-concepcao.html>

<https://www.semprefamilia.com.br/blog-da-vida/estudo-comprova-que-pilula-do-dia-seguinte-e-abortiva-em-50-dos-casos/>

<https://www.youtube.com/watch?v=fvO0UUyxOUU>

<https://www.youtube.com/watch?v=kDYOI88N7JU>

<https://www.youtube.com/watch?v=n2rhSMe0cwc>