

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1073

(Ano XIV)

(25/02/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

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

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, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



O mais novo absurdo: “preclusão” (sic) do direito de autodefesa

Eduardo Luiz Santos Cabette, 07.

ARTIGOS

Arbitragem e contratos administrativos: revisitando aspectos essenciais

Marcela Volponi Xavier de Sá Santos, 13.

Da “Teoria do emprego” de Keynes ao “ócio criativo” de Domenico De Masi: novas formas de trabalho podem ser uma solução de crescimento econômico e geração de emprego para além da Pandemia?

Alexandre de Souza Araújo, 26.

O crime de feminicídio e o enfrentamento à violência contra as mulheres

Tatiana Rosa Paixão, 41.

A (des)proteção da privacidade e da imagem na internet

Evie Saramella de Resende, 57.

Barão de Rio Branco: 120 anos de memória e contemporaneidade do seu pensamento

Guilherme Eleutério Martinez, 74.

A configuração do crime de lesão corporal qualificada pela deformidade permanente

Lucas Maia Pires, 93.

Análise crítica da mediação trabalhista

Gustavo Triandafelides Balthazar e André Machado de Souza, 102.

Tributação da shadow economy, mito de Giges e culpabilidade tributária: análise dos efeitos tributários sobre a economia informal

Guilherme Eleutério Martinez, 120.

Reflexões sobre a adoção no Brasil – o caminho de quem espera por uma família

Evie Saramella de Resende, 134.

Da responsabilidade civil do Estado perante os reclusos no sistema carcerário brasileiro

Lucas Maia Pires, 152.

A precarização das relações de trabalho decorrente do fenômeno da pejotização

Vivian Megumi Furukawa, 165.

O direito à nomeação dos candidatos aprovados em concurso público com base na jurisprudência dos tribunais superiores

Lucas Maia Pires, 179.

Memória antroponímica e política conservadora enquanto patrimônio cultural no tempo e no espaço: uma reescrita do antigo sítio histórico do vilarejo Marzagão, distrito de Carvalho Britto, sudoeste de Sabará - MG

Vagner Luciano de Andrade, 199.

O MAIS NOVO ABSURDO: “PRECLUSÃO” (SIC) DO DIREITO DE AUTODEFESA

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

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

Mais uma vez é preciso tratar de uma questão que seria óbvia, mas que acaba necessitando de explicações devido à politização do mundo jurídico em seus mais altos escalões, bem como à escalada de um autoritarismo tupiniquim desajeitado.

Tramita pela Polícia Federal, sob a batuta do Ministro Alexandre de Moraes, um Inquérito Policial para apurar suposto crime de violação de segredo porque teria o Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, juntamente com o Deputado Federal, Filipe Barros Baptista de Toledo Ribeiro, divulgado informações que estavam sob sigilo judicial em outro Inquérito da Polícia Federal, que tratava de suspeita de adulteração de resultados em urnas eletrônicas. Desde novembro do ano passado a Delegada de Polícia encarregada do caso já indicava que Bolsonaro e Filipe Barros seriam suspeitos e, portanto, investigados pela suposta prática delitiva. ¹

A Delegada Denise Ribeiro afirmou que somente não indiciou o Presidente da República porque há divergências no STF sobre a Polícia Federal poder ou não indiciar políticos com foro por prerrogativa de função. Em suas palavras:

Os elementos colhidos apontam também para a atuação direta, voluntária e consciente de Filipe Barros Baptista de Toledo Ribeiro e de Jair Messias Bolsonaro, na prática do crime previsto no artigo 325, §2º, c/c 327, §2º, do Código Penal brasileiro, considerando que, na condição de funcionários públicos, revelaram conteúdo de inquérito

¹ Cf. PF diz que Bolsonaro cometeu crime em divulgação de documentos sigilosos; ajudante de ordens é indiciado. Disponível em <https://oglobo.globo.com/politica/pf-diz-que-bolsonaro-cometeu-crime-em-divulgacao-de-documentos-sigilosos-ajudante-de-ordens-indiciado-25371784>, acesso em 29.01.2022.

policial que deveria permanecer em segredo até o fim das diligências.
2

Nessas exatas circunstâncias o Presidente da República é convocado a prestar declarações/interrogatório na Polícia Federal a respeito do caso. O Presidente opta por não comparecer, mas enviar respostas por escrito. Ele poderia, de acordo com os direitos de qualquer investigado ou réu, simplesmente usar seu direito ao silêncio e/ou não comparecer ao ato sem prestar qualquer informação. No Processo Penal o ônus da prova incumbe à acusação e demais órgãos estatais envolvidos na persecução pela (vg. Polícia Judiciária).

Esses direitos do investigado ou réu estão dispostos na Constituição Federal, nos termos do artigo 5º., LIV e LXIII, bem como no Código de Processo Penal nos artigos 185 e 186. Não há qualquer dúvida a respeito da amplitude desses direitos na dogmática nacional, nem na jurisprudência, inclusive do STF. O interrogatório é instrumento de autodefesa e, portanto, seu uso com silêncio, sem silêncio, com silêncio parcial, não comparecimento para o ato etc., são opções de estratégia defensiva a serem sopesadas e decididas exclusivamente entre o investigado ou réu e seu defensor técnico. Não cabe a ninguém (Delegado, Juiz, Promotor...) deliberar ou imiscuir-se na estratégia defensiva, o que seria uma perversão e um abuso inquisitivo. Tanto é fato que o sistema no qual quando o interrogado ficava em silêncio se consignavam as perguntas feitas foi abolido pela reforma procedida pela Lei 10.792/03. Hoje não é dado sequer elaborar perguntas ao interrogando acaso ele manifeste o intento de silenciar, muito menos consigná-las no auto de interrogatório, mesmo porque o exercício desse direito não pode jamais ser interpretado em prejuízo do interrogado (inteligência do artigo 186, Parágrafo Único, CPP).

Não obstante a clareza solar dessa normatização, o STF vem insistindo, sempre que seja o caso do Presidente da República atual (pois isso não ocorria com os anteriores, v.g. Caso do Presidente Michel Temer no Inquérito STF 4621), que, embora sendo um cidadão brasileiro, submetido às leis pátrias, não conta com o direito de não comparecer a interrogatório e nem mesmo de prestar informações por escrito! Tal já se deu em decisão anterior do então Ministro Celso de Mello a qual já foi devidamente refutada em trabalho anterior. 3

2 PF diz que Bolsonaro cometeu crime ao vazar dados sigilosos de investigação. Disponível em <https://www.istoedinheiro.com.br/pf-diz-que-bolsonaro-cometeu-crime-ao-vazar-dados-sigilosos-de-investigacao/>, acesso em 29.01.2022.

3 Cf. CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Declarações Pessoais do Presidente no Inq. 4831/DF: filigranas, erudição estéril, caprichos e vazio prático. Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/925436887/declaracoes-pessoais-do-presidente-no-inq-4831-df-filigranas-erudicao-esteril-caprichos-e-vazio-pratico>, acesso em 29.01.2022.

Esse posicionamento “sui generis” vai contra a própria posição firmada pela Corte Suprema que já reconheceu o direito ao silêncio e a não – autoincriminação como componente do devido processo legal no Brasil, abrangendo a proibição de condução coercitiva do investigado ou réu para ato de interrogatório, entendido este como opção de autodefesa, conforme já exposto acima. 4

A negativa da prerrogativa de prestar informações por escrito se dá geralmente com base no fato de que isso somente pode ser conferido ao Presidente, de acordo com a letra da lei, na condição de “testemunha” (inteligência do artigo 221, § 1º., CPP). Embora a casuística do STF aponte várias vezes para a opção por uma interpretação analógica, como no caso acima citado do Presidente Michel Temer, sendo o tratamento diferenciado a Bolsonaro indicador de violação da igualdade, e pior, da imparcialidade, este certamente não é o ponto principal, embora relevante, a ser discutido. Fato é que indubitavelmente, até mesmo pela negativa baseada na argumentação supra, o Presidente não seria inquirido na condição de “testemunha”, caso contrário teria a prerrogativa do artigo 221, § 1º., CPP de forma inegável. É evidente que ele seria ouvido na condição de investigado, prestando não “depoimento”, mas interrogatório ou, no mínimo, declarações como suspeito. Nessa situação o devido processo legal e a ampla defesa lhe reservam, mais do que o direito de, em deferência pessoal, ofertar informações por escrito, mas o direito amplo ao silêncio e também à negativa em prestar interrogatório. Trata-se, como já frisado, de ato de autodefesa, portanto, uma opção de estratégia defensiva. Em suma, a negativa da possibilidade de prestação de informações por escrito conduz inapelavelmente ao reconhecimento da condição de investigado, uma vez negada expressamente a condição de testemunha, e, portanto, da não obrigatoriedade de comparecimento ou resposta a qualquer indagação das autoridades, às quais é reservado o “onus probandi” em sua integralidade quanto aos fatos imputados. Isso torna uma monstruosidade jurídica a insistência estéril em uma pretensa “ordem” de comparecimento, desprovida de qualquer logicidade, pois que infringente até mesmo dos chamados “Princípio de não contradição” e “Princípio do Terceiro Excluído” (ou bem o Presidente é uma testemunha e tem o direito de prestar informações por escrito; ou é um investigado e tem direito ao silêncio, a não prestar informação alguma e não comparecer ao interrogatório; impossível que as duas condições estejam presentes ao mesmo tempo, bem como a cogitação de uma terceira hipótese, “tertium non datur”).

Porém, o Ministro Alexandre de Moraes faz questão de ignorar o notório e pretender obrigar o Presidente, como não poderia fazer a ninguém, a comparecer a um ato de interrogatório policial. E o mais assustador é que, para tentar fundamentar essa

4 PLENÁRIO declara impossibilidade de condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=381510>, acesso em 13.09.2020.

absurdidade, lança mão de uma alegação sem qualquer lastro técnico, a qual seria de fazer enrubescer a um neófito das ciências jurídicas quando fosse corrigido por seu professor.

O Ministro alega, aparentemente sem qualquer constrangimento, que o fato de que anteriormente Bolsonaro tenha manifestado concordância em prestar declarações pessoalmente, configuraria “preclusão lógica” (sic)! Desse modo, se uma pessoa dissesse que iria prestar interrogatório, nunca mais poderia mudar de ideia por estratégia defensiva! Sim, foi isso que o Ministro escreveu em sua decisão, olvidando que o indivíduo somente presta interrogatório se quiser e que até mesmo durante o interrogatório pode deixar de responder a uma questão, respondendo a outras ou simplesmente decidir calar-se no ato após ter respondido a algumas questões. Em suma, a decisão de exercitar sua autodefesa é do réu, devidamente orientado pela Defesa Técnica, de mais ninguém. Não existe preclusão para o exercício do direito de defesa nessas circunstâncias!

Para que não haja dúvida quanto a essa teratologia jurídica perpetrada no bojo da decisão do Ministro Alexandre de Moraes, transcrevo o texto literalmente abaixo e indico a fonte para confirmação:

Não bastasse a ocorrência da PRECLUSÃO TEMPORAL, comportamentos processuais contraditórios são inadmissíveis e se sujeitam à PRECLUSÃO LÓGICA, dada a evidente incompatibilidade entre os atos em exame, consubstanciados na anterior aceitação pelo investigado em comparecer à sua oitiva em momento oportuno – tendo inclusive solicitado dilação de prazo – e na sua posterior recusa. 5

A preclusão é a perda do direito de praticar um ato processual pelo decurso de prazo (temporal), pela prática de outro ato (consumativa) ou pela prática de ato contraditório ao que se pretenda praticar (lógica). Ora, a decisão de autodefesa a respeito de prestar ou não interrogatório policial e posteriormente, se for o caso, judicial, obviamente se pode dar a todo tempo até que o mencionado interrogatório seja marcado e realizado. E não existe limite temporal para o exercício de um ato de autodefesa, componente, juntamente com a Defesa Técnica, da ampla defesa. Sempre que essa atitude seja cabível poderá ser exercida, inexistindo também possibilidade de alegação de preclusão lógica ou mesmo consumativa. Digamos que um indiciado ou réu preste interrogatório. Em havendo um segundo ato de interrogatório determinado pelo magistrado, não há falar em preclusão lógica ou consumativa quanto ao exercício do seu direito ao silêncio ou mesmo de não participação do ato subsequente. Certamente se

5 Cf. MORAES, Alexandre de. Inquérito 4.878/DF. Disponível em http://estaticog1.globo.com/2022/01/28/decisao_agravo.pdf?_ga=2.75951125.1268366440.1643478493-2013807125.1623952811, acesso em 29.01.2022.

poderia falar em preclusão consumativa se, após prestar interrogatório, viesse o indiciado ou réu pedir que o ato fosse desentranhado dos autos ou coisa parecida, salvo de no caso de prova ilícita (interrogatório mediante tortura, por exemplo). Mas, nem de longe esse é o caso em estudo, já que o ato de interrogatório ainda não se perfez e o implicado mantém íntegro seu direito ao devido processo legal e ampla defesa, os quais não se sujeitam a preclusão nessas condições. O que o Ministro Alexandre de Moraes cogita em sua decisão é algo totalmente desprovido de lastro técnico, chegando a ser assustador que uma “fundamentação” dessa estirpe seja encontrada numa decisão de um tribunal que é a última instância na organização judiciária brasileira.

Dada a absoluta inconsistência dessa decisão, embora emanada da mais alta Corte do país, deveria o Sr. Presidente simplesmente ignorá-la, enviando, se quiser, suas informações por escrito ou simplesmente comunicando a Polícia Federal que não comparecerá em exercício de seu legítimo direito ao silêncio e não – autoincriminação, deixando também de prestar qualquer informação que seja. Isso porque não se trata de ordem judicial embasada na legalidade, mas sim no autoritarismo, na falta da mais mínima técnica e na violação de normas constitucionais e ordinárias que regem o devido processo penal no Brasil.

Perceba-se que não se está aqui fazendo juízo de valor sobre a prática ou não de crime pelo Presidente e pelo Deputado envolvido, até mesmo porque se trata apenas de uma investigação policial, vigendo ainda a presunção de inocência. No decorrer das apurações, após o devido processo, se houve crime, caberão as medidas legais e suas consequências. A crítica se sustenta não no aspecto material do caso, mas procedimental, sendo de se indagar até quando serão essas distorções admitidas sem uma reação forte dos juristas brasileiros e da Ordem dos Advogados do Brasil. Sim, porque se até mesmo um Presidente da República pode ser vítima de perversões procedimentais a aviltarem seus direitos e garantias, o que pensar com relação aos demais cidadãos brasileiros submetidos a uma jurisdição que parece não se importar em “dizer o direito” como até etimologicamente seria sua função, mas que se empenha cada vez mais em “criar” uma *força* que se sobrepõe a qualquer noção de Direito.

REFERÊNCIAS

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Declarações Pessoais do Presidente no Inq. 4831/DF: filigranas, erudição estéril, caprichos e vazio prático. Disponível em <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/925436887/declaracoes-pessoais-do-presidente-no-inq-4831-df-filigranas-erudicao-esteril-caprichos-e-vazio-pratico> , acesso em 29.01.2022.

MORAES, Alexandre de. Inquérito 4.878/DF. Disponível em http://estaticog1.globo.com/2022/01/28/decisao_agravo.pdf?_ga=2.75951125.1268366440.1643478493-2013807125.1623952811, acesso em 29.01.2022.

PF diz que Bolsonaro cometeu crime ao vazar dados sigilosos de investigação. Disponível em <https://www.istoedinheiro.com.br/pf-diz-que-bolsonaro-cometeu-crime-ao-vazar-dados-sigilosos-de-investigacao/>, acesso em 29.01.2022.

PF diz que Bolsonaro cometeu crime em divulgação de documentos sigilosos; ajudante de ordens é indiciado. Disponível em <https://oglobo.globo.com/politica/pf-diz-que-bolsonaro-cometeu-crime-em-divulgacao-de-documentos-sigilosos-ajudante-de-ordens-indiciado-25371784>, acesso em 29.01.2022.

PLENÁRIO declara impossibilidade de condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=381510>, acesso em 13.09.2020.

ARBITRAGEM E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: REVISITANDO ASPECTOS ESSENCIAIS

MARCELA VOLPONI XAVIER DE SÁ SANTOS:
Mestranda em Direito Administrativo na PUC-SP. Pós-graduada em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da FGV-SP. Advogada em São Paulo.

Resumo: O artigo tem por objetivo revisar questões relacionadas à arbitragem envolvendo contratos administrativos, resgatando alguns aspectos essenciais do tema, desde as condições gerais para se arbitrar conflitos envolvendo a Administração Pública até questões mais específicas.

Palavras-chave: Arbitragem. Contratos administrativos. Arbitrabilidade objetiva. Arbitrabilidade subjetiva. Particularidades

Sumário: 1. Introdução: a arbitragem no contexto da nova contratualidade administrativa. 2. Fundamentos jurídicos para a arbitragem em contratos administrativos. 3. Particularidades da arbitragem em contratos administrativos. 4. Conclusão.

1.Introdução: a arbitragem no contexto da nova contratualidade administrativa

A reforma do Estado brasileiro, iniciada em meados da década de 1990, trouxe significativa mudança na lógica de organização e de operacionalização da Administração Pública no Brasil. Se, tradicionalmente, a figura jurídica do contrato administrativo era a de ser apenas mais uma das formas de expressão da autoridade da Administração Pública sobre o particular, em uma nítida relação de hierarquia, as tendências atuais do Direito Administrativo se deslocam para um regime jurídico cada vez mais próximo das figuras típicas do Direito Privado, principalmente as consensuais.

A "*nova contratualidade administrativa*", terminologia encampada pela doutrina mais gabaritada⁶ e que tem ecoado no meio acadêmico e profissional do Direito Administrativo, pode ser entendida justamente como esse fenômeno de deslocamento do eixo da *autoridade* (pautado no poder de império da Administração e no abuso de atos administrativos) para o da *consensualidade* (pautado na paridade entre a Administração e o particular e na crescente utilização de novas formas contratuais).

Ao lado da consensualidade, outra característica central desse fenômeno é a maior flexibilidade na alocação de riscos em contratos administrativos, principalmente nos decorrentes de parcerias público-privadas e de concessões públicas em geral. Cada vez

⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à Administração contratual, *in* **Revista do Advogado**, n. 107, dez/2009, p. 74.

mais são transferidos ao particular maiores riscos na execução do contrato, desonerando-se o contratante público de arcar com todos os prejuízos que possam advir no curso do contrato. No entanto, essa modificação na lógica de alocação de riscos pressupõe contratos administrativos com conteúdos econômico-financeiros mais arrojados, o que, conseqüentemente, leva a disputas mais complexas entre a Administração Pública e o particular quando o inadimplemento de uma das partes é verificado.

Paralelamente a todo esse cenário de reforma do Estado brasileiro, de expansão da Administração Pública contratual e de conflitos mais complexos decorrentes dos novos modelos de contratos administrativos adotados, foi promulgada, em 1996, a Lei 9.307/1996 ("Lei de Arbitragem"), destinada a solucionar conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis envolvendo partes capazes de contratar.

Contudo, o diploma legal não previa expressamente a arbitragem como método de resolução de conflitos pela Administração Pública, dando ensejo a amplos debates acerca de seu cabimento. A Lei de Arbitragem foi alterada pela Lei 13.129/2015, passando a prever expressamente a possibilidade de utilização da arbitragem pela Administração⁷.

Nesse contexto, o presente artigo tem por objetivo revisitar questões relacionadas à arbitragem envolvendo contratos administrativos. Serão resgatados alguns aspectos essenciais do debate, desde as condições gerais para se arbitrar conflitos envolvendo a Administração Pública até questões mais específicas.

Por se tratar de trabalho que busca revisitar aspectos essenciais do tema, seu objetivo é esboçar pontos que já foram objeto de amplos debates, apresentando o entendimento que se consolidou e referenciando decisões e autores paradigmáticos, sem pretensão de esgotar o tema.

Consolidada essa necessária delimitação inicial, passemos ao desenvolvimento deste trabalho.

2. Fundamentos jurídicos para a arbitragem em contratos administrativos

⁷ Altera a Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996.

A disciplina jurídica da arbitragem no Direito brasileiro é algo relativamente recente em termos históricos, tendo como marco referencial a Lei de Arbitragem, declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (“STF”) no fim de 2001⁸.

Contudo, muito embora a Lei de Arbitragem, quando da sua promulgação, facultasse “às pessoas capazes de contratar” solucionar por arbitragem conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, não previu expressamente a utilização da arbitragem nos contratos envolvendo a Administração Pública, ensejando oposição por parte de estudiosos e gestores públicos à adoção desse método de resolução de controvérsias. O próprio Tribunal de Contas da União (“TCU”), vale dizer, já questionou a legalidade da arbitragem no âmbito dos contratos administrativos e de demais tipos de acordos que envolvessem a Administração Pública.

Ainda assim, a arbitragem se tornou opção utilizada pela Administração Pública. Em pouco tempo e devido ao incentivo do setor privado – que necessitava de um meio célere, imparcial e especializado⁹ para a resolução de litígios instaurados contra a Administração Pública (federal, estadual e municipal) – a arbitragem começou a ser utilizada no âmbito dos contratos administrativos, amparada, especialmente, por leis setoriais.

Com efeito, muitas das leis setoriais anteriores às alterações introduzidas pela Lei 13.129/2015 – a exemplo da Lei 12.815/2013 (Lei dos Portos, artigo 62, §1º); Lei 10.848/2004 (Lei do setor elétrico, artigo 4º, §§5º e 6º); e Lei 11.442/2007 (Lei que regulamenta o transporte rodoviário de cargas, artigo 19), dentre tantas outras – já continham referências expressas à opção pela via arbitral para solicitar conflitos relativos a contratos entre poder público e setor privado. Essa evolução se acelerou com a previsão de arbitragem na Lei 11.079/2004 (lei que regulamenta as parcerias público-privadas, artigo 11, inciso III) e na Lei 8.987/1995 (Lei de concessões, alterada pela Lei 11.196/2015, que introduziu o artigo 23-A).

Ante a importância do posicionamento judicial, cabe mencionar que o Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) também proferiu decisões favoráveis à arbitragem em contratos

⁸ STF, AgRg na SE 5206/EP, julgado em 12.12.2001.

⁹ Uma vez que os árbitros indicados pelas partes podem ser técnicos/especialistas na matéria objeto de discussão, diferentemente do que ocorre, geralmente, no âmbito do Poder Judiciário, o que representa ampla vantagem da arbitragem nesse aspecto (LEMES, Selma. Arbitragem na Concessão de Serviço Público – Perspectivas, *in* **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 17, jul/2002, p. 342).

com a Administração Pública, a despeito da inexistência, à época, de previsão expressa na Lei de Arbitragem¹⁰.

Fato é que a evolução normativa e jurisprudencial culminou na alteração da Lei 9.307/1995, por meio da Lei 13.129/2015, que passou a prever expressamente a possibilidade de os entes estatais utilizarem-se da arbitragem para a resolução de conflitos atinentes a direitos disponíveis, com a inclusão do §1º ao artigo 1º da Lei 9.307/1996.

A previsão expressa da possibilidade de resolução de disputas envolvendo o poder público no campo da arbitragem, embora não seja em si uma inovação, é bastante louvável, sobretudo porque traz maior segurança jurídica para os envolvidos. Ao menos em tese, suplantaram-se discussões a respeito da legalidade dessa opção, subsistindo atualmente debates acerca dos eventuais limites e peculiaridades procedimentais necessários ou convenientes quando a Administração Pública é parte na arbitragem.

Firmada tal premissa, passaremos a abordar, por uma questão de metodologia científica, aspectos legais que embasam tal afirmação.

2.1 Arbitrabilidade de conflitos

Todo e qualquer conflito possui dois aspectos que devem ser analisados antes de ser submetido à arbitragem: (i) a natureza e o alcance das partes envolvidas no litígio e (ii) a natureza e o regime jurídico das questões e dos fatos subjacentes em discussão. É o que a doutrina denomina, respectivamente, de *arbitrabilidade subjetiva* e *arbitrabilidade objetiva*.

2.2 Arbitrabilidade subjetiva de conflitos envolvendo a Administração Pública

O conceito de arbitrabilidade subjetiva decorre da própria dicção do artigo 1º da Lei de Arbitragem: "*as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*". Nos dizeres de Selma Lemes, a arbitrabilidade subjetiva "*refere-se a todas as pessoas capazes na acepção civil, pessoas no gozo de seus direitos e obrigações, sejam físicas ou jurídicas, de Direito Privado e Público*"¹¹.

¹⁰ AgRg no MS 11.308/DF, Rel. Min. Luiz Fux, publicado em 14.8.2006; REsp 612.439/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, publicado em 14.9.2006; REsp 606.345/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, publicado em 8.6.2007; REsp 904.813/PR, Rel. Min. Nancy Andrighi, publicado em 28.2.2012.

¹¹ **Arbitragem na Administração Pública – Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 116.

Em síntese, da leitura desse dispositivo, extrai-se, como critério para a arbitrabilidade subjetiva de conflitos, que as partes sejam capazes de contratar. É essa a única exigência legal para qualquer pessoa (natural ou jurídica) ser parte em uma arbitragem.

No âmbito do Direito público e administrativo, a arbitrabilidade subjetiva se refere à capacidade para poder se submeter à arbitragem seja como pessoa jurídica de Direito público (Administração Pública direta e autarquias), seja como pessoa jurídica de Direito privado (empresas públicas e sociedades de economia mista)¹² e, sobre esse ponto, como visto no item 2, não há dúvidas acerca da arbitrabilidade subjetiva de disputas envolvendo a Administração Pública, direta ou indireta, e os entes privados, haja vista o disposto no §1º do artigo 1º da Lei de Arbitragem.

2.3 Arbitrabilidade objetiva de conflitos envolvendo a Administração Pública

Com relação à arbitrabilidade objetiva de conflitos envolvendo a Administração Pública, o artigo 1º da Lei de Arbitragem determina que somente podem ser submetidos ao juízo arbitral os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis¹³. Na seara de Direito público, portanto, a pergunta que se faz acerca da arbitrabilidade objetiva diz respeito à natureza das obrigações decorrentes de contratos envolvendo entes públicos ou contratos que envolvam estes e os particulares.

Administradores, agentes públicos e parte da doutrina, historicamente, defendem que, nesses casos, os interesses em disputa envolveriam *interesse público* e, diante disso,

12 Como ensina Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello (**Curso de Direito Administrativo**, 27ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 65), “o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo Jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito”.

13 “Art. 1º. As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

seriam indisponíveis por natureza¹⁴. Nesse sentido, muitas decisões do TCU consideraram ilegal a inclusão de convenções de arbitragem em contratos administrativos^{15 e 16}.

No entanto, doutrina e jurisprudência majoritárias firmaram posicionamento em sentido contrário, considerando que as disputas envolvendo a Administração Pública e entidades privadas são objetivamente arbitráveis. Esse entendimento decorre, em especial, da distinção apresentada pela doutrina entre o que se conhece por *interesse público primário e interesse público secundário*¹⁷.

Essencialmente, a distinção entre interesse público primário e secundário reside no fato de que, enquanto aquele é amplo, baseado em princípios genéricos e coletivos do

14 Sobre o tema, os ensinamentos de Eros Roberto Grau: “[...] a doutrina tem tropeçado em injustificada confusão entre indisponibilidade do interesse público e disponibilidade de direitos patrimoniais. Um e outro não se confundem. [...]. Assim, é evidente que quando se afirma que a arbitragem se presta a 'dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis' isso não significa que não possa, a Administração, socorrer-se dessa via visando ao mesmo fim. Pois não há qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público. Dispor de direitos patrimoniais é transferi-los a terceiros. Disponíveis são os direitos patrimoniais que podem ser alienados. A Administração, para realização do interesse público, pratica atos, da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum. Mas é certo que inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante a disposição daqueles. [...]. Daí porque, sempre que puder contratar, o que importa disponibilidade de direitos patrimoniais, poderá a Administração, sem que isso importe disposição do interesse público, convencionar cláusula de arbitragem”. (Arbitragem e Contrato Administrativo, *in* **Revista Trimestral de Direito Público - RTDP 32/20**).

15 Por exemplo, como determinado no Acórdão 537/2006 – 2ª Câmara, TCU, extraído do procedimento 005.250/2002-2; e Acórdão 1099/2006 – Plenário, TCU, extraído do procedimento 008.402/2005-4.

16 A despeito da posição tradicional do TCU, a jurisprudência considera que como este órgão não possui jurisdição para apreciar a matéria, suas decisões não são mandatórias e não acarretam a preclusão do direito de ajuizamento de uma ação judicial posterior com o mesmo objeto.

17 Sobre o tema, o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello: “É que, além de subjetivar interesses, o Estado, tal como os demais particulares, é, também ele, uma pessoa jurídica, que, pois, existe e convive no universo jurídico em concorrência com todos os demais sujeitos de direito. Assim, independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhes são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos não são interesses públicos, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob o prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito. Similares, mas não iguais. Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos, (situações, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. [...] Esta distinção a que se acaba de aludir, entre os interesses públicos propriamente ditos – isto é, interesses públicos primários do Estado – e interesses secundários (que são os últimos a que se aludiu), é de trânsito corrente e moente na doutrina italiana [...]” (*Op. cit.*, p. 66).

direito público, este deriva da vontade da própria Administração e, embora deva ser coincidente com o interesse público primário, com ele não se confunde.

Portanto, para determinar se um litígio é objetivamente arbitrável ou não, deve-se considerar apenas a distinção entre o interesse público primário e o secundário. O entendimento que prevalece é que, se a disputa envolve contratos administrativos relacionados com a atividade empresarial (*i.e. interesse público secundário*), a arbitragem mostra-se adequada e legalmente permitida.

Nesse sentido, o ex-ministro Eros Roberto Grau afirma que *"embora a Administração disponha, nesse dinamismo [de acordos com particulares], de poderes que se toma como expressão de puissance publique (alteração unilateral da relação, v.g.), essa relação não deixa de ser contratual"*¹⁸.

Assim, uma vez que as obrigações contratuais são genericamente disponíveis e sujeitas também a um regime de direito privado, os interesses secundários da Administração Pública são livremente disponíveis e sujeitos a negociações e a acordos, de modo que disputas envolvendo tais interesses (de natureza patrimonial) são totalmente arbitráveis do ponto de vista da legislação brasileira¹⁹. A jurisprudência dos tribunais superiores – tanto do STF²⁰ quanto do STJ²¹ – compartilha desse entendimento, reconhecendo que convenções de arbitragem no âmbito dos contratos administrativos que tratem do interesse público secundário são legalmente válidas.

O que se pode concluir até aqui é que, do ponto de vista legislativo, a autorização para a Administração Pública se vincular a convenções de arbitragem é claramente determinada, decorrendo de disposições expressas e implícitas do ordenamento jurídico brasileiro, em todos os seus níveis (federal, estadual e municipal).

Ainda no que diz respeito à arbitrabilidade objetiva das disputas envolvendo o poder público, a nova Lei de Licitações e Contratações (Lei 14.133/2021) também se alinha ao que

¹⁸ GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo, *in* **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, vol.3, nº 2, jul/2002, p. 53.

¹⁹ Essa opinião é dividida por CARMONA, Carlos Alberto, *op. cit.*; RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes, *op. cit.*; SALLES, Carlos Alberto de. *Op. cit.*; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O Direito Administrativo, a Arbitragem e a Mediação, *in* **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 32, p.33; MONTEIRO, Alexandre Luiz Moraes do R. Administração Pública Consensual e a Arbitragem, *in* **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 35, p. 107; SALLA, Ricardo Medina. Arbitragem e direito público, *in* **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol.5, n.22. pp. 78-106.

²⁰ A decisão do AI 52181/GB é pragmática ao afirmar ser cabível a arbitragem em disputas envolvendo entidades públicas e privadas.

²¹ O *"leading case"* é a decisão proferida no REsp 612.439/RS, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Segunda Turma, julgado em 25.10.2005.

já é a prática arbitral consolidada. Em seu artigo 151, parágrafo único, tem-se um rol de hipóteses em que litígios relacionados às licitações versarão sobre direitos patrimoniais disponíveis, como questões relacionadas a: (i) restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato; (ii) inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes; e (iii) cálculo de indenizações²².

No entanto, sendo esse rol meramente exemplificativo, outras disputas decorrentes dos contratos de licitação, desde que versem igualmente sobre direitos patrimoniais disponíveis, também poderão ser resolvidas por arbitragem.

Filiando-nos à doutrina majoritária e admitindo-se como superada a questão do impedimento de arbitragem em contratos administrativos, entendemos como plenamente arbitráveis as controvérsias decorrentes de contratos celebrados entre a Administração Pública e particulares, desde que referentes a aspectos financeiros, com consequências pecuniárias, ou qualquer outro aspecto de natureza disponível, que não afete o interesse público primário.

Por outro lado, deve ser mantido o entendimento de que a arbitragem não é adequada para solucionar questões atinentes a direitos indisponíveis previstos em um contrato administrativo, vedando-se, por exemplo, discussões acerca da validade ou não da prerrogativa da Administração Pública de alterar ou de rescindir unilateralmente um contrato administrativo (“cláusulas exorbitantes”), ou, então, discussões sobre a legalidade ou não de um determinado tributo que, eventualmente, incida sobre o particular no curso do contrato.

3.Particularidades da arbitragem em contratos administrativos

Uma vez demonstrada a possibilidade de conflitos decorrentes de contratos administrativos serem submetidos à arbitragem, e delimitada a matéria objeto do litígio que pode ser submetida à via arbitral, uma análise especial deve ser feita sobre as particularidades desse tipo de arbitragem.

Como principais aspectos a serem destacados neste capítulo, a Lei de Arbitragem permite que as partes escolham: (i) qual será a lei aplicável ao litígio²³; (ii) se a arbitragem

²² Tais disposições seguem o que já foi discutido na I Jornada de Direito Administrativo, por meio do enunciado nº 19, o qual destaca que “as controvérsias acerca de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos integram a categoria das relativas a direitos patrimoniais disponíveis” e, assim sendo, se admitirão os “meios extrajudiciais adequados de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem”.

²³ *Ib.*, art. 2º.

será institucional ou *ad hoc*²⁴ e, se institucional, qual a instituição arbitral que irá conduzir a arbitragem²⁵ e (iii) qual o regramento processual que será dado à arbitragem, incluindo o idioma dos atos a serem praticados, a sede da arbitragem e os parâmetros de confidencialidade do processo²⁶. No entanto, como mencionado anteriormente, a arbitragem em contratos administrativos tem certas peculiaridades que não são comuns em disputas estritamente comerciais, devendo ser dada atenção a esse fato a fim de serem celebradas convenções de arbitragem de forma adequada.

3.1 Lei aplicável ao mérito do conflito

Apesar da autonomia geral das partes para escolher a lei aplicável, dada pela Lei de Arbitragem, há uma restrição particular na escolha da lei aplicável em contratos administrativos. Como mencionado anteriormente, a Administração Pública está vinculada ao princípio da legalidade, previsto, expressamente, na Constituição Federal de 1988²⁷. Ela não pode, pois, sujeitar-se a uma lei estrangeira que é alheia à soberania e à ordem pública nacionais. Apesar de esses conceitos (principalmente o de “ordem pública”) serem de difícil definição, é pacífico, na doutrina, que essa restrição faça parte do regime jurídico pátrio e deva ser aplicada a todas as arbitragens envolvendo contratos administrativos²⁸ e a Administração Pública em geral.

3.2 Escolha de arbitragem institucional v. arbitragem ad hoc

Como não há regra explícita determinando se arbitragens envolvendo contratos administrativos devem ser arbitragens institucionais ou *ad hoc*, a maioria dos doutrinadores²⁹ considera que a falta de regras dispendo especificamente sobre esse assunto é justamente uma autorização implícita para a Administração Pública escolher a forma que julgar relevante.

Além disso, inexistente exigência para que a Administração Pública inclua essa opção por arbitragem institucional ou *ad hoc* no edital³⁰, embora isso seja altamente recomendável.

24 Lei de Arbitragem, art. 21.

25 *Ib.*, art. 5º.

26 *Ib.*, art. 21.

27 Constituição Federal de 1988, art. 37, *caput*.

28 MARTINS, Amanda Athayde Linhares. Idioma, sede e lei material estrangeiros na arbitragem com a Administração Pública, *in Revista Brasileira de Arbitragem*, vol.8, n.29, 2011, p. 74-107.

29 Por exemplo, RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes, *op. cit.*, p. 180.

30 *Idem*, *ibidem*, p. 182-183.

Aliás, o próprio STJ declarou esse entendimento³¹. Assim, a Administração Pública tem autonomia para prever ou não tal escolha no edital.

3.3 Idioma e sede da arbitragem

Muito embora a Lei de Arbitragem nada disponha sobre o idioma da arbitragem envolvendo a Administração Pública, uma interpretação sistemático-constitucional do ordenamento jurídico brasileiro leva ao entendimento de que deve ser utilizado o português³². Além disso, no âmbito da legislação federal, há alguns diplomas que dispõem expressamente sobre o uso do português³³.

Quanto à sede da arbitragem, merece destaque previsão da nova Lei de Licitações e Contratações. Ao persistir afirmando que o foro da sede da Administração é o competente para dirimir questão decorrentes da aplicação de previsões contratuais (artigo 92, §1º), salvo exceções taxativamente previstas, a nova lei não excepcionou a arbitragem dessa regra geral (artigo 151). Como a noção de Administração é utilizada pela nova lei para designar o "órgão ou entidade por meio do qual a Administração Pública atua" (artigo 6º, inciso III), parece-nos haver sido limitado o campo de liberdade da Administração Pública para eleição dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputa, de modo que eles devem estar localizados na sede da Administração (pois este é o foro competente para dirimir controvérsias decorrentes da aplicação do contrato). Anteriormente ao advento da lei, admitia-se a fixação de foro de eleição, em vista do silêncio da Lei 8.666/1993, a respeito desse instituto (da arbitragem, portanto)³⁴. Já agora, sendo cogente o foro para dirimir qualquer espécie de controvérsia, passou a haver vinculação para Administração Pública e, reflexamente, ao administrado.

3.4 Confidencialidade v. Publicidade

A obrigatoriedade da confidencialidade em arbitragens (inclusive entre particulares) é um mito, embora comumente prestabelecida pelas instituições arbitrais. Não só a Lei

31 "O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente" (REsp 904.813/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20.10.2011).

32 Apenas como exemplo de outros dispositivos que permitiriam chegar a esse entendimento, o Art. 13 da CF/88 prevê a língua portuguesa como o idioma *oficial* da República Federativa do Brasil, o que impõe a adoção desse idioma, inclusive em processos arbitrais, como requisito formal para se vincular a Administração Pública. Veja-se que a observância de um idioma oficial é regra prevista também no próprio processo judicial, cujas regras impõem que documentos em língua estrangeira somente são admitidos e terão validade se acompanhados de tradução juramentada.

33 Lei 8.987/95, art. 23-A (introduzido pela Lei 11.196/2005) e Lei 11.079/2004, art. 11, inciso III.

34. STJ, 3ª Turma, Recurso especial 904.813, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 20.10.2011.

de Arbitragem é omissa³⁵ quanto a dispor se as arbitragens são confidenciais *per se* ou não, como é também inquestionável a necessidade de o processo arbitral envolvendo contratos administrativos observar o princípio constitucional da publicidade³⁶, que não pode ser derogado.

Alguns doutrinadores³⁷ fazem uma interpretação restritiva da publicidade em tais casos, afirmando que uma publicidade mitigada poderia ser aplicável, na qual apenas a publicação interna (dentro do órgão público, para fins de análise pelos órgãos de controle) das decisões seria necessária, e não uma publicidade geral. Esse ponto, no entanto, é discutível e ainda não está pacificado.

De todo modo, em se tratando de um conflito envolvendo a Administração Pública, parece-nos que a mitigação da publicidade deve se dar apenas em casos excepcionais. As boas práticas de governança pública, traduzidas na expressão inglesa *accountability*, impõem, cada vez mais, a observância da transparência sempre que a esfera pública estiver envolvida. É o que se percebe, inclusive, na esfera legislativa, que produz, cada vez mais, diplomas que homenageiam o acesso à informação e a ampla publicidade de atos oficiais. Ademais, no caso dos contratos administrativos, é importante frisar que eles decorrem de processos licitatórios nos quais a publicidade e a transparência são condições preliminares, sendo contraditório à lógica dos contratos públicos, portanto, qualquer ato que vise a mitigar a ampla publicidade.

Não obstante, sabendo-se que questões concorrenciais sensíveis (tais como estratégias de negócios e técnicas comerciais) são discutidas nas arbitragens comerciais, não se pode desconsiderar que a ampla divulgação dessas informações poderia causar prejuízos aos particulares, o que, inclusive, poderia inibir (ou ao menos desestimular) a contratação com Administração Pública. Por esse motivo, como bem sugere a melhor

35 Alguns poderiam alegar que o dever dos árbitros de *discrição* (Lei de Arbitragem, art. 13, §6º) seria um possível fundamento para que a confidencialidade fosse obrigatória nos processos arbitrais. Contudo, não nos parece acertada tal visão. A discrição é um atributo (ou qualidade) que deve nortear todo e qualquer julgador, seja ele um árbitro, um juiz togado ou uma autoridade administrativa, como forma de garantir o bom exercício da função julgadora e não deixar margens para que se cogite de eventual suspeição ou impedimento que o órgão julgador possa ter com as partes ou terceiros interessados. A nosso ver, a discrição do julgador (seja árbitro ou juiz togado) é perfeitamente compatível com um processo plenamente público, não sendo esse um bom fundamento para se tentar sustentar que todo processo arbitral deva ser obrigatoriamente confidencial.

36 Também previsto no já mencionado art. 37 da Constituição Federal de 1988.

37 MARTINS, Amanda Athayde Linhares, *op. cit.*, p. 74-107.

doutrina³⁸, em sendo o caso de ser necessário observar a publicidade do processo arbitral, pode-se seguir o procedimento adotado em processos administrativos no âmbito da legislação de defesa da concorrência, nos quais há tratamento especial para documentos sigilosos dos envolvidos, formando-se autos em apartado quando requerido pelas partes³⁹.

4. Conclusão

Podemos afirmar que a (já não tão) nova contratualidade administrativa permite a admissão do juízo arbitral para a solução de conflitos instaurados entre a Administração Pública (direta e indireta) e os particulares, desde que envolvam direitos disponíveis e que não afetem o interesse público primário.

De fato, há diversos dispositivos legais que, expressa ou implicitamente, preveem a arbitragem como método de resolução de conflitos. A doutrina e a jurisprudência, que antes buscavam afastar a aplicação da arbitragem no âmbito dos contratos administrativos, hoje, defendem posição em sentido contrário.

Evoluiu-se, inclusive, para um regramento específico das arbitragens em contratos administrativos. A lei aplicável ao mérito do conflito, por exemplo, deve ser obrigatoriamente a brasileira, por expressa imposição legal. Além disso, existem restrições quanto ao idioma (obrigatoriamente o português) e à sede da arbitragem (obrigatoriamente na sede da Administração). Por fim, o princípio da publicidade impede que as arbitragens envolvendo entes públicos sejam confidenciais, salvo em situações excepcionais.

Referências bibliográficas

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O Direito Administrativo, a Arbitragem e a Mediação, *in* **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 32, mar/2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 27^a ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**, 3^a ed. São Paulo: Atlas, 2009.

38 LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos – Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual?, *in* **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 21, p. 387, jul/2003.

39 Lei 12.529/11, art. 49, parágrafo único.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo, *in* **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, vol.3, nº 2, jul/2002.

_____. Arbitragem e Contrato Administrativo, *in* **Revista Trimestral de Direito Público 32/20**.

JUSTINO DE OLIVEIRA, Carlos Henrique. A Arbitragem e as Parcerias Público-Privadas, *in* **Revista de Arbitragem e Mediação**, vol. 12, p. 29, jan/2007.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública – Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 116.

_____. Arbitragem na Concessão de Serviços Públicos – Arbitrabilidade Objetiva. Confidencialidade ou Publicidade Processual?, *in* **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 21, jul/2003.

_____. Arbitragem na Concessão de Serviço Público – Perspectivas, *in* **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 17, jul/2002.

MARTINS, Amanda Athayde Linhares. Idioma, sede e lei material estrangeiros na arbitragem com a Administração Pública, *in* **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol. 8, n.29, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à Administração contratual, *in* **Revista do Advogado**, n. 107, dez/2009.

OLIVEIRA, Beatriz Lancia Noronha. **A arbitragem nos contratos de parceria público-privada**. Dissertação de Mestrado apresentada no Curso de Pós-Graduação da Universidade de São Paulo, 2012.

RIBEIRO, Diogo Albaneze Gomes. Arbitragem e Poder Público, *in* **Revista Brasileira de Infraestrutura**, ano 2, n. 3, jan/2013.

SALLA, Ricardo Medina. Arbitragem e direito público, *in* **Revista Brasileira de Arbitragem**, vol.5, n.22, 2009.

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. São Paulo: Método, 2011.

DA “TEORIA DO EMPREGO” DE KEYNES AO “ÓCIO CRIATIVO” DE DOMENICO DE MASI: NOVAS FORMAS DE TRABALHO PODEM SER UMA SOLUÇÃO DE CRESCIMENTO ECONÔMICO E GERAÇÃO DE EMPREGO PARA ALÉM DA PANDEMIA?

ALEXANDRE DE SOUZA ARAÚJO:

Advogado, assessor jurídico da Petrobras S/A, especialista em Direito Processual Civil pela Fundação Faculdade de Direito da UFBA.

RESUMO: O presente artigo visa analisar novas formas de trabalho, especialmente o “teletrabalho”, prevista na nova Reforma trabalhista, trazida pela Lei 13.467/2017, e se elas podem se converter num estímulo ao desenvolvimento dentro do contexto atual, já posterior à pandemia. A partir da teoria do emprego de Keynes, e alguns de seus principais fundamentos, busca-se analisar aspectos contemporâneos do trabalho com a teoria do “ócio criativo” de Domenico de Masi à luz do paradigma da contemporaneidade.

SUMÁRIO: Introdução; 1) Teoria do Emprego de Keynes; 2) A “ética” do consumo e o “ócio criativo”: do “limão é possível fazer uma limonada”?; 3) Considerações finais; Referências.

Palavras chaves: Lei 13.467/17, Keynesianismo, Teoria do emprego, Teletrabalho, Domenico De Masi.

ABSTRACT: This article aims to access new forma of labor, specially Telework, brought by the New brazilian Labor reform, on Act 13.467/17, and whether they can stimulate development on current context. From the Employment theory of Keynes to the Domenic De Masi studies, the article depicts contemporary aspects of labor .

Keywords: Act 13.467/17, Keynesyanism, Theory of employment, Telework, Domenico De Masi.

Introdução

Com a reforma trabalhista introduzida pela Lei 13.467 de 2017, muito já se discutia a seu respeito, especialmente no tocante à legitimidade que seria necessária para uma mudança de tal ordem e quanto a suas inúmeras facetas de retrocesso. Todavia, ao lado, de todas essas discussões, a lei trouxe a previsão do teletrabalho, ainda que de forma incompleta, o qual se trata de um assunto bastante palpitante nas últimas décadas sempre que se escrutina as novas formas de trabalho, sua relação com desenvolvimento local ou estiolamento das relações de trabalho. No caso da lei, agora em vigor, talvez a previsão tenha vindo até para dar um ar de modernidade capaz de envernizar uma inovação legislativa que tem sido acusada por ser retrógrada. Contudo, isto demonstra que a

discussão em redor do “teletrabalho” ,e de outros temas correlatos, é vívida e merece atenção. Com o advento da Pandemia COVID-19, o teletrabalho se apresentou como solução para a necessidade sanitária de isolamento social. Na medida em que a pandemia se mostra mais controlada, com menor incidência de óbitos, retorna a discussão quanto à oportunidade de novas formas de trabalho, não mais como uma solução *rebus sic standibus*, senão como um modelo a ser adota doravante, ainda que parcialmente.

Cumpra observar em que medida as novas formas de trabalho podem se converter num estímulo ao desenvolvimento sem necessariamente representar uma piora das relações de trabalho. Parte-se da teoria do emprego de Keynes, debulhando os pontos essenciais do seu pensamento, chegando à análise de Domenico de Masi, quando abordou aspectos contemporâneos do trabalho, cunhando o conceito de “ócio criativo”. Objetiva-se contextualizar esse debate em relação às características da contemporaneidade, fazendo considerações específicas concernentes à atualidade, tanto do ponto legislativo como social econômico

1.A teoria do emprego de Keynes

O objetivo declarado na obra a Teoria do emprego, de Keynes (KEYNES,1996) ,é contrapor novas idéias ao modelo clássico, idéias essas que vieram a se tornar paradigmas econômicos para inúmeros governos posteriores. Keynes parte de conceitos Malthusianos para fazer sua crítica e apresentar seus argumentos teóricos. De início, ele reporta os dois postulados básicos que informaram a teoria clássica do emprego.

O primeiro postulado seria o de que o salário é o produto marginal do trabalho. Ou seja, o salário de uma pessoa empregada seria igual ao valor que se perderia se o emprego fosse reduzido de uma unidade. O segundo seria o de que a utilidade do salário, quando se emprega determinado volume de trabalho, é igual à desutilidade marginal desse mesmo volume de emprego. Isto quer dizer que o salário real de uma pessoa empregada seria exatamente suficiente para ocasionar o volume de mão-de-obra efetivamente ocupado.

Segundo a teoria estudada (KEYNES, 1996) tem-se que esse segundo postulado seria compatível, inclusive, com o desemprego friccional, provocado por imperfeições de ajustamento e o desemprego voluntário, em razão da recusa ou incapacidade de aceitar determinada remuneração equivalente à sua produtividade marginal, dentre outros fatores de ordem social ou pessoal. Ele levanta a questão de que os postulados clássicos não contemplam a ocorrência da categoria “trabalho involuntário”.Keynes ainda observa que o aumento de emprego poderia acontecer por intermédio de quatro formas(KEYNES,1996) :

- (a) melhoria da organização ou da previsão, de maneira que diminua o

desemprego “friccional”;

(b) redução da desutilidade marginal do trabalho expressa pelo salário real, para o qual ainda existe mão-de-obra disponível, de modo que diminua o desemprego “voluntário”;

(c) aumento da produtividade marginal física do trabalho nas indústrias produtoras de bens de “consumo de assalariados” ;

d) aumento em relação aos preços dos bens de consumo de não assalariados comparativamente aos das outras categorias de bens, juntamente com o deslocamento das despesas dos indivíduos não assalariados dos bens salariais para os de outras categorias.

Com isso, já se observa a preocupação desse teórico quanto à questão da empregabilidade, a partir do que ele passa a trilhar suas conclusões. Ele observa que a teoria clássica deixou de considerar a correlação entre a curva de oferta de mão de obra e os preços. Para tanto observa que haveria uma distinção entre o salarial nominal e o salário real, este valorado em função de uma mudança do preço.

O teórico assevera que os bens de consumo de assalariados equivalentes ao salário nominal vigente não representam a verdadeira medida da desutilidade marginal do trabalho e o segundo postulado deixaria, neste caso, de ter validade. Ele lembra que a teoria tradicional sustenta, em essência, que as negociações salariais entre trabalhadores e empresários determinam o salário real e nesse caso poderia haver uma deliberada equivalência do salário real com a desutilidade marginal do volume de emprego ofertado.

Através da teoria do emprego buscou-se demonstrar a incoerência da própria teoria clássica no que ela se refere à formação de preços através de custos marginais. Sobretudo, diz que é arbitrária a idéia da livre negociação de salários reais. Vê-se que o tema é de extrema atualidade num momento em que a Lei 13.467/17 traz a tese da prevalência da livre negociação remuneratória em evidente remissão àqueles preceitos clássicos. Keynes, todavia, não deixou de apontar a questão sindical quando observa que a união entre trabalhadores tem influência no valor relativo dos salários em conjugação com outros fatores econômicos.

A teoria do emprego define desemprego involuntário como aquele ocorrente quando há uma ligeira elevação dos preços dos bens de consumo de assalariados relativamente aos salários nominais e tanto a oferta agregada de mão-de-obra disposta a trabalhar pelo salário nominal corrente quanto a procura agregada da mesma ao dito salário são maiores que o volume de emprego existente. Neste sentido, Keynes refuta a premissa da tendência ao equilíbrio havida pelos clássicos e repele o postulado de que “

toda oferta cria sua própria demanda”. Para tanto, o estudioso se vale do conceito de “Demanda efetiva”, a qual seria justamente a intersecção entre a demandada agregada com a oferta agregada. A partir deste conceito define-se a essência de sua teoria, afirmando que o emprego, além da demanda efetiva, dependeria da propensão da sociedade para consumir e do montante do investimento.

É do entrelaçamento desses três fatores que decorreria níveis ótimos de emprego e desenvolvimento econômico ou, desenvolvimento econômico acompanhado de bons níveis de emprego. A dissertação teórica lança mão do exemplo do país rico que não atingiu o pleno emprego, na medida em que não há estímulo a investir. Isto acontece, porque se criaria uma lacuna no ciclo econômico, impedindo que a riqueza se vertesse numa maior demanda efetiva e, pois, em maiores níveis de emprego. Não é difícil observar o quão familiar este raciocínio é para a realidade brasileira, havendo profusa literatura sobre esse aspecto particular.

No detalhamento da referida teoria cabe definir “renda”, “poupança” e “investimento”. A renda do empresário seria a diferença entre o valor da sua produção acabada, vendida durante o período, e o custo primário. A grande utilidade da definição serve à conceituação do que seria *demanda efetiva*, um dos pilares da teoria do emprego. Esta, de seu turno, na abordagem keynesiana, é a renda agregada (ou produto) que os empresários esperam receber, incluídas as rendas que fazem passar às mãos dos outros fatores de produção, por meio do volume de emprego corrente que resolvem conceder. Ela determinará obviamente o impulso investidor.

A função de demanda agregada relaciona várias quantidades hipotéticas de emprego com os rendimentos que se espera obter do volume de sua produção. A procura efetiva seria um ponto na função da demanda agregada que se torna realidade porque, levando em conta as condições da oferta, ela corresponde ao nível de emprego que maximiza as expectativas de lucro do empresário. Vê-se que a teoria keynesiana se baseia na concepção de que um bom nível de emprego, tendente à plenitude, repercute fortemente no bom funcionamento da economia capitalista.

Esse ponto da obra de Keynes (1996) merece atenção já que a suposta modernização trazida pela já mencionada Reforma trabalhista teria por fim declarado aumentar os níveis de emprego. Muito se tem dito que tal argumento é advogado de má fé já que a criação de postos mediante a espoliação de salários não importaria no incremento proporcional da demanda efetiva. Pelo contrário, o que se observaria seria justamente uma minoração dos salários nominais relativamente aos preços dos bens de consumo, que é visto por Keynes como uma das causas do desemprego involuntário.

Na abordagem keynesiana (KEYNES, 1996), haveria importância *causal* da renda líquida na influência psicológica sobre o montante do consumo corrente, pois a *renda*

líquida é a quantia que o homem comum considera sua renda. Um paralelo que pode ser traçado entre essa assertiva e atual lei brasileira refere-se às previsões de que haverá uma potencial diminuição de busca por microcrédito, por conta de medidas que atenuam a estabilidade do trabalhador no posto de trabalho, como no caso da adoção do trabalho intermitente⁴¹. Essa menor busca de microcrédito se verteria num menor apetite ao consumo ou na repercussão psicológica desfavorável ao consumo de bens de consumo caros relativamente à renda líquida. Com isso, se autoriza supor um ciclo vicioso na contramão da propaganda gerada em torno da nova legislação, na medida em que se teria uma menor propensão ao consumo.

Ao lado do quanto exposto, como elementos essenciais da teoria do emprego, cumpre observar os conceitos de poupança e investimentos, que Keynes (KEYNES, 1996) entende serem de índole mais objetiva. Para ele, definidos renda e consumo, tem-se automaticamente o conceito de poupança e investimento através da seguinte fórmula:

Renda = valor da produção = consumo + investimento.

Poupança = renda – consumo.

Portanto, poupança = investimento

A partir disso, se verificaria que há equivalência entre a quantidade de poupança e a quantidade de investimento decorrente do caráter *bilateral* das transações entre o produtor, de um lado, e o consumidor ou o comprador de equipamento de capital de outro lado. Assim, em conjunto, o excedente da renda sobre o consumo, a poupança, não poderia diferir da adição ao equipamento de capital, no caso o investimento.

Da linha exposta, havendo uma propensão a consumir, há de ser considerada uma propensão para investir ou para poupar no estudo duma economia de pleno emprego. Quanto à poupança, o conceito keynesiano seria aquele segundo o qual ela seria o excesso da renda sobre o que se gasta em consumo. O investimento, incluiria o aumento do equipamento de capital, quer ele consista em capital fixo, capital circulante ou capital líquido. As principais diferenças entre as definições seriam devidas à exclusão de uma ou de várias dessas três últimas categorias. A expectativa de um aumento no

40 Lei 13.467/2017

41 [Art. 443](#). O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.

§ 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.” (NR)

excesso do investimento sobre a poupança, dado o volume anterior de emprego e produção, induzirá os empresários a aumentar o volume do emprego e da produção.

Essa passagem de sua obra pode ser correlacionada com algumas investigações que são tratadas na atualidade. Piketty (2014) vem apontando alguns desequilíbrios estruturais no capitalismo do século XXI, na medida em que o capital abandona o investimento na produção para focar na remuneração obtida com a renda financeira. Isto porque os juros sobre o patrimônio estático têm oferecido retorno acima da taxa média de lucro obtido com a produção. Nos tempos de liquidez (BAUMAN, 2011), algumas das conclusões de Keynes são postas em cheque, ao passo que outras de suas teses são revisitadas para contrapor aos excessos do “rentismo”. Keynes não parece fazer claramente essa distinção mais atual, mas muito do seu raciocínio se aplica aos problemas de hoje. Keynes advogava que a concessão do crédito bancário faz surgir três tendências: (1) aumento da produção; (2) alta no valor da produção marginal expressa em unidades de salário (o que em condições de rendimentos decrescentes deve necessariamente acompanhar um aumento da produção); e (3) alta da unidade de salários em termos de moeda (efeito que em geral acompanha a melhoria do emprego); e estas tendências podem afetar a distribuição da renda real entre os diferentes grupos.

Veja-se que a aceção keynesiana de crédito ainda é muito atrelada ao auxílio à produção. Talvez exatamente por isso, o keynesianismo tenha aí encontrado seu “calcanhar de Aquiles”, quando lhe foram desferidas críticas justamente em razão do crescente endividamento público e privado oriundo dos esforços para manter os níveis de demanda agregada. Este fenômeno foi o nascedouro das críticas que elevaram as crises dos aparelhos dos Estados e que abriu espaço para pensamentos Neoliberais dos anos 80. Estes foram notadamente exercitados nos EUA e Inglaterra, se somando a outros fenômenos como a globalização e fragmentação da contemporaneidade e vindo a se espalhar de modo global. A nova lei trabalhista é vista como decorrência desse percurso histórico.

Para o que interessa ao presente artigo, cabe ainda comentar o que Keynes (1996) abordou sobre a propensão a consumir, a qual, como se viu seria uma das vigas mestras de sua teoria do emprego. O pensador contextualizava que o montante da demanda agregada está em função: (i) em parte, do montante da sua renda; (ii) em parte, de outras circunstâncias objetivas que o acompanham; e (iii), em parte, das necessidades subjetivas, propensões psicológicas e hábitos dos indivíduos que o compõem, bem como dos princípios que governam a distribuição da renda entre eles. Observa ainda que os motivos que impelem a gastar caracterizam-se pela interação desses fatores.

Os fatores objetivos seriam os seguintes :

- Uma variação na unidade de salário.

- Uma variação na diferença entre renda e renda líquida
- Variações na taxa intertemporal de desconto, isto é, na relação de troca entre os bens presentes e os bens futuros ,
- Variações na política fiscal.
- Modificações das expectativas acerca da relação entre os níveis presentes e futuros da renda.

Postos esses fatores, Keynes apresentou o seu entendimento segundo o qual os homens estão dispostos, de modo geral e em média, a aumentar o seu consumo à medida que a sua renda cresce, embora não em quantia igual ao aumento de sua renda. Disto decorre que há uma *proporção maior* da renda poupada à medida que a renda real aumenta.

Essa conclusão de Keynes é revisitada nos estudos modernos, acima mencionados, que tratam da decisão quanto a alocação de excedentes do consumo (PIKETTY, 2014). Keynes, ao que parece, não fez uma distinção nos exatos termos de Piketty , entre investimento rentista e investimento produtivo, já que para ele poupança e investimento são correlatos, mas a dinâmica explicada pelo inglês certamente se mostra subsidiária a algumas conclusões do economista francês , mais recentes. Keynes observa, ainda, que o emprego só pode aumentar *pari passu* com um aumento do investimento; a não ser que ocorra alguma mudança na propensão a consumir. Quando

Piketty fala justamente que o investimento produtivo cede ao que hoje se chama rentismo, e que provoca mais desigualdade, observa-se que se baseia fortemente no que dizia Keynes, pois essa desigualdade decorreria justamente dum decréscimo do nível geral de emprego, concentrando a renda agregada entre aqueles que conseguem manter poupança e por conseguinte decidir quanto à sua alocação.

Keynes repete o conceito quando afirma que emprego é função do consumo e do investimento previstos, o consumo é, *coet. par.*, função da renda *líquida, isto é, do investimento* .Keynes não abordara questões e dilemas que são mais consentâneos com a liquidez do momento presente, mas não se pode deixar de observar a atualidade de seu estudo quando ele já àquela época afirmava que não se poderia, como sociedade, prover consumo futuro por meio de expedientes financeiros, mas apenas mediante a produção física corrente. Fez isso ao tratar do estoque de capital e como isto impactava na demanda agregada. O que ele chama de “prudência financeira” como depressora da demanda e, pois, do emprego, pode ser lida hoje como “austeridade” quando aplicada ao setor governamental em suas políticas de incentivo econômico e promoção do emprego. Daí

deve advir as dicotomias traçadas entre seu pensamento e outros de cunho notadamente neoliberais.

Como fecho dessa parte de seu trabalho, Keynes conclui que os novos investimentos de capital só podem realizar-se em excesso ao desinvestimento atual do capital quando se espera um aumento dos gastos futuros em consumo. Daí a importância da questão da propensão para consumir que para ele deve ser bem observada sob pena de gerar desequilíbrios.

2. A “ética” do consumo e o “ócio criativo”: do “limão é possível fazer umalimonada”?

Bauman (2011) remonta à cada vez mais usada metáfora da rede como substitutiva de termos antes utilizados para definir interações sociais, tais como “grupos sociais”. Haveria no presente uma perpetua interação de conexão e desconexão, que se transpõe para a identidade, sempre em nascimento. O movimento passa a ser de exclusão e não de confinamento que preconizava o “manter na linha”.

O mesmo Bauman (2011) observa que sobretudo a classe dos intelectuais cada vez mais habita o ciberespaço extraterritorial, emancipando-se da população local. Na medida em que o trabalho se mecaniza, se robotiza, como observa Capella (2011), as atividades preponderantes, e sobreviventes, são cada vez mais as atividades criativas, intelectuais (DE MASI, 2000) ou de controle remoto de máquinas. Se isto não é perceptível de imediato no cotidiano, pelo menos é notável em comparação com a era moderna. A maioria das atuais plantas industriais são todas controladas mediante centros computacionais que vão tornando cada vez mais desnecessária a figura de operadores. Outro exemplo flagrante seriam os *drones* e mísseis balísticos controláveis através de *joysticks* semelhantes àqueles utilizados nos jogos eletrônicos, os quais em contrapartida muitas vezes simulam situações reais, como a pilotagem de aviões.

Tem-se o cenário desregulamentado e privatizado, que tem como núcleo o consumismo acético à ética tradicional. Neste ambiente a coerção é substituída pela estimulação, pelo estabelecimento de padrões de comportamento através da sedução, pelo controle através de relações públicas, como no caso das redes sociais, e na criação de necessidades e desejos que se disseminam e se desintegram por meio dessas conexões (BAUMAN, 2011). Assim como De Masi (2000), Bauman (2011) observa que deixa de haver uma submissão à totalidade, valorizando-se as subjetividades e a liberdade de escolha. Essa liberdade de escolha, paradoxalmente, obriga a escolher e submete o indivíduo ao princípio do prazer em vez do princípio da realidade. O valor mais característico dessa nova forma de sociedade seria o de *felicidade agora*.

É a chamada sociedade global de consumidores, na qual os trabalhadores são persuadidos a “necessitar” bens e experiências, como observa Horschild, citado por

BAUMAN (2011). Para comprá-los, trabalham mais horas, estando longe de casa, perpetuando o ciclo. Exemplo disso é que o indivíduo contemporâneo vive no “gerúndio” e demonstra a necessidade constante de afirmar, através das redes sociais, que está “fazendo” algo de interesse, que está “comprando”. Bauman (2011) observa que muito além de consumir e aprender, o sujeito é instado na atualidade a esquecer e abrir espaço para novas e profusas informações, destruir e descartar bens para consumir novos.

O mesmo Horschild observa que, no caso dos trabalhadores mais qualificados, a tradicional visão de papéis entre lugar de trabalho e família tende a se inverter, na medida em que se busca criar um ambiente mais aconchegante ao trabalho, o que não aconteceria com os empregados de menor escalão (HORSCHILD apud BAUMAN, 2011). Este autor, assim como De Masi (2000), observa a nova tendência de preferência dos empregadores por funcionários flexíveis e generalistas menos vinculados a uma organização. Isto seria uma consequência direta da nova e irrefragável extraterritorialidade física e do exílio interno manifestado e mantido pela conectividade virtual. No aspecto do trabalho isso se maximiza à medida que o instrumental técnico permite cada vez mais a que ações alcancem distâncias de espaço e de tempo, em todos os setores da economia, inclusive o industrial. A própria internet rompeu barreiras entre o trabalho e o lazer, esforço e descanso (BAUMAN, 2011), de modo que a jornada de trabalho entendida como estado de disposição ao empregador perdeu o tradicional contorno. Até mesmo a formação profissional mudou de figura, de modo que no cenário líquido a aprendizagem é contínua, vitalícia e além de tudo, é um produto a ser oferecido para consumo de acordo com o “agora”. Fala-se numa “incerteza fabricada” (BAUMAN, 2011) para causar insegurança e fomentar a dominação e consequente precarização das relações de trabalho. Como se disse, se de um lado, a liberdade de escolha empurra o consumo, não é ela plena. No sentido oposto, tem-se o ciclo descrito por Horschild.

Bauman observa que essa dinâmica é irrefragável e justamente a partir dela é que o “teletrabalho” defendido por De Masi (2000) seja cada vez mais legitimado na esfera jurídica, já que o ciclo “precisa” continuar. Para o sociólogo italiano a sociedade pós industrial privilegia a produção de idéias, de modo que a mente deve estar livre, já que o *lôcus* do trabalho não é mais o corpo físico, mas o cérebro que carrega o trabalho consigo para onde for. Não à toa as empresas são mais valorizadas pela quantidade de idéias à respeito de sua gestão e produção eficiente, para não dizer na inovação, que o próprio Schumpeter em tempos anteriores já observava como o grande impulso para mudança de nível econômico (1997).

De Masi define que o teletrabalho importa num mínimo de autonomia técnica instrumental utilizável sobremaneira em atividades simbólicas como ler, assistir processar dados, mas que nem a todos os trabalhos se aplicaria esse parâmetro. A visão de De Masi parece ser um otimista quanto a esta nova forma de trabalho, enquanto que Bauman o

sugere no bojo de observações um tanto cruas da contemporaneidade. Nem por isso o italiano deixa de observar um potencial isolamento que mitigue o poder da ação coletiva dos trabalhadores. Esse ponto é primordial à vista do argumento de que esse tipo de trabalho tem sido encorajado por parcela do empresariado justamente para pulverizar conflitos. Entretanto, é possível ponderar que numa sociedade em rede, as formas de ação coletiva se repaginam constantemente e numa perspectiva de teletrabalho os controles são menores, daí haver também resistência de certos setores empresariais.

De Masi (2000) observa que a exploração ainda existe, mas ela mudaria de forma à medida que as tarefas são delegadas às máquinas. Os trabalhos físicos se tornariam residuais, ficando aos empregados escolarizados apenas o trabalho mais flexível e criativo. Para o sociólogo italiano, esse movimento é inevitável já que as novas gerações ligadas à tecnologia já entendem essa interação com as máquinas de forma natural. A partir disso se fala em relação à exportação de empregos com o teletrabalho (CAPELLA, 2011) que tem como exemplo os serviços via telefone *outsourced* prestado por trabalhadores indianos, com menor custo social, a empresas americanas e inglesas. No Brasil, há o temor que empregos de melhor qualificação sejam capturados por indivíduos de outros países. Esse é um fato constatável e afinado com a globalização estudada por todos os cientistas sociais que tratem de problemas atuais. No caso do Brasil, entretanto, dada sua proporções continentais, há um mercado interno grande que ainda permite previsões otimistas, porque deixam um campo aberto a especulações.

Apesar de explanar essa fragmentação em vários níveis, inclusive no ético, o próprio Bauman defende que a sociedade de consumo não necessariamente rivaliza com um Estado dito social. Este pelo contrário poderia ser funcional na proteção às “vítimas colaterais” do consumismo, resguardando um mínimo de solidariedade humana da erosão e protegendo o sentimento de responsabilidade ético. É daí que surge a pergunta: é possível fazer do limão uma limonada?

Se viu no pensamento de Keynes (1996) que a demanda agregada é um dos pilares essenciais da criação de emprego. A se analisar o quadro atual através do olhar de Bauman não é difícil perceber que a atualidade se caracteriza por um consumismo que além de ser inercial, se renova no tempo, é rotativo. Tanto assim que Bauman nomina a nova economia como “economia da decepção”, sendo esta decepção o sinal de bom funcionamento da dinâmica rotativa inercial acima indicada.

A demanda agregada, portanto, é um fator evidente da sociedade do consumo, assim como a própria tendência a consumir. É sintomática a informação de que os Bancos vislumbram maiores lucros quando o dinheiro de seus clientes está em movimento de modo a preferirem que seus clientes estejam no comércio utilizando seus cartões de crédito do que visitando suas agências. Para isso oportunizam inúmeras facilidades

e tecnologias. O que se discute essencialmente é o apetite pelo investimento como acima mencionado (PIKETTY, 2014).

Os demais traços da contemporaneidade têm conduzido a um rentismo pormuitos, dentre eles Piketty, considerado extremamente nocivo à produção, à própria distribuição de riqueza e intensificação das disparidades econômicas. A mesma lógica apresentada quanto aos Bancos no tocante a seus clientes consumidores se aplica às preocupações quanto aos excessos rentistas, como já abordado acima quando se delineou a teoria do emprego. Há a preferência pelo ganho através do *spread* em operações financeiras que levam em conta a disponibilidade da moeda e o valor patrimonial das empresas que negociam seus títulos no mercado. Tome-se como ponto de partida o que Keynes falou a respeito de poupança e investimento. O empreendedor da sua renda retornaria poupança para o setor produtivo em ordem a obter lucro. A perplexidade apresentada por Piketty (2014), como dito, se refere à observação: quando as taxas de retorno para o investimento financeiro se mantêm igual ou superiores às taxas de crescimento da economia, mantém-se a tendência a esse rentismo, que é hiperbolizado pela fragmentação do poder antes concentrados nos Estados nacionais. Estes estados nacionais se vêem continuamente pressionados a manter controles fiscais extremamente rígidos para garantir essa dinâmica de operações.

Contudo, é de se questionar de que forma o fenômeno da sociedade do consumo líquido pode conviver com esse rentismo à luz das novas tecnologias e das novas tendências desenhadas por De Masi (2000). A "roda do consumo" precisa girar e "digestão econômica" desse regime precisará que os consumidores estejam aptos a esse consumo. É preciso estar apto para apresentar as próprias experiências nas redessociais, seja numa visão mais criativa e cultural (DE MASI, 2011), seja numa perspectiva mais consumista. Aqueles que advogam os benefícios das flexibilizações nas relações trabalhistas apontam que a flexibilidade geraria mais postos de trabalho gerando mais empregos. Obtemperasse, contudo, isso implicaria numa evidente piora da remuneração desses empregados. O que De Masi e também Bauman parecem abordar é que essa mudança na relação de trabalho, menos que uma intervenção conjuntural, ela é uma mudança estrutural advinda de efeitos não necessariamente programados da "sociedade produtiva" após sua crise. De Masi afirma que é equivocado considerar o teletrabalho como remédio imediato para o desemprego já que os controles remotos de máquinas e a própria automação expele funções antes desempenhadas por pessoas, como no caso do "frentista" de gasolina em muitos países.

Por isso é importante cogitar no caso específico do teletrabalho se ele pode vir a ser um indutor da economia e apenas num segundo ciclo ser gerador de empregos. Se a par das dinâmicas de exploração, há a percepção de que ela abrirá mercados como

outrora o fim da escravidão gerou um público consumidor que antes vivia forçadamente e que, após, mesmo mantidos os conflitos, pode busca algum status de cidadão.

Para De Masi, para que a pressa tecnológica continue a fluir através de idéias é preciso estar temperada pela vagareza das experiências e das sensações. Nisto ele se aproxima do se falou de Bauman, no tocante ao principio do prazer e do conflito provocado pelas necessárias jornadas de trabalho em ordem a atendê-lo. O sociólogo italiano faz a comparação da atualidade com períodos históricos, em que apenas a alguns grupos sócias era dado o tempo para " pensar" tudo aquilo que impulsionou o desenvolvimento, para dizer que esta atividade agora é difusa. O poder econômico é cada vez mais concentrado , mas essa atividade é difusa por uma conseqüência dos movimentos acima explanados. Somado a isso o principio do prazer e a mistura da esfera trabalho com lazer , na mente do individuo, haveria a necessidade produtiva desse "ócio criativo"

De Masi (2000) defende a tendência de que o trabalho se mova numa intersecção entre o irracional e o consciente, o que chama de área das emoções dominadas, e noutra entre o racional e o inconsciente, chamada área das técnicas introjetadas. Ele observa que se criou uma ética de trabalho excessivo, que contaminou o trabalhador com o um "servilismo zeloso", tomado pela angustia de perder o seu posto, e que hoje não teria mais lugar. Não pelo excesso de emprego, mas pelas condições do contexto. Neste caso, ultrapassado o preconceito em relação ao ócio, tem-se o principio do prazer presente na sociedade, especialmente caracterizado pelo consumo descrito por Bauman, sendo ele capaz ,no vaticínio do sociólogo, de atenuar astensões sociais. De forma interessante, ele cita o Brasil como um exemplo de potencial de experiência de jogo e divertimento, lembrando da pitoresca cultura baiana, que viceja a despeito das dificuldades econômicas. Ele observa que muito da cidadania emerge dos jogos, da cultura e do divertimento e não do trabalho em si.

O ócio criativo, de seu turno, numa sociedade de consumidores, não pode levar a outra coisa senão o acesso a experiências e bens que serão oferecidos por outro alguém que a todo momento busca criar e tornar mais sedutores esses produtos. Inobstante De Masi contrapor o seu " ócio criativo" ao consumismo apontado por Bauman, não é de se afastar a tendência a que esse "ócio" , tendo lugar, se converta no consumo, especialmente o consumo de serviços que é a grande tendência.

3. Considerações finais

A teoria do emprego de Keynes ganha ressignificação na medida em que investiga formas de estímulo à economia produtiva e geradora de empregos e demanda agregada. Todavia, isso não parece apontar para um resgate pleno dessa teoria. Não se antevê uma modificação instantânea do quadro econômico com fortes tendências liberalizantes. A

citada inovação legislativa brasileira, na área trabalhista aporta essa forte tendência, sob a justificativa de diminuir o custo do trabalho como forma de incrementar o investimento. Contudo, na esteira da pluralidade pós moderna, é possível visualizar mudanças parcelares, como já defendeu Bauman (2011).

Recentemente, ganhou força a teoria Neo-keynesiana que atenua alguns paradigmas de Keynes à luz das tendências liberalizantes da atualidade. Os neo-keynesianos, por exemplo, defendem que desemprego involuntário não é diretamente decorrente de uma insuficiência da demanda, mas de uma inflexibilidade de preços e salários. Segundo o fundamento keynesiano, um aumento dos preços acarretaria aumento do emprego. No caso dos neo-keynesianos, adotada a premissa da inflexibilidade, esta ocasionaria desemprego involuntário. Se mesmo aqueles que se abeberam de fundamentos keynesianos observam essa relação, não é de se esperar uma mudança geral nos salários nesse momento, senão uma intensa deterioração da massa salarial. A tendência geral verificada é de permitir que os salários sofram reduções através de novos acordos coletivos⁴², já que a o ideário liberalizante foca no peso fiscal das intervenções estatais nos preços e no efeito reverso de perda de valor da moeda coma inflação. Inclusive, o argumento de que isto importaria em política de geração de empregos é expressa na lei, conquanto se aponte para inidoneidade da norma para aquele fim.

Nesse quadro, é possível cogitar o paradoxo de que a própria diminuição de jornadas sirva como contrapartida a esse crescente definhamento das condições de trabalho. A perspectiva de Domenico De Mais (2000) não se mostra pessimista. Ele não cogita de um decréscimo geral da massa salarial que dará suporte ao ciclo de consumo explanado por Bauman. Na perspectiva de Bauman, haverá vínculos menos estáveis e mais trabalhos através de diferentes tomadores como forma de atender ao impulso do consumo. Há de se supor que as observações por eles feitas haverão de se defrontar com as tendências liberalizantes que interferem nas relações de trabalho. As formulações neo-keynesianas indicam um necessário retorno a algumas idéias típicas do Estado mais intervencionista.

O próprio Bauman não refuta essa coexistência. Isso não quer dizer que haja uma marcha ré nos paradigmas, a fragmentação política e social, a privatização das esferas de poder, o primado da tecnologia e da normalização técnica continuará alimentando e sendo alimentado pelo quadro descrito por Bauman. Contudo, as observações de Piketty

⁴² 3 "Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre(...)

§ 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.

indicam claramente que o impulso rentista precisará se adaptar às necessidades do consumo difuso, cedendo espaço a incrementos de produtividade voltados ao atendimento dessa demanda, até mesmo porque boa parte do valor patrimonial das empresas, que demarca os *spreads* financeiros, dependem do consumo.

.Nos Estados em desenvolvimento, como o Brasil, ainda que o consumo seja estimulado pelo capital estrangeiro, haverá a necessidade de um mínimo de intervenção estatal nem que seja para criar o ambiente propício ao investimento, o moderando com a formulação de políticas capazes de também estimular esse consumo. Um dos efeitos do rentismo é a concentração do capital produtivo no poder dos agentes financeiros que escolhem os locais mais propícios às maiores margens de lucro. Isto obriga os Estados a se mostrarem interessantes ao investimento, mas com o cuidado de converter esses investimentos no benefício da dinâmica econômica interna, sob pena de não conseguir manter a demanda agregada e viver séria depressão à primeira fuga de capitais. Numa perspectiva interna, com mais razão, é possível aproveitar dos movimentos atuais para estimular o consumo interno e produção de bens e serviços nacionalmente. Como visto, os fundamentos econômicos de Keynes ainda merecem análise ainda que após sua crise.

O ciclo descrito por Horschild (BAUMAN, 2011) tende ao arrefecimento à medida que diminui o valor do trabalho e diminui-se o poder de troca com produtos, o que importaria numa contradição em relação aos próprios princípios capitalistas que ganharam força com as crises fiscais dos Estados nacionais. A solução que se vislumbra é uma progressiva diminuição da medida do trabalho em tempo de jornada física, de modo a permitir que a demanda agregada se sustente através do trabalho em diferentes frentes e não só através de um emprego, o que De Mais(2000) considera como um formato intermediário entre a empreitada e o emprego.

Numa postura otimista, há quem defenda no médio prazo que essa multiplicidade de trabalhos regule os salários em benefício do trabalhador, não como consequência de uma conquista histórica, que pelo contrário, hoje, é visto como diminuída, mas por conta de um reconhecimento pragmático que a demanda agregada eo apetite pelo consumo são necessários ao crescimento econômico do qual pode advir desenvolvimento econômico. Cabe lembrar o entendimento de Keynes para quem o desemprego involuntário está ligado a relação deficitária entre salários oferecidos e os preços vigentes, de modo que muitos desistem de se colocar no mercado de trabalho, diminuindo ou reprimindo a massa consumidora. Tudo depende de como se trate esse novo tipo de relação. Até para os mais liberalizantes, se cogita que essas considerações são inerentes ao próprio equilíbrio do capitalismo e podem ser elasoportunidades a conflitos menos cruentos na esfera do trabalho. Observa-se, pois, que o tema “novas formas de trabalho” merece total atenção para além das soluções alvitadas no momento do pandemia e a Teoria do emprego de Keynes mostra-se atual como partida dessa discussão.

REFERENCIAS

BRASIL, Lei 13.467, de 13 de julho de 2017.

BAUMAN, Zygmunt. A ética é possível num mundo de consumidores? ;tradução Alexandre Wenerck – Rio de Janeiro:Zahar, 2011.

BUSATO, Maria Isabel;PINTO, Eduardo Costa;SILVEIRA, Antonio Henrique P. Flutuações do Produto e do Emprego: abordagem “tradicional” versus pós- keynesianismo. Disponível em :
<http://www.ie.ufrj.br/intranet/ie/userintranet/hpp/arquivos/10.flutuacoes.pdf>

CAPELLA, Juan Ramón. Fruta prohibida: una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado. Madrid (España), Editorial Trotta, 2011.

CONSTITUIÇÃO FEDERATIVA DO BRASIL, de 5 de outubro de 1988.

DE MASI, DOMENICO. O ócio criativo/Domenico De Mais;entrevista a Maria Serena Palieri;tradução de Léa Manzi- Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

KEYNES, John Maynard. Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda. São Paulo, Neo Cultural, 1996 (Coleção os Economistas)

MCCONNELL, J., & SERVAES, H. (1990). Additional evidence on equity ownership and corporate value. *Journal of Financial Economics*, 27(2), 595-612.

PIKETTY,Thomas.O capital no século XXI, Trad. Monica Gaungartn de Bolle- I. Ed.Rio de Janeiro; Intrínseca, 2014.

SCHUMPETER, Joseph Alois.Teoria do desenvolvimento econômico. São Paulo, Neo Cultural, 1997 (Coleção os Economistas)

O CRIME DE FEMINICÍDIO E O ENFRENTAMENTO À VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES

TATIANA ROSA PAIXÃO:
Bacharelada em Direito pela
Uniculma -Maranhão.

MARIA DOS REIS RIBEIRO GUIDA

(orientadora)

RESUMO: O Femicídio é um fenômeno social qualificado pela violência que expressa relações de gênero. A abordagem adotada neste artigo não é a de prevenção, mas a de enfrentar a impunidade. Para tanto o problema que levou ao desenvolvimento do estudo foi: Qual a importância da nova Lei nº 13.104/15, para o enfrentamento da violência contra as mulheres? O objetivo geral foi analisar o crime de feminicídio e o enfrentamento à violência contra as mulheres, a partir da Lei nº13.104 de 2015. A metodologia usada foi uma pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa, fundamentada nas leituras de doutrinas, jurisprudências e leis que trataram da temática em questão. Neste contexto, o feminicídio, como nova qualificação do assassinato, é apenas um aspecto da discussão sobre o problema, que oferece uma possível resposta a este fenômeno social sem expressar sua integralidade, mas é também um elemento fundamental para avançar neste difícil caminho, que inclui enfrentar a fase mortal da violência de gênero perpetrada contra as mulheres. Nesta base, demonstrou-se que o número de feminicídios só aumentou, de modo que a regra não teve o efeito que se pretendia quando foi sancionada. Isto leva à conclusão de que o Estado deve tomar outras medidas para proteger os direitos da mulher.

Palavras Chave: Femicídio. Violência contra a mulher. Lei nº 13.104/2015.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NO BRASIL E SUA HISTORICIDADE. 3 FEMINICÍDIO. 3.1 Tipos de feminicídio. 3.2 Motivação do ato de Femicídio. 3.3 O Femicídio no Código Penal Brasileiro. 3.4 Razões da condição do sexo feminino. 3.5 Causas de aumento de pena com fundamento na Lei nº 13.104 de 2015. 3.6 Argumentos contrários e favoráveis a tipificação. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A estrutura historicamente patriarcal da sociedade estabeleceu uma hierarquia entre homens e mulheres, atribuindo ao sexo feminino um papel social de inferioridade em relação ao sexo masculino. Para manter o controle sobre o corpo e a vida das mulheres e assegurar que elas permaneçam em suas posições designadas, o modelo androcêntrico de organização social recorre constantemente ao uso da violência em todas as suas formas.

Quando esta violência é dirigida às mulheres e não depende de atributos sociais como cor, classe, etnia ou religião, é violência baseada no gênero (AMARAL, 2018). Dentro do espectro da violência baseada no gênero, o feminicídio, que é o foco deste estudo, é o mais extremo.

A violência contra as mulheres continua sendo um martírio no século XXI, a agressão amplamente disfarçada deixou um estigma de dor, impunidade e, sobretudo, falta de certeza sobre as garantias que serão oferecidas às vítimas. A pesquisa sobre este tema é importante no cenário atual, pois a incidência da violência aumenta a cada dia. A dialética que surgiu sobre este tema passou por diferentes conjunturas, mas hoje está ganhando ressonância e apoio, pois a oposição à violência engloba aspectos políticos, econômicos e culturais.

“O termo Feminicídio só aparece como tal quando um homem acredita que tem poder sobre uma mulher, o que o leva a cometer o crime” (MACHADO, 2017, p. 1). O feminicídio é, portanto, uma qualificadora adicionada ao crime de homicídio, que se materializa no momento em que o agressor comete o assassinato de uma mulher, quando o agressor ataca a mulher por causa de sua feminilidade, caracterizando assim o homicídio qualificado como uma circunstância de assassinato de uma mulher, que é cometido com violência.

Espera-se que a sociedade brasileira se beneficie das ações dos legisladores, que se preocupam com o principal problema enfrentado por muitas famílias brasileiras, que veem como a vida de suas mulheres é tirada de forma covarde e violenta por aqueles que supostamente cuidam delas.

Sabe-se que o Código Penal brasileiro foi recentemente reformado pela Lei nº, 13.104/15, que qualifica o feminicídio como uma das qualificadoras do crime de homicídio. Neste sentido, o objetivo deste estudo será verificar se a Lei 13.104/15 alcançou os objetivos a que se propõe, qual seja, colaborar para o avanço da política nacional de enfrentamento à violência de gênero no país.

A escolha deste tema decorre das implicações da Lei nº13.104 de 2015, que modificou o Código Penal Brasileiro para incluir o feminicídio como uma circunstância qualificadora do crime de homicídio e incluí-lo na lista de crimes hediondos. A lei define o feminicídio como um crime contra a vida cometido contra a mulher no contexto de violência doméstica e/ou familiar ou devido à subvalorização ou discriminação da mulher. Também, em 2016, um ano depois da introdução deste tipo de crime, a Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha, comemorou seu décimo aniversário, renovando o debate sobre seu significado e eficácia na luta contra a violência de gênero, que este documento pretende analisar.

Nesse contexto, a questão norteadora deste estudo é: Qual a importância da nova Lei nº 13.104/15, para o enfrentamento à violência contra as mulheres? Para responder tal inquietação, elabora-se como objetivo geral, analisar o crime de feminicídio e o enfrentamento à violência contra as mulheres. E, específicos, abordar a questão do feminicídio, e seus aspectos históricos, discutir os motivos que levaram o legislador a tipificar a conduta no ordenamento jurídico pátrio e analisar se a eficácia da lei penal no meio social, examinando os pontos de vista contrários e favoráveis à lei nº 13.104 de 2015, denominada popularmente como Lei do Feminicídio.

Por fim, para a construção deste artigo foi realizada uma revisão de literatura, baseada em doutrinas e jurisprudências tentando destacar aspectos importantes do tema feminicídio, tais como estatísticas, o conceito do tema e o que e o que muda a partir do vigor da norma, bem como o uso de artigos acadêmicos.

2 A VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES NO BRASIL E SUA HISTORICIDADE

A violência contra as mulheres no Brasil está se tornando mais frequente a cada dia e que as mulheres são violentadas a cada minuto no país. Todos os dias, as notícias, as redes sociais e outros meios de comunicação relatam a violência contra as mulheres, que é cometida em grande parte por seus companheiros ou ex-companheiros. Esta definição está contida na Convenção de Belém do Pará (1994, p. 1):

[...] a violência contra a mulher constitui uma violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e limita a mulher, total ou parcialmente, no reconhecimento, gozo e exercício desses direitos e liberdades [...] a violência contra a mulher é qualquer ato ou conduta baseada em seu gênero que cause morte ou dano físico, sexual ou psicológico à mulher, seja na esfera pública ou privada.

Em relação ao histórico da violência contra a mulher, esta se dá desde a antiguidade. Independentemente do gênero, classe, raça ou etnia, as mulheres são severamente discriminadas e tratadas como vulneráveis, degradadas e humilhadas. Medeiros (2018, p. 01) afirma que:

A violência contra as mulheres é o produto de uma construção histórica e, portanto, sujeita à desconstrução, que está intrinsecamente ligada às classes de gênero, raça/etnia e suas relações de poder. Em conceito, pode ser vista como qualquer conduta fundamentada no gênero que ocasione ou possa ocasionar morte, dano ou sofrimento em termos de danos físicos, sexuais ou psicológicos às mulheres, seja na esfera pública ou privada.

Infelizmente, as mulheres têm sido levadas a acreditar que elas devem se submeter a seus maridos, não podem ter vaidade e, em muitos casos, são tratadas como fúteis, quase todos os seus direitos são violados, além de serem submetidas a vários tipos de violência, tais como doméstica, física e sexual, entre outras formas que minam sua moral (ESSY, 2017).

De acordo com Feix (2018), o primeiro fundamento da ideologia da hierarquia masculina sobre a mulher e a subordinação que ela implica remonta a cerca de 2.500 (dois mil e quinhentos) anos, atrás, através do filósofo helenista Philo de Alexandria, que promoveu sua tese baseada nos conceitos de Platão, que defendia a ideia de que a mulher tinha pouca capacidade de pensar e também tinha uma alma inferior à dos homens. Estas ideias fizeram da mulher uma figura cheia de vaidade, uma vaidade ligada apenas aos aspectos carnis. Portanto, ainda baseado na jurista em tela:

Aristóteles também explicou algumas ideias sobre este contexto. Ele coloca o macho com superioridade e divindade sobre o feminino, que é constituído como um ser emocional, desviado do tipo humano. Assim, a alma tem poder sobre o corpo; a mente sobre as emoções; o masculino sobre o feminino (FEIX, 2018, p.100).

A violência contra a mulher tem raízes profundas porque pode ser validada pela ideia daqueles dois pensadores que se consideravam um tanto depravados porque tinham a ideia de que os homens tinham superioridade sobre o sexo feminino, que cooperavam para tornar a sociedade cada vez mais sexista. A ideia de que as mulheres dependem dos homens teve origem nos tempos antigos, no século XVI, logo após a descoberta do Brasil por Portugal, com a descoberta da agricultura, as mulheres trouxeram consigo suas tradições e costumes (ESSY, 2017, p. 1).

Para Fernandes (2015), a liberdade das mulheres, sejam esposas ou filhas, foi restringida da forma mais autoritária pelos patriarcas que consideravam estas mulheres como sua propriedade. O espaço das mulheres era limitado às massas, o único lugar onde elas podiam sair minimamente de seu convento, já que a rua era um ambiente onde apenas homens e prostitutas podiam caminhar com frequência, a única mulher podia caminhar sem muitas restrições.

De acordo com a autora, pode-se ver que somente as prostitutas podiam circular pelas ruas, pois as mulheres de classe alta não podiam se misturar com as mulheres de classe baixa, além disso, nunca podiam usar roupas curtas que mostrassem outra coisa, nem mesmo podiam ir às compras, limitando-se às tarefas domésticas e cuidando de seus filhos.

Nas palavras de Feix (2018, p. 102):

No Brasil colonial, a Igreja Católica Romana começou a ensinar, mas o ensino fornecido pela igreja não incluía mulheres. A igreja da época pregava que as mulheres deveriam ser totalmente obedientes, primeiro a seu pai e depois ao marido. Por sua vez, as mulheres viviam oprimidas pelo mundo dos homens, suas distrações eram em casa e na igreja, deve-se notar também que, como na Grécia antiga, na colônia do Brasil, as mulheres também eram impedidas de aprender.

Dito isto, a autora acima argumenta que as igrejas da época tinham uma forte influência no fato de as mulheres serem propriedade dos homens e terem que dedicar suas vidas à família e ao lar, e nunca poderiam ser vistas na sociedade como uma mulher independente que saía para levar seus filhos à escola ou para comprar o necessário para se alimentar, sendo muito visível que sua única distração era ir à igreja, geralmente acompanhada por seu marido e filhos.

Desde os anos 1980 e quase duas décadas a mais, as ações governamentais para enfrentar a violência contra as mulheres continuaram a se desenvolver de forma fragmentada e pouco institucionalizada, resultando em uma resposta ineficaz ou ineficiente para prevenir a violência e proteger as mulheres (LIRA, 2017)

Assim, segundo o autor, com a criação da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, sob a Presidência da República, em 2003, foi desenvolvida pela primeira vez no país uma política nacional sobre violência contra a mulher, cujas ações envolvem uma abordagem integrada, intersetorial, multidisciplinar, transversal e capilar, desenvolvida através da colaboração e cooperação entre os ramos da República e as autoridades federais.

3 FEMINICIDIO

O termo Femicídio vem da palavra Femicide, mencionada por Diana Russell, uma socióloga sul-africana, em 1976, em uma conferência sobre o Tribunal Internacional de Justiça por crimes contra a mulher em Bruxelas, na Bélgica. O termo " homicídio " se refere a toda a raça humana, portanto tornou-se necessário usar o termo ""Fêmea"" para distingui-lo, sendo chamado de Femicídio.²

Posteriormente, em 1992, Diana Russell e Jill Radford escreveram o livro "*Femicide: The Politics of Woman Killing*", publicado em Nova York, com o objetivo humanista e político de expor e destacar a desigualdade, opressão, discriminação e violência sistemática contra as mulheres que, em seu aspecto criminal mais relevante, termina com a morte de uma mulher (PASIATO, 2011).

No Brasil, o termo "Feminicídio" apareceu pela primeira vez na legislação sob a influência da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI), no ano de 2012. É baseado no sistema legal brasileiro, em particular no Código Penal, que define o Feminicídio como o homicídio doloso praticado contra a mulher por condição do sexo feminino.

Na ocasião, a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência contra a Mulher considerou que:

O feminicídio é o último caso de controle masculino sobre as mulheres: o controle da vida e da morte. Ele se manifesta na possessividade ilimitada, igualando as mulheres quando perpetradas por seu parceiro ou ex-parceiro, na subjugação da intimidade e sexualidade da mulher, através da violência sexual acompanhada de assassinato; na destruição da identidade da mulher, através de mutilação ou desfiguração corporal; e na violação da dignidade da mulher, sujeitando-a à tortura ou tratamento cruel e degradante" (Relatório Final, CPMI - VCM, 2013).

No relatório final da Comissão Federal do Senado, o Projeto de Lei nº. 292/2013 propõe a inclusão do feminicídio como um crime de homicídio voluntário no Código Penal. Este crime foi estabelecido pela Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015, a chamada Lei do Feminicídio, e sancionado pela ex-Presidente Dilma Rousseff. Desde então, esta lei foi integrada ao sistema jurídico nacional, ou seja, o feminicídio foi classificado como homicídio qualificado e incluído na lista de crimes graves (Lei nº 8.072/1990).

Neste íterim, um crime cometido contra uma mulher simplesmente porque ela é uma mulher se qualifica como feminicídio. Além disso, de acordo com a lei, para que este crime seja, as circunstâncias devem envolver violência doméstica e familiar, desrespeito ou discriminação porque a vítima é uma mulher. Também em casos onde há humilhação ou dominação, com ou sem o conhecimento do perpetrador (SANTOS, 2019).

A seção seguinte examina os tipos de feminicídios identificados na literatura.

3.1 Tipos de feminicídio

De acordo com a doutrina, o feminicídio é classificado em três tipos: íntimo, não íntimo, e por conexão. O feminicídio íntimo é definido como um homicídio no qual a vítima é parente do perpetrador, pai, mãe, irmão, tio, primo, amigo, etc. Neste caso, o homem geralmente se defende invocando a honra da família ou a sua (WAISELFISZ, 2015).

Além disso, o feminicídio não íntimo ocorre quando o agressor não tinha uma relação íntima ou familiar com a vítima, mas havia possíveis relações de confiança, por exemplo, com colegas de trabalho, amigos de escola, estranhos. Dentre outras. Por fim,

Botelho (2015), instrui que o Femicídio por conexão, é um homicídio no qual uma mulher é morta porque ela estava na "linha de tiro" de um homem que estava tentando matar outra mulher, o que pode ocorrer na *aberratio ictus*.

Pode ser visto que a ligação entre o homicídio de mulheres e o de homens não se baseia em uma ligação lógica, mas em uma ligação condicional ou arbitrária. Assim, o referido autor não exclui a hipótese da ocorrência de uma *aberratio ictus*, ou seja, um erro na execução de um ato típico, ilegal e culpável, diante de um certo desvio da direção ou mesmo do propósito, uma situação que leva o acusado inconscientemente a uma terceira pessoa.

Como o Instituto Patrícia Galvão demonstrou, existem outros tipos de feminicídio que devem ser distinguidos, a saber, o feminicídio ativo e direto, passivo e indireto, Feminicídio infantil, familiar, sexual e sistemático. O feminicídio ativo e direto e ocorre quando uma figura jurídica não promulga leis específicas que delimitam as mulheres de uma certa maneira. O passivo indireto, por outro lado, ocorre quando as mortes causadas pela discriminação de gênero não são um crime.

O Feminicídio infantil, é caracterizado pelo homicídio de uma menina menor de 14 (quatorze) anos por um homem compelido pela confiança e responsabilidade de ter poder sobre um menor. Já o Feminicídio doméstico é o assassinato de um ou mais membros da família em um ambiente familiar, baseado no parentesco entre as vítimas e o agressor, e resultante do poder do homem sobre os membros subordinados da família (VELOZO; FRANÇA, 2018).

Por outro lado, o feminicídio sexual e sistemático ocorre quando as mulheres são sequestradas, torturadas, violentadas e, na maioria dos casos, assassinadas.

3.2 Motivação do ato de Feminicídio

A principal motivação para o feminicídio é a questão do gênero. Mulheres que são assassinadas por serem mulheres, crimes associados a inúmeros sentimentos negativos como: desprezo, ódio, fanatismo, entre outros sentimentos, mesmo patológicos, que influenciam a prática do crime (FAÇANHA, et al., 2018).

A partir do momento em que o agressor começa a considerar a mulher como sua propriedade e não reconhece que ela se comporta de maneira diferente. O combate à violência contra a mulher é importante, mas é a lei como um todo que deve oferecer proteção. O termo "feminicídio" no Direito Penal refere-se à mulher, se houver, à esposa ou namorada do personagem vítima, mas um homem que mata uma mulher por razões de gênero será tratado mais severamente do que uma mulher que mata um determinado homem pelo mesmo motivo (GRECO, 2017).

Deve-se observar que não apenas o marido, mas também a esposa pode fazer parte do crime ativo. A este respeito, Rogerio Greco (2017) leciona:

A este respeito, deve-se notar que o feminicídio, como um dos meios de homicídio qualificado, pode ser cometido por qualquer pessoa, homem ou mulher. Assim, nada impede a aplicação de uma circunstância agravante se, em uma relação homossexual feminina, um dos parceiros vivendo em uma unidade familiar causar a morte de seu parceiro (GRECO, 2017, p. 500).

O capítulo seguinte descreve como o feminicídio entrou em vigor no código penal brasileiro.

3.3 O Feminicídio no Código Penal Brasileiro

Em 2001, a Comissão Interamericana puniu o Estado brasileiro por sua negligência e omissão na área da violência doméstica e recomendou que o Brasil, entre outras medidas, promovesse e defendesse um método de recurso para acabar com a tolerância e o tratamento discriminatório do Estado, com especial atenção à violência doméstica contra a mulher no Brasil. Em 2004, o Decreto nº 5.030, criou no Brasil, um grupo de trabalho interinstitucional para preparar, com a participação da sociedade civil e do governo, o planejamento, a revisão das medidas legislativas e outros instrumentos para combater a violência contra a mulher (SAFFIOTI, 2003).

Em 09 de março de 2015, a Presidente Dilma Rousseff sancionou a Lei nº 13.104, criando o crime de "feminicídio", que na verdade deriva de um novo tipo de "homicídio qualificado" registrado no inciso VI, do artigo 121, parágrafo 2º, do Código Penal Brasileiro:

Art.121. matar alguém

(...)

§2º se o homicídio e cometido

(...)

VI – contra mulher por razões da condição de sexo feminino.

(incluído pela Lei 13.104 de 2015).

De acordo com esta qualificação do Código Penal, o sujeito passivo é uma mulher. Foi adicionado ao §7º do artigo 121 do CP, definindo a figura do feminicídio como um tipo de homicídio agravado no aspecto extremo da violência de gênero contra a mulher, que

define o assassinato de uma mulher em situações de violência doméstica e familiar, mutilação, violência sexual ou desfiguração da vítima.

Antes da incorporação da Lei nº 13.104/15 ao sistema jurídico brasileiro, este crime era geralmente punido com a pena de homicídio culposo incluída no Artigo 121 do Código Penal. Entretanto, os crimes cometidos antes da entrada em vigor da norma acima mencionada não atendem a esta condição, uma vez que a não-derrotabilidade da lei é um direito fundamental garantido pela Carta Política e consagrado no artigo 1º do Código Penal.

Com relação à "Lei do Femicídio", o Senado Federal destacou o seguinte em seu Projeto de Lei nº 292/2013:

A importância da caracterização do feminicídio é reconhecer na forma de lei que as mulheres são mortas por causa de sua feminilidade, expondo a fissura da desigualdade de gênero que persiste em nossa sociedade, e isto socialmente, para combater a impunidade, evitando que o feminicídio seja qualificado por interpretações legais anacrônicas e moralmente inaceitáveis, como a comissão de 'crimes passionais'. Ela também envia uma mensagem positiva à sociedade de que o direito à vida é universal e que a impunidade não ficará impune. Também protege a dignidade da vítima, impedindo estratégias pelas quais a mídia nega o status de mulheres brutalmente assassinadas, culpando-as pelo crime que sofreram (BRASIL, 2015).

O tópico seguinte esclarece o termo "por razão do sexo feminino", com base na lei nº 13.104 de 2015.

3.4 Razões da condição do sexo feminino

A redação da Lei nº 13 104/2015 explica claramente em detalhes o feminicídio: "de acordo com o *status* da mulher". Assim, o legislador enfatiza que este crime só ocorre quando uma mulher é vítima do crime de assassinato pelo simples fato de ser mulher, ou seja, em outras circunstâncias a qualificação não pode ser aplicada. O legislador a inclui no Artigo 121 do Código Penal em duas seções e também especifica que o crime é cometido em razão do sexo feminino quando o crime resulta em "violência doméstica e familiar, desrespeito ou discriminação contra o *status* da mulher". Portanto, se estas duas hipóteses não estiverem presentes, não se trata de um feminicídio, mas de um assassinato.

Nesse contexto, o artigo 121, inciso I, do parágrafo 2^a A do Código Penal condena a violência doméstica e familiar, que corresponde ao Artigo 5^o da Lei Maria da Penha, nº. 11.340 de 2006:

Artigo 5^o Para os fins desta lei, a violência doméstica e familiar contra a mulher é qualquer ação ou omissão baseada no sexo. Ela causa morte, ferimentos, sofrimento físico, sexual ou psicológico, assim como danos morais ou materiais:

I - no contexto de uma unidade doméstica entendida como um espaço no qual as pessoas, com ou sem laços familiares, vivem juntas permanentemente incluindo aqueles que vivem juntos esporadicamente;

II - No contexto de uma unidade familiar, entendida como uma comunidade formada por pessoas que são ou se consideram, aparentados, unidos por laços naturais, de parentesco ou de vontade;

III - em qualquer relação íntima de afeto em que o agressor viva ou tenha vivido com a vítima, independentemente de viverem ou não juntos (BRASIL, 2006).

O inciso II condena o abandono ou a discriminação contra as mulheres. A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, contida no artigo 1^o do Decreto nº 4.377 de 2002, sobre a discriminação contra a mulher aduz:

Para os propósitos desta Convenção, o termo "discriminação contra a mulher" significa qualquer forma de distinção, exclusão ou restrição com base na equidade de gênero entre homem e mulher para assegurar que as mulheres, independentemente de seu estado civil, gozem dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nas esferas política, econômica e social, ou em qualquer outro campo (BRASIL, 2002).

Este artigo tem sido criticado em várias ocasiões pelo fato de ter um conceito demasiadamente extensivo. Pode-se concluir que o desprezo ou discriminação contra a mulher ocorre quando o autor do crime de feminicídio despreza e desvaloriza o sexo feminino. As razões para o aumento das penas baseadas na Lei nº 13.104 de 2015 serão discutidas a seguir.

3.5 Causas de aumento de pena com fundamento na Lei nº 13.104 de 2015

O feminicídio, por se configurar por meio da qualificadora do crime de homicídio doloso, foi incluído na lista de crimes hediondos. Além da introdução salientada pela Lei nº 13.104 de 2015:

Artigo 2º - O artigo 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, deve doravante entrar em vigor com a seguinte modificação:

Artigo 1º (...), I - homicídio (art. 121) quando cometido em atividade típica de grupo de extermínio, mesmo que cometidos por um único perpetrador, e homicídio qualificado (Art. 121, § 2º, I, II, III, IV, V e VI) (BRASIL, 2015).

Além disso, o legislador também incluiu razões para aumentar o nível de punição como previsto no artigo 121 § 7º do Código Penal:

§ 7º A pena para o feminicídio é aumentada em 1/3 (um terço) até a uma metade se o crime for cometido:

- I - durante a gravidez ou dentro de três (3) meses após o parto
- II - contra uma pessoa menor de quatorze (14) anos ou maior de sessenta (60) anos de (sessenta) anos de idade ou uma pessoa deficiente
- III - na presença de descendentes ou ascendentes da vítima.
(COLOCAR REFERENCIA DO CÓDIGO PENAL).

O inciso I, estabelece que a pena é agravada se o crime for cometido contra a mulher durante a gravidez ou no prazo de três meses após o parto. O argumento para este aumento é baseado no fato de que uma mulher grávida é mais vulnerável e que o crime carrega um estigma social maior.

O inciso II, prevê uma pena maior se o crime for cometido contra uma mulher menor de quatorze anos, maior de sessenta anos de idade ou deficiente. Este aumento se baseia na maior vulnerabilidade da vítima, já que o comportamento do intermediário é um ato de covardia, o que é de grande importância porque corresponde ao princípio de proteção integral garantido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Estatuto do Idoso pela Lei nº 8.069/90 e pela Lei nº 10.741 de 2003, respectivamente.

Além disso, o artigo não especifica o tipo de deficiência que corresponde a uma qualificadora, de modo que uma circunstância agravante pode incluir qualquer tipo de problema físico ou mental, desde que a capacidade de resistência da vítima seja reduzida em conformidade.

O inciso III, trata de uma circunstância agravante se o crime tiver sido cometido na presença de um ascendente (pai, mãe, etc.) ou descendente (filhos, netos, etc.) da vítima. A circunstância agravante é evidenciada pelo intenso sofrimento causado à pessoa por causa de sua história de amor.

No capítulo seguinte, levanta-se questões específicas, sendo questionada a eficácia e a importância da lei e destaca-se os argumentos favoráveis e contrários.

3.6 Argumentos contrários e favoráveis a tipificação

Como qualquer lei que trata de uma questão histórica e social, esta lei está sujeita a sérias críticas, e a Lei nº 13.104/15 não é exceção. Entre os principais pontos de vista opostos estão o simbolismo jurídico criminal, bem como a hipertrofia do Estado ao criar leis excessivas sem base na política criminal. O crime. Neste sentido:

Portanto, é muito mais fácil para o legislador satisfazer os desejos das pessoas, criando regras momentâneas, que contribuem para o efeito simbólico do direito penal, do que abordar efetivamente problemas sociais reais (MARQUES, et al., 2015, p.17).

É notório pela citação acima que, em um momento de crise, para abordar os descontentamento do povo, esta atitude do legislador é chamada de simbolismo do direito penal. O direito penal. Sobre este assunto Façanha, et al., (2018) instrui:

A tipificação do feminicídio não resolverá este problema social porque o ramo do direito penal é incapaz de fornecer o fator de mudança social, um fator tão intimamente relacionado com a sociedade, nem mudará a interpretação judicial, porque seria mais eficaz ter uma política específica, pois as obrigações contra a violência contra as mulheres é de natureza tanto social quanto social (FAÇANHA, et al., 2018, p.7).

Observa-se que a proliferação injustificada de leis não resolve os problemas sociais. Além disso, os dados estatísticos do Atlas da Violência (2019) mostram que o número total de mulheres assassinadas no Brasil está acima de 4.936 até os últimos censos. Também, deve-se observar que estes números não são exatos, pois alguns estados da federação ainda não contabilizam as mortes de mulheres.

No lado positivo, argumentos como a igualdade dos bens materiais, dado que as mulheres estão em estado de subordinação aos homens desde o início da humanidade, complementam a criação da lei dos direitos humanos (vida, dignidade humana, etc.). Além disso, a caracterização dos comportamentos dá maior viabilidade à obrigação do Estado de tomar medidas para prevenir a morte das mulheres, desenvolvendo políticas públicas

apropriadas para prevenir e erradicar a violência, tais como a conscientização nos jornais e nas redes públicas de educação.

Outrossim, pode-se argumentar que a conscientização pública sobre esta questão pode contribuir significativamente para mudar a mentalidade patriarcal, que ainda hoje existe (VELOSO, et al., 2018).

Portanto, pode-se concluir que ambos os argumentos são plausíveis. Há vantagens e desvantagens em ambas as áreas. Daí a solução para o problema não deve vir apenas do governo através de campanhas de conscientização na mídia, nas escolas e universidades, assim como das universidades, mas também da sociedade como um todo, com base no conhecimento da questão.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo mostrou que a Lei nº 13 104/2015 foi criada em resposta a uma reação estatal que procurava reduzir o número crescente de assassinatos deliberados de mulheres por causa de seu gênero. Ela também aponta que a violência contra as mulheres não é um problema atual, mas um problema histórico e social intimamente ligado à cultura patriarcal.

Além disso, é claro que a norma por si só não reduzirá as taxas de homicídios, dado o número crescente de assassinatos de mulheres no Brasil. Embora a norma seja um passo importante na proteção dos direitos da mulher, ela tem pouco efeito na prática, pois o número de assassinatos de mulheres tem aumentado nos últimos anos.

Em resumo, este estudo pode ser utilizado não apenas por estudantes de diferentes cursos, mas também por profissionais do direito e cidadãos comuns, pois ambos querem ser informados e ter conhecimento adequado sobre o assunto. Pode até ser utilizado como forma de conscientização, pois explica por que o padrão foi criado e como ele se aplica no mundo real.

Finalmente, é bem conhecido que o direito é uma ciência social e, portanto, deve evoluir com o indivíduo, no entanto, nem sempre será a melhor maneira de refrear seus desejos e impulsos, pois as regras estão situadas no plano abstrato da necessidade. Portanto, cabe ao Estado não apenas aprovar leis, mas também promover formas de mudar a mentalidade patriarcal e misógina de nossa sociedade.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Carlos Eduardo Rios do. **Violência doméstica**: breves notas sobre a Lei nº 13.641/2018. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65220/violencia-domestica-breves-notas-sobre-a-lei-13-641-2018>>. Acesso em: 18 de março de 2021. 2018.

_____. **Atlas da violência**. Organizadores: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. 2019.

BOTELHO, Jefferson. **Breves apontamentos sobre a Lei nº 13.104/2015**, que cria de crime feminicídio no Ordenamento jurídico brasileiro. Jus. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37061/breves-apontamentos-sobre-alei-n-13-104-2015-que-cria-de-crime-femicidio-no-ordenamento-juridicobrasileiro>. Acesso em: 10 de agosto de 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 de outubro de 2021.

_____. Senado Federal. **Projeto lei do Senado Federal nº 292, de 2013** (da CPMI de Violência Contra a Mulher no Brasil). Altera o Código Penal, para inserir o Feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/hpsenado>. Acesso em: 28 de abril de 2021.

CAVALCANTE, Érika Claudine Rodrigues. **Violência contra mulher**: as suas políticas públicas e aplicação da lei Maria da Penha. 2015. Disponível em: <<https://erikacrcavalcante.jusbrasil.com.br/artigos/251026383/violencia-contra-mulher>>. Acesso em: 15 de março de 2021.

CONVENÇÃO SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO CONTRA A MULHER. Disponível em: http://www.compromissoeatitude.org.br/wpcontent/uploads/2012/11/SPM2006_CEDAW_portugues.p. Acesso em 30 de Abril de 2021.

DECRETO nº 1973, de 1º de Agosto de 1996. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará)**, assinada na Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, em 6 de junho de 1994. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acesso em: 15 de março de 2021.

ESSY, Daniela Benevides. **A evolução histórica da violência contra a mulher no cenário brasileiro**: do patriarcado à busca pela efetivação dos direitos humanos femininos. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-evolucao-historica-da-violencia-contra-a-mulher-no-cenario-brasileiro-do-patriarcado-a-busca-pela-efetivacao,589527.html>>. Acesso em: 20 de março de 2021.

FAÇANHA, Josanne. et al. **Feminicídio como lei simbólica no Brasil em uma comparação a outros ordenamentos Jurídico**. VIII Jornada Internacional de Políticas Públicas. 2018. 12 p. Disponível em: <https://periodicos.furg.br/juris/article/viewFile/7680/5330>. Acesso em: 25 de setembro de 2021.

FEIX, Virgínia. **Das formas de violência contra a mulher**: artigo 7º. 2018. Disponível em: http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/2_artigo-7.pdf. Acesso em: 22 de março de 2021.

FEMINICIDIO: Dossiê violência contra as mulheres. **Agência Patrícia Galvão**. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia/violencias/feminicidio/>. Acesso em: 10 de setembro de 2021.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha**: o processo penal no caminho da efetividade. São Paulo: Atlas S.a., 2015. 281 p. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000429/cfi/291!/4/4@0:0>. Acesso em: 15 de março de 2021.

GRECO, Rogerio. **Código Penal comentado**. 11. ed. Niterói: Impetus, 2017.

GUEDES, Brena Kécia Sales; GOMES, Flâmela Kevylla Silva. **Violência contra a mulher**. Disponível em: <http://ww2.faculdadescearenses.edu.br/revista2/edicoes/vol7-1-2014/artigo12.pdf>. Acesso em: 02 de abril de 2021.

LIRA, Higor. **Aspectos históricos da discriminação de gênero e da violência doméstica contra a mulher**. Disponível em: <http://colunagianizalenskin.blogspot.com/2017/02/aspectos-historicos-da-discriminacao-de.html>. Acesso em: 20 de março de 2021.

MACHADO, Hudson. **O feminicídio como crime hediondo e a evolução da lei**. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62421/o-feminicidio-como-crime-hediondo-e-a-evolucao-da-lei>. Acesso em: 15 de março de 2021.

MARTINELLI, Andréa. **Violência psicológica é a forma mais subjetiva de agressão contra a mulher; saiba como identificar**. 2018. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/2014/11/25/violencia-psicologica-e-a-forma-mais-subjetiva-de-agressao-contr_a_21676045/. Acesso em: 15 de março de 2021.

MEDEIROS, Luciene. **CF 2018 e a violência contra a mulher**: a expressão mais dramática da desigualdade de gênero no Brasil. 2018. Disponível em: <http://portaldascebs.org.br/2018/03/13/cf-2018-e-violencia-contra-mulher-expressao-mais-dramatica-da-desigualdade-de-genero-no-brasil/>. Acesso em: 4 de abril de 2021.

PASIATO, Wânia. **“Femicídios” e as mortes de mulheres no Brasil**. Cardenos Pagu, v.37, p219-246, jul./dez. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n37/a08n37.pdf>. Acesso em: 03 de janeiro de 2022.

SAFFIOTI, Heleieth. **Violência estrutural e de gênero – Mulher gosta de apanhar?** In: PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Programa de Prevenção, Assistência e Combate à Violência Contra Mulher – Plano Nacional: Diálogos sobre Violência Doméstica e de Gênero – construindo políticas públicas, p. 27-38, 2003.

SANTOS, Jadson. Femicídio e a violência contra mulher no Brasil. **Jus navigandi**. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74104/femicidio-ea-violencia-contra-mulher-no-brasil>. Acesso em: 10 de agosto de 2021.

VELOSO, Roberto; FRANÇA, Rafaela. A tipificação do crime de feminicídio como medida para o enfrentamento da violência contra a mulher. **Revista Ceuma Perspectivas**. v. 31, n. 1. 2018. Disponível em: <http://www.ceuma.br/portalderevistas/index.php/RCCP/article/download/176/pdf>.

WAISELFISZ, Júlio Jacobo. **Mapa da violência 2015**: Homicídios de mulheres no Brasil. Brasília: Flacso; 2015. Disponível em: http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Acesso em: 13 de dezembro de 2021.

A (DES)PROTEÇÃO DA PRIVACIDADE E DA IMAGEM NA INTERNET

EVIE SARAMELLA DE RESENDE:

Graduada em Comunicação Social pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Pós-graduada em Direito Constitucional pela Faculdade Internacional Signorelli. Servidora pública no Ministério Público de Minas Gerais

ROBERTO CÉSAR PROCÓPIO CORRÊA

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar a proteção de direitos como a privacidade e a imagem frente ao desenvolvimento tecnológico representado pelo crescente uso da internet e das redes sociais no Brasil. Atualmente, os indivíduos assistem a constantes violações em seus direitos da personalidade através da *web*. Com o desenvolvimento da internet e o crescimento das redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas, a publicação e divulgação de conteúdos aumenta a cada dia. O uso indevido da imagem e a invasão da privacidade e da intimidade das pessoas são as violações mais comuns nesse ambiente. Para tratar desse tema, será apresentada análise doutrinária, legal e jurisprudencial acerca dos variados aspectos que envolvem este polêmico universo.

PALAVRAS-CHAVE: Privacidade. Imagem. Internet.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A INTERNET NO BRASIL – NÚMEROS CRESCENTES DE UTILIZAÇÃO E DE VIOLAÇÕES DE DIREITOS. 3. A PROTEÇÃO À IMAGEM, À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 4. INTERNET: UM TERRITÓRIO SEM LEIS? 5. A JURISPRUDÊNCIA NOS CASOS DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA INTERNET. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

É notório que a internet revolucionou as relações pessoais e, por consequência, impactou os diversos setores da sociedade, de variadas maneiras. Por um lado, a rede mundial de computadores facilitou a vida dos usuários, possibilitando a comunicação e a circulação de informações, proporcionando a realização de compra e venda de mercadorias *online* e “encurtando distâncias” entre pessoas e até mesmo entre nações. Por outro lado, uma série de problemas tem sua origem nas relações estabelecidas através da internet. A insegurança em relações comerciais, os golpes aplicados por meio da rede e a prática de pedofilia e pornografia infantil na *web* são alguns exemplos.

A necessidade dos indivíduos de se manterem conectados e em contato uns com os outros, ainda que através do mundo virtual, faz com que uma quantidade cada vez maior de informações circule pela internet. São textos, fotos, vídeos, comentários, se acumulando na rede a todo momento. A velocidade com que uma informação pode ser difundida através de compartilhamentos em redes sociais é algo que há pouco mais de uma década sequer seria imaginável. E o acesso por meio de celulares contribui de forma impactante para esse cenário.

Contudo, a popularização da internet e das redes sociais não altera as relações pessoais apenas de maneira positiva, também traz consigo uma série de novos problemas, decorrentes do excesso de exposição e da falta de cuidado dos usuários. O uso indiscriminado e, algumas vezes, desregrado dessas redes faz com que os indivíduos se exponham em demasia e, em muitos casos, provoquem a exposição indevida de terceiros.

Importante ressaltar que a utilização das informações compartilhadas na *web* muitas vezes extrapola os contornos da vida pessoal e ganha dimensões muito maiores. Não são raros, por exemplo, os casos em que jornalistas pautam suas matérias em publicações de usuários nas redes sociais.

Além disso, não se pode deixar de considerar que a internet ainda é vista por muitos como um território sem leis, onde o anonimato leva à impunidade. A inconsequência com que dados e opiniões são divulgados na *web* é prova dessa visão equivocada, que, muitas vezes, tenta se justificar pelo exercício pleno do direito à liberdade de expressão.

Neste contexto, aumentam exponencialmente as violações dos direitos da personalidade, principalmente no âmbito da privacidade, da intimidade e da imagem. Assim, o que se busca nesse artigo é analisar, à luz da doutrina e da jurisprudência, a proteção conferida ao direito à privacidade, à intimidade e à imagem, expressa na Constituição Federal de 1988 e, ainda, na legislação infraconstitucional, notadamente nas hipóteses em que ocorre a violação desses direitos através da internet e das redes sociais. Não se pretende, obviamente, esgotar o assunto, visto que as discussões a respeito são ainda incipientes e muito necessitam avançar.

2. A INTERNET NO BRASIL – NÚMEROS CRESCENTES DE UTILIZAÇÃO E DE VIOLAÇÕES DE DIREITOS

A utilização da rede mundial de computadores é crescente no Brasil e no mundo. Segundo dados da ONU, do ano 2000 ao ano 2015, o número de usuários em todo o mundo passou de 400 milhões para 3,2 bilhões. No Brasil, os dados da última Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), divulgada pelo IBGE em abril de 2015, mostram que o acesso à internet em domicílios chegou a 85,6 milhões de brasileiros em 2013, número equivalente a 49,4% da população. De acordo com a pesquisa TIC Domicílios

2014, realizada pelo Centro de Estudos sobre as Tecnologias da Informação e da Comunicação (Cetic.br), a internet chegou a 50% das residências brasileiras no ano passado. A pesquisa ocorreu entre outubro de 2014 e março de 2015 e também levou em consideração o acesso à rede através de celulares.

Além da disponibilização de conteúdos, a internet oferece, hoje, numerosas possibilidades de comunicação e interação aos usuários. Neste universo, as redes sociais e os aplicativos de mensagens instantâneas atraem números cada vez maiores de participantes. Para se ter uma ideia, de acordo com os dados mais recentes, divulgados pelo próprio site, 89 milhões de brasileiros acessavam o *Facebook* no segundo trimestre de 2014, o que correspondia a 80% dos internautas do país. Já o *WhatsApp*, um dos mais conhecidos aplicativos de mensagens instantâneas, era utilizado por 38 milhões de brasileiros no primeiro bimestre de 2014. Desde então, não houve divulgação de novos números referentes ao Brasil, mas no início daquele ano, o aplicativo era acessado por 465 milhões de pessoas no mundo todo, sendo que os dados mais recentes, apresentados em setembro de 2015, mostram que o *app* já é utilizado por 900 milhões de pessoas.

Corroborando o que sinalizam os números, Douglas Azevedo e Antonio Luiz Medina afirmam que:

Hodiernamente, as redes sociais são praticamente inerentes ao cotidiano dos cidadãos das grandes cidades. O crescimento que a tecnologia digital obteve nos últimos anos está transformando nossas atividades, principalmente as comunicacionais. O *Facebook*, maior rede social do mundo, através de suas aplicabilidades, está revolucionando nossa forma de interagir e de conviver [...] (AZEVEDO, MEDINA, 2014, p. 1).

E não se trata apenas dos cidadãos das grandes cidades. As redes sociais e os aplicativos de mensagens estão presentes na vida dos habitantes de qualquer cidade onde a internet possa chegar, desde as metrópoles até os pequenos vilarejos. E, como já mencionado, o que temos visto com o crescente uso dessa mídia é um aumento do número de casos de violação da imagem, da privacidade e da intimidade das pessoas, fato que se verifica frequentemente no Brasil.

Difícil mensurar a quantidade de pessoas, usuários da internet ou não, que já foram vítimas de algum tipo de violação cometida através da *web* no país. Os casos que envolvem artistas e celebridades em geral são os que ganham maior destaque na mídia. Dentre eles, o primeiro a chamar atenção foi o caso da atriz Carolina Dieckmann. Ela teve diversas fotos íntimas publicadas na internet, em 2012. A atriz foi vítima de uma invasão em sua conta de *e-mail*, onde as fotos foram encontradas. Houve, ainda, uma tentativa de extorsão em troca da não publicação das fotos. Após investigação, os responsáveis pela invasão e divulgação

das imagens foram indiciados por furto, extorsão qualificada e difamação. Além disso, com a grande repercussão do caso, foi editada a Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, que acrescentou os artigos 154-A e 154-B ao Código Penal e tipificou criminalmente os delitos informáticos. A norma, que ficou conhecida como Lei Carolina Dieckmann, será melhor detalhada posteriormente.

Entretanto, mesmo após a Lei 12.737/12, esse tipo de violação não deixou de acontecer. O ator Murilo Rosa também foi vítima de criminosos, no ano de 2013. Em setembro de 2015, ele venceu na justiça uma disputa com a empresa *Google*, que foi condenada a pagar R\$ 60 mil reais de indenização ao ator, por danos morais.

O caso mais recente de divulgação de fotos sem autorização aconteceu com o ator Stênio Garcia. Ele e a esposa, Marilene Saade, tiveram fotos íntimas vazadas na internet, em setembro de 2015. Nas imagens, feitas com um celular, os dois aparecem nus diante de um espelho. O casal registrou queixa em uma delegacia especializada em repressão aos crimes de informática, mas o responsável pelo vazamento das fotos ainda não foi identificado. O fato é que as imagens, feitas pelo próprio casal, chegaram às redes sociais e aos celulares de milhares de pessoas através de compartilhamentos.

Outro caso de grande repercussão aconteceu com cantor Cristiano Araújo, que morreu após um acidente automobilístico, em junho de 2015. Imagens do cadáver do cantor, feitas durante o procedimento de tanatopraxia (técnica de conservação de corpos) e antes do velório, foram compartilhadas e publicadas em sites e redes sociais. Um vídeo gravado por uma funcionária da clínica de tanatopraxia se espalhou rapidamente por meio de compartilhamentos, mostrando como é difícil, senão impossível, controlar os materiais disponibilizados na internet. A profissional, que gravou as imagens enquanto realizava o procedimento, alegou que não publicou o vídeo, apenas enviou para um amigo próximo. Tanto ela quanto outro técnico que aparece na gravação foram indiciados pelo vazamento das imagens e respondem pelo crime de vilipêndio a cadáver. A pessoa que originalmente recebeu o vídeo também foi indiciada, pois foi apontada como responsável pela publicação das imagens. Além disso, o Delegado responsável pela investigação chegou a afirmar que, se houvesse denúncia, as pessoas que compartilhassem o vídeo também seriam indiciadas por vilipêndio. Na esfera cível, a Produtora do cantor entrou com uma ação pedindo a retirada das imagens da internet. Posteriormente, o pai de Cristiano também entrou com uma ação nesse mesmo sentido. As decisões liminares de tais ações serão apresentadas em tópico específico.

Vale ressaltar que, embora a repercussão seja maior em relação às pessoas famosas, a divulgação de imagens sem autorização é cada vez mais comum e pode acontecer indiscriminadamente, com qualquer pessoa, muitas vezes gerando graves consequências. Um dos casos mais extremos aconteceu com uma adolescente de 17 anos, no Piauí. Júlia Rebeca teve um vídeo de sexo compartilhado na internet, em 2013. As imagens foram

distribuídas por celulares na cidade de Parnaíba, onde a jovem morava. Envergonhada com a publicação do vídeo, Júlia postou mensagens de despedida em uma rede social e cometeu suicídio.

3. A PROTEÇÃO À IMAGEM, À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição é a lei suprema de um país. É a base do ordenamento jurídico e também sua fonte de validação. Por essa razão, todas as leis a ela estão subordinadas e nenhuma norma pode contra ela dispor.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso X, estabelece 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”. Tal proteção ainda é mencionada expressamente no artigo 220 da Lei Maior, como uma forma de limitação à liberdade dos meios de comunicação.

Walber de Moura Agra (2010 apud ALVES, 2014, p. 4) esclarece que: “Esses direitos que não existiram expressamente na Carta Magna anterior, demoraram a entrar no amparo constitucional porque nasceram em decorrência da inovação tecnológica. São garantias para a proteção dos cidadãos contra os avanços tecnológicos.”

Alguns autores não fazem distinção entre os conceitos de intimidade e privacidade. Outros, entretanto, postulam que o direito à intimidade está contido no direito à privacidade, que seria mais amplo. Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, os que defendem essa separação estabelecem que:

O direito à privacidade teria por objeto os comportamentos e acontecimentos atinentes aos relacionamentos pessoais em geral, às relações comerciais e profissionais que o indivíduo não deseja que se espalhem ao conhecimento público. O objeto do direito à intimidade seriam as conversações e os episódios ainda mais íntimos, envolvendo relações familiares e amizades mais próximas. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 692)

Para outros estudiosos, entretanto, o direito à privacidade relaciona-se à convivência entre as pessoas, que estaria delimitada em três esferas concêntricas e sobrepostas. Na esfera social, os indivíduos satisfariam seus interesses enquanto membros da sociedade. Nela estariam contidos os fatos que podem ser conhecidos por todos. Na esfera privada, seriam satisfeitos os interesses dos indivíduos enquanto membros de uma comunidade. Dessa forma, nela estariam compreendidos os fatos que podem ser conhecidos por um número restrito de pessoas. Já na esfera individual ou íntima, os indivíduos procurariam

satisfazer seus interesses pessoais, o que contemplaria os fatos que são subtraídos do conhecimento de todas as outras pessoas, que são exclusivamente reservados ao próprio indivíduo (MORAES, 2012).

O direito à imagem, por sua vez, também recebe proteção expressa na Lei Fundamental e está relacionado tanto à preservação da expressão externa, ou seja, das características físicas de uma pessoa, quanto à salvaguarda das características de personalidade que distinguem moralmente um indivíduo. Dessa forma, o direito à imagem pode ser violado quando a foto de uma pessoa, ou até mesmo de partes de seu corpo, é divulgada sem autorização, bem como quando sua “imagem moral” é atacada. Além do já mencionado inciso X, o direito à imagem encontra proteção também nos incisos V e XXVIII do artigo 5º da CF.

Por se tratar de um direito da personalidade, a imagem é um direito não patrimonial, indisponível, imprescritível, exclusivo, inato e vitalício, acompanhando o indivíduo desde o nascimento até a morte. A exibição da imagem de um indivíduo deve ser objeto de contrato, no qual deverá ser definido como, quando e por quanto tempo a imagem poderá ser utilizada.

Também a legislação infraconstitucional corrobora a tutela desse direito. O Código Civil de 2002, em capítulo dedicado aos direitos da personalidade, assim dispõe em relação à imagem:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Importante ressaltar que a maioria dos direitos é passível de limitações. A própria Constituição estabelece alguns limites. Um exemplo é o já citado artigo 220, no qual a liberdade de informação jornalística é limitada pelo direito à privacidade. Este direito, por sua vez, pode ser limitado pelo interesse público, bem como pelas condições em que se deu a exposição do indivíduo, a veracidade dos fatos e as características da pessoa que teve a privacidade exposta, isto é, se se trata de um indivíduo que habitualmente transita no ambiente público, como artistas, políticos e celebridades, ou se é um cidadão comum. Contudo, sobre essa questão, alerta Branco:

É importante frisar que não basta a veracidade da notícia sobre um indivíduo para que se legitime a divulgação. Cobra-se, além disso,

que a divulgação não se destine meramente a atender à curiosidade ociosa do público, mas que vise a se constituir em elemento útil a que o indivíduo que vai receber o informe se oriente melhor na sociedade em que vive. Haverá sempre, ainda, que aquilatar o interesse público com o desgaste material e emocional para o retratado, num juízo de proporcionalidade estrita, para se definir a validade da exposição. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 702)

Muitas vezes, o direito à liberdade de expressão é utilizado como justificativa em disputas que envolvem a imagem, a privacidade e a honra dos indivíduos. Todavia, deve-se ter em mente que esse direito não é absoluto e não pode servir de respaldo para disseminação de ideias ou informações falsas, que prejudiquem qualquer pessoa ou grupo de pessoas. André Puccinelli Junior ressalta que:

(...) a liberdade de manifestação do pensamento é um direito fundamental de primeira dimensão, característico dos regimes democráticos e que deverá ser exercido de forma responsável, harmonizando-se com a honra, a privacidade e a intimidade da pessoa humana, sob pena de render direito de resposta e indenização por danos morais e materiais por eventuais desvios. (PUCCINELLI JUNIOR, 2013, p. 385)

4. INTERNET: UM TERRITÓRIO SEM LEIS?

Como já mencionado no início deste trabalho, é cada vez mais comum a exposição indevida de pessoas através da internet. Da mesma forma, cresce o número de casos em que ocorre a invasão de dispositivos móveis ou de computadores privados, que muitas vezes contêm informações pessoais e sigilosas.

Com o desenvolvimento da internet e o consequente aumento dessas práticas, fez-se necessária a edição de leis que tipificassem tais condutas e regulassem o uso da rede mundial de computadores. Alguns autores defendem, ainda, maior proteção aos direitos individuais. Puccinelli Junior afirma que “o moderno aparato tecnológico tornou facilmente devassável a vida das pessoas, recobrando maior proteção constitucional à imagem, honra, intimidade e privacidade de cada indivíduo em particular.” (PUCCINELLI JUNIOR, 2013, p. 394)

No Brasil, até o presente momento, não houve alteração no texto constitucional para garantir maior proteção a direitos individuais. Contudo, pelo menos duas leis foram criadas com o objetivo de proteger os cidadãos das más condutas praticadas na internet e das invasões a dispositivos de informática.

A primeira delas é Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Conhecida como Lei Carolina Dieckmann, a norma foi editada após a invasão à conta de *e-mail* da atriz e a consequente divulgação de imagens íntimas, conforme já mencionado neste artigo. Ao acrescentar os artigos 154-A e 154-B ao Código Penal, a Lei 12.737/12 tipifica criminalmente alguns delitos informáticos. A lei, no *caput* do artigo 154-A, dispõe que é crime:

Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

Para tais crimes, a pena prevista é de detenção, de três meses a um ano, além de multa. Se do delito resultar prejuízo econômico à vítima, a pena será aumentada de um sexto a um terço. A lei prevê, ainda, pena de reclusão, de seis meses a dois anos, e multa, se a invasão tiver como finalidade a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, informações sigilosas e segredos comerciais ou industriais, resguardando, assim, as empresas, indústrias e instituições financeiras. Tal pena pode ser aumentada em dois terços se os dados ou informações obtidas forem divulgados, transmitidos ou comercializados a terceiros. A ação penal pública para os crimes previstos no *caput* do artigo 154-A está condicionada à representação da vítima, mas pode ser incondicionada se o delito for praticado contra a "administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal ou Municípios ou contra empresas concessionárias de serviços públicos."

É necessário ressaltar a importância dos mecanismos de segurança para proteção dos dispositivos de informática, tais como antivírus, senhas e *firewall*. A Lei 12.737/12 incrimina a conduta dos invasores que driblam tais mecanismos e, com isso, afetam a privacidade digital de um indivíduo, seja através da obtenção direta de dados e informações ou pela instalação de vulnerabilidades que permitirão a futura obtenção de vantagens ilícitas. Entretanto, se a invasão do dispositivo se der sem a violação de mecanismo de segurança, pela inexistência deste, será considerada conduta atípica.

A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, por sua vez, estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Conhecida como Marco Civil da Internet, a norma era bastante aguardada no país, contudo ainda carece de regulamentação e não abarca todas as necessidades da sociedade em relação à utilização da *web*.

A lei tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, conforme consta em seu artigo 2º. Além disso, o artigo 3º estabelece que a disciplina do uso da internet no Brasil tem como princípios a garantia da liberdade de expressão, comunicação e

manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal, bem como a proteção da privacidade e a proteção dos dados pessoais, na forma da lei, entre outros.

No capítulo que trata dos direitos e garantias dos usuários, o Marco Civil da Internet reafirma a proteção à privacidade e à intimidade:

Art. 7º. O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

II - inviolabilidade e sigilo do fluxo de suas comunicações pela internet, salvo por ordem judicial, na forma da lei;

III - inviolabilidade e sigilo de suas comunicações privadas armazenadas, salvo por ordem judicial;

[...]

Art. 8º. A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

Na Seção III, que trata da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros, a Lei 12.965/14 estabelece que o provedor de internet não será responsabilizado civilmente por danos causados por conteúdos gerados por terceiros. Contudo, cria algumas ressalvas para casos em que o provedor não tome as medidas necessárias para retirar determinados conteúdos, que podem ser considerados ofensivos, da rede:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

[...]

Art. 21. O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.

Apesar de tratar da responsabilidade dos provedores quanto à retirada de conteúdos que prejudiquem terceiros, o Marco Civil da Internet deixa a desejar em relação à responsabilidade daqueles que publicam tais conteúdos e dos danos gerados pelas publicações. A lei estabelece apenas que as ações para ressarcimento de danos à honra, à reputação ou a direitos de personalidade podem ser apresentados nos juizados especiais.

5. A JURISPRUDÊNCIA NOS CASOS DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE NA INTERNET

Com o desenvolvimento da internet e o aumento do número de violações cometidas através da *web*, cresce também o número de processos movidos pelos que se consideram ofendidos ou lesados em seus direitos. Difícil identificar tendências claras nos julgados desse tipo de ação, uma vez que os casos são muito específicos e diferentes entre si. Contudo, pode-se dizer que a Lei nº 12.965/14 tem servido como base para as decisões mais recentes. Provedores usualmente são condenados a retirar de seus domínios os conteúdos considerados ofensivos quando, após notificação dos usuários ou determinação judicial, deixam de tomar as providências necessárias.

A partir do Marco Civil da Internet, tornou-se necessário especificar na decisão judicial a URL, ou seja, do link do conteúdo a ser excluído. Alegando a ausência dessa especificação em um processo, a *Google Brasil Internet* interpôs agravo regimental junto ao Superior Tribunal de Justiça (STJ). A Ministra Maria Isabel Gallotti, entretanto, entendeu que não era possível aplicar retroativamente o artigo 19 da referida lei, vez que a mesma não estava em vigor à época em que os fatos ocorreram, e, analisando ainda outras alegações, negou provimento ao agravo. Observe a ementa:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CRIAÇÃO DE PERFIL FALSO EM REDE SOCIAL. RESPONSABILIDADE DO PROVEDOR DE ACESSO. NOTIFICAÇÃO DO CONTEÚDO OFENSIVO. INÉRCIA. VALOR FIXADO A TÍTULO DE DANO MORAL. RAZOABILIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que o provedor deve remover

conteúdo ofensivo quando denunciado o fato, sob pena de ser responsabilizado civilmente. 2. Admite-se excepcionalmente em recurso especial o reexame do valor fixado a título de danos morais, quando ínfimo ou exagerado, o que não ocorre no presente caso. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ - AgRg no AREsp: 642400 PR 2014/0321987-0, Relator: Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Data de Julgamento: 12/05/2015, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/05/2015)

Por outro lado, em um dos processos movidos pela produtora do cantor Cristiano Araújo, pedindo a retirada de imagens do corpo do artista da internet, conforme mencionado em tópico anterior, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (TJ-GO) acolheu recurso do *Google Brasil* e determinou que a CA Produções Artísticas, indique as URLs das imagens consideradas ofensivas, para que a empresa efetue a retirada do material. A decisão foi proferida em outubro de 2015 e foi posterior à decisão liminar, exarada ainda em junho desse ano, na qual o magistrado responsável havia acatado o pedido inicial de exclusão imediata das imagens. Na recente decisão, foi estabelecido, ainda, que o *Google* terá 24 horas para retirar as fotos e vídeos da internet após o recebimento dos links. Em nota enviada à imprensa, o *Google Brasil* ressaltou que, ao acolher o recurso, o TJ-GO aplicou corretamente o que prevê o artigo 19 do Marco Civil da Internet e a jurisprudência consolidada do STJ, que estabelecem que a decisão judicial deve indicar as URLs específicas a serem excluídas. A empresa afirmou, ainda, que não dispõe de meios técnicos para promover o controle prévio da disseminação de conteúdos.

Em outra ação, movida pelo pai de Cristiano Araújo, o juiz Clauber Costa Abreu, da 15ª Vara Cível de Goiânia, determinou a imediata exclusão de fotos e vídeos do local do acidente, da necropsia e do velório de Cristiano, além do bloqueio do compartilhamento do material. A sentença também foi proferida em outubro de 2015. Com a decisão, as empresas *Google*, *Yahoo*, *Facebook* e *Microsoft* ficaram obrigadas a suprimir qualquer resultado de busca referente a esses conteúdos, no prazo de 24 horas a partir da notificação, sob pena de multa diária de R\$ 10 mil. Embora no ordenamento jurídico brasileiro os direitos de personalidade, como a proteção à imagem e à honra, não sejam reconhecidos para pessoas mortas, o juiz concordou com o argumento do advogado, que alegou que tais direitos passam a pertencer aos familiares do morto, e aplicou o artigo 20 do Código Civil, que prevê a proibição de divulgação uma imagem capaz de atingir a honra de alguém. Uma audiência de conciliação entre o autor e as empresas réis foi agendada para dezembro de 2015. Contudo, não foram divulgadas informações sobre eventuais recursos ou sobre novas decisões no processo.

Muitas decisões levam em conta os direitos e garantias previstos na Constituição, assim como o conflito entre alguns deles. Em uma ação movida por um policial de Minas

Gerais, o autor alegou que teve uma imagem publicada sem autorização no *Facebook*, acompanhada de calúnia, injúria e difamação, uma vez que era acusado de agredir uma adolescente. Requereu da autora da publicação e do *Facebook* indenização por danos morais e retratação pelas acusações sofridas. O recurso da ré, autora da publicação na rede social, foi negado pela 14ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJ-MG), conforme ementa que segue:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. PUBLICAÇÃO OFENSIVA EM REDE SOCIAL. DANOS MORAIS. RETRATAÇÃO. A liberdade de expressão deve ser exercida com cautela e consciência, respeitando-se os demais direitos constitucionalmente tutelados da dignidade da pessoa humana, honra, vida privada e intimidade. Enseja lesão a direito da personalidade a publicação de foto de outrem, com mensagem acusatória de agressão, mormente se os fatos não podem ser comprovados. A publicação ofensiva e difamatória em rede social, na qual se identifica publicamente a vítima, gera lesão a direito da personalidade e impõe o dever de indenizar, sendo possível, também, determinar-se a retratação. (TJ-MG - AC: 10439140020991001 MG, Relator: Estevão Lucchesi, Data de Julgamento: 12/03/2015, Câmaras Cíveis / 14ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 24/03/2015)

Há que se considerar, entretanto, as demandas injustificadas que são apresentadas frequentemente aos Tribunais de Justiça. Um simples comentário em uma foto publicada na rede social pode se transformar em um processo descabido. Um caso como esse aconteceu também em Minas Gerais. Em Apelação Cível, o Desembargador Mota e Silva entendeu que comentários como "essa foto ficou um horror" e "bruxa do 71", feitos em fotos publicadas pela apelante no *Facebook* não caracterizam ato ilícito. Assim, relatou:

APELAÇÃO CÍVEL - DANOS MORAIS - PUBLICAÇÕES EM REDES SOCIAIS - OFENSAS NÃO COMPROVADAS - INDENIZAÇÃO INDEVIDA - RECURSO IMPROVIDO. - Aborrecimentos e chateações do cotidiano não ensejam indenização por danos morais, visto que integram as relações humanas e não trazem maiores consequências ao indivíduo. - Se todas as desavenças ou desentendimentos motivassem dano moral, assistiríamos a uma banalização desse instituto e a vida em sociedade tornar-se-ia inviável. - O Poder Judiciário não pode dar guarida a toda insatisfação que acomete as pessoas diante das adversidades da vida, incomodadas com os mínimos conflitos de relacionamento. Pensar diferente seria admitir a judicialização de todo e qualquer evento do cotidiano. (TJ-MG - AC:

10672140123924001 MG, Relator: Mota e Silva, Data de Julgamento: 30/06/2015, Câmaras Cíveis / 18ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 03/07/2015)

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo que foi exposto neste artigo, fica claro que ainda há muito a se discutir sobre as transformações que a inovação tecnológica, notadamente a internet, provocou e continua a provocar na sociedade. Se tal evolução abre caminho para novas conquistas e descobertas, também cria um ambiente para novas práticas ilícitas. O Direito, enquanto ciência humana, busca a cada dia se adaptar às transformações sociais para acompanhar as exigências do mundo moderno.

Na sociedade atual, todos querem ter seus direitos respeitados. Ocorre que, no mundo virtual, isso parece ser ainda mais difícil. Trata-se de um ambiente relativamente novo, onde as pessoas não parecem ter o hábito de avaliar as consequências de seus atos e, da mesma forma, não parecem perceber que os conteúdos, uma vez publicados, saem de seu controle. Muitas vezes blindadas pelo ideal do anonimato, escrevem o que querem, publicam qualquer conteúdo e ofendem outros indivíduos sem o menor pudor. O mundo virtual parece não ter dono, nem lei.

Contrariando essa crença na impunidade, que parece imperar em nosso país, surgiram recentemente as primeiras leis voltadas à internet no Brasil. Além de regular o uso da rede, buscando preservar direitos resguardados pela Constituição Federal, a legislação também se volta à tipificação de crimes cometidos através da *web* ou mesmo àqueles que ocorrem pela invasão de dispositivos de informática, sem que haja utilização da internet. E, embora a investigação desses crimes e violações seja bastante recente, é cada vez mais comum que tais condutas recebam a devida punição, imposta pelas leis.

Há que se ressaltar, porém, que as leis 12.737/12 e 12.965/14 são ainda incipientes e, embora contribuam para desestimular algumas práticas ilícitas, ainda carecem de maior caráter proibitivo e punitivo. Na ausência de normas que efetivamente proíbam determinadas práticas na internet, os cidadãos permanecem desprotegidos, sofrendo com violações aos direitos da personalidade. Nesses casos, resta às vítimas recorrer ao judiciário para buscar a responsabilização dos infratores e algum tipo de retratação, seja financeira ou moral. Neste sentido, parece estar pacificado pela jurisprudência que tanto os responsáveis pelas publicações originais quanto os que promovem a divulgação delas, por meio de compartilhamentos, podem responder por seus atos.

Não se pode deixar de considerar a dificuldade em estabelecer qualquer tipo de proibição num ambiente como a internet. Com o avanço tecnológico atual, uma imagem pode ser registrada e compartilhada em questão de segundos. Com aplicativos de

mensagens instantâneas, como o *WhatsApp* e o Telegram, um conteúdo pode chegar a um número inimaginável de pessoas em pouquíssimo tempo. E, em casos como esses, seria possível o bloqueio de tal conteúdo, retransmitido a centenas, milhares ou até milhões de celulares? Em um contexto em que os provedores alegam não ter controle prévio sobre os materiais publicados pelos usuários, como seria possível proibir alguma publicação? Em um caso de grande repercussão, como os que envolvem alguma celebridade, seria possível identificar todas as URLs dos conteúdos a serem retirados da rede? Para perguntas como essas não é fácil encontrar respostas, pelo menos para nós, que não detemos grande conhecimento técnico sobre o funcionamento da internet. Não significa, porém, que tais soluções não existam.

Certamente, faz-se necessária uma legislação mais incidente e específica, que busque a prevenção dos danos causados por práticas ilícitas na internet, em vez de simplesmente buscar maior agilidade na reparação destes, visto que alguns podem atingir tamanha repercussão a ponto de se tornarem irreparáveis. Mas também se faz necessária a maior conscientização dos usuários, para que não exponham sua privacidade de forma exagerada e facilitem, assim, a ação de criminosos e de pessoas mal intencionadas.

Enquanto as leis e os usuários da internet não evoluem na mesma velocidade que a rede se desenvolve, permanece a certeza de que os direitos tutelados pela Constituição precisam ser respeitados, seja no mundo real ou no virtual. E, no curso de tantas transformações sociais, cabe aos juristas, apoiados pela legislação existente e pela doutrina, a difícil tarefa de encontrar a interpretação adequada para garantir a tutela desses direitos fundamentais, tão caros aos indivíduos.

REFERÊNCIAS

ACESSO à internet chega a 49,4% da população brasileira. **EBC**, Brasília, 29 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/tecnologia/2015/04/acesso-internet-chega-494-da-populacao-brasileira>>. Acesso em: 25 out. 2015.

ALVES, V.A. Responsabilidade civil por dano à imagem-atributo: a prática do sexting e a violação à intimidade. In: CONGRESSO NACIONAL CONPEDI/UFPB, 18, 2014, João Pessoa. **Anais...** João Pessoa: UFPB, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=50806d9f6a9a340b>>. Acesso em: 26 jul. 2015.

AZEVEDO, D.; MEDINA, A.L. Dependência ou Autonomia? Um estudo sobre o comportamento dos universitários do Rio de Janeiro no Facebook. In: INTERCOM, 2014, Foz do Iguaçu. **Anais...** Foz do Iguaçu: UNICENTRO, 2014. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2014/expocom/EX43-0299-1.pdf>>. Acesso em: 08 jul. 2015.

BESSA, P. Justiça condena Google a indenizar Murilo Rosa em R\$ 60 mil. **EGO**, Rio de Janeiro, 10 set. 2015. Disponível em: <<http://ego.globo.com/famosos/noticia/2015/09/justica-condena-google-indenizar-murilo-rosa-em-r-60-mil.html>>. Acesso em: 14 out. 2015.

BORGES, F. Escritório terá de listar links com imagens do corpo de Cristiano Araújo. **G1**, [s.l.], 05 nov. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2015/11/escritorio-tera-de-listar-links-com-imagens-do-corpo-de-cristiano-araujo.html>>. Acesso em: 30 dez. 2015.

_____. Juiz manda tirar do ar imagens do corpo do cantor Cristiano Araújo. **G1**, [s.l.], 26 jun. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/musica/noticia/2015/06/juiz-manda-google-e-facebook-tirar-imagens-de-cristiano-araujo-do-ar.html>>. Acesso em: 28 out. 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso: 20 jul. 2015.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso: 20 jul. 2015.

_____. **Lei 10.737, de 30 de novembro de 2012**. Brasília, DF, 30 nov. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso: 06 de out. 2015.

_____. **Lei 10.965, de 23 de abril de 2014**. Brasília, DF, 23 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso: 06 de out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 642400 PR 2014/0321987-0. T4 – 4ª Turma. Relatora Ministra Maria Isabel Gallotti. Julgado em: 12/05/2015. Publicado em: 20/05/2015. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/189906430/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-642400-pr-2014-0321987-0>>. Acesso: 30 de dez. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 10439140020991001. 14ª Câmara Cível. Relator Desembargador Estevão Lucchesi. Julgado em: 12/03/2015. Publicado em: 24/03/2015. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/176170205/apelacao-civel-ac-10439140020991001-mg>>. Acesso: 30 de dez. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 10672140123924001. 18ª Câmara Cível. Relator Desembargador Mota e Silva. Julgado em: 30/06/2015. Publicado em: 03/07/2015. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/205220700/apelacao-civel-ac-10672140123924001-mg>>. Acesso: 30 de dez. 2015.

CAROLINA Dieckmann fala pela 1ª vez sobre fotos e diz que espera 'justiça'. **G1**, São Paulo, 14 maio. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2012/05/carolina-dieckmann-fala-pela-1-vez-sobre-roubo-de-fotos-intimas.html>>. Acesso em: 14 out. 2015.

DIAS, R. WhatsApp diz ter 38 milhões de usuários no Brasil. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 26 fev. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/tec/2014/02/1418158-whatsapp-diz-ter-38-milhoes-de-usuarios-no-brasil.shtml>>. Acesso em: 25 out. 2015.

EM 15 anos, número de usuários de internet passou de 400 milhões para 3,2 bilhões, revela ONU. **ONU/BR**, [s. l.], 28 maio. 2015. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/em-15-anos-numero-de-usuarios-de-internet-passou-de-400-milhoes-para-32-bilhoes-revela-onu/>>. Acesso em: 28 dez. 2015.

FACEBOOK tem 89 milhões de usuários no Brasil. **Meio&Mensagem**, [s. l.], 22 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.meioemensagem.com.br/home/midia/noticias/2014/08/22/Facebook-tem-89-milhoes-de-usuarios-no-Brasil.html#>>. Acesso em: 25 out. 2015.

FERREIRA FILHO, M. G. **Curso de Direito Constitucional**. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, H. S. Pela 1ª vez, acesso à internet chega a 50% das casas no Brasil, diz pesquisa. **G1**, São Paulo, 15 set. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/09/pela-1-vez-acesso-internet-chega-50-das-casas-no-brasil-diz-pesquisa.html>>. Acesso em: 14 out. 2015.

GUERRA, S. A tutela constitucional da privacidade. **Revista do Curso de Direito da UNIABEU**. Belford Roxo, v. 2, n. 1, p. 22-55, jan. a jul. 2012. Disponível em: <<http://www.uniabeu.edu.br/publica/index.php/rcd/article/view/531>>. Acesso em: 09 jul. 2015.

JUIZ proíbe imagens do corpo de Cristiano Araújo no Google e no Facebook. **Consultor Jurídico**, [s.l.], 23 out. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-23/juiz-proibe-imagens-corpo-cristiano-araujo-google>>. Acesso em: 28 out. 2015.

LENZA, P. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MÃE de jovem achada morta após vídeo íntimo reclama de 'violação'. **G1**, [s.l.], 17 out. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2013/11/mae-de-jovem-achada-morta-apos-video-intimo-reclama-de-violacao.html>>. Acesso em: 14 out. 2015.

MARTINS, L. Facebook revela total de usuários de WhatsApp, Instagram, vídeos e mais. **Techtudo**, [s. l.], 24 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.techtudo.com.br/listas/noticia/2015/04/facebook-revela-total-de-usuarios-de-whatsapp-instagram-videos-e-mais.html>>. Acesso em: 25 out. 2015.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, G.B.P. Direitos Individuais. In: _____. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. cap. 28, p. 543-569.

NETO, C.A.B.; JÚNIOR, A.J.P. Desafios da liberdade de expressão na internet e a (im)possível colisão de direitos. In: CONGRESSO NACIONAL CONPEDI/UFPB, 18, 2014, João Pessoa. **Anais...** João

Pessoa: UFPB, 2014. Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=00ad4587c5c242e2>>. Acesso em: 26 jul. 2015.

PUCINELLI JUNIOR, A. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTANA, V. Pai pede na Justiça que imagem de Cristiano Araújo morto seja apagada. **G1**, [s.l.], 07 out. 2015. Disponível em: < <http://g1.globo.com/goias/noticia/2015/10/pai-pede-na-justica-que-imagem-de-cristiano-araujo-morto-seja-apagada.html>>. Acesso em: 28 out. 2015.

SUSPEITOS de furtar fotos de Dieckmann devem ser indiciados. **Jornal Nacional**, [s. l.], 14 maio. 2012. Disponível em: < <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2012/05/suspeitos-de-furtar-fotos-de-dieckmann-devem-ser-indiciados.html>>. Acesso em: 14 out. 2015.

TAVARES, A.R. Das Garantias Constitucionais. In: _____. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. cap. 30, p. 689-699.

TORRES, L. Stênio Garcia e mulher registram queixa por fotos íntimas divulgadas. **G1**, Rio de Janeiro, 01 out. 2015. Disponível em: < <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2015/10/stenio-garcia-e-mulher-registram-queixa-por-fotos-intimas-divulgadas.html>>. Acesso em: 14 out. 2015.

WHATSAPP chega a 900 milhões de usuários. **G1**, São Paulo, 04 set. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2015/09/whatsapp-chega-900-milhoes-de-usuarios.html>>. Acesso em: 28 dez. 2015.

BARÃO DE RIO BRANCO: 120 ANOS DE MEMÓRIA E CONTEMPORANEIDADE DO SEU PENSAMENTO

GUILHERME ELEUTÉRIO MARTINEZ:

Advogado, mestrando pela PUC/SP, pós-graduado em Direito Tributário pela FGV,

Resumo. Em 2022 é lembrado 120 anos da morte de José Maria da Silva Paranhos, o Barão do Rio Branco, o qual por uma década dirigiu o Itamaraty, bem assim marcou e cunhou um caminho e história para a política externa brasileira. A justíssima homenagem busca retratar o início da história do Barão do Rio Branco, seus inegáveis feitos e decisivas contribuições para a diplomacia e política externa brasileira, os quais marcaram definitivamente a trajetória do país, bem assim demonstrar a atualidade de seu pensamento e, principalmente, metodologia.

Palavras chaves: Barão do Rio Branco, relações Brasil-Estados Unidos, americanismo, diplomacia, política externa.

Abstract. In 2022, is remembered 120 years of the death of José Maria da Silva Paranhos, the Baron of Rio Branco, who headed Itamaraty for a decade, is remembered, and thus marked and imprinted a path and history for Brazilian foreign policy. The most just tribute seeks to portray the beginning of the history of the Baron of Rio Branco, his undeniable achievements and decisive contributions to Brazilian diplomacy and foreign policy, which definitively marked the trajectory of the country, as well as demonstrating the relevance of his thinking and, above all, methodology.

Keywords: Barão do Rio Branco, Brazil-United States relations, Americanism, diplomacy, foreign policy.

Sumário: 1. Introdução. 2. O Barão de Rio Branco. 3. Relevantes missões e soft-power e political craftsmanship. 3.1. A questão da Argentina. 3.2. Guiana Francesa. 3.3. Acre e o Maio desafio de Rio Branco. 3.3.1 – O enlace de problemas e interesses. 3.3.2 – O Barão de Rio Branco. 3.3.3 Acordo e Tratado de Petrópolis. 4. Considerações Finais. 5. Referências.

1. Introdução

José Maria da Silva Paranhos Júnior nasceu no Rio de Janeiro em 20 de abril de 1845, na antiga Travessa do Senado. Filho do Visconde do Rio Branco, Juca Paranhos (como era

conhecido) levava o mesmo nome do pai, Visconde do Rio Branco (presidente do Conselho do Ministros do Império (1870-1875)⁴³.

Quanto ao pai, Vasco Mariz realiza um estudo histórico exemplar ao demonstrar que o primogênito da família Paranhos tinha uma admiração quase mítica e religiosa pelo pai, com que desde cedo compartilhava interesse pela região do Prata e assuntos militares. O pai não possuía uma linhagem nobre, nem possuía fortuna, havia chegado ao lugar de destaque em que se encontrava devido aos seus esforços⁴⁴.

Como membro da Maçonaria, o pai convive com homens importantes da sua época, o que possivelmente lhe abriu novas portas no ofício de jornalista, ressalta Vasco Mariz⁴⁵. Ademais, em 1844 é eleito como deputado estadual pelo Rio de Janeiro. No ano posterior, nasceria o Barão de Rio Branco.

Concluído o estudo primário, Juca Paranhos é matriculado no Colégio Pedro II, no Rio de Janeiro, em 1855. O colégio Pedro II era o colégio no qual a elite imperial mandava seus filhos e lá Juca Paranhos conseguiu não apenas complementar os estudos formais, mas sua formação social⁴⁶.

Incentivado pelo pai para estudar Direito, em 1862. Aos 17 anos de idade adentrou na Faculdade do Direito de São Paulo⁴⁷.

Ao contrário de seus colegas, não se inclinou para elaboração de poemas ou versos, sua dedicação era estritamente a História do Brasil.

Mesmo ao próprio curso de Direito, biógrafos ressalta que ofereceu atenção limitada para conferir o título de bacharel, de modo que sua paixão restava sobre a história.

A esse teor, cabe destacar estudo elaborado por Nathalia Henrich⁴⁸:

Ao contrário de muitos de seus colegas, não se inclinou a escrever poemas nem versos, sua dedicação já nesta época era

43 MARIZ, Vasco. A MOCIDADE DO BARÃO DO RIO BRANCO E SUA TORMENTOSA NOMEAÇÃO PARA A CARREIRA DIPLOMÁTICA. BARÃO DO RIO BRANCO 100 ANOS DE MEMÓRIA. ORGANIZADOR: PEREIRA, Manoel Gomes. Fundação Alexandre de Gusmão, Brasília, 2012, pag. 20.

44 Idem 1. Pag. 46.

45 Idem 1. Pag. 47.

46 Idem 1. Pag. 47

47 Idem 1. Pag. 48.

48 Henrich, Nathália As relações Brasil-Estados Unidos no pensamento político do Barão do Rio Branco [dissertação] / Nathália Henrich ; orientador, Ricardo Silva. - Florianópolis, SC : 2010. 145 p.: il. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política.

à história do Brasil. Mesmo para com o Direito, consta que não ofereceu senão uma atenção medíocre e suficiente para conferir-lhe o título de bacharel. O Direito nunca o apaixonou e seu tempo era cada vez mais destinado aos seus solitários estudos de história. Foi membro fundador da Revista do Instituto Científico e nele publicou sob o pseudônimo X, os Episódios da Guerra do Prata, em 1864. Em 1865, escreveu a biografia do Barão do Serro Largo, posteriormente publicada na Revista Popular. (D'AMARAL, 2001; ARAÚJO, 2002).

Ademais, desde jovem, Juca Paranhos sentiu forte atração pela noite carioca. Como bem escreveu Luiz Viana Filho: "*O belo sexo atraía o adolescente e nada o deliciava mais do que a indiscrição de um decote, permitindo-lhe avançar o olhar sobre um belo colo.*" Frequentava regularmente as noitadas do Alcazar Lyrique do Père Arnaud, na rua da Vala, a atual rua Uruguaiana⁴⁹.

Tais hábitos quase arruinaram suas possibilidade de uma carreira diplomática e política, de modo que o pai acabou por forçar o filho terminar os estudos em Olinda, Pernambuco, a fim de afastá-lo das noites cariocas⁵⁰.

É importante destacar que em outra análise, Natalia Henrich destaca que ressalta o problema doméstico vivido pelos Paranhos. O segundo filho adoece e fica paralisado, de modo que Juca Paranhos, ao observar tudo de São Paulo, começa a perder peso e adoecer. Veja-se⁵¹:

Juca observa tudo de São Paulo com tristeza e começa a perder peso e adoecer. O pai toma a resolução de enviá-lo para completar o curso no Recife, aceitando a sugestão dada pelo Monsenhor Pinto de Campos, deputado por Pernambuco e íntimo da família. Lá, Juca tornou-se braço-direito do Monsenhor no jornal O vinte e cinco de março, onde publicou durante meses um Estudo sobre a política do Brasil no Prata. Ainda que sem assinatura, tudo leva a crer que o autor era Paranhos Júnior, uma vez mais dedicado ao seu tema preferido.

49 Idem 1. Pag. 21

50 Idem 1. Pag. 21

51 Idem Nota 6. Pag. 49-50.

Após a conclusão do curso em Olinda, Pernambuco, Juca Paranhos retorna ao Rio de Janeiro, de modo a retomar o contato com antigos amigos e hábitos boêmios⁵².

No entanto, Juca Paranhos tinham um interesse de grande mérito, qual seja: entusiasta da história pátria.

A esse teor, cabe destacar comentário de Eduardo Prado⁵³:

erudição que conseguiu ter a respeito do Brasil é, por assim dizer, salomônica [...] O que o Barão do Rio Branco sabe do Brasil é uma coisa vertiginosa. É capaz de escrever, sem esquecer uma minúcia, como eram feitas as naus de Pedro Álvares Cabral, de que tecido vinham vestido os seus marinheiros e o nome das plantas mais vulgares na praia de Porto Seguro, onde ancoraram aquelas naus. Leu tudo o que há impresso, copiou, ou fez copiar, todos os manuscritos, fez deles extratos, distribuiu esses extratos, em forma de notas, pelas páginas de todos os livros que tratam do Brasil, retificou, esclareceu, corrigiu, explicou, emendou e ampliou todos esses livros, e com o mundo de suas notas, poderá ele um dia publicar uma história e uma descrição do Brasil, que será um monumento.

Seu primeiro trabalho após a formatura foi como professor no Colégio Pedro II, o qual durou aproximadamente 03 meses. Tampouco tinha vocação para advogado, pois em carta para um colega confessou: "*não sirvo mesmo para isto, decididamente*"⁵⁴. Passou um tempo como promotor de Nova Friburgo, entretanto, também desistiu.

A despeito do pouco sucesso profissional no âmbito do Direito, quanto à história, Juca Paranhos estudava atenciosamente. Veja-se⁵⁵:

A Guerra do Paraguai fascinava-o, e acompanhava os acontecimentos de perto, estudando cuidadosamente as operações militares. Desde 1866 escrevia na revista francesa

⁵² Formado em Pernambuco e de volta ao Rio de Janeiro, Juca retomou o contato com os antigos amigos, e as intrigas recomeçaram imediatamente. Outro fato que desagradava à Corte era o de ele ter se juntado ao templo maçônico da capital, de considerável influência política. O Rio de Janeiro da época oferecia inúmeras tentações noturnas, e Juca Paranhos adorava o convívio com atrizes francesas atraentes, as quais não se cansava de cortejar e certamente o correspondiam. Idem item 1. Pag.22

⁵³ PRADO, Eduardo. *Coletâneas*. São Paulo, 1904. pp. 340-341. vol. 1

⁵⁴ Idem 1. Pag. 22.

⁵⁵ Idem 1. Pag, 22-23.

L'Illustration, de difusão internacional, como comentarista da Guerra da Tríplice Aliança, artigos, crônicas e desenhos de batalhas, buscando sempre divulgar favoravelmente a participação do Brasil no confronto. Com afã jornalístico, "procurava conquistar a opinião pública europeia para nossa causa, desfazendo as intrigas da intensa propaganda de Solano Lopez", escreveu Meira Matos. Enviava aos principais chefes militares, como Caxias, Osório, Tamandaré e Barroso, perguntas pormenorizadas sobre as operações militares de que participaram. Álvaro Lins cita uma carta com perguntas muito detalhadas que Juca Paranhos dirigiu ao general Osório.

Cabe destacar que um golpe da sorte muda o panorama e vida de Juca Paranhos. Um bilhete premiado da loteria e alguma ajuda paterna são os elementos que propiciam sua viagem pela Europa. Veja-se⁵⁶:

Em março de 1867, Juca Paranhos parte no Shannon rumo à Lisboa. (VIANA FILHO, 1988). Uma viagem à Europa representava então um complemento à formação de um jovem como Juca, já que não havia estudado lá o curso completo. Seus destinos foram Portugal, França, Alemanha e Áustria e teve tempo de percorrê-los detidamente em quase um ano de viagem.

Com o Visconde de Rio Branco em uma posição de maior valor e prestígio, fora possível eleger o filho como Deputado pela Província de Mato Grosso, sem ao menos ter conhecido o local. Em 15 de maio de 1869, Juca Paranhos toma posse na Câmara dos Deputados. Consta que trabalhou rigorosamente na defesa da Lei do Ventre Livre, bem assim fora reeleito para uma nova legislatura e retira-se do cargo apenas em 1876⁵⁷.

Naquele momento, o Visconde de Rio Branco atuava como Ministro do Estrangeiro, o qual possibilitou à Juca Paranhos a entrada nas questões da diplomacia, as quais desde o princípio lhe agradaram, tendo inclusive acompanhado o Visconde na missão ao Prata, em 1869, para realizar negociações referentes ao fim da guerra⁵⁸. Veja-se imperiosa análise realizada por Nathália Henrich:

Em outubro de 1870 viajou oficialmente novamente à região, desta vez como Secretário da missão que negociaria os termos da paz. Lá permaneceu até março de 1871 e pôde ver

56 Idem 6. Pag. 50

57 Idem 6. Pag. 52

58 Idem 15.

finalmente em ação àquele a quem tanto admirava e de quem conhecia bem os métodos de trabalho. Mais tarde lembraria: —meu pai, quando ministro, trabalhava em casa, no seu gabinete, e tinha sempre ao seu lado dois ou três auxiliares (...) Vi assim funcionar em casa a Secretaria dos Negócios Estrangeiros. (LINS, 1996, p. 65). Ser secretário na missão serviu como uma espécie de estágio ao jovem deputado, que viu crescer seu gosto pelas coisas da diplomacia.

Teria um relevante papel também ao fundar *A Nação* (jornal porta-voz do Gabinete Rio-Branco), junto com Gusmão Lobo, em 1872. Nesse momento, o Visconde de Rio Branco preenchia o cargo de Presidente do Conselho de Ministros e sabia da relevância de ter apoio da mídia e imprensa. Com suas publicações, Juca Paranhos começa a desfrutar de uma notoriedade dada suas contribuições.

Ademais, tal contribuição na periódica na imprensa lhe deu a exata noção da força da imprensa e seu papel na vida política⁵⁹, o qual representará um importante instrumento posteriormente.

Entretanto, sua vida fama de boêmio começa a espalhar pela Corte e incomodar o Visconde de Rio Branco⁶⁰. A esse teor, veio a tona um relacionamento de Juca Paranhos com a atriz, Marie Philómene, a qual desencadeou relevantes eventos em sua vida pessoal e pública.

Em 1873, nasce o primeiro filho de Juca Paranhos, em Paris. Ocorre que, Juca Paranhos decide por instalar no Rio de Janeiro, bem assim começa a aumentar suas preocupações com o sustento da família que se iniciava⁶¹.

É importante destacar que alguns biógrafos apontam que tais eventos foram determinantes para início do posto diplomático, somado que a saída do país evitaria comentários sobre a união não oficializada com Marie⁶².

Em 27 de maio de 1875, após um turbulento processo de nomeação⁶³, Juca Paranhos foi nomeado para chefiar o Consulado-Geral de Liverpool e inicia sua carreira nas relações exteriores.

⁵⁹ Idem 6. Pag. 53.

⁶⁰ Idem 6. Pag. 53.

⁶¹ Idem 6. Pag. 53.

⁶² Idem 6. Pag. 53.

⁶³ Isso porque houve uma disputa entre pretendentes para o cargo de Liverpool, de modo que apenas após autorização de Cotegipe e autorização de Duque de Caxias. Vale a pena carta leitura da carta confidencial a seu amigo Domingos Jaguaribe: "Meu pai era íntimo e compadre do duque de Caxias, o qual

2 – O BARÃO DE RIO BRANCO

Juca Paranhos inicialmente recusa o título do baronato, o qual gerou protestos por parte de amigos. As causas exatas da hesitação em fruir do título de baronato não são claras.

No final, rendeu-se e reconheceu o título que entraria para história do Brasil. Em 1893, escreve ao Ministro do Estrangeiro, João Filipe Pereira⁶⁴:

Meu pai ficou mais conhecido no Brasil e no estrangeiro pelo nome de Rio Branco (...). Hoje, no círculo das minhas relações na Europa e neste país, todos me conhecem por este nome. Não posso renunciar a ele e, conservando-o, uso de um direito incontestável. (MOURA, 2003, p. 54).

3 – RELEVANTES MISSÕES E SOFT-POWER E POLITICAL CRAFTMANSHIP

Nos trechos abaixo, será detalhada, sucintamente, relevantes missões em que o Barão de Rio Branco teve relevante participação, bem assim restou clara o uso da “diplomacia do conhecimento” e do *soft power*.

A esse teor, é inegável a relevância do Barão do Rio Branco na construção dos limites do território do país. Sobre tal tema, importante destacar o famoso episódio destacado por Álvaro Lins no qual destaca que certa vez, ao chegar de manhã ao Itamaraty para ver seu paciente, o médico de Rio Branco encontrou-o estendido sobre enorme mapa desobrado no tapete, com ar de que havia mal dormido. Constrangido, o Barão levantou-se, explicando: “Ontem à noite, quis examinar mais de perto os pormenores de um mapa que desenrolei no chão e acabei por adormecer em cima dele”⁶⁵.

Conforme aponta Ricupero, o Brasil deve muito a diplomacia brasileira, dentre essas contribuições, sobressai, em primeiro lugar, o território⁶⁶. Cabe destacar a aceitação pacífica e consolidação jurídica da expansão da linha de Tordesilhas se deveram ao trabalho do Barão de Rio Branco.

Verifica-se outros países não compartilham da sedimentação do entendimento, atualmente, diversos países do mundo ainda enfrentam disputas decorrentes de

tinha também por mim afeição quase paterna, tratando-me sempre por “Meu caro Juca” em cartas que dele possuo em não pequeno número. [...] Fui o candidato do duque de Caxias e sustentado por ele em circunstâncias tais que até teve de lutar para que tal candidatura prevalecesse”. (vide nota 1 pag. 27).

⁶⁴ Idem 6. Pag.58.

⁶⁵ LINS, Álvaro. Rio Branco. Rio de Janeiro. Livraria José Olympio Editora, 1945, vol. II. p. 622

⁶⁶ RICUPERO, Rubens. *A diplomacia na construção do Brasil (1750-2016)*. Rio de Janeiro: Versal, 2017. Pag. 27

resoluções mal resolvida ou não resolvidas, tais como Índia ao Paquistão, China e Índia, Rússia com países vizinhos.

Conforme será detalhado abaixo, o Barão de Rio Branco atuou com maestria na resolução dos conflitos territoriais, bem assim, pelo uso da diplomacia do conhecimento, resolveu questões sem desencadear conflitos armados ou questões mal resolvidas.

3.1 – QUESTÃO DA ARGENTINA

Em 14 de dezembro de 1857, havia sido concluído um tratado de limites, negociado pelo Conselheiro Paranhos (depois Visconde de Rio Branco), e, assinado na cidade do Paraná, capital provisória da Confederação Argentina⁶⁷.

O litígio brasileiro-argentino originara-se, da transposição de nomes de dois cursos de água limítrofes. A fronteira entre o Brasil e a República Argentina é constituída por três seções perfeitamente distintas: a do rio Iguazu, a do rio Uruguai e a que a liga essas duas, formando o limite do território intermédio⁶⁸.

Os governos brasileiro e argentino sempre estiveram de acordo quanto às duas seções dos rios Iguazu e Uruguai; mas discordavam no tocante à terceira, isto é, à determinação dos dois rios que, afluindo para aqueles em direções divergentes, deviam formar a fronteira internacional do território intermédio. O Brasil sustentava que a linha divisória deveria ser formada pelo rio Pepiri-Guaçu e pelo seu contravertente Santo Antônio, demarcados desde 1759; a República Argentina reclamava como limites, desde 1881, dois rios mais orientais: até 1888 eram o Chapecó (a que dera o nome de Pequirí-Guazú) e o Chopim (a que chamou de San Antonio Guazú), havendo transferido, depois, sua pretensão do Chopim para o rio Jangada ⁶⁹.

Nos termos do Tratado de Arbitramento de 7 de setembro de 1889, pelo qual os dois governos haviam concordado em submeter o seu litígio à decisão arbitral do presidente dos Estados Unidos da América, este era convidado, à vista das razões e dos documentos apresentados pelos litigantes, a pronunciar-se, em sentença inapelável, por uma destas duas linhas de limites: a dos rios Pepiri-Guaçu e Santo Antônio, limite secular do Brasil, ou a dos rios Jangada (San Antonio-Guazú) e Chapecó (Pequirí- Guazú), fronteira reclamada pela República Argentina⁷⁰.

67 Jorge, A. G. de Araujo. Introdução às obras do Barão do Rio Branco / A. G. de Araujo Jorge – Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2012. p. 48.

68 Vide nota 25. Pag. 60.

69 Vide nota 25. Pag. 60.

70 Vide nota 25. Pag. 61.

As memórias de Rio Branco e do doutor Estanislau Zeballos, advogado do governo argentino, foram entregues ao árbitro no dia 10 de fevereiro de 1894.

Conforme aponta A.G. de Araujo Jorge, decorrido um ano de consciencioso estudo do volumoso processo, o presidente Grover Cleveland pronunciou sua sentença, reconhecendo plenamente o direito do Brasil à fronteira reivindicada.

Isso porque, o Tratado de Limites de 1777 reproduzia a linha divisória de 1750, isto é, o Pepiri-Guaçu e o Santo Antônio, e as instruções dadas aos novos demarcadores determinavam igualmente que a fronteira correria por esses dois rios, cujos nomes já figuravam nos mapas utilizados pelos negociadores do Tratado de 1777, e haviam sido de comum acordo demarcados em 1759 e 1760⁷¹.

Ocorre que, em 1788, os comissários espanhóis descobriram na margem direita do Uruguai, acima da confluência do Pepiri-Guaçu e, portanto, mais a leste, dentro de território português, a foz de outro rio e, fundando-se em supostos erros atribuídos aos comissários de 1759 e 1760, pretenderam levar a fronteira não mais pelos rios já demarcados, mas pelo novo curso de água recém-descoberto, a que chamaram de Pequiri-Guazú, e pelo rio, seu contraverteste, que aflui para o Iguaçu, a que deram o nome de San Antonio Glaz: esses dois rios figuravam nos mapas portugueses e brasileiros dos fins do século passado e princípios do atual com os nomes de Chapecó e Chopim.

Desta feita, o governo argentino fez suas em 1881 as dúvidas dos comissários espanhóis de 1788 e passou a reclamar como fronteira os rios Chapecó e Chopim, repudiando assim a demarcação de 1759 e 1760, realizada de comum acordo e aprovada pelo governo espanhol, o qual nunca tomou em consideração a mudança proposta em 1788 pelos seus comissários.

Quanto as provas e como o Brasil demonstrou os seus direitos, resta evidente a diplomacia de conhecimento do Barão de Rio Branco.

Conforme aponta A.G. de Araujo Jorge, a prova peremptória e irrefutável, nunca pôde fazê-la o governo do Brasil por não se haver encontrado até então o original do mapa de 1749 e o texto integral das instruções complementares dadas em 1758 aos comissários demarcadores do Tratado de 1750.

Isso porque, o primeiro desses documentos era a cópia autêntica de um dos dois originais do mapa manuscrito de 1749, vulgarmente conhecido pelo nome de "Mapa das Cortes", conservado desde 1824 no ministério dos Negócios Estrangeiros da França, de que se serviram os plenipotenciários portugueses e espanhóis na discussão final e redação definitiva do Tratado de 1750: nesse mapa, descoberto em 1892, em Paris, por um agente

⁷¹ Vide nota 25. Pag. 64.

do governo argentino, o rio Pepiri estava representado como o primeiro acima do Salto Grande do Uruguai e, portanto, o rio que o Brasil reclamava como fronteira.

Quanto ao segundo documento era o texto integral em castelhano, encontrado no Arquivo Geral de Simancas, da chamada “Instrução Particular”, de 22 de junho de 1758, dada aos comissários demarcadores 1759 e 1760. Este documento, cujo texto em português fora também descoberto na Biblioteca Nacional de Lisboa pelo ministro do Brasil, Viana de Lima, não só confirmava em tudo o procedimento daqueles comissários e as decisões por eles tomadas, como não consignava a pretendida descrição do falso Pepiri descoberto em 1788 pelos comissários espanhóis e adotado pelo governo argentino a partir de 1881, para reclamar uma fronteira mais oriental do que a estabelecida nos Tratados de Limites de 1750 e 1777.

Tamanha era direito do Brasil, que A.G. de Araujo Jorge ressalta a interpretação de Paul Groussac:

Tão irresistível era a evidência do direito do Brasil e de tão decisivo valor probante o arazoado apresentado pelo seu patrono ao árbitro, que Paul Groussac, antigo diretor da Biblioteca Nacional de Buenos Aires e um dos mais conscienciosos e autorizados conhecedores da história diplomática da República Argentina, depois de estudar a defesa de Rio Branco, não hesitou em declarar publicamente que “a admirável exposição brasileira produzida alguns anos antes como alegações diplomáticas teria sem dúvida convertido a opinião e evitado o recurso ao arbitramento.”

Nesse mesmo sentido, o próprio doutor Estanislau Zeballos confessou, depois de proferido o laudo arbitral, que esses documentos, também encontrados pelo governo argentino, eram decisivos para o triunfo do direito do Brasil, e que, em consciência, o presidente Cleveland não poderia haver-se pronunciado em favor da República Argentina⁷².

Decorridos 30 dias de pronunciada a sentença arbitral, Rio Branco, **por decreto de 14 de março de 1895**, foi dispensado do cargo de enviado extraordinário e ministro plenipotenciário em Missão Especial nos Estados Unidos da América, regressando logo depois à Europa para reocupar o posto de côsul-geral em Liverpool⁷³.

72 Vide nota 25. Pag. 64.

73 Vide nota 25. Pag. 64.

A.G. Araujo Jorge ressalta que Barão de Rio Branco tinha grande convicção do triunfo da causa, tendo inclusive tal entendimento ser formalizado via carta, datada de 05 de maio de 1893, escrevia a Antônio Francisco de Paula e Sousa. Veja-se:

Tenho a mais profunda convicção de que nenhum árbitro imparcial poderia resolver contra nós esse litígio, lendo a nossa exposição que deve ser escrita com a precisa clareza e acompanhada de mapas; por isso, nenhuma inquietação sinto quanto à sentença que há de proferir o presidente Cleveland, apesar de terem alguns brasileiros, por mal-informados, posto em dúvida o nosso bom direito, e outros complicado a questão discutindo-a pela imprensa na mais louvável das intenções, mas incorrendo em erros e fornecendo inconscientemente armas aos nossos adversários⁷⁴.

Bem assim manifestou em carta ao General Dionísio Cerqueira:

Desde muitos anos, ao estudar esta questão, adquiri a certeza de que os argumentos dos nossos adversários podem ser distribuídos com a maior facilidade, até com documentos e testemunhos espanhóis. Nunca duvidei do nosso bom direito. Estou convencido de que nenhum árbitro poderia resolver contra o Brasil esta questão e se, aceitando o recurso ao juízo arbitral tivéssemos reclamado e obtido a condição de arriscar também a República Argentina alguma coisa, isto é, seu atual território de Misiones, ganho depois da Guerra do Paraguai, estou persuadido de que os argentinos perderiam todo esse território sobre que o Paraguai tinha direito incontestável e que, por muitas razões, devia ser paraguaio ou brasileiro.

Referida vitória decorreu inegavelmente de uma grande esforço da diplomacia do conhecimento e estudo minucioso de documento e da história das fronteiras nacionais.

3. 2 - GUIANA FRANCESA

Após o desfecho feliz da pendência com a República Argentina, o Brasil buscou resolver um outro problema territorial que apresentava enormes dificuldades, os limites fronteiriços com a Guiana Francesa.

Conforme aponta, A. G. de Araujo Jorge o conflito de soberania sobre tal território teria iniciado na remota origem de 1605, quando o Henrique IV, rei da França, nomeando

⁷⁴ Vide nota 25. Pag. 65.

La Revardière seu lugar-tenente nas região da América, desde o Rio das Amazonas até a ilha da Trindade⁷⁵. Entretanto, o conflito se caracteriza quando os franceses ocupam a território das Guianas.

O litígio do Amapá, como o conflito Argentino, originou-se, da transposição de nomes dos rios limítrofes. Assim, o Brasil sustentava que a sua fronteira histórica, geográfica, política e jurídica com a Guiana Francesa deveria correr pelo talvegue do rio Oiapoque ou Vicente Pinson, que deságua no oceano Atlântico, a oeste do cabo de Orange. Por outro lado, a França reivindicava o mesmo limite, mas pretendia que o rio Oiapoque ou Vicente Pinson era outro curso de água muito mais ao sul, designado nos mapas com o nome de Araguari e que se lança no oceano Atlântico ao sul do cabo do Norte⁷⁶.

Isso porque, no Tratado de Utrecht, 1713, não mencionava ou detalhava no tocante ao limite do território interior, isto é, da extensa faixa de terra ao longo do rio Amazonas até a margem esquerda do rio Branco.

A.G. Araujo Jorge narra que com a independência do Brasil, os conflitos acerca da jurisdição e controle do território recomeçam⁷⁷:

Em 1836, o governo francês, aproveitando-se das dificuldades com que lutava o Brasil na repressão da guerra civil dos Cabanos, no Pará, e sob o pretexto de preservar os seus nacionais do contato com os insurretos brasileiros, ordenou o estabelecimento de um posto militar à margem do lago Amapá.

A.G. Araujo Jorge destaca que o Barão de Rio Branco, a despeito de acreditar e crer na provável vitória brasileira, entendia que as peculiaridades do caso⁷⁸.

A primeira [escrevia ao doutor Carlos de Carvalho] é que, em uma questão com o Brasil, a França tem a vantagem que lhe dá seu maior poder e o prestígio que, pela sua língua e literatura, exerce em todo o mundo culto; a segunda, que o governo francês conhece nossa argumentação e os nossos documentos publicados em 1861 e nós nada sabemos do que ele tem preparado desde então para atacá-los; a terceira, que os agentes franceses terão examinado, e poderão ainda examinar

75 Vide nota 25. Pag. 85.

76 Vide nota 25. Pag. 105

77 Vide nota 25. Pag. 92

78 Vide nota 25. Pag. 99

nos arquivos portugueses, a correspondência reservada relativa às negociações de Utrecht que hoje só tem para Portugal interesse histórico, e nós não podemos ler no Ministério dos Negócios Estrangeiros da França e no das Colônias a correspondência reservada relativa ao assunto; a quarta, é que os plenipotenciários portugueses depois de 1815 complicaram a questão admitindo que os negociadores do Tratado de Utrecht erraram, transformando em um só dois rios distintos, circunstância que levou escritores e autoridades brasileiras, como Baena, Acioli, São Leopoldo, general Andréia e outros a caírem no mesmo engano, quando o nosso empenho deve consistir em provar, com Caetano da Silva, que o rio Vicente Pinson é o mesmo rio "Oiapoc" do Tratado Provisório de 1700 e o "Japoc" do Tratado de Utrecht de 1713.

O Barão de Rio Branco, ao debruçar sobre a matéria, estava convencido de que o litígio não poderia ser resolvido por acordo direito entre o Brasil e a França, dada a história do conflito⁷⁹.

Diante disso, o Brasil hesitava sobre a escolha de um Tribunal ou Comissão Arbitral ou um árbitro singular. O Barão de Rio Branco optava pelo último.⁸⁰:

Tal escolha mostrava, mais uma vez, a inegável diplomacia do conhecimento e political craftmanship do Barão do Rio Branco. Isso porque, conforme narra A.G Araujo Jorge "o árbitro singular, sobretudo se chefe de Estado, que é em geral inacessível, oferecia maiores garantias de exame consciencioso e imparcial: tendo empenhada a sua responsabilidade pessoal, examinaria por si mesmo a questão por meio de auxiliares competentes e de sua absoluta confiança."⁸¹.

⁷⁹ Vide nota 25. Pag. 96.

⁸⁰ "Não conheço questão alguma de limites que tenha sido submetida a Tribunais ou Comissões Arbitrais: o julgamento das controvérsias dessa natureza tem sido sempre confiado a um só árbitro, que escolhe auxiliares de sua imediata confiança e com eles estuda na calma do gabinete os documentos apresentados. O exame atento e metucioso dessas provas, que sempre consistem em mapas e outros documentos antigos, exige comparações e cálculos mais ou menos complicados e, por vezes, trabalhos de investigação em bibliotecas e arquivos. Esses trabalhos de paciência são sempre feitos imperfeitamente nos tribunais internacionais. A responsabilidade divide-se e, de ordinário, alguns membros descansam nos colegas ou deixam-se influir pela superior competência ou habilidade de um deles. A discussão entre as partes, escrita a princípio e, depois, oral, é mais rápida e a última não dá lugar para grande reflexão nem para as indagações que podem ser necessárias". (vide nota 25. Pag. 97)

⁸¹ vide nota 25. Pag. 97

Nesse sentido, o laudo arbitral fora expedido pelo Presidente da Suíça, Walter Hauser, o qual, em 01 de dezembro de 1990, reconheceu o direito do Brasil na questão.

A sistemática adotada pelo Barão do Rio Branco na resolução do Conflito Franco-brasileiro comprova sua diplomacia do conhecimento, desde a leitura de todo o problema, o qual demandava amplo estudo da história e localização, desde a forma de resolução.

III.3 - ACRE E O MAIOR DESAFIO DE RIO BRANCO

Conforme aponta Rubens Ricupero, o instante em que fica evidente a *political craftsmanship* do Barão do Rio Branco foi na questão do Acre⁸². Isso porque em referido evento, restou clara a capacidade do poder de dosagem em todas as etapas e sequências do processo, sem praticamente a interveniência de argumentos histórico-cartográficos, a não ser de modo periférico e suplementar.

Mais uma vez, o êxito em criar condições para uma negociação gerou um precedente que inibe e dificulta contestações posteriores e conflitos armados (tais como facilmente, percebe-se, ao analisar conflitos territoriais que perduram por décadas (conflito Índia, Paquistão, por exemplo.).

Quanto ao desafio, Álvaro Lins opinou igualmente ter sido no caso do Acre que o Barão do Rio Branco encontrou, ao mesmo tempo, “a sua questão mais difícil e obteve a sua vitória mais importante”⁸³.

A dificuldade do problema e exceção, decorre que se tratava de um problema não apenas jurídico ou cartográfico, mas político. Utilização de mapas ou retórica jurídica não bastaria para superar o desafio que demandava elevada dosagem de poder, negociação, diplomacia.

I – O enlace de problemas e interesses

Conforme aponta Rubens Ricupero, no Caso Acreano há uma superposição de protagonistas e competidores, uma vez que a soberania do território era disputada entre a Bolívia e o Peru ⁸⁴.

É importante destacar que, no território contestado, havia uma ocupação pelos seringalistas brasileiros, bem assim a presença de interesses econômicos inegáveis.

⁸² Vide nota 25. Pag. 25.

⁸³ LINS, Álvaro. Rio Branco. Rio de Janeiro: José Olympio, 1945. v. 2, p. 436.

⁸⁴ RICUPERO, RUBENS. Barão do Rio Branco : 100 anos de memória / Manoel Gomes Pereira (Org.).-Brasília : FUNAG, 2012. Pag. 124.

Com receio de perder o Acre para os seringalistas brasileiros, os bolivianos optaram por arriscar com um financiamento internacional, o qual, mais tarde, restou um dos irreparáveis erros estratégicos bolivianos na questão. Sob o tema, leciona Ricupero:

Confrontados por dois perigos, o de perder o Acre definitivamente para os seringalistas brasileiros ou o de arriscar a sorte com o capital internacional, os dirigentes bolivianos optaram pela última alternativa. Félix Aramayo, um dos três "barões do estanho" e ministro da Bolívia em Londres, convenceu o governo do general José Manuel Pando, conhecedor pessoal da área, a endossar a proposta de ceder por 30 anos a um consórcio de capitalistas dominado por norte-americanos e ingleses os direitos de exploração fiscal e econômica do território.

(...)

Não há dúvida, no entanto, de que a decisão de ceder direitos quase soberanos ao Bolivian Syndicate se revelou irreparável erro estratégico cometido pelo país vizinho. Logo de saída, a notícia renovou os antigos temores e provocou o recrudescimento da insurreição adormecida, desta vez sob a direção experimentada e aguerrida de Plácido de Castro.

Não bastasse o problema cenário econômico, um outro ponto que complicava a resolução do conflito decorria da própria ausência de admitir um litígio. Conforme aponta Ricupero, não bastassem diversos problemas e interesses que dificultavam a atuação do Brasil, não havia o reconhecimento do litígio⁸⁵.

Com a entrada do Bolivian Syndicate houve grande alteração no cenário e na leitura, o qual fornecia uma razão para reação brasileira. A esse teor, cabe destacar que fora o próprio Ministro das Relações Exteriores, Olinto de Magalhães, que iniciou a reação oficial brasileira, a despeito de ser acusado, até hoje, por uma atitude relapsa quanto ao conflito⁸⁶.

⁸⁵ Com efeito, como se não bastassem todas as complicações, restava, em comparação aos problemas anteriores, a última diferença que tornava o caso insolúvel, ao menos em virtude da abordagem jurídica seguida pela chancelaria brasileira: a inflexível recusa em admitir a existência de um litígio. Olinto de Magalhães, por exemplo, multiplicou declarações nesse sentido, como na nota ao ministro da Bolívia, em 31 de março de 1900: **"Não há, portanto, litígio. Haveria se os dois governos não estivessem de acordo, porque só a eles compete a decisão oficial do caso. (Vide nota 42. Pag. 126).**

⁸⁶ Nota 42. Pag.125.

Assim, no agosto de 1902, o Brasil determinou a proibição da navegação do Amazonas para transporte de e para portos bolivianos, o qual dificultava a atuação do Bolivian Syndicate.

Tal manobra permitia um suspiro no jogo, mas não resolvia a situação. Esse era o cenário na passagem do governo para Rodrigues Alves e no regresso do Barão de Rio Branco ao Rio de Janeiro.

II – O Barão de Rio Branco

Rio Branco teve sucesso no ponto que seus predecessores, falhavam. A despeito de quase todos os elementos que solucionariam o problema já terem sido debatidos anteriormente⁸⁷, o Barão de Rio Branco tomou a iniciativa indispensável para iniciar tal desenho, o reconhecimento da litigiosidade⁸⁸.

Desta feita, a despeito de a ideia ser simples, dava ao Brasil a legitimidade para argumentar com Bolivian Syndicate, justificar a ocupação militar e iniciar as tratativas negociais, bem assim ressalvar os alegados direitos do Peru.⁸⁹

Conforme aponta Ricupero, a solução final é realizada por três frentes⁹⁰. A primeira, consiste no isolamento do Peru sobre tais discussões, bem assim adiar as reivindicações (as quais não se limitavam ao Acre).

A segunda ponta decorrida da negociação do Brasil com o Bolivian Syndicate⁹¹. Com a manutenção da medida de proibição da navegação do Rio Amazonas, O Barão de Rio Branco impedia que o Bolivian Syndicate efetivasse sua finalidade.

Desta feita, o Barão do Rio Branco persuadiu os investidores a desistir do projeto mediante compensação financeira⁹².

Em tal cenário resta evidente a política craftmanship do Barão do Rio Branco, bem assim sua capacidade de dosagem de poder. Isso porque, por um lado o Barão de Rio

⁸⁷ Ricupero aponta que “Rio Branco teve êxito em pontos em que fracassaram seus predecessores, apesar de o mérito não se referir à invenção de fórmulas. Quase todos os elementos que vieram a constituir o arcabouço da solução final tinham sido esboçados antes. O ministro Olinto Magalhães propusera a aquisição da área e a troca de territórios. Foi em sua gestão que, primeiro, se proibiu a navegação de e para portos bolivianos. Também se cogitou a compra da desistência do consórcio de investidores mediante pagamento pecuniário.” (Vide nota 42. Pag. 128).

⁸⁸ Vide Nota 42. Pag. 128.

⁸⁹ Vide Nota 42. Pag. 129.

⁹⁰ Vide Nota 47.

⁹¹ Idem Nota 47.

⁹² Idem Nota 48.

Branco utilizava da força para manter a posição sobre a navegação do Rio, e, por outro lado, abria espaço para negociação.

A terceira constitui no movimento militar. Nesse ponto, conforme aponta Ricupero, houve o envio de duas expedições militares por La Paz, entretanto, o envio de forças pelo Governo Brasileiro ao local, inviabilizava a medida⁹³.

Nesse sentido leciona Ricupero:

Este foi o grande momento de Rio Branco. Nas suas vitórias anteriores agiu sozinho, de mãos livres, afundado entre livros e mapas, longe do Brasil que defendia. Agora estava exposto ao fogo da crítica no Parlamento e na imprensa, aos impactos de opiniões apressadas, mas, nem por isso, menos influentes.

Diante das estratégias adotadas pelo Barão de Rio Branco, abria-se a constituição de um cenário disposto para o acordo.

III – Acordo e Tratado de Petrópolis

Pelo lado do Brasil, figuravam três plenipotenciários. Juntamente com o Barão de Rio Branco, participaram dois outros plenipotenciários, Assis Brasil, ministro em Washington, e Rui Barbosa, senador.

De acordo com Álvaro Lins julga que Rui Barbosa, não seria a pessoa mais indicada para negociação prática e via compensações financeira, de modo que sua tendência inclinava para um arbítrio, o qual o Barão de Rio Branco busca evitar ⁹⁴.

A nomeação de Rui Barbosa buscava dar maior segurança da delegação, entretanto, ao final tal decisão não fora a mais correta, uma vez que a demissão do senador ocorrerá posteriormente.

⁹³ Idem Nota 48.

⁹⁴ Nesse sentido aponta Ricupero: Álvaro Lins julga que Rui Barbosa, conhecido pela intransigência com que defendia os supostos direitos brasileiros ao Acre, não era a pessoa indicada para negociação prática de busca de compensações pecuniárias, sem o foco nos aspectos jurídicos. Sua tendência natural o inclinava ao arbitramento, justamente o recurso que o barão desejava evitar a todo custo. Conclui: “A colaboração entre Rio Branco e Rui Barbosa, num assunto em que entravam com orientações tão diferentes, constituía um equívoco e só poderia levá-los a um desentendimento escandaloso. (Vide nota 48. pag. 141).

Quanto ao acordo, especificamente a cessão de terra, os bolivianos apresentavam, inicialmente, irredutíveis⁹⁵.

Cabe destacar que a delegação brasileira não era unânime quanto à cessão territorial brasileira.

Assim, em outubro de 1903, o Senador Rui Barbosa opôs-se a qualquer cessão territorial e renunciou ao cargo. Em carta manifestou repúdio à permuta⁹⁶.

O Barão de Rio Branco utilizava de argumentos econômicos e históricos para demonstrar a naturalidade da permuta de territórios e aquisição de terras entre países.

Buscava demonstrar que não havia o que se falar na perda de terras, mas na permuta de territórios, com amplas vantagens ao Brasil.

Por fim, no Município de Petrópolis, em novembro de 1903, fora assinado o Tratado de Petrópolis, sendo aprovado pelo Congresso Nacional em fevereiro de 1904 e sancionado pelo Presidente Rodrigues Alves em fevereiro em 1904, pelo qual se estabeleceram os limites entre Brasil e Bolívia e a incorporação definitiva do Acre ao território nacional.

Ademais, o texto não tratava apenas da permuta de territórios, mas compromisso de compensação financeira do Brasil à Bolívia, bem assim o compromisso da construção da estrada de ferro Madeira-Maroré, a qual possibilitaria escoamento de produtos bolivianos.

Diante de todo o exposto, verifica-se que a Questão do Acre testou os limites do Barão do Rio Branco, de modo que, diferente de outros problemas, não bastava um estudo cartográfico ou retórica jurídica, mas uma dosagem de peso político e uma estratégia firme.

4 – Considerações Finais

O problema da cessão de terra assumia, como de costume, conotações que transcendiam a pura racionalidade. No início, os bolivianos se mostraram, como escreveu Rui Barbosa na Exposição de motivos do plenipotenciário vencido, de uma "intransigência absoluta em matéria de satisfações pecuniárias". Proclamaram mais de uma vez que a terra, da mesma forma que a honra, não tinha preço. Vide nota 48. Pag. 144.

⁹⁶ Na carta em que preparou seu afastamento das negociações, Rui Barbosa se confessou persuadido da impossibilidade de convencer a opinião pública das vantagens de trocar "algumas léguas de terra inculta, insalubre e despovoada" por um "território imenso, de uma fertilidade maravilhosa, a que estão ligados os interesses de uma numerosa colônia brasileira". A razão era a "repugnância invencível de nossa gente de ceder ao estrangeiro um palmo de terra, ainda recebendo em retorno a vastidão territorial de um novo Estado. Vide nota 48. Pag. 144.

Diante de todo o exposto, resta inegável a inabalável capacidade diplomática do Barão do Rio Branco, bem assim o modelo de diplomacia que cunhou na história do Brasil.

Seus méritos não decorrem apenas da resolução amistosa dos conflitos, bem assim da sedimentação da território nacional, mas por apresentar e marcar a história da diplomacia brasileira.

Nesses 120 anos do Barão do Rio Branco, bem assim em recentes episódios turbulentos da política externa brasileira, os ensinamento do Barão do Rio Branco se mostram necessários.

5. Referências Bibliográficas

MARIZ, Vasco. **A MOCIDADE DO BARÃO DO RIO BRANCO E SUA TORMENTOSA NOMEAÇÃO PARA A CARREIRA DIPLOMÁTICA. BARÃO DO RIO BRANCO 100 ANOS DE MEMÓRIA**. ORGANIZADOR: PEREIRA, Manoel Gomes. Fundação Alexandre de Gusmão, Brasília, 2012, pag. 20.

Henrich, Nathália **As relações Brasil-Estados Unidos no pensamento político do Barão do Rio Branco** [dissertação] / Nathália Henrich ; orientador, Ricardo Silva. - Florianópolis, SC : 2010. 145 p.: il. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de Pós-Graduação em Sociologia Política.

PRADO, Eduardo. **Coletâneas**. São Paulo, 1904. pp. 340-341. vol. 1

LINS, Álvaro. **Rio Branco**. Rio de Janeiro. Livraria José Olympio Editora, 1945, vol. II. p. 622

RICUPERO, Rubens. **A diplomacia na construção do Brasil (1750-2016)**. Rio de Janeiro: Versal, 2017. Pag. 27

A CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE LESÃO CORPORAL QUALIFICADA PELA DEFORMIDADE PERMANENTE

LUCAS MAIA PIRES: Servidor Público Federal, Bacharel em direito na Universidade de Fortaleza (UNIFOR), pós-graduado em Direito Administrativo.

RESUMO: O crime de lesão corporal será qualificado quando resultar em consequências graves, gravíssimas ou quando causar o óbito da vítima, conforme previsto no art. 129, § 1º, 2º e 3º, do Código Penal. A doutrina procura explicar cada uma das espécies existentes e, especificamente quanto aquela que resulta em deformidade permanente, há divergência no tocante às hipóteses de incidência. Alguns defendem que somente danos estéticos, capazes de causar repulsa de outras pessoas ou humilhação ao seu portador podem configurar a qualificadora. Outros, contudo, alegam que o texto da norma é amplo e não se restringe aos danos estéticos, incidindo em todas os casos em que há uma significativa alteração da forma original do corpo humano.

PALAVRAS-CHAVE: Lesão corporal grave e gravíssima. Deformidade permanente. Hipóteses de incidência.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da lesão corporal. 3. Da lesão corporal de natureza leve. 4. Da lesão corporal de natureza grave. 5. Da lesão corporal gravíssima. 6. Da lesão corporal gravíssima em razão da deformidade permanente. 7. Considerações finais. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O crime de lesão corporal está previsto no art. 129 do Código Penal, e ocorre quando há ofensa à integridade corporal ou à saúde de outrem.

Essa ofensa pode ser simples (art. 129, *caput*, do Código Penal), grave (art. 129, § 1º, do Código Penal), gravíssima (art. 129, § 2º, do Código Penal) e seguida de morte (art. 129, § 3º, do Código Penal), dentre outros.

No presente artigo, serão apresentados os conceitos doutrinários sobre a lesão corporal e de cada uma de suas qualificadoras, dando-se ênfase à lesão gravíssima que resulta em deformidade permanente, a qual é objeto de controvérsias sobre sua abrangência.

Utilizou-se, como metodologia, as produções doutrinárias relativas ao tema, as disposições legais e a jurisprudência dos Tribunais Superiores concernentes à matéria.

2. DA LESÃO CORPORAL

O crime de lesão corporal, de acordo com Hungria (1981, p. 323), é assim conceituado:

O crime de lesão corporal consiste em qualquer dano ocasionado por alguém, sem animus necandi, à integridade física ou saúde (fisiológica ou mental) de outrem. Não se trata, como o nomen juris poderia sugerir prima facie, apenas do mal infligido à inteireza anatômica da pessoa. Lesão corporal compreende toda e qualquer ofensa ocasionada à normalidade funcional do corpo ou organismo humano, seja do ponto de vista anatômico, seja do ponto de vista fisiológico ou psíquico. Mesmo a desintegração da saúde mental é lesão corporal, pois a inteligência, a vontade ou a memória dizem com a atividade funcional do cérebro, que é um dos mais importantes órgãos do corpo. Não se concebe uma perturbação mental sem um dano à saúde, e é inconcebível um dano à saúde sem um mal corpóreo ou uma alteração do corpo. Quer como alteração da integridade física, quer como perturbação do equilíbrio funcional do organismo (saúde), a lesão corporal resulta sempre de uma violência física sobre a pessoa.

O objeto jurídico é a incolumidade da saúde física, mental e fisiológica do indivíduo.

No polo ativo, trata-se de crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa e, no polo passivo, em regra, contra todos os seres humanos, exceto no tocante às modalidades previstas no art. 129, § 1º, inciso IV, e 2º, inciso V, do Código Penal, nos quais somente a mulher grávida pode ser vítima.

Referido crime é punido a título de dolo (*caput*, §§ 1º e 2º), culpa (§ 6º) e preterdolo (§§ 1º, 2º e 3º), tratando-se, ainda, de delito material, o qual se consuma quando ocorre, efetivamente, a lesão à integridade corporal ou à saúde física ou mental da vítima.

3. DA LESÃO CORPORAL DE NATUREZA LEVE

O art. 129, *caput*, do Código Penal, prevê a lesão corporal dolosa de natureza leve, cujo conceito é obtido por exclusão, ou seja, quando os fatos não se enquadram nas modalidades grave, gravíssima e seguida de morte.

Por ter pena mínima de 3 (três) meses e a máxima de 1 (um) ano, admite-se a transação penal e a suspensão condicional do processo, previstas na Lei n. 9.099/1995.

4. DA LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE

No art. 129, § 1º, do mesmo diploma legal, constam as hipóteses de lesão corporal grave, cujo preceito secundário é elevado para 1 (um) ano a 5 (cinco) anos de reclusão, e ocorrem quando o fato resulta em incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias, perigo de vida, debilidade permanente de membro, sentido ou função e aceleração de parto.

A incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias, pode ser tanto física quanto mental e não está adstrita ao trabalho, tendo em vista que o texto normativo foi abrangente ao utilizar-se da expressão *ocupações*. Nesse sentido, Sanches Cunha (2018, p. 121) preconiza:

Entende-se por ocupação habitual qualquer atividade corporal costumeira, tradicional, não necessariamente ligada a trabalho ou ocupação lucrativa, devendo ser lícita, não importando se moral ou imoral, podendo ser intelectual, econômica, esportiva etc. Desse modo, mesmo um bebê pode ser sujeito passivo desta espécie de lesão, vez que tem de estar confortável para dormir, mamar, tomar banho, ter suas vestes trocadas etc.

O perigo de vida deve ser concreto, ou seja, há de ser comprovado, por perícia, que a lesão corporal ensejou a possibilidade real de causar a morte do ofendido. Essa modalidade, ademais, só é possível se o Agente não estava imbuído de *animus necandi* pois, nesse caso, estaria configurada a infração de homicídio tentado. Nesses termos, De Jesus (2020, p. 206) leciona:

O perigo de vida constitui a segunda qualificadora (art. 129, § 1º, II). Não se trata de perigo presumido, mas concreto, precisando ser investigado e comprovado por perícia. Os peritos não devem fazer prognóstico, mas diagnóstico, manifestando-se sobre sua existência em qualquer momento, desde a produção da lesão corporal até o instante do exame. O êxito letal deve ser provável e não meramente possível. Na Itália, em face da possibilidade de falha, tendo em vista que a perícia pode erroneamente atestar um prognóstico, parte da doutrina combate a qualificadora.

O delito também será qualificado quando resultar em debilidade permanente de membro, sentido ou função. Membros são os braços, antebraços, mãos, pernas, coxas e pés; os sentidos são a visão, audição, tato, paladar e olfato; e, por fim, a função consiste na atividade inerente a um determinado órgão do ser humano, como a respiratória, circulatória e digestiva.

Por fim, o delito terá o preceito secundário mais elevado quando da lesão resultar o parto prematuro do feto. Nesses casos, o Agente deve ter conhecimento da situação de gravidez da mulher, pois, caso concreto, seria caso de responsabilidade penal objetiva.

No tocante à essa última modalidade, há controvérsia doutrinária na hipótese em que o infante nasce com vida, mas logo em seguida falece em decorrência das lesões sofridas enquanto estava no ventre de sua genitora. De acordo com Hungria (1981), que adota o posicionamento majoritário, estará configurada a infração gravíssima em razão do aborto. Mirabete (2008), contudo, discorda, aduzindo ser caso de lesão corporal grave pela aceleração do parto.

5. DA LESÃO CORPORAL GRAVÍSSIMA

O § 2º do art. 129 do Código Penal elenca os casos de lesão corporal gravíssima, sendo aquelas que resultam em incapacidade permanente para o trabalho, enfermidade incurável, perda ou inutilização do membro, sentido ou função, deformidade permanente e aborto. Nesse caso, a pena é de 2 (dois) a 8 (oito) anos de reclusão.

A incapacidade permanente para o trabalho, diferindo da incapacidade para as ocupações habituais, expressamente faz referência à atividade laborativa lícita. Assim, para estar enquadrada nessa hipótese, é obrigatória a existência de atividade remunerada e que o Agente tenha ficado impossibilitado, por longo e duradouro período, de exercer o trabalho.

Masson (2016, p. 138) sustenta que “prevalece o entendimento de que deve tratar-se de incapacidade genérica para o trabalho, isto é, a vítima fica impossibilitada de exercer qualquer tipo de atividade laborativa”. Alega, contudo, que deve haver razoabilidade nesse ponto, porquanto não se pode exigir, sob pena de se tornar a qualificadora inócua, que o indivíduo permaneça incapaz de prestar qualquer labor, porquanto as atividades laborativas são infinitas. Assim, o autor exemplifica: “não há falar em qualificadora quando a vítima, outrora cirurgião cardíaco, não mais pode mais desempenhar essa atividade, mas nada a impede de ser clínico-geral. Mas a lesão corporal será gravíssima quando essa mesma vítima somente puder trabalhar como faxineiro depois da prática do crime”.

A enfermidade incurável é verificada quando há o surgimento de uma doença que não pode ser curada com as técnicas medicinais existentes no momento do resultado danoso. Nucci (2017, p. 476) leciona:

[...] é a doença irremediável, de acordo com os recursos da medicina na época do resultado, causada na vítima. Não configura a qualificadora a simples debilidade enfrentada pelo organismo da pessoa ofendida, necessitando existir uma séria alteração na saúde.

Embora a vítima não seja obrigada a submeter-se a qualquer tipo de tratamento ou cirurgia de risco para curar-se, também não se deve admitir a recusa imotivada do ofendido para tratar-se. Se há recursos suficientes para controlar a enfermidade gerada pela agressão, impedindo-a de se tornar incurável, é preciso que o ofendido os utilize. Não o fazendo por razões injustificáveis, não deve o agente arcar com o crime na forma agravada.

Há a qualificadora igualmente quando houver a perda ou inutilização do membro, sentido ou função, bem como quando a lesão causar o aborto do feto, devendo a gravidez ser conhecida do autor do fato.

6. DA LESÃO COPORAL GRAVÍSSIMA EM RAZÃO DA DEFORMIDADE PERMANENTE

Conforme já ressaltado, a doutrina diverge no tocante às hipóteses capazes de serem enquadradas na qualificadora relativa à lesão que resulta em deformidade permanente.

A doutrina majoritária entende que só resultará em deformidade permanente quando ocorrer dano físico estético de certa monta – excluindo, por exemplo, pequenas cicatrizes –, que seja visível e cause constrangimento ou desconforto para a vítima ou repulsa e aversão pelas pessoas que o veem. Além disso, a permanência tem relação com a impossibilidade de a deformidade ser corrigida pelo simples transcurso do tempo. Nesse sentido, de acordo com Capez (2020, p. 289):

Não deixa de configurar deformidade permanente a utilização de artifícios que a camuflem, por exemplo, orelha de borracha, substituição do olho natural por olho de vidro, uso de aparelho ortopédico. A vítima também não está obrigada a submeter-se a cirurgia plástica para reparação da deformidade, mas se a fizer com sucesso, afastada estará a qualificadora.

Hungria (1981, p. 337), no mesmo sentido, leciona que a deformidade permanente está relacionada à estética, não devendo ser verificada tão somente com base em um critério puramente objetivo, mas, a um só tempo, objetivo e subjetivo. Nesse sentido, obtempera que a qualificadora estará presente não somente quando houver uma deturpação ou vício de forma. Para além disso, há a necessidade de se aferir se essa alteração é capaz de causar “uma impressão, se não de repugnância ou de mal-estar, pelo menos de desgosto, de desagrado”.

Divergindo da posição prevalente, Nucci (2017, p. 478) defende que a deformidade tem relação com a alteração da forma original do corpo humano e não está ligada

unicamente à estética, sob pena de se atribuir ao Órgão do Poder Judiciário o difícil ônus de afirmar se aquela lesão causa ou não constrangimento ou situação vexatória ao ofendido. Nesse sentido, leciona:

O tipo penal não exige, em hipótese alguma, que a deformidade seja ligada à beleza física, tampouco seja visível. A restrição construída por parcela da doutrina e da jurisprudência é incompatível com a finalidade do artigo. Desde que o agente provoque na vítima uma alteração duradoura nas formas originais do seu corpo humano, é de se reputar configurada a qualificadora. Adotar-se posição contrária significaria exigir do juiz, ao analisar a lesão causada, um juízo de valor, a fim de saber se a vítima ficou ou não deformada conforme os critérios de estética que o magistrado possui, não se levando em conta o desgosto íntimo causado a quem efetivamente sofreu o ferimento e a alteração do seu corpo. Chega-se a levantar, como critério de verificação desta qualificadora, o sexo da vítima, sua condição social, sua profissão, seu modo de vida, entre outros fatores extremamente subjetivos, por vezes nitidamente discriminatórios e sem adequação típica. Uma cicatriz no rosto de uma atriz famosa seria mais relevante do que a mesma lesão produzida numa trabalhadora rural? Poderia ser, para o terceiro que não sofreu a deformidade – já que a análise desbancaria para o campo estético –, embora, para a vítima, possa ser algo muito desconfortável. Cremos, pois, pouco importar seja a deformidade visível ou não, ligada à estética ou não, passível de causar impressão vexatória ou não, exigindo-se somente seja ela duradoura, vale dizer, irreparável pelos recursos apresentados pela medicina à época do resultado. E acrescente-se possuir essa qualificadora caráter residual, isto é, quando houver lesão passível de alterar a forma original do corpo humano, não se configurando as outras hipóteses de deformidade – debilidade ou perda de membro, sentido ou função – deve ela ser aplicada.

Nessa mesma perspectiva, afirma Masson (2016, p. 142):

Doutrina e jurisprudência majoritárias, entretanto, consagram o entendimento de que essa qualificadora é intimamente relacionada a questões estéticas. Logo, precisa ser visível, mas não necessariamente na face (nas pernas ou nos braços, por exemplo), e capaz de causar impressão vexatória, isto é, provocar má impressão em quem a enxerga, com o conseqüente desconforto na vítima.

Como exemplos destacam-se a queimadura no rosto provocada pelo ácido (vitriolagem) e a retirada de uma orelha ou de parte dela. Mas há também quem sustente que essa posição não pode ser aceita, pois o Código Penal não a fez. Bastaria para a incidência da qualificadora a alteração prejudicial e duradoura no corpo da vítima. Concordamos com esse raciocínio. De fato, parece-nos discriminatória a afirmação de que o crime seria qualificado com um profundo corte no rosto de uma atriz de televisão, mas não o seria em uma trabalhadora rural. Daí perguntarmos: Por quê? Essa última mulher não tem direito à sua própria beleza, mormente sabendo que o conceito do que seja bonito ou feio envolve sempre um juízo de valor, e transferir essa tarefa ao magistrado inevitavelmente leva à insegurança jurídica e à injustiça? Portanto, entendemos que basta a deformidade permanente, como quis o legislador. Frise-se, porém, tratar-se do entendimento minoritário em sede doutrinária e jurisprudencial.

As duas turmas que compõe a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça responsável por julgar processos criminais, adotando a posição da doutrina majoritária, são firmes no sentido de que a deformidade permanente somente estará presente quando representar lesão estética de certa monta, causadora de desconforto a quem vê ou constrangimento ao portador, não sendo qualquer dano físico. A propósito:

[...] 3. Na jurisprudência, A deformidade permanente apta a caracterizar a qualificadora no inciso IV do § 2º do art. 129 do Código Penal, segundo parte da doutrina, precisa representar lesão estética de certa monta, capaz de produzir desgosto, desconforto a quem vê ou humilhação ao portador, não sendo qualquer dano estético ou físico. Embora se entenda que a deformidade não perde o caráter de permanente quando pode ser dissimulado por meios artificiais, ela precisa ser relevante. (REsp 1220094/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 09/03/2011). (AgRg no AREsp 1895015/TO, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2021, DJe 20/08/2021.)

[...] 3. "A deformidade permanente apta a caracterizar a qualificadora no inciso IV do § 2º do art. 129 do Código Penal, segundo parte da doutrina, precisa representar lesão estética de certa monta, capaz de produzir desgosto, desconforto a quem vê ou humilhação ao portador, não sendo qualquer dano estético ou físico" (REsp 1220094/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 09/03/2011). [...] (REsp 1836699/RS, Rel. Ministro

NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 02/06/2020.)

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O art. 129, § 1º e § 2º, do Código Penal elenca diversa qualificadoras para o crime de lesão corporal. A doutrina procura conceituar e apresentar hipóteses de incidência para cada uma delas e, em relação à deformidade permanente, prevista no inciso IV do § 2º do mesmo dispositivo normativo, há certa divergência entre os doutrinadores.

Parte majoritária, seguida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, entende que só haverá deformidade permanente quando se tratar de dano estético de certa monta, capaz de causar constrangimentos ao seu portador e repulsa ou desgosto de quem a vê. Outra parte, discorda, afirmando que o texto legal não fez essa ressalva e, por isso, toda lesão significativa e que seja capaz de alterar a forma original do corpo humano é suficiente para a aplicação da qualificadora.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado: 1988.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO ASSISTENTE DA ACUSAÇÃO. AMPUTAÇÃO PARCIAL DA FALANGE DO DEDO. DEBILIDADE PERMANENTE. RECAPITULAÇÃO DO CRIME DE LESÃO CORPORAL GRAVE PARA GRAVÍSSIMA. IMPOSSIBILIDADE. DENÚNCIAÇÃO CALUNIOSA. ABSOLVIÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE DOLO. EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. NEGADO PROVIMENTO. AgRg no AREsp 1895015/TO. Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA. Data de Julgamento: 17/08/2021. Quinta Turma. Data de Publicação: DJe 20/08/2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202101616809>. Acesso em: 15 fevereiro 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. LESÃO CORPORAL. PERDA DE DENTES. DEFORMIDADE OU DEBILIDADE PERMANENTES NÃO VERIFICADAS. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVE. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO. REsp 1220094/MG. Relator Ministro GILSON DIPP. Data de Julgamento: 22/02/2011. Quinta Turma. Data de Publicação: DJe 09/03/2011. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoP>

esquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201001902571>. Acesso em: 15 fevereiro 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito Penal Parte Especial**. 20. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v.2.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial (arts. 131 ao 361)**. 10 ed. Salvador: JusPODVIM, 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Parte especial: crimes contra a pessoa – Coleção tratado de direito penal**. 20. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2020, v. 2.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao código penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 5.

JESUS, Damásio de. **Parte especial: crimes contra a pessoa a crimes contra o patrimônio**. 36. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, v. 2.

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte especial: arts. 121 a 212**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ANÁLISE CRÍTICA DA MEDIAÇÃO TRABALHISTA

GUSTAVO TRIANDAFELIDES BALTHAZAR:

Juiz do Trabalho Substituto, bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Licenciado em Letras pela Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP, especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Anhanguera, especialista em Direito Notarial e Registral pelo Instituto Damásio de Direito e mestrando pela Escola Paulista de Direito.

ANDRÉ MACHADO DE SOUZA

(Coautor)⁹⁷

Resumo: Este artigo tem por objetivo analisar as práticas de mediação na Justiça do Trabalho. Abordando a vocação conciliatória, objetiva-se diferenciar os institutos conciliação e mediação e avaliar se o que se põe em prática é efetivamente uma mediação pura, avaliando os possíveis caminhos e adaptações que a Justiça do Trabalho pode implementar em busca da melhoria do sistema.

Palavras-chave: Mediação. Justiça do Trabalho. Cejusc-JT. Novos horizontes.

Abstract: This article aims to analyze mediation practices in the Labor Court. Addressing the conciliatory vocation, the objective is to differentiate between the institutes of conciliation and mediation and to assess whether what is put into practice is actually pure mediation, evaluating the possible paths and adaptations that the Labor Court can implement in search of improvement.

Keywords: Mediation. Labor Court. Cejusc-JT. New Horizons.

Sumário: Introdução: A Justiça do Trabalho e sua vocação conciliatória. 1. Mediação e Conciliação. Diferenças essenciais. 2. Os Cejusc's e a mediação típica trabalhista. 3. Conclusão

INTRODUÇÃO: A JUSTIÇA DO TRABALHO E SUA VOCAÇÃO CONCILIATÓRIA

⁹⁷ Especialista em Direito Notarial e Registral e em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera. Mestrando em Direito pela Escola Paulista de Direito (EPD). Titular do 2º Tabelião de Notas e de Protesto de Presidente Prudente/SP.

A análise das práticas de mediação na Justiça do Trabalho passa necessariamente por uma prévia introdução acerca das características específicas deste ramo de justiça especializado, a fim de bem contextualizar o tema. Não se pretende uma análise profunda da história do ramo, porém alguns pontos merecem ser destacados para bem compreender o cenário atual da mediação trabalhista, termo que adotaremos por questões didáticas, a despeito da crítica que se pretende construir.

A Justiça do Trabalho origina-se de um movimento de aglutinação das diversas leis trabalhistas esparsas, culminando na formação de um órgão com vínculo ao Poder Executivo para tratar das demandas que envolvam empregados e empregadores. Sua história no Brasil é muito recente, pois até as primeiras duas décadas do século passado o que se aplicava às relações que hoje conhecemos como relações empregatícias era o direito Civil (mais especificamente as regras do contrato de locação de serviços).

É evidente que o processo de eclosão da Justiça do Trabalho é mais complexo que este breve apontamento inicial, mas para o que nos interessa ao estudo que aqui pretendemos desenvolver, esta faceta da origem da Justiça do Trabalho é o ponto mais importante a ter em mente.

O sistema idealizado por Getulio Vargas, seguindo os passos do sistema então vigente na Itália facista, resolvia as demandas em um órgão colegiado misto, formado por um Juiz togado e dois Juízes leigos (normalmente indicados pelos sindicatos dos empregados e empregadores).

Os professores Amauri Mascaro Nascimento, Ives Gandra da Silva Martins Filho e Irandy Ferrari, no livro História do Trabalho, do Direito do Trabalho e da Justiça do Trabalho, nos dão os exatos contornos desta embrionária Justiça do Trabalho:

As JCJ eram compostas por um presidente “estranho aos interesses profissionais” (advogado, magistrado ou funcionário, nomeado pelo

Ministro do Trabalho) e dois vogais, representando os empregados e os empregadores (nomeados pelo Diretor-Geral do DNT, dentre os nomes que lhe eram encaminhados pelos sindicatos), tendo, portanto, nas suas origens, representação classista paritária. Visando estimular a sindicalização dos trabalhadores, era reconhecido apenas aos empregados sindicalizados o jus postulandi perante as Juntas. Os demais trabalhadores deveriam recorrer à Justiça Comum, para a solução de suas demandas, com os sacrifícios próprios de uma Justiça lenta e onerosa.⁹⁸

Essa estrutura peculiar já nos dá os claros contornos de uma entidade que tende a preferir a solução consensual à sentença, especialmente pela opção dos juízes leigos e da vinculação externa à estrutura matriz do Poder Judiciário.

Os professores, na mesma obra, deixam claro que nos primórdios a Justiça do Trabalho claramente não tinha qualquer vocação para julgar:

“A ausência, nos alvares da Justiça do Trabalho, de qualquer processo seletivo de caráter técnico para a escolha dos magistrados do trabalho comprometia sobremaneira a qualidade das sentenças e acórdãos prolatados, em comparação com as decisões da Justiça Comum, ao ponto de ter havido sugestão de edição de normas regulamentadoras da forma de redação das decisões trabalhistas, pois sequer traziam os nomes dos juízes que haviam participado dos julgamentos nos colegiados e as posições sustentadas (se vencidos ou vencedores).⁹⁹”

Neste caminho, a Consolidação da Leis do Trabalho (CLT), em seu texto original de 1943 já prescrevia:

Art. 764 - Os dissídios individuais ou coletivos submetidos à apreciação da Justiça do Trabalho serão sempre sujeitos à conciliação.

⁹⁸ FERRARI, Irany. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho, p. 212

⁹⁹ FERRARI, Irany. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho, p. 212

§ 1º - Para os efeitos deste artigo, os juízes e Tribunais do Trabalho empregarão sempre os seus bons ofícios e persuasão no sentido de uma solução conciliatória dos conflitos.

§ 2º - Não havendo acordo, o juízo conciliatório converter-se-á obrigatoriamente em arbitral, proferindo decisão na forma prescrita neste Título.

§ 3º - É lícito às partes celebrar acordo que ponha termo ao processo, ainda mesmo depois de encerrado o juízo conciliatório.”

A solução conciliatória sempre foi o caminho escolhido, ao ponto de serem obrigatórias duas propostas conciliatórias, a primeira logo à abertura da audiência (artigo 846 da CLT) e a segunda após o encerramento da instrução e apresentação das razões finais (artigo 850 da CLT), sendo passível de nulidade o processo que deixar de propiciar aos litigantes tais dois momentos de conciliação.

Evidencia-se, desta forma, que a Justiça do Trabalho é por natureza a Justiça que busca soluções conciliatórias.

A extinção das antigas Juntas de Conciliação de Julgamento e afastamento do Poder Executivo, hoje Varas do Trabalho integrantes do Poder Judiciário, não fez retirar desta Justiça Especializada a vocação conciliatória.

É de se ponderar que o sistema jurídico brasileiro, até por volta do ano 2000, não tinha como característica o incentivo à conciliação, temática que ficava quase que restrita à Justiça do Trabalho.

Sobre essa questão, Victor Ramos Rodrigues destaca que:

Percebe-se, pois, que os preceitos criados pelo CPC/73 para o procedimento conciliatório, e quase inexistente para a mediação, se mostravam insuficientes e com resultados praticamente irrisórios, não servindo para reduzir a litigiosidade de partes, advogados, juízes e promotores no país. Somente nos Juizados Especiais, em que a celeridade pretendida pela Lei 9.099/95 se perdeu em razão do

imenso número de processos que passou a abarrotar essas justiças especiais, é que se criou as excêntricas figuras do “Conciliador” e do “Juiz Leigo”, que possuem poderes inferiores aos Juízes togados, mas suficientes para presidir as audiências de conciliação, aumentando assim a mão de obra disponível para a realização dessas audiências, no intuito de recuperar a celeridade de tais processos.¹⁰⁰

Neste ponto, aparece como crucial a diferenciação entre os meios consensuais de solução de litígios existentes no nosso ordenamento e hoje mais difundidos na prática forense, em especial a mediação e a conciliação, que serão melhor analisados e diferenciados mais adiante.

O que convém abordar, ainda em sede introdutória, é o caminhar da Justiça do Trabalho em direção à mediação e à conciliação para cada vez mais ofertar às partes novas portas para solução dos litígios.

No ano de 2010 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) deu um importante passo para a cultura de mediação no seio dos órgãos do Poder Judiciário. Foi através da Resolução 125/2010, com vista à Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, que o CNJ determinou a criação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) nos Tribunais, que seriam por sua vez responsáveis pela instalação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc).

Segundo Rodrigues:

Um dos principais objetivos dessa Resolução foi o de tentar incentivar e, ao mesmo tempo, padronizar os procedimentos e órgãos de conciliação que deveriam se integrar ao Judiciário com a função de colaborar para o alcance de soluções aos litígios judiciais, bem como o de criar um Código de Ética para os Conciliadores e

¹⁰⁰ RODRIGUES RAMOS, VICTOR. A Evolução da Conciliação e da Mediação no Brasil: Influências do direito americano, principais inovações trazidas pelo CPC/2015 e análise das possíveis melhorias no sistema conciliatório brasileiro, p. 10 e 11

Mediadores e conteúdo pedagógico para os cursos de formação desses profissionais.¹⁰¹

Especificamente no âmbito da Justiça do Trabalho tivemos a Resolução 174 do ano de 2016, a cargo do Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), norma que cuida da estrutura dos órgãos envolvidos no Tratamento Adequado de Disputas trabalhistas.

Pela primeira vez falava-se abertamente no uso da Mediação no âmbito da Justiça do Trabalho, a ser realizada por mediadores supervisionados por um Juiz especialmente designado para atuar no setor.

Era um grande passo para a Justiça do Trabalho, que sempre teve juízes que concentravam muito poder sobre o processo e tinham uma certa resistência a soluções consensuais realizadas longe de seus olhos, uma espécie de apego à solução estatal imposta.

Com essa postura chegou-se ao extremo da rejeição plena e integral das Câmaras de Conciliação Prévia, regulamentadas pela lei 9.958/2000, uma tentativa frustrada de criar um primeiro estágio obrigatório antes da demanda trabalhista para solucionar de forma consensual as demandas.

A evolução do sistema legislativo continuou com a edição do novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação (13.140/2015), ambos do ano de 2015, firmando de uma vez por todas um sistema composto por diversas ferramentas para se alcançar o resultado final de uma boa jurisdição (o chamado sistema multiportas). Neste sentido:

Fato é que o Novo Código de Processo Civil também foi um marco para a real instituição do sistema denominado de “Multiportas”, ou seja, o da previsão de múltiplas possibilidades de solução de conflitos

¹⁰¹ Idem, ibidem, p. 24

sociais, que não aquele exclusivamente dependente do Estado-Juiz.
102

Finalmente tínhamos uma codificação voltada a incentivar as soluções consensuais dos conflitos, abrindo caminho para ferramentas que certamente podem trazer um ganho de qualidade e efetividade na jurisdição estatal.

Mas, infelizmente a prática ainda engatinha no sistema multiportas, sendo necessário repensar muitos dos atuais padrões que modulam o funcionamento e atuação dos Cejusc's, seus conciliadores e mediadores.

1. Mediação e Conciliação. Diferenças essenciais.

Embora para o leigo mediação e conciliação possam parecer sinônimos, em verdade são institutos distintos. Podemos dizer que os grandes diferenciadores dos institutos são a posição do facilitador e a facultatividade de participação nas sessões.

Isto porque, na Conciliação (que é o método mais utilizado no decorrer do processo) o terceiro facilitador (o Juiz ou conciliador) adota posição mais ativa, sendo lícito formular propostas, argumentar com as partes as vantagens da conciliação em oposição ao prosseguimento do feito, apresentar estatísticas sobre os resultados de processos iguais ou semelhantes, tudo em vista da pacificação social e, porque não, da obtenção do resultado útil para o processo aos olhos do estatístico (a baixa do processo por acordo).

Já na mediação, o terceiro facilitador, que também é neutro e imparcial como na conciliação, deve atuar de forma predominante na facilitação do diálogo, colaborando com as partes para que estas construam de forma autônoma e solidária a melhor solução para o conflito já instaurado.

¹⁰² RODRIGUES RAMOS, VICTOR. A Evolução da Conciliação e da Mediação no Brasil: Influências do direito americano, principais inovações trazidas pelo CPC/2015 e análise das possíveis melhorias no sistema conciliatório brasileiro, p. 25.

Sobre o tema o professor Luiz Antônio Scavone Júnior bem observa que:

Evidentemente, há confusão de conceitos na exata medida em que a lei que trata da mediação menciona proposta de acordo “apresentada pelo mediador” quando **essa atividade não se adéqua à atividade de mediação.**¹⁰³ sem destaques no original.

Ao tratar da atividade desenvolvida pelo conciliador, o professor Cahali explica que:

O conciliador intervém com o propósito de mostrar às partes as vantagens de uma composição, esclarecendo sobre os riscos de a demanda ser judicializada. Deve, porém, criar ambiente propício para serem superadas as animosidades. Como terceiro imparcial, sua tarefa é incentivar as partes a propor soluções que lhes sejam favoráveis. Mas o conciliador deve ir além para se chegar ao acordo: deve fazer propostas equilibradas e viáveis, exercendo, no limite do razoável, influência no convencimento dos interessados.¹⁰⁴

Ainda apartando a conciliação da mediação, Cahali nos ensina que:

(...)para marcar as suas diferenças com a conciliação, anote-se que neste método haverá uma profunda investigação do terceiro sobre a inter-relação das partes e a origem do conflito. Em consequência desse exame profundo do vínculo havido entre as partes pelo mediador, a mediação costuma representar um procedimento mais longo, em que, às vezes, são necessárias diversas sessões de Mediação para que as partes consigam restabelecer o diálogo perdido. O foco na mediação é o conflito, e não a solução. Na conciliação percebe-se o contrário: o foco é a solução, e não o conflito. E com tratamento às partes, pretende-se na mediação o restabelecimento de uma convivência com equilíbrio de posições, independentemente de se chegar a uma composição, embora esta seja naturalmente desejada.¹⁰⁵

¹⁰³ SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. Arbitragem: mediação, conciliação e negociação, p. 285.

¹⁰⁴ CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem, p. 45 e 46.

¹⁰⁵ Idem, ibidem, p.46

Extremamente didática e muito elucidativa a observação do professor Cahali quanto à necessidade do mediador investigar a fundo a relação externa aos autos do processo que vincula as partes para efetivamente chegar à origem do conflito e criar as condições necessárias à conversa das partes no caminho comum do acordo.

Ainda, precisamos pontuar que a conciliação é medida que pode ser imposta às partes (como de fato o é em alguns procedimentos do CPC e como de fato é na Justiça do Trabalho, em que o momento conciliatório é obrigatório e pode gerar inclusive nulidade sua omissão), já quanto à mediação ninguém pode ser forçado a participar ou permanecer em um procedimento de mediação.

Neste sentido o professor Luiz Antônio Scavone Júnior explica que:

O conciliador tenta demover as partes a solucionar o conflito acatando suas ponderações e alternativas para a resolução do conflito, que, entretanto, depende da anuência das partes. A mediação, sempre voluntária, é definida nos termos da justificativa do projeto que resultou na Lei 13.140/2015, como “o processo por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de terceiro imparcial que irá contribuir na busca pela solução do conflito”. Esse terceiro não tem a missão de decidir, mas apenas auxiliar as partes na obtenção da solução consensual.

É preciso observar que a mediação é sempre voluntária, a teor do §2º do art. 2º da Lei 13.140/2015, segundo o qual “Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação”. A participação na conciliação, contudo, pode ser compulsória, notadamente na modalidade judicial, nos termos do art. 334 do CPC, que impõe ao juiz a determinação da audiência.¹⁰⁶

De se destacar que o mediador tem importante papel na neutralização do conflito externo ao processo que vincula as partes, conflito este geralmente de fundo emocional e que se coloca como uma verdadeira barreira à predisposição para o acordo.

¹⁰⁶ SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. Arbitragem: mediação, conciliação e negociação, p. 281.

Tanto assim que o Código de Processo Civil, ao tratar dos Cejusc's, apresenta no artigo 165 que a utilização da mediação se dará "preferencialmente quando houver vínculo social anterior prolongado entre as partes". Diga-se, esta é exatamente a regra nos contratos de trabalho.

Muito possivelmente o maior entrave para a prática de mediação pura no Poder Judiciário seja justamente o foco da mediação, que como bem apontou o professor Cahalli, está no conflito e não propriamente em sua solução. Como analisaremos mais adiante, esta essencial função do mediador atualmente não é possível na prática processual, por diversas razões.

2. Os Cejusc's e a mediação típica trabalhista.

Os Cejusc's, primeiramente criados pela Resolução 125 do CNJ, são centros de solução de conflito e cidadania que, embora responsáveis pela inclusão da mediação na realidade do Judiciário brasileiro, apresentam em sua essência um grande equívoco, no nosso entender.

É elementar que dentro da política de tratamento adequado dos conflitos era de bom grado trazer para o Judiciário novas portas para a solução consensual. Mas, possivelmente a idealização dos Cejusc's como centros de conciliação e mediação tenha sido uma política judiciária que mereça ressalvas.

Isto porque, considerando que o movimento conciliatório tem espaço em qualquer momento do processo e se realiza essencialmente diante do Juiz (na seara trabalhista, especialmente), a cultura e iniciativa dos Cejuscs acaba prejudicada pela mistura de institutos.

Criou-se um hábito no âmbito da Justiça do Trabalho de se apoiar muito na figura do Juiz para se chegar à conciliação. É rotina nas mesas de audiência que as partes

questionem o Juiz acerca da existência de uma “proposta do Juízo”, o que inclusive muitas vezes é levado em consideração pelas empresas para chegar ao valor do acordo.

E, convenhamos, com muita matéria controvertida e sem ter a real dimensão do que nas alegações das partes corresponde à realidade fática vivenciada no contrato de trabalho, a “proposta do Juízo”, via de regra, é um mero esforço de argumentação matemática.

Sobre essa atuação, bem pondera Rodrigues ao constatar que “por mais que a legislação permita ao conciliador brasileiro sugerir soluções para o litígio, percebe-se a falta de instrumentos para que ele realmente tenha um papel ativo e de grande utilidade para o alcance da composição amigável.”¹⁰⁷

Ora, por mais atento que o Juiz seja, sempre há no processo um conjunto de pedidos cuja quantificação para fins de proposta de acordo é algo que quando muito se consegue estimar com uma margem de erro gigantesca.

Talvez o momento correto, ou o melhor momento dentre aqueles disponíveis no processo, do Juiz adentrar ao mérito das propostas para formular uma proposta efetiva do Juízo seria na segunda tentativa conciliatória, quando já colhidas as provas e aclarada a situação fática controvertida.

Mas, o volume processual e a quantidade de audiências diariamente realizadas acaba conduzindo todo sistema a uma automação com a formulação de propostas aleatórias e, mais automaticamente ainda, uma “renovação” das propostas antes da remessa dos autos para julgamento. Este infelizmente é um retrato de um Judiciário com

¹⁰⁷ RODRIGUES RAMOS, VICTOR. A Evolução da Conciliação e da Mediação no Brasil: Influências do direito americano, principais inovações trazidas pelo CPC/2015 e análise das possíveis melhorias no sistema conciliatório brasileiro, p. 36.

grande volume de demandas e com incisiva cobrança por mais resultados cada vez mais rápidos.

E é justamente dentro deste círculo vicioso que nasce o Cejusc como centro de conciliação e mediação.

As grandes críticas que parecem caber no presente caso foi ter incluído no Cejusc Trabalhista a atividade de conciliar e não apenas de mediar, deixando de criar um ambiente realmente distinto da sala de audiências, onde já estão as partes acostumadas às rodadas de negociação em meio à instrução processual.

E, ainda, tratar o Cejusc estatisticamente como uma unidade a produzir resultados na solução dos processos e não na solução dos conflitos que orbitam ao redor do processo. Aqui possivelmente reside o centro de toda crítica. Os Cejusc's são vistos como unidades que devem produzir resultados tais quais as Varas, porém o que se deveria fazer em um e em outro são práticas extremamente distintas.

Ora, no âmbito dos centros são realizadas sessões de mediação em mesas redondas coletivas (geralmente seis mesas por centro), coordenadas por mediadores e supervisionadas por um Juiz.

A presença física do Juiz em tal espaço traz toda essa cultura da proposta do Juízo para dentro dos Cejusc's, colocando em risco o que seria uma grande oportunidade de se realizar a verdadeira mediação.

Outro ponto que pesa muito contra a realização de verdadeiras sessões de mediação é que estas, a rigor, não deveriam ter prazo definido nem deveriam se preocupar se há, ou não, acordo ao final da sessão. O objetivo deve ser aproximar as partes para eliminar o conflito, não conciliar as partes baixando o processo na estatística.

Porém, como tudo o que ocorre no interior do Poder Judiciário deve passar pela supervisão administrativa das Corregedorias e do CNJ, os quais impõem resultados quantitativos (número de sessões) e qualitativo (sessões com resultado positivo), essa onda de “numerificação” dos processos e procedimentos acaba também gerando ao Juiz Coordenador do Cejusc e aos mediadores uma necessidade de entregar resultados (acordos), o que opera contra a própria realização da mediação, por vezes conduzindo a mediação a uma verdadeira sessão de conciliação.

O professor Cahali também é muito crítico às mediações judiciais, especialmente por conta do tempo reduzido de dedicação, que é também um reflexo dos pontos que abordamos acima.

Diz Cahali que:

Por fim, pela sua dinâmica na mediação e conciliação em juízo, a disponibilidade de tempo aos procedimentos acaba sendo extremamente restrita. Enquanto a prática extrajudicial sugere a realização de várias sessões, perante o Judiciário a perspectiva é de se tentar resolver o conflito em uma única sessão, ou em poucas oportunidades.¹⁰⁸

Como não poderia deixar de ser, um reflexo óbvio da falta de tempo é uma mediação que foge ao que foi idealizado pelo legislador.

Um único Cejusc trabalhista (no caso Cejusc que tive a oportunidade de coordenar entre agosto de 2019 e julho de 2020), composto por 6 mediadores, chegava a realizar 48 sessões de mediação de aproximadamente 40 minutos cada. Não é necessário qualquer esforço intelectual para concluir que em nenhum desses casos há a esperada investigação pelo mediador das fontes do conflito que se coloca como barreira do movimento de

¹⁰⁸ CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem, p. 50.

acordo dos litigantes. Sem correr risco de ser injusto, o que há é de fato uma sessão coletiva de tentativa de imposição de acordos às partes.

Não menos importante que os dois temas acima destacados, outra questão que a estrutura também deixa de fora é a confidencialidade, que é sem dúvida um dos alicerces da boa mediação.

Sobre o tema, Luiz Antonio Loureiro Travain destaca que:

“Entendemos que a confidencialidade é essencial para o exercício do princípio da livre negociação entre as partes e, em especial, uma proteção a essa liberdade negocial. Em se tratando de conciliação e mediação, a confidencialidade se mostra como um de seus principais pilares de sustentação. É num ambiente de confidencialidade onde as partes, conciliadores e mediadores poderão dialogar de forma cooperativa sem que o conteúdo de suas conversas ou atos sejam sigilosos. A confidencialidade tem por objetivo garantir a livre negociação sem que haja produção de provas involuntárias e sem a concordância das partes envolvidas na conciliação ou mediação. Em nossa posição, consideramos que o princípio da confidencialidade está incluído num princípio maior o da não incriminação ou da não produção de provas contra si mesmo, previsto e aplicável “analogicamente as disposições contidas na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, artigo 8, item 2, g: “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”. Ora, por se tratar de direitos humanos, é, portanto, um direito natural, declarado por normas de defesa de direitos humanos. A confiança que as partes têm em uma conciliação ou mediação, como elemento essencial para estes dois institutos, torna-se demasiadamente frágil se não aplicado o princípio da confidencialidade. Isso impede a disseminação de Cultura de paz, inclusive.¹⁰⁹

Ora, não há como assegurar a confidencialidade em um espaço único com 6 mesas redondas, uma espécie de salão de mediações que muito se assemelha à frenesi típica das

¹⁰⁹ TRAVAIN, Luiz Antonio Loureiro. Manual da Conciliação e Mediação Trabalhista. Volume 2, p.130.

salas de espera da Justiça do Trabalho. Claramente o ambiente não converge para a realização da mediação pura.

Porém, é bom que se advirta, não se está a advogar contra a mediação judicial, mas apenas contra a forma como atualmente ela se coloca em prática. Não nos parece viável advogar contra a mediação judicial, pois se trata de um mecanismo de singular importância, capaz de convencer as partes a ponto de apaziguarem a disputa exoprocessual e, via de consequência, cumprirem com o ajuste endoprocessual sem a necessidade da força coercitiva estatal.

E o papel do Juiz, nesta tarefa, é de grande relevo. Neste sentido, a professora Fernanda Tartuce bem explica que:

Inicialmente, cumpre considerar que a atividade do juiz, de apaziguar os ânimos, deve ser inerente a qualquer mecanismo de composição de conflitos o que não significa, como quer o autor, que o juiz se torne “amigo das partes”. Ademais, não há enfraquecimento, mas justamente o fortalecimento do direito a partir do momento em que as partes o cumpram espontaneamente (sem atender a ilegítimos elementos de coerção). A autoridade dos institutos jurídicos há de ser melhor reconhecida a partir do momento em que sua observância seja discutida, negociada e genuinamente admitida pelos contendores.¹¹⁰

A bem da verdade, a mediação se apresenta como um meio válido, eficaz e que deve ser incentivado para a solução dos processos no âmbito judicial trabalhista.

Negar a validade da mediação para a harmonização dos conflitos na esfera trabalhista é se portar contra uma realidade mundial, como bem elucida a professora Fernanda Tartuce:

A adoção dos meios alternativos de composição dos conflitos é uma tendência mundial que vem sendo estimulada não só em virtude dos

¹¹⁰ TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis, p. 206.

problemas dos sistemas jurídicos e judiciários vigentes, mas também pela evolução da sociedade rumo a uma cultura participativa, em que o cidadão seja protagonista da busca pela solução por meio do diálogo e do consenso.

As vantagens da adoção de tais mecanismos são várias: obtenção de resultados rápidos, confiáveis, econômicos e ajustados às mudanças tecnológicas em curso; ampliação de opções ao cidadão, que teria diversas oportunidades de tratamento do conflito; aperfeiçoamento do sistema da justiça estatal, tendo em vista a redução do número de processos em curso. Além disso, tais técnicas, se administradas de maneira eficiente, podem ensejar o estabelecimento de uma relação saudável entre os indivíduos, compondo aquela controvérsia já instalada e prevenindo a verificação de outras demandas.¹¹¹

Os efeitos processuais da harmonia estabelecida entre as partes transcendem o mero acordo a que chegam, transbordando seus efeitos também à efetividade do ajuste, o que certamente deve ser perseguido incansavelmente pelo Poder Judiciário. Neste sentido:

Há de destacar, ainda, a possibilidade de maior efetividade no cumprimento dos acordos. Como já mencionado e bem destacado por Joel Dias Figueira Júnior (referindo-se ao escólio de Francesco Carnelutti), a sentença ou a decisão arbitral não solucionam, no sentido de pacificação, o conflito sociológico, mas simplesmente comõem a lide processual que, por sua vez, representa apenas aquela parcela do litígio que foi levada ao conhecimento do julgador. Conclui o autor que apenas a autocomposição “apresenta-se como mecanismo hábil de solução dos conflitos, não apenas jurídicos, mas sobretudo sociológicos, e, portanto, de efetiva pacificação social.”¹¹²

Nesse contexto, é evidente que para o Poder Judiciário a busca da efetividade ganha muito com a mediação, trazendo pacificação social efetiva e eliminando potencialmente as execuções de acordos inadimplidos.

¹¹¹ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*, p. 201 e 202.

¹¹² *Idem*, *ibidem*, p. 202.

3. Conclusão

A adoção plena do instituto da mediação no âmbito da Justiça do Trabalho deve ser precedida de uma releitura dos papéis dos envolvidos no controle da jurisdição, especialmente no que se refere ao controle e resultados esperados dos Cejusc's.

Não se quer em hipótese alguma sugerir que um serviço público seja prestado sem o devido controle, mas a adoção de sistemas que podem ser eficazes no acompanhamento das unidades jurisdicionais não tem se mostrado a melhor forma de controlar a atuação das unidades de solução consensual, por acabar por impor uma realização desvirtuada da mediação.

O caminho traçado em 2011 pela Resolução 125 do CNJ claramente ainda comporta um novo olhar evolutivo do CNJ e das Corregedorias, para possibilitar às partes que efetivamente se tenha no âmbito da Justiça do Trabalho sessões de mediação que propiciem a construção de forma autônoma e solidária da melhor solução para o conflito já instaurado.

Diga-se, chegar a este ponto, trará aos jurisdicionados e advogados envolvidos tamanha sensação de sucesso na demanda que refletirá na própria imagem que Poder Judiciário projeta na sociedade.

Continuamos, assim, a caminhada pela reconstrução do Poder Judiciário para se chegar à tão almejada efetividade.

Referências

CAHALI, Francisco José. Curso de arbitragem [livro eletrônico]: mediação: conciliação: tribunal multiportas. 8ª ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FERRARI, Irany. NASCIMENTO, Amauri Mascaro. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. História do trabalho, do direito do trabalho e da justiça do trabalho. 3. ed. – São Paulo : LTr, 2011.

RODRIGUES RAMOS, VICTOR. A Evolução da Conciliação e da Mediação no Brasil: Influências do direito americano, principais inovações trazidas pelo CPC/2015 e análise das possíveis melhorias no sistema conciliatóri brasileiro. Edição do Kindle.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. Arbitragem: mediação, conciliação e negociação. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos civis. São Paulo. Método, 2008.

TRAVAIN, Luiz Antonio Loureiro. Manual da Conciliação e Mediação Trabalhista. Volume 2. 1ª Edição. São Paulo, 2021.

TRIBUTAÇÃO DA SHADOW ECONOMY, MITO DE GIGES E COCULPABILIDADE TRIBUTÁRIA: ANÁLISE DOS EFEITOS TRIBUTÁRIOS SOBRE A ECONOMIA INFORMAL

GUILHERME ELEUTÉRIO MARTINEZ:

Advogado, mestrando pela PUC/SP, pós-graduado em Direito Tributário pela FGV,

Resumo: O presente artigo tem como objetivo uma análise tributária sobre a moralidade do contribuinte brasileiro, em especial, decorrente do complexo sistema de tributação nacional. Com um paralelo com o Mito do Anel de Giges, apresentado no Livro II da República de Platão. Desta feita, enseja uma reflexão ao leitor sobre a moralidade da adoção pela economia informal frente ao complexo sistema tributário, bem assim uma análise sobre a tributação da economia informal, shadow economy, e os estudos de organizações internacionais acerca do tema. Ademais, uma análise análoga do princípio da coculpabilidade em frente ao contribuinte Giges. Por fim, uma análise de eventuais ações que podem ser tomadas pelo Poder Público para mitigar e reduzir a shadow economy.

Palavras-chave: Platão, moralidade, economia informal, direito tributário.

Abstract: This article aims at a tax analysis on the morality of the Brazilian taxpayer, in particular, arising from the complex system of national taxation. With a parallel to the Myth of the Ring of Gyges, presented in Book II of Plato's Republic. This time, it allows the reader to reflect on the morality of adopting the informal economy in the face of the complex tax system, as well as an analysis on the taxation of the informal economy, shadow economy, and studies by international organizations on the subject. Furthermore, an analogous analysis of the principle of co-culpability in front of taxpayer Giges. Finally, an analysis of possible actions that can be taken by the Government to mitigate and reduce the shadow economy.

Keywords: Plato, morality, shadow economy, tax law.

Sumário: 1. Introdução. 2 Mito de Giges. 3. A Shadow Economy e sua Tributação – Um olhar sobre a invisibilidade. 4. O contribuinte Giges Brasileiro. 5. Coculpabilidade Tributária. 6. Conclusão

1. Introdução

A presente análise busca expor ao leitor os impactos do sistema tributário brasileiro sobre o contribuinte, especialmente, decorrente da relevante proporção que a economia informal ("shadow economy"¹¹³) aumenta no País. Ademais, busca-se realizar

um paralelo com o Mito do Anel de Giges, de Platão¹¹⁴, de modo a avaliar se o elevado sistema tributário contribui para ausência de regularidade do contribuinte e adimplemento de suas obrigações fiscais.

Ou seja, o elevado custo de conformidade vivenciado por diversos contribuintes os obriga a adotar um subterfúgio da economia informal? Tal “invisibilidade” acarreta quais consequência ao Estado e a economia?

Assim, propomos explicar, inicialmente, o mito platônico do anel de Giges. Em seguida, uma análise acerca do conceito de economia informal e como nosso sistema tributária influência no agravamento desse problema, em especial, a conduta do contribuinte e “invisibilidade” ocasionada pela economia informal.

Por fim, identificar ações que poderiam ser adotadas pelo Poder Público para um melhor enfrentamento desse problema.

2- MITO DE GIGES

No Segundo Livro da República, Platão (359d – 360d), se utiliza do Mito de Anel de Giges para demonstrar que o indivíduo apenas age conforme as regras diante do medo das consequências da sanção.

Assim, justiça não resultaria em um bem que as pessoas estimam, mas resultado do medo de cometer a injustiça e encarar suas consequências, de modo que, caso fossem impunes, os indivíduos não seriam justos, mas sim, arbitrários e parciais em suas ações.

O mito é apresentado da seguinte maneira. Giges era um pastor a serviço do soberano da Lídia. Durante uma tempestade torrencial, um terremoto fendeu o solo e criou um abismo no lugar no qual ele cuidava de seu rebanho. Ao analisar o ocorrido ficou perplexo ao identificar com muitas maravilhas no interior do buraco, dentre elas um cadáver nu e um anel de ouro em um dos dedos.

Assim, o pastor se apoderou do anel e saiu dali. Usou do anel na costuma reunião mensal dos pastores na qual eram feitos os relatórios a respeito do estado dos rebanhos a serem entregues ao Rei.

Ocorre que, enquanto estava sentado, ao girar o anel tornou-se invisível.

¹¹³<https://www.imf.org/external/pubs/ft/issues/issues30/#:~:text=the%20official%20economy,-,What%20is%20the%20Shadow%20Economy%3F,from%20monetary%20or%20barter%20transactions>.

¹¹⁴ BINI, Edson, A república (ou Da Justiça): Platão- tradução textos adicionais e notas Edson Pini – 3ed.- São Paulo: Edipro, 2019.

Compreendendo do poder do anel, tornou-se um dos mensageiros que levavam o relatório ao rei e quando chegou ao palácio seduziu a esposa dele, e com a ajuda dela atacou-o, matou-o e se apossou do reino.

Assim, empossado do poder e livre de qualquer sanção pelo Rei, Giges utiliza do seu poder para os próprios interesses, de modo que a discussão do mito retrata que a justiça não compreende um bem do homem, mas um resultado decorrente do medo das consequências do ato injusto.

No presente texto, analisaremos a moral e os efeitos que levam ao contribuinte socorrer à invisibilidade para manutenção das suas atividades empresariais, fenômeno conhecido como economia informal ou "shadow economy".

Desta feita, quais são as razões para o "Contribuinte- Giges" optar pelo caminho da "invisibilidade" perante o "Estado-Rei", bem assim como nosso sistema tributário encara tal problemática. É o que passamos a analisar.

3 – A Shadow Economy e sua Tributação – Um olhar sobre a invisibilidade

O primeiro passo para a presente análise consiste na árdua tarefa de identificar o que consiste na economia informal, o qual não há uma clareza sobre tal tema.

Tal dificuldade decorre da própria atividade, uma vez que os agentes informais buscam remanescer na informalidade, de modo que mapear e classificar suas características oferece dificuldade.

Para o presente artigo, a definição realizada por Schneider, Buen e Montenegro, conforme consta do Relatório "*Taxation and the Shadow Economy : How the Tax System Can Stimulate and Enforce the Formalization of Business Activities*", disponível pelo World Bank Group¹¹⁵:

"The shadow economy includes all market-based legal production of goods and services that are deliberately concealed from public authorities to avoid payment of income, value added or other taxes; to avoid payment of social security contributions; having to meet certain legal labor market standards, such as minimum wages, maximum working hours, safety standards, etc.; and complying with certain administrative procedures, such as completing statistical questionnaires or administrative forms."

¹¹⁵<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/29603/WPS8391.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Conforme consta do relatório, alguns fatores podem ser identificados para caracterização da economia informal.

Inicialmente, podemos elencar o elevado grau de complexidade do sistema tributário e ausência de efetividade do próprio sistema. Outro relevante fator apontado pelo relatório consiste na própria confiança dos contribuinte no Estado¹¹⁶.

Uma relevante análise realizada pelo Relatório consiste na comparação entre a relação da shadow economy frente ao Produto Interno Bruto (“PIB”) e relação da tributação em relação ao PIB. Assim, o estudo confirma a premissa de uma relação negativa, qual seja: alto grau de shadow economy está correlacionada a baixos níveis de eficiência da tributação. Veja-se:

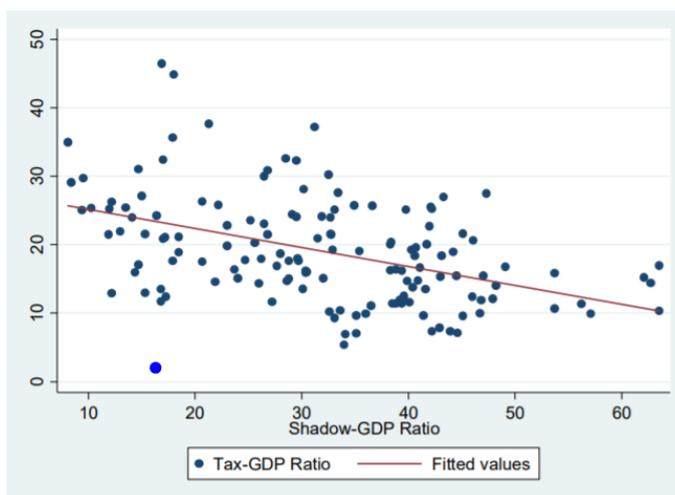
First, we analyzed the relationship between the ratios of tax collection to gross domestic product (GDP) and the ratios of the shadow economy to GDP, to confirm the presence of a negative relationship: high levels of the shadow economy correlate with low levels of tax collection. This comparison used the tax/GDP ratios for the year 2007 (from the IMF Government Financial Statistics data set) and compared them *with* the shadow economy–GDP ratios for the same year (as computed by Schneider, Buehn, and Montenegro 2010). The findings were straightforward and pointed clearly to a negative relationship, as seen in Table A.1 in the Appendix.

The fundamental regression is the relationship between the ratios of tax collection to Gross Domestic Product (GDP) and the ratios of the shadow economy to GDP. From this regression, we see that the coefficient of shadow economy to GDP has a low p-value (< 0.05) and is statistically significant, meaning that changes in ratios of the *shadow* economy to GDP are significantly correlated to changes in ratios of tax collection to GDP. The value of the coefficient is -0.278; that is, for every incremental percent of ratio of shadow economy to

¹¹⁶ Various papers and studies have shown that high levels of tax complexity, weak or ineffective tax enforcement, and lack of incentives to carry out business transactions and make payments through formal banking channels are among the factors affecting the level of informality. Another important factor is the level of trust taxpayers have in government.⁷ These factors can all be influenced by tax policies and tax administration measures. Other factors likely to impact the level of the shadow economy include the state of the official economy, labor market participation rates, quality of public-sector services, and a “culture of tolerance,” but as these factors are beyond the control of tax administrations they are not discussed in this paper. In general, a strategy to address the factors that can help reduce the size of the shadow economy needs to be comprehensive, involving all stakeholders, for e.g., the central bank, the banking sector, the ministry of finance or economy, and the tax administration

GDP, we can observe that the ratio of tax collection to GDP decreases by an average of -0.278 percent.

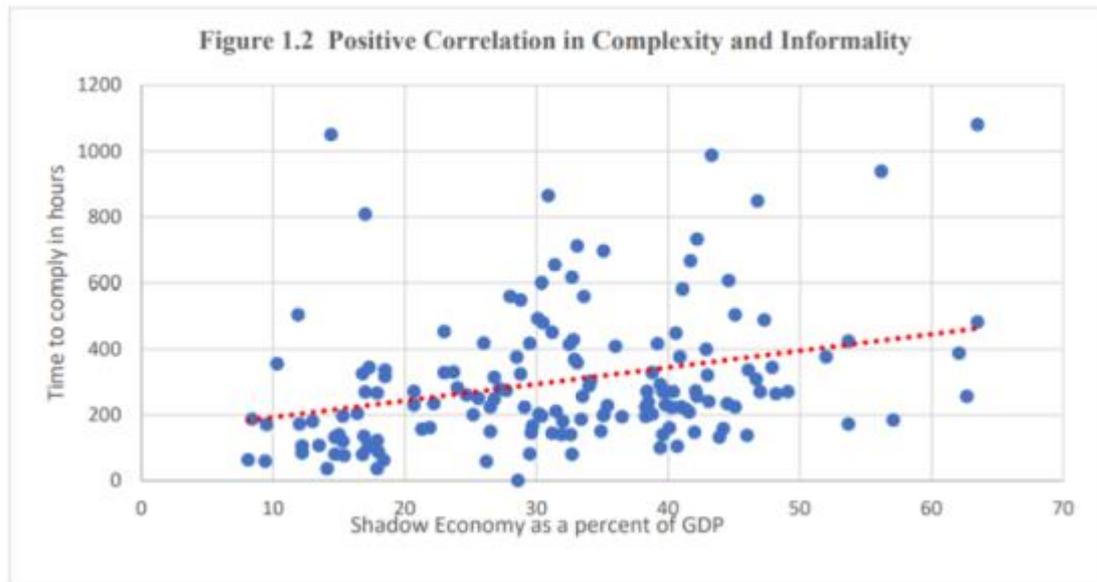
Figure 1.1 Scatter Tax to GDP Ratio: Shadow to GDP Ratio



Outra relevante análise consiste na correlação da economia informal e o regime de complexidade tributário. Conforme será melhor detalhado abaixo, o Brasil possui graves problemas referentes ao custo de conformidade tributária, qual seja, a larga quantidade de horas para cumprir com todos.

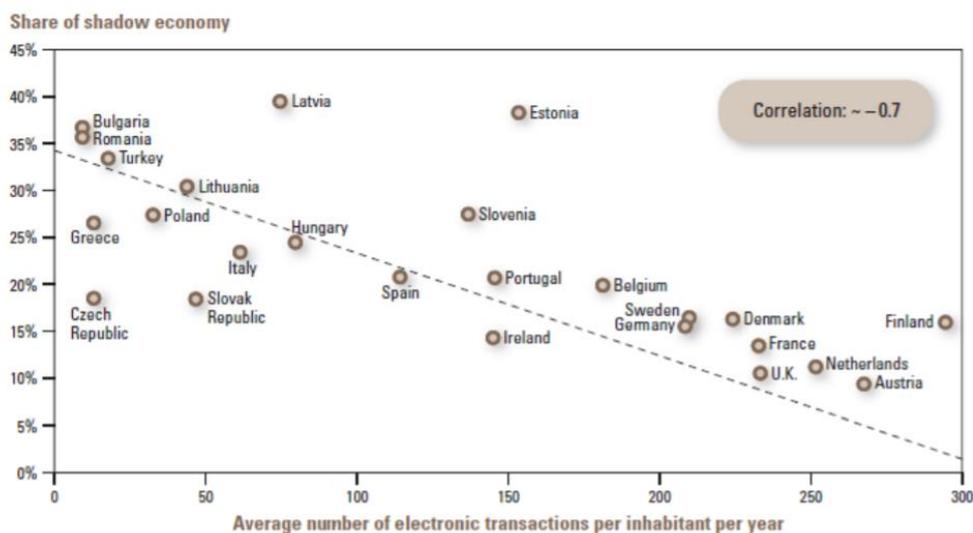
Assim, o relatório conclui por uma relação positiva, ou seja, quanto maior o grau de dificuldade tributária e Compliance tributário sobre contribuintes, maior o grau de informalidade. Veja-se:

Next, we examined tax regime complexity and its correlation with shadow economies. The hypothesis studied was that greater tax complexity, by imposing heavier compliance burdens on taxpayers, disincentivizes tax compliance, encouraging taxpayers to slip into the shadows. We measure tax complexity by determining the number of hours needed to comply with a tax regime, as defined in the Doing Business report of the World Bank Group. The Doing Business report is published with a two-year time lag; Doing Business 2009 thus presents data from the year 2007. Using that year's data to compare tax regime complexity with the shadow economy ratios computed by Schneider, Buehn, and Montenegro (2010), we get a result in line with our hypothesis:



Um terceiro fator apontado pelo Relatório consiste no grau de digitalização dos meios de pagamento. Assim, os estudos identificam que maior digitalização dos meios de pagamento, e, por conseguinte, menor correspondência de pagamentos em dinheiro.

Figure 1.3 Share of Shadow Economy



Outro ponto relevante ao tratarmos da shadow economy, consiste na utilização de tecnologia pela Administração Pública para uma maior celeridade e fiscalização sobre as

atividades do contribuinte, de modo a conseguir um alto grau de efetividade da arrecadação e tributação¹¹⁷.

O relatório identifica 02 estratégias para solução do problema: (i) melhorar a efetividade da tributação e fiscalização, por meio de investimentos em áreas de tecnologia da informação para um efetivo *enforcement*; e (ii) medidas tributárias (políticas e administrativas) para incentivar uma formalização dos negócios e utilização de meios digitais de pagamento.

Realizadas tais ponderações, passamos para análise do cenário Brasileiro.

IV – O CONTRIBUINTE GIGES BRASILEIRO

Conforme exposto no tópico supra, um dos fatores relevantes para formação da shadow economy (economia informal) constitui nas ações da Administração Pública, especialmente, sobre o excesso de custo de conformidade tributária sobre o contribuinte brasileiro.

Nesse cenário, o Brasil enfrenta um sério problema.

Isso porque, a obrigação acessória concernente à matéria tributária, no Brasil, é um tema problemático, uma vez que constitui um país com maiores horas para cumprimento das obrigações tributárias¹¹⁸. Ou seja, não basta a elevada carga tributária, o contribuinte despense horas e dinheiro para adimplir com as obrigações tributárias.

Desse modo, o Contribuinte Giges Brasileiro, diante da complexidade do sistema tributário acaba por utilizar da “invisibilidade” do anel pela dificuldade para regularização da própria atividade.

¹¹⁷ This finding is very interesting. In the modern, digital world, tax administrations are increasingly run on ICT platforms and use modern technology to enforce tax compliance. Modern ICT systems allow tax administrations to access data on taxpayers' financial transactions with banks and other institutions on a regular and automatic basis. These data can be analyzed automatically by IT systems to generate taxpayer risk profiles and to aid in risk management. Tax administrators use technological means as well, such as electronic invoicing systems, to ensure that sales and profits do not go underreported or unreported. These measures can significantly increase the amount of tax that can be forced out of the shadow economy and into tax compliance. Clearly, the higher an economy's Technological Readiness, the better and more effective such measures can be.

¹¹⁸ <http://www.infomoney.com.br/negocios/tributos-de-empresas/noticia/2579531/empresas-brasileiras-gastam-600-horas-por-ano-pagando-impostos>>. Acesso em: 13 de outubro de 2021.

Por outro lado, o complexo sistema tributária brasileiro acaba por induzir a conduta do Contribuinte Giges Brasileiro ao caminho da shadow economy diante do enorme dispêndio que necessita apenas para adimplir obrigações tributárias.

Tal complexidade fica evidente ao analisarmos o elevado número de casos tributários que lotam os tribunais brasileiros.

Corroborando tal argumento, cabe destacar análise realizada por Tiago Angelo, o qual aponta que execuções fiscais representam 39% dos casos pendentes de julgamentos em 2019¹¹⁹. Veja-se:

“As execuções fiscais, principais responsáveis pela morosidade do Poder Judiciário, representavam 39% do total de casos pendentes de julgamento em 2019. É o que aponta o relatório Justiça em Números 2020, do Conselho Nacional de Justiça, divulgado nesta terça-feira (25/8).”

De acordo com os dados do CNJ, de um total de 77,1 milhões de processos que estavam pendentes no final do ano passado, 30,2 milhões eram execuções fiscais. A título de comparação, este é o mesmo *número* de novas ações ajuizadas em todo o curso de 2019.”

É evidente, da análise do exposto acima, que a complexidade do sistema tributário reflete não apenas sob o contribuinte, mas no próprio exercício do poder judiciário em analisar e permitir dar maior segurança jurídica ao sistema.

Assim, para fins do contribuinte exercer seu direito de livre iniciativa acaba por sofrer um elevado encargo, de modo que moralmente, o Contribuinte Giges Brasileiro, vê na “invisibilidade” da economia formal o caminho para exercer seu direito constitucional de livre iniciativa e empreender.

Assim, haveria um limite para a cobrança do tributo, bem assim do controle do Estado sobre a atividade empresarial do contribuinte por meio do cumprimento de deveres auxiliares (pelos contribuintes)?

¹¹⁹<https://www.conjur.com.br/2020-ago-25/execucoes-fiscais-representaram-39-acervo-judicial-2019#:~:text=Execu%C3%A7%C3%B5es%20fiscais%20representaram%2039%25%20dos%20casos%20pendentes%20de%20julgamento%20em%202019&text=As%20execu%C3%A7%C3%B5es%20fiscais%20principais%20respons%C3%A1veis,pendentes%20de%20julgamento%20em%202019>. Acesso em: 16 de outubro de 2021.

Sob esse ponto, Edison Carlos Fernandes¹²⁰ realiza profunda análise sobre o limite para instituição de um tributo, bem assim dos deveres instrumentais (obrigações acessórias) pelo Fisco:

Mas, para Leandro Paulsen, o exercício da tributação exige ainda mais. Para ele, a tributação não prescinde da ampla colaboração dos cidadãos. Essa colaboração abrange uma plêiade de obrigações que ensejam ao Fisco ciência quanto à ocorrência dos fatos geradores para fins de fiscalização e lançamento dos tributos e que inclusive facilitam, asseguram e garantem a arrecadação. As obrigações fundadas no dever de colaboração aparecem, normalmente, como prestações de fazer, suportar ou tolerar, classificadas como obrigações formais ou *instrumentais* e, no direito positivo brasileiro, denominadas de obrigações acessórias.

Assim como a instituição e a cobrança do tributo (obrigação principal) não é ilimitada, mas encontra suas condições e suas fronteiras nos princípios constitucionais tributários, tampouco são ilimitados os deveres a que o contribuinte está sujeito no exercício da colaboração com a fiscalização e com a arrecadação do tributo (obrigação acessória). A instituição efetiva de cada obrigação acessória, lembra Leandro Paulsen, exige que se verifique se a pessoa colocada no polo passivo efetivamente tem a aptidão e a possibilidade de cumprir o ônus ou encargo que lhe é atribuído e se esse cumprimento pode se dar sem prejuízo das suas próprias atividades e interesses. Isso quer dizer que o sujeito passivo será capaz de cumprir a obrigação sem que comprometa desproporcionalmente seus direitos, sua liberdade e seu patrimônio. E conclui: é *preciso* que o sujeito passivo tenha capacidade de colaboração.

Acerca desse ponto, constitui sobre o princípio da capacidade colaborativa do contribuinte, ou seja, limite para interposição instituição de obrigações acessórias pelo Estado.

¹²⁰ FERNANDES, EDISON CARLOS. Capacidade Colaborativa e o tributo como penalidade: p caso do controle fiscal em subconta contábil. Revista Direito Tributário Atual – RTD Atual 37-2017.

Nesse mesmo sentido é a análise de Éderson Garin Porto¹²¹:

Em trabalho original, Leandro Paulsen identifica no princípio da capacidade colaborativa o “suporte, justificativa e medida” para a instituição de obrigações acessórias. Defende Leandro Paulsen que a capacidade colaborativa é critério de validade constitucional das obrigações acessórias, servindo de instrumento para o seu controle. Revela-se correto o raciocínio que defende a existência do dever de colaboração, mas, simultaneamente, propõe limites para a sua exigência. Nada mais adequado em tempos que as obrigações *tributárias* se proliferam sem qualquer medida.

De efeito, tem-se acompanhado um deslocamento das responsabilidades que historicamente eram do Fisco (instituir tributo, arrecadar, fiscalizar, realizar lançamento, cobrar) para, aos poucos, atribuí-las ao cidadão. Passou-se de um período *em* que a arrecadação era exclusivamente realizada pelo Estado, para uma fase em que as atividades de apuração dos tributos foram sendo transferidas para o contribuinte. Resulta que, na prática fiscal hodierna, o contribuinte possui um número infindável de obrigações tributárias acessórias que pouco a pouco o Estado foi impondo.

Da análise do exposto acima, fica evidente que o excesso de custo de conformidade tributária deve ser evitado e repellido não apenas pelo nefasto efeito sob a atividade do contribuinte, bem assim por constituir um relevante pilar da shadow economy.

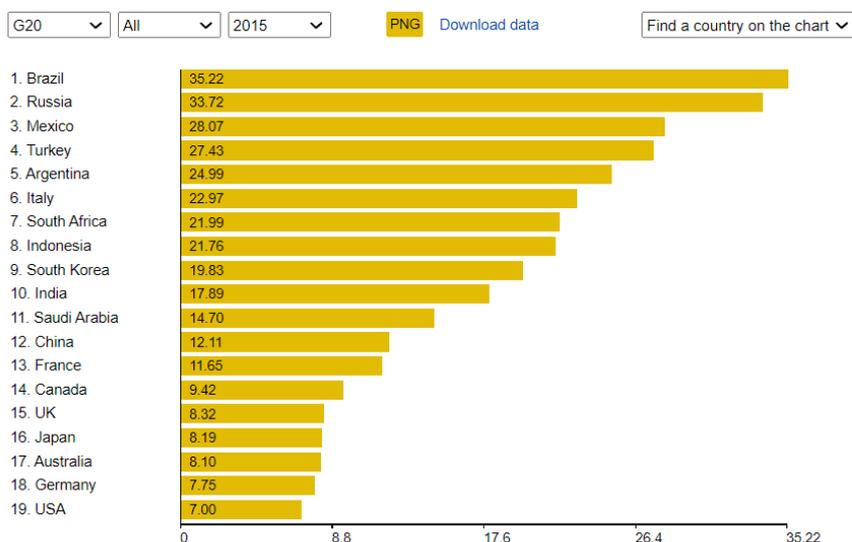
Sobre tal ponto, importante destacar que o País apresenta uma preocupante posição. Se considerarmos informações do sítio eletrônico “The Global Economy”, o país figura no topo dos países do G20¹²². Veja-se:

121 PORTO, Éderson Garin. Ensaio sobre os custos de conformidade no Brasil: Análise do peso das obrigações tributárias acessórias. Revista FESDT n. 9, abr. 2019. Disponível em: <https://www.fesdt.org.br/docs/revistas/9/artigos/2.pdf>. Acesso em: 16 de outubro de 2021

122 https://www.theglobaleconomy.com/rankings/shadow_economy/G20/. Acessado em: 16 de outubro de 2021.

Shadow economy, percent of GDP in G20: The average for 2015 based on 19 countries was 17.95 percent. The highest value was in Brazil: 35.22 percent and the lowest value was in the USA: 7 percent. The indicator is available from 1991 to 2015. Below is a chart for all countries where data are available.

Measure: percent; Source: Medina and Schneider (2018)



Desta feita, quer parecer que o Contribuinte Giges Brasileiro, diante da complexidade do sistema tributário acaba por utilizar da “invisibilidade” do anel pela dificuldade para regularização da própria atividade.

O aumento da “invisibilidade” de contribuintes representa um grave problema para recursos orçamentários estatais. Isso porque, que possível afirmar que a evasão de receita não corresponde à ausência de gasto público. Afinal, o contribuinte invisível permanece usufruindo dos direitos como cidadão.

Considerando os pilares expostos pelo FMI, em seu relatório, cabe ao Estado Brasileiro atuar de forma incisiva sobre o sistema tributário, de modo a retirar as ineficiências tributárias, bem assim tributar eficientemente (sem prejudicar o contribuinte no exercício de suas atividades).

IV – A COCULPABILIDADE TRIBUTÁRIA

Conforme exposto em tópico supra, é inegável o elevado custo de conformidade tributária no Brasil.

Um sistema complexo possui como consequência um maior grau de “invisibilidade” dos contribuintes, de modo a favorecer o crescimento da shadow economy (economia informal).

A esse teor, o país, infelizmente, se posiciona no topo da tabela no comparativo do G20 sobre o shadow economy.

Entretanto, em caso de descoberto e desmascarado pelas autoridades tributárias, caberia ao Contribuinte Giges Brasileiro ter sua pena relevada ou atenuada em razão do próprio sistema?

Em outras palavras, seria possível afirmar que a responsabilidade pelo cometimento de um delito, no presente caso, informalidade diante das autoridades tributárias, ser atenuada ou relevada caso demonstrado que o próprio sistema acaba por impor ao contribuinte tal ato como alternativa para manutenção de sua atividade empresarial?

De modo análogo, é possível analisar a doutrina extraída do Direito Penal, especificamente a aplicação da Teoria da Culpabilidade, invocada pelo argentino Eugenio Raúl Zaffaroni.

Conforme tal teoria, a responsabilidade de um indivíduo que comete um delito tenha sua sanção atenuada ou afastada diante de falhas sociais estatais que, comprovadamente, levaram incorrer na atitude ilícita. Nesse sentido leciona Eugenio Raúl Zaffaroni em coautoria com José Henrique Pierangeli: Veja-se:

Todo sujeito age numa circunstância determinada e com um âmbito de autodeterminação também determinado. Em sua própria personalidade há uma contribuição para esse âmbito de determinação, posto que a sociedade – por melhor organizada que seja – nunca tem a possibilidade de brindar a todos os homens com as mesmas oportunidades. Em consequência, há sujeitos que têm um menor âmbito de autodeterminação, condicionado desta maneira por causas sociais. Não será possível atribuir estas causas sociais ao sujeito e sobrecarregá-lo com elas no momento da reprovação de culpabilidade. Costuma-se dizer que há, aqui, uma “co-culpabilidade”, com a qual a própria sociedade deve arcar. Tem-se afirmado que este conceito de co-culpabilidade é uma idéia introduzida pelo direito penal socialista. Cremos que a co-culpabilidade é herdeira do pensamento de Marat (ver n. 118) e, hoje, faz parte da ordem jurídica de todo Estado Social de Direito, que reconhece direitos econômicos e sociais, e, portanto, tem cabimento no Código Penal mediante a disposição genérica do art. 66123.

123 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 525.

Quer parecer possível a aplicação dessa teoria sob o direito tributário, especialmente, ao julgador ao analisar eventuais sanções que devem ser aplicadas em razão da complexa máquina burocrática tributária.

Conforme exposto nos tópicos supras, o País apresenta um sistema tributário complexo, de modo que demanda longas e árduas horas de trabalho apenas para o cumprimento das obrigações tributárias, denominado custo de conformidade tributária.

Sob uma análise de direito a livre iniciativa, o contribuinte acaba por identificar na “invisibilidade” um modo de viabilizar seu sustento (economia informal).

Consequentemente, todo o sistema perde com o crescimento da economia informal, uma vez que parcela passível de tributação não chega aos cofres públicos, e, por consequência, a Administração Pública pode acabar por reduzir ou não fomentar serviços públicos essenciais.

Assim, conclui-se que se trata de um tema extremamente complexo e de difícil solução.

V – CONCLUSÃO

Conforme se verifica do exposto acima, a shadow economy representa um problema mundial enfrentando por diversas nações, de modo que seu aumento pode ser identificado em razão de diversos fatores, dentre eles, a complexidade do sistema tributário.

Ao analisarmos o sistema tributário brasileiro, fica inegável o elevado custo de conformidade tributária, qual seja, o custo que empresas e indivíduos acabam por incorrer tão somente para adimplir com suas obrigações tributárias.

O contribuinte Giges Brasileiro, na presente análise, representa exatamente o contribuinte que busca, via informalidade (invisibilidade) a manutenção das suas atividades.

A Shadow Economy no país tem sido um grave problema econômico com drásticas consequências. Isso porque, o Brasil lidera, infelizmente, o ranking dos países com maior proporção de shadow economy dentro do G-20.

Quanto à eventuais ações que poderiam ser adotadas para mitigar ou reduzir a quantidade de contribuintes Giges Brasileiros, quer parecer que simplificar o sistema tributário representa tarefa prioritária.

Assim, considerando a crescente digitalização da economia, bem assim a utilização de meios digitais de pagamentos, cabe adoção de um sistema que permita e viabilize um recolhimento utilizando dessas plataformas.

Por meio de uma tributação estritamente sob o consumo e não sob a produção (IVA/GST/ICMS/ISS/IBS) seria possível tributar as operações advindas da shadow economy, bem assim, por meio de uma política pública de excelência, utilizar tais receitas para um melhor desenvolvimento e mitigar a regressividade advinda da tributação do consumo.

REFLEXÕES SOBRE A ADOÇÃO NO BRASIL – O CAMINHO DE QUEM ESPERA POR UMA FAMÍLIA

EVIE SARAMELLA DE RESENDE: Graduada em Comunicação Social pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Pós-graduada em Direito Constitucional pela Faculdade Internacional Signorelli. Servidora pública no Ministério Público de Minas Gerais

CARLA HOLTZ VIEIRA

(orientadora)

RESUMO: O objetivo deste trabalho é analisar a prática da adoção no Brasil, sua evolução ao longo do tempo e suas principais características. Regulamentada principalmente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), a sistemática da adoção vem sendo alterada por leis mais recentes, como a Lei 13.509/17, buscando conferir maior celeridade ao processo e garantir o direito de crianças e adolescentes de serem criados no seio de uma família. Ainda assim, verifica-se que os números da adoção no país indicam a necessidade de melhorias nas leis e nas práticas jurídicas, além de políticas sociais e mudanças culturais para que as adoções alcancem maior sucesso, tanto para os adotantes quanto para os que são adotados.

PALAVRAS-CHAVE: Adoção. Lei 8.069/90. Lei 13.509/17.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA. PROBLEMA INVESTIGADO. METODOLOGIA. 1. A EVOLUÇÃO DA ADOÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. 2. A ADOÇÃO NO BRASIL: NÚMEROS E CARACTERÍSTICAS. 2.1 Estatísticas e perfis de adoção. 2.2 Os caminhos da adoção no Brasil. 3. OS PRAZOS ESTABELECIDOS NO ECA E SUAS RECENTES ALTERAÇÕES. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A palavra adoção vem do verbo adotar, que, por sua vez, tem origem no termo *adoptare*, do latim, e significa optar, decidir-se por; escolher (ADOÇÃO, 2012, p. 19). No Dicionário Houaiss, o conceito de adotar é “tomar (alguém) legalmente como filho, dando-lhe direitos” (ADOTAR, 2010, p. 16).

A prática da adoção se mostra presente desde os primórdios da história da humanidade, mas o objetivo do adotante nem sempre foi o mesmo ao longo do tempo. Encontram-se registros de adoções em Gênesis, na Bíblia, bem como no Código de Hamurabi, vigente na Babilônia entre 1728-1686 a.C, onde a adoção era vista como um

contrato. No Código de Manu, por sua vez, a adoção tinha cunho eminentemente religioso. Tal documento foi redigido entre os séculos II a.C. e II d.C. (RODRIGUES; LOPES, 2016).

Um dos exemplos mais conhecidos de adoção é a história de Moisés, que remonta, aproximadamente, ao ano de 1250 a.C. Naquela época, por ordem do faraó, todas as crianças israelitas do sexo masculino deveriam ser mortas ao nascer. A mãe de um desses meninos, entretanto, decidiu colocá-lo em um cesto à beira do rio, esperando que, assim, o filho sobrevivesse. A criança foi então encontrada pela filha do faraó, que o adotou e batizou como Moisés.

Na Roma Antiga, a adoção tinha motivação política. O instituto ganhou destaque pela necessidade de alguns reis de darem continuidade a suas dinastias. Alguns exemplos de filhos adotivos que se tornaram imperadores seriam Scipião Emiliano, César Otaviano, Calígola, Tibério, Nero e Justiniano.

Avançando à Idade Moderna, a adoção não era bem vista na Alemanha feudal. Além dos interesses dos senhores feudais muitas vezes conflitarem com eventuais direitos concedidos aos adotados, que eram em sua maioria plebeus, a igreja não apoiava a adoção. Isto se dava pelo fato de que os bens dos senhores feudais que morriam sem deixar descendentes muitas vezes eram destinados à igreja. Entretanto, em 1789, com a Revolução Francesa, a adoção voltou a ser discutida. No Código de Napoleão, de 1804, ela passou a ser tratada como um ato contratual, obtido após o consentimento das partes, um extenso trâmite processual e a avaliação de alguns requisitos, como idade mínima de 50 anos para o adotante, ausência de filhos biológicos, entre outros (RODRIGUES; LOPES, 2016).

Percebe-se que, ao longo do tempo, a adoção foi vista de formas distintas, sendo relacionada a ideais religiosos e até mesmo políticos. Embora seja associada, na maioria das vezes, à ideia de caridade, tal prática torna-se valorizada ou não de acordo com a cultura e o modo de pensar de cada época. A partir da Revolução Francesa, outras leis surgiram, até mesmo na França, para regulamentar a adoção. Entretanto, a legislação napoleônica pode ser considerada a maior influenciadora da cultura moderna relacionada ao assunto.

É importante ressaltar que, atualmente, a adoção é permitida em quase todas as legislações nacionais, apresentando características diversas em cada uma delas. Em comum, prevalecem principalmente o valor humanitário do ato e a garantia de melhores condições de vida para as crianças e adolescentes que dependem da adoção para o pleno exercício de seus direitos.

No Brasil, a legislação evoluiu ao longo dos anos para regulamentar a adoção, desde o Código Civil de 1916 (Lei 3.071/16) até o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei

8.069/90), conforme será visto adiante. A despeito de toda a evolução, as estatísticas referentes ao tema mostram que a legislação e toda a sistemática da adoção, desde as práticas jurídicas até as políticas sociais e a cultura da população, ainda têm muito a evoluir no país para que haja efetivamente o resguardo dos direitos das crianças e adolescentes que necessitam de uma família.

REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

O objetivo deste trabalho é analisar a sistemática da adoção no Brasil. Para tanto, são estudadas as leis 8.069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, 12.010/09, também chamada Nova Lei da Adoção, e 13.509/17, que altera o Estatuto da Criança e do Adolescente, notadamente em artigos referentes a destituição do poder familiar, acolhimento, guarda e adoção.

No estudo específico da Lei 8.069/90 (ECA), mereceram destaque as obras Estatuto da Criança e Adolescente Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo, de Francimar Lamenza (LAMENZA, 2012) e Estatuto da Criança e do Adolescente, de Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 2014) marcada pela riqueza doutrinária na análise da norma, sob os olhos da experiência do próprio autor. Em tal obra, Nucci buscou, além de tratar o tema de forma técnica, fazer uma contemporização da lei com a realidade apresentada pela sociedade brasileira.

No estudo específico da Lei 13.509/17, foi de grande valia a cartilha elaborada pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente e da Educação (CAOPCAE), do Ministério Público do Estado do Paraná (MPPR). No material, disponibilizado no *site* do MPPR, são comentadas todas as alterações provocadas pela referida norma no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ainda sobre a temática da adoção, sem deixar de percorrer a Lei 12.010/09, foram analisados artigos científicos e serviram de apoio os livros Adoção tardia: da família sonhada à família possível, de Marlizete Maldonado Vargas (VARGAS, 2013), Adoção, de Gina Khafif Levinzon (LEVINZON, 2013), e Adoção: significados e possibilidades, de Leila Dutra de Paiva (PAIVA, 2004). As obras trazem o histórico da adoção no Brasil, bem como das leis que regulamentaram tal prática ao longo do tempo, além de amplas discussões sobre o tema nos aspectos sociais e psicológicos.

Além da revisão bibliográfica mencionada, foram colhidos dados estatísticos sobre adoção no Brasil. Ao mostrar os números de adoções realizadas, bem como os de crianças e adolescentes que se encontram aguardando a adoção e os de pessoas cadastradas e habilitadas para adotar, buscou-se conhecer e analisar a sistemática das adoções no país, apontando problemas e eventuais soluções.

PROBLEMA INVESTIGADO

Os números da adoção no Brasil são muito discrepantes. Como será detalhado adiante, mais de 40 mil pessoas são habilitadas e cadastradas para adotar, enquanto pouco mais de 8 mil crianças e adolescentes encontram-se cadastrados no Cadastro Nacional de Adoção para ser adotados. Esta realidade faz com que muitos deles cresçam em instituições de acolhimento, sem ter acesso à convivência familiar.

A Lei 8.069/90 (ECA) garante a todas as crianças e adolescentes o direito de serem criados no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, ou seja, uma família adotiva. Para tanto, alguns trâmites legais são necessários. Buscando agilizar este processo, a Lei 13.509/17 recentemente alterou prazos previstos no ECA.

O trabalho ora apresentado busca analisar a sistemática da adoção no Brasil, os números, os trâmites legais, os aspectos que funcionam bem e os que precisam melhorar. Para tanto, são percorridas questões como: Qual o perfil escolhido pelas pessoas que adotam e que desejam adotar? Qual o perfil das crianças e adolescentes disponíveis para adoção? A legislação dedicada ao tema é adequada à realidade do país? Todas as respostas a estas perguntas são fundamentais para se chegar à questão principal: O que pode ser feito para que os números da adoção sejam menos discrepantes no Brasil?

METODOLOGIA

Para o desenvolvimento do trabalho, foi utilizado o método dialético. Primeiramente, através de pesquisa bibliográfica, por meio de leitura e fichamento de livros, artigos e periódicos, além da utilização de material audiovisual. Com essa pesquisa, vislumbrou-se o aprofundamento do conhecimento legal e doutrinário do tema proposto.

Após a conclusão da pesquisa e o estudo de todo o material encontrado, iniciou-se a confecção do trabalho em si, cuja redação privilegia a objetividade e a concisão, visando ao fácil entendimento por parte do leitor, sem prejuízo da riqueza da exposição do tema.

A partir da pesquisa exploratória e análise qualitativa das informações, buscou-se mostrar as principais características e especificidades da matéria em exame, bem como possíveis soluções para os problemas referentes à sistemática da adoção no Brasil.

1. A EVOLUÇÃO DA ADOÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No Brasil, a história da adoção tem um percurso extenso, encontrando-se registros desde a época da colonização. Naquele período, era comum encontrar filhos de terceiros nas casas de famílias mais abastadas. Eram os chamados “filhos de criação”, que muitas vezes constituíam-se como uma possibilidade de mão-de-obra gratuita, além de facultar a

prática da caridade cristã. Não se verificava nestas relações qualquer preocupação ou cuidado com o “filho” adotivo, que mal alcançava o *status* de familiar, sempre recebendo tratamento e condições de vida diferenciados.

Este comportamento contribuiu para a perpetuação de vários mitos e preconceitos relacionados à adoção. Uma herança dessa prática de criar filhos alheios como se fossem próprios é a chamada “adoção à brasileira”, que se constitui na prática ilegal de registrar como filho uma criança nascida de outra pessoa, sem passar por qualquer trâmite legal.

Sob influência do modelo francês, o Código Civil de 1916 (Lei 3.071/16) foi a primeira lei a tratar da adoção no Brasil. De acordo com o referido código, a adoção era permitida apenas a casais sem filhos e poderia ser revogada. Além disso, o adotando não perdia o vínculo com a família biológica. As primeiras alterações vieram em 1957, com a Lei 3.133/57, que dava a pessoas que já tinham filhos a possibilidade de adotar. Nestes casos, entretanto, o filho adotivo não teria direito a herança.

A partir de 1965 (Lei 4.655/65), o direito de adotar, antes reservado àqueles que eram casados, foi estendido às pessoas viúvas e aos desquitados. Mudanças significativas também ocorreram em relação ao adotando, caracterizando a chamada legitimação adotiva. Assim, o filho adotivo passava a ter praticamente os mesmos direitos dos filhos biológicos, com exceção dos direitos sucessórios, que ainda eram restritos, e o vínculo com a família biológica era automaticamente interrompido, o que gerava a irrevogabilidade da adoção. Contudo, a irrevogabilidade era relativa, pois se aplicava apenas aos casos de crianças de até 7 anos de idade ou quando a identidade dos pais biológicos era desconhecida.

A legitimação adotiva vigorou até 1979, quando a Lei 6.697/79, conhecida como Código de Menores, estabeleceu duas formas de adoção: a adoção simples, que envolvia crianças e adolescentes entre 7 e 18 anos que estivessem em situação irregular, e a adoção plena, na qual a criança adotada com até 7 anos de idade passava à condição de filho, sendo o ato irrevogável.

A Constituição da República de 1988 inovou o instituto da adoção, igualando a condição dos filhos adotivos à dos filhos biológicos. O art. 227, § 6º, prevê que “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 Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), de 13 de julho de 1990, consolidou a igualdade entre filhos adotivos e biológicos. Com o ECA, a adoção simples também foi abolida e os benefícios da adoção plena foram estendidos a todos os menores de 18 anos, garantindo a irrevogabilidade da adoção, o rompimento dos vínculos de parentesco com a família biológica e, acima de tudo, a condição de filho aos adotados,

assegurando-lhes os mesmos direitos dos filhos biológicos. Além disso, o direito de adotar foi estendido a todas as pessoas maiores de 18 anos de idade, de qualquer estado civil, desde que haja diferença de pelo menos dezesseis anos entre o adotante e o adotado.

Se antes do ECA as leis valorizavam os “laços de sangue”, privilegiando os filhos biológicos em detrimento dos adotivos, com o Estatuto a maior preocupação passa a ser a garantia dos direitos e do bem-estar da criança ou adolescente adotado. Desde a sua promulgação, o Estatuto vem sofrendo alterações, sempre buscando melhorar o processo de adoção e garantir às crianças e adolescentes o direito de serem criadas no seio de uma família, seja biológica ou adotiva. Neste sentido, merecem destaque as leis 12.010/09 e 13.509/17, que alteram condições e prazos estabelecidos para o processo de adoção. Tais alterações serão analisadas em tópico específico.

2. A ADOÇÃO NO BRASIL: NÚMEROS E CARACTERÍSTICAS

2.1 Estatísticas e perfis de adoção

Segundo informações divulgadas em abril de 2018 pela TV Senado, aproximadamente 47 mil crianças e adolescentes vivem em abrigos e casas de acolhimento institucional ou familiar no Brasil. Sabe-se que muitos deles permanecerão nessas instituições até atingirem a maioridade, enquanto outros terão a chance de ser adotados. Os números se tornam muito discrepantes quando são analisados os dados do Cadastro Nacional de Adoção (CNA). Em consulta aos relatórios disponibilizados no *site* do CNA em maio de 2018, verificou-se que, do total de acolhidos ou abrigados, apenas 8.676 crianças e adolescentes estão cadastrados no CNA, sendo que somente 4.942 são considerados disponíveis para ser adotados. No outro extremo desse mesmo sistema, 43.643 pessoas estão cadastradas como pretendentes à adoção, sendo que 40.747 desses pretendentes encontram-se atualmente disponíveis. A diferença entre o número de cadastrados e disponíveis se dá por diversas razões, entre elas a vinculação entre adotandos e adotantes, ou seja, a existência de um processo de adoção que ainda não se concretizou, ou mesmo a indisponibilidade temporária de pretendentes habilitados.

Lançado em 2008, o Cadastro Nacional de Adoção, vinculado ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), é um sistema de informações que consolida os dados de todas as Varas da Infância e Juventude do país sobre crianças e adolescentes disponíveis para adoção e pretendentes habilitados para adotar. A maior vantagem proporcionada pelo CNA é justamente a unificação dos dados, que permite que pessoas aptas à adoção na comarca em que residem fiquem habilitadas para adotar em qualquer outro lugar do país. Assim, reduz-se a burocracia e as crianças e adolescentes de uma região podem ser adotados por pretendentes de outra.

Para realizar o cruzamento dos dados e identificar possibilidades concretas de adoção, o CNA trabalha com perfis. As crianças e adolescentes disponíveis para adoção são cadastrados com informações como sexo, idade, raça, se possuem ou não doenças e/ou deficiências e se têm ou não irmãos. Da mesma forma, os pretendentes habilitados a adotar, ao preencherem seu cadastro durante o processo de habilitação, informam o perfil da criança ou adolescente que pretendem adotar. Tais informações são lançadas no CNA no momento em que os pretendentes são cadastrados.

É exatamente quando se busca realizar o cruzamento desses dados que as discrepâncias aparecem. Levando em consideração os números de crianças e adolescentes cadastrados, verifica-se que 54,32% delas são do sexo masculino e 45,68% são do sexo feminino. Entre os pretendentes à adoção, 27,36% aceitam adotar somente meninas, enquanto 8,51% aceitam adotar somente meninos.

Em relação à idade, a preferência dos adotantes é ainda mais perceptível: aproximadamente 20% dos pretendentes aceitam adotar crianças de até 3 anos de idade, por outro lado, menos de 1% aceita adotar adolescentes acima dos 12 anos. A realidade das crianças e adolescentes em situação de acolhimento é muito diferente dessa expectativa. Apenas 17,85% das crianças cadastradas têm 3 anos de idade ou menos, enquanto 37,76% dos cadastrados têm entre 13 e 17 anos. Se analisarmos os números ainda mais friamente, veremos que cerca de 80% dos que estão cadastrados para adoção são adolescentes e pré-adolescentes, mas a grande maioria dos pretendentes deseja adotar crianças entre 0 e 6 anos de idade. Os dados divulgados pelo CNA referentes ao ano de 2016 mostram, por exemplo, que, das 1.226 adoções de crianças e adolescentes realizadas no Brasil naquele ano, apenas 13 foram de adolescentes entre 15 e 17 anos.

Quando o critério é a raça, verifica-se que 92,22% dos pretendentes aceitam adotar crianças brancas, 80,94% aceitam crianças pardas e 53,3% aceitam crianças negras. Porém, uma porcentagem relativamente alta, 16,8% dos pretendentes habilitados, aceita adotar somente crianças brancas. A maioria considerável de crianças e adolescentes cadastrados para adoção, entretanto, é constituída por pardos (48,74%).

Outro dado relevante nos perfis dos candidatos à adoção diz respeito à existência de irmãos. A maioria das crianças e adolescentes cadastrados, precisamente 58,33%, possui irmãos. Por outro lado, 64,04% dos pretendentes habilitados não aceitam adotar irmãos. A dificuldade é grande em relação a este critério, uma vez que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em alteração dada pela Lei 12.010/09, prevê em seu art. 28, § 4º:

Os grupos de irmãos serão colocados sob adoção, tutela ou guarda da mesma família substituta, ressalvada a comprovada existência de risco de abuso ou outra situação que justifique plenamente a

excepcionalidade de solução diversa, procurando-se, em qualquer caso, evitar o rompimento definitivo dos vínculos fraternais.

Por fim, há que se considerar, ainda, o critério da saúde. Atualmente, 25,88% das crianças e adolescentes cadastrados no CNA possuem algum problema de saúde, sejam doenças congênitas, deficiências físicas ou mentais. Contudo, 63,09% dos pretendentes cadastrados declaram que só aceitam adotar crianças sem doenças.

Todos os números apresentados nos levam à difícil realidade vivenciada por crianças e adolescentes em situação de acolhimento institucional e familiar no Brasil. A espera pela adoção é longa e muitas vezes sequer se concretiza, o que faz com que milhares de crianças e adolescentes cresçam em programas de acolhimento, até atingirem a maioria. A falta de flexibilidade na escolha dos critérios por parte dos pretendentes à adoção é o principal entrave para que grupos de irmãos, crianças e adolescentes com alguma doença e adolescentes com idade superior a 12 anos permaneçam em abrigos por muito mais tempo do que deveriam.

2.2 Os caminhos da adoção no Brasil

A adoção é regulamentada no Brasil pelo Código Civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo este o objeto de análise deste artigo, por se tratar de legislação específica, voltada à proteção dos direitos da criança e do adolescente.

A Lei 8.069/90 (ECA) assim preleciona:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

A excepcionalidade de ser criado e educado em uma família substituta significa a possibilidade de ser adotado e significa, também, que serão feitas todas as tentativas possíveis para manter a criança ou adolescente no seio de sua família biológica (natural), ainda que com membros da família extensa. Para efeitos desta lei, família extensa ou ampliada é “aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade.”

Esgotadas as possibilidades de manutenção com a família biológica, é necessário que os vínculos jurídicos sejam rompidos para que a criança ou adolescente fique apto para adoção. Para tanto, forma-se um processo judicial de destituição do poder familiar. Ao longo da tramitação do processo são realizados estudos psicossociais, além de audiências com as partes envolvidas, objetivando a análise concreta de cada caso e a

avaliação das condições dos genitores em assumir e/ou manter os cuidados com os filhos, ofertando-lhes sustento, guarda e educação. Comprovada a ausência de oferta desses cuidados, ou seja, o descumprimento injustificado dos deveres e obrigações previstos no art. 22 do ECA, o poder familiar é destituído e os pais perdem os direitos e também deixam de ter deveres em relação àquele filho. A destituição do poder familiar normalmente decorre da violação dos direitos das crianças e adolescentes, que são negligenciados ou sofrem maus-tratos e abusos no seio da própria família, muitas vezes desestruturada econômica, social e emocionalmente.

Outra possibilidade de uma criança ser colocada em adoção ocorre quando uma gestante ou mãe manifesta o desejo de entregar o filho. Tal situação é prevista no art. 19-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, que assegura que a gestante ou mãe seja ouvida, assim como o genitor, caso seja indicado. A lei prevê, ainda, que a família extensa seja procurada, por até 90 dias, para que se manifeste sobre eventual interesse em ficar com a criança. Após o nascimento, a mãe e o pai, se for indicado, deverão ser ouvidos novamente em audiência. Mantendo-se o desejo de entregar a criança para adoção, o poder familiar será extinto.

O termo adoção aparece expressamente no art. 28 da Lei 8.069/90: “A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.” A parte final do artigo garante que a criança ou adolescente possa conviver com uma família adotiva ainda que sua situação jurídica não esteja definida, ou seja, que o poder familiar não tenha sido extinto ou destituído. Isto possibilita que o adotando deixe de viver em situação de acolhimento mais rapidamente, contudo a adoção só pode ser efetivada legalmente após a regularização da situação jurídica do menor.

O instituto da adoção encontra-se amplamente previsto na Subseção IV do ECA, nos artigos 39 a 52, onde são expressas todas as condições e impedimentos relacionadas ao ato. Reforçando a ideia de que a criança ou adolescente deve ser mantida no seio da família de origem - já apresentada no art. 19, § 3º - o art. 39, § 1º, preleciona:

A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

No outro extremo do caminho da adoção, encontram-se os pretendentes a adotar. De acordo com a lei, podem adotar os maiores de 18 anos, independentemente do estado civil, sendo necessário que o adotante seja pelo menos dezesseis anos mais velho que o adotando. Além disso, os ascendentes e os irmãos do adotando são impedidos de adotá-

lo e, para adoção conjunta, é necessário que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável reconhecida.

Para realizar uma adoção é preciso um processo judicial. O interessado em adotar deve fazer uma petição na Vara da Infância e Juventude da comarca em que reside. Será formado um processo de habilitação para adoção. O candidato participará, então, de um curso de preparação psicossocial e jurídica, cuja presença é obrigatória. Cada comarca estabelece a duração e o tipo de curso que será oferecido. Após, o candidato será submetido a avaliação psicossocial, com entrevistas e visita domiciliar feitas pela equipe técnica interprofissional. Durante a entrevista técnica, o pretendente descreverá o perfil da criança desejada. É possível escolher o sexo, a raça, a faixa etária, o estado de saúde e se está ou não disposto a adotar grupos de irmãos. O resultado da avaliação será encaminhado ao Ministério Público e ao Juiz da Vara da Infância e Juventude. Com base no laudo da equipe técnica e no parecer do Promotor de Justiça, o Juiz dará sua sentença. Sendo esta favorável, o pretendente será incluído no Cadastro Nacional de Adoção. A partir da inclusão, passa a constar na fila de adoção do estado de origem e aguarda até que uma criança ou adolescente com o perfil escolhido durante o processo de habilitação esteja disponível para ser adotado.

Se uma criança ou adolescente compatível com o perfil escolhido pelo pretendente estiver disponível para adoção, o candidato será informado e, se desejar, poderá conhecer o menor. Se houver o desejo de continuar com o processo de adoção, terá início o estágio de convivência, que, de acordo com o ECA, poderá durar até 90 dias. Neste estágio, supervisionado por equipe técnica, será verificada a formação do vínculo entre adotante e adotando. Se o relacionamento der certo, o pretendente deverá ajuizar a ação de adoção. Com isso, receberá a guarda provisória, com duração até o final do processo, e o adotando poderá morar com a nova família. A convivência ainda será monitorada por equipe técnica do Poder Judiciário, através de visitas domiciliares. A opinião do adotando sempre será considerada, na medida do possível, sendo o consentimento obrigatório quando o mesmo for maior de 12 anos. Ao ser concluído o processo, com sentença favorável do Juiz pela adoção, será lavrado novo registro de nascimento da criança ou adolescente. A partir de então, o adotado passa a ter todos os direitos de um filho, sem qualquer distinção em relação a um filho biológico. A lei prevê expressamente em seu art. 41: "A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais."

É possível observar que o trâmite da adoção ainda é longo no Brasil. A burocracia, a falta de condições e de pessoal no Poder Judiciário, a tentativa de manutenção das crianças e adolescentes no seio da família natural, são apontadas como principais causas da demora do processo como um todo. É justamente a percepção dessa demora que faz

com que muitas pessoas desistam de adotar. Outro problema decorrente desse pensamento é que se verifica com certa frequência no país a realização de adoções ilegais. Ainda hoje, sabe-se que muitas pessoas optam por realizar a adoção de bebês fora dos trâmites legais, na chamada “adoção à brasileira”, já mencionada anteriormente.

No livro *Adoção tardia – da família sonhada à família possível*, Marлизete Maldonado Vargas expõe a dura realidade percebida no país:

No Brasil, a adoção existiu, principalmente, marginal aos processos legais e escapando às estatísticas. Segundo Costa (1988), a prática, denominada de “Adoção à brasileira”, ocorria em 90% das adoções que se concretizavam no país até 1988, ou seja: pessoas de qualquer estado civil registravam como próprias, legítimas, os filhos de outros. Os argumentos para tal prática estavam, geralmente, apoiados no excesso de burocracia imposto pela legislação vigente até 1989. (VARGAS, 2013, p. 25)

Com a evolução das leis e a criminalização da prática da “adoção à brasileira”, o número de adoções legais vem aumentando ao longo do tempo. O Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe grandes avanços na regulamentação do processo de adoção, mas, como já mencionado, a legislação ainda precisa evoluir para assegurar às crianças e adolescentes o direito à convivência familiar. Com este objetivo, alterações vêm sendo feitas para melhorar os prazos previstos na lei.

3. OS PRAZOS ESTABELECIDOS NO ECA E SUAS RECENTES ALTERAÇÕES

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em conjunto com o Código Civil, disciplina todos os aspectos da adoção no Brasil. Desde a promulgação, em 1990, o ECA sofreu alterações por meio de leis específicas, para que as normas se adaptassem melhor à realidade do país e para que crianças e adolescentes em situação de acolhimento tivessem maiores chances de reintegração à família de origem ou de colocação em família adotiva.

As principais alterações no ECA se deram com a Lei 12.010/09 e, recentemente, com a Lei 13.509/17. Em 2009, a Lei 12.010/09 regulamentou todo o processo de adoção e acrescentou parágrafos ao ECA, estabelecendo prazos para que crianças e adolescentes permanecessem em acolhimento, seja institucional ou familiar, além de prazos para que eles tivessem sua situação reavaliada. Foram modificações importantes, uma vez que tais previsões não existiam no ECA e crianças e adolescentes muitas vezes ficavam esquecidos nos abrigos e casas de acolhimento. Em relação ao prazo para reavaliação da situação do acolhido, Guilherme de Souza Nucci assevera que “este prazo é demonstrativo, por si só, de uma das mais graves falhas deste Estatuto: a ausência de responsabilidade das autoridades e técnicos envolvidos na vida da criança e do adolescente, cuja família natural

se encontra desestruturada e sem condições de tê-lo consigo” (NUCCI, 2014, p. 103). Para Francimar Lamenza, ambos os prazos “obrigam o Juízo a manter alimentado o processo de acompanhamento da situação do acolhido, evitando, assim, o indevido esquecimento daquele caso em especial” (LAMENZA, 2012, p. 29).

A mais nova lei a alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente foi a Lei 13.509/17, de novembro de 2017. Além de estabelecer novos prazos para situações que antes não estavam previstas, as principais alterações provocadas pela referida norma foram a redução dos prazos estabelecidos pela Lei 12.010/09. Desta forma, o Art. 19, §2º, que previa que uma criança ou adolescente poderia permanecer em programa de acolhimento institucional pelo prazo máximo de dois anos foi modificado e o prazo máximo de permanência no acolhimento passou a ser de um ano e seis meses. Entretanto, permanece a ressalva de que tal permanência pode se prolongar, caso comprovada necessidade que atenda ao interesse do acolhido, sendo esta devidamente fundamentada pela autoridade judiciária. Na prática, esta alteração tem pouco impacto, uma vez que o acolhimento normalmente se estende por prazo bem superior a dois anos.

Uma alteração relevante trazida pela Lei 13.509/17 é a redução do prazo para reavaliação da situação dos acolhidos. O Art. 19, §1º, previa que tal avaliação deveria ser feita a cada seis meses, o que é considerado pela maioria dos especialistas como um período longo na vida de uma criança ou adolescente acolhido. Atualmente, a lei preleciona:

Art. 19, §1º - Toda criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 3 (três) meses, devendo a autoridade judiciária competente, com base em relatório elaborado por equipe interprofissional ou multidisciplinar, decidir de forma fundamentada pela possibilidade de reintegração familiar ou pela colocação em família substituta, em quaisquer das modalidades previstas no art. 28 desta Lei.

Esta alteração chegou a ser vetada pelo presidente Michel Temer, sob a alegação de que o novo prazo sobrecarregaria os técnicos dos serviços de acolhimento do SUAS (Sistema Único de Assistência Social). Contudo o veto foi derrubado pelo Congresso e a modificação passou a vigorar. Ainda não é possível avaliar seus efeitos práticos, uma vez que a derrubada do veto e consequente publicação ocorreu em fevereiro de 2018, mas é certo que a situação das crianças e adolescentes acolhidos precisa ser revista com periodicidade regular e em intervalos de tempo curtos, para que se possa providenciar a reinserção familiar ou a adoção dos mesmos de maneira mais célere.

Alguns dos prazos instituídos pela Lei 13.509/17 dizem respeito à adoção de recém-nascidos, especialmente nos casos em que a gestante ou mãe manifesta o desejo de entregar o filho à adoção. Além de estabelecer um fluxo para oitiva da genitora e para manifestação da mesma e do genitor, quando indicado, a lei prevê que a família extensa será procurada para se manifestar pelo prazo máximo de 90 dias, prorrogável por igual período. Na hipótese de entrega da criança, sob guarda, a pessoa cadastrada no CNA, o detentor da guarda terá o prazo de 15 dias para propor a ação de adoção, contado do dia seguinte à data do término do estágio de convivência. A lei também prevê a possibilidade de desistência dos genitores em entregar a criança à adoção. Após o nascimento, caso a desistência seja manifestada em audiência ou perante a equipe interprofissional, ainda que a criança já esteja sob a guarda de pretensos adotantes, a mesma será mantida com os genitores e o acompanhamento familiar será realizado pelo prazo de 180 dias.

Um dos dispositivos polêmicos, que também chegou a ser vetado pelo presidente da República, prevê que os recém-nascidos e crianças acolhidas que não forem procuradas por suas famílias no prazo de 30 dias, contado do dia do acolhimento, serão cadastradas para adoção. O prazo foi considerado exíguo na justificativa do veto, além de ser conflitante com o prazo de 90 dias, estabelecido para procura da família extensa. Mesmo com a derrubada do veto, este dispositivo não deve ser aplicado automaticamente, uma vez que também viola a parte do ECA que trata da destituição do poder familiar, estabelecendo uma forma de colocação da criança em adoção sem que haja o devido processo legal em relação aos genitores. A questão é polêmica: se por um lado tenta-se acelerar o processo de adoção, por outro esbarra-se na previsão legal do processo de destituição familiar, no qual é garantido o contraditório e a ampla defesa aos genitores, mas que, como visto anteriormente, pode tramitar por longos anos.

Uma inovação importante trazida pela Lei 13.509/17 é o estabelecimento de um prazo máximo para duração do processo de adoção, o que garante maior celeridade na tramitação do mesmo. Segundo o art. 47, §10: "O prazo máximo para conclusão da ação de adoção será de 120 (cento e vinte) dias, prorrogável uma única vez por igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária."

O art. 101, §10, também foi alterado com o objetivo de garantir celeridade à tramitação do processo de destituição do poder familiar. O prazo para que o Ministério Público ajuíze a ação passou de 30 para 15 dias, a partir do recebimento de relatório que identifique a violação de direitos das crianças e adolescentes. Contudo, permanece a ressalva que garante maior prazo caso o Órgão de Execução entenda necessária a realização de estudos complementares ou de outras providências indispensáveis ao ajuizamento da demanda.

Além do estabelecimento de todos estes prazos, a Lei 13.509/17 conferiu prioridade ao cadastro de pretendentes à adoção que tenham interesse em adotar crianças

e adolescentes com doenças crônicas ou deficiências e que tenham interesse em adotar grupos de irmãos, oportunizando maior celeridade nestes tipos de adoção. É importante ressaltar, ainda, que a referida lei incluiu um dispositivo que assegura que, em caso de conflito entre os direitos e interesses do adotando e de outras pessoas, inclusive os pais biológicos, prevalecerão os direitos e interesses do adotando.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os números mostram que a conta da adoção no Brasil está longe de ser exata. Pouco mais de 8 mil crianças e adolescentes cadastrados para adoção e mais de 43 mil pretendentes habilitados para adotar. Os perfis escolhidos pelos pretendentes e a lentidão na tramitação de processos judiciais podem ser apontados como as principais causas para que crianças e adolescentes cresçam em instituições de acolhimento, sem ter a chance de ser adotados.

O rompimento dos vínculos jurídicos e afetivos entre genitores e filhos é uma medida extrema e não se espera nem se defende que ele seja realizado de forma inconsequente, objetivando apenas a celeridade do processo. Entretanto, a tramitação de ações de destituição de poder familiar por longos anos faz com que muitas crianças passem a vida em situação de acolhimento e se tornem adolescentes nos abrigos, atingindo uma idade na qual terão poucas chances de ser adotados e, muitas vezes, atingindo a maioridade, ocasião em que são obrigados a deixar as casas de acolhimento e se tornar plenamente responsáveis por sua vida.

A diminuição dos prazos previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente para permanência em programas de acolhimento, bem como para reavaliação da situação dos acolhidos, é uma importante iniciativa para acelerar os processos de adoção ou mesmo a reinserção familiar destas crianças e adolescentes. Ainda é cedo para uma avaliação concreta, tendo em vista que as alterações promovidas pela Lei 13.509/17 são muito recentes, mas as modificações terão pouco resultado se não houver o devido aparelhamento do Poder Judiciário e dos serviços de acolhimento institucional do SUAS, com a disponibilização de servidores e profissionais técnicos de Assistência Social e Psicologia. O elevado número de processos judiciais nas Varas da Infância e Juventude e a escassez de pessoal para garantir o regular andamento dos feitos, assim como o reduzido número de assistentes sociais e psicólogos para atender a demanda das instituições de acolhimento faz com que os prazos previstos em lei não sejam cumpridos ou que as avaliações dos acolhidos sejam apenas repetições de relatórios já elaborados, sem qualquer aprofundamento e sem que sejam fornecidas informações capazes de embasar as decisões judiciais pela manutenção do acolhimento, colocação em adoção ou reinserção familiar.

Da mesma forma, a previsão legal de manutenção das crianças e adolescentes com a família de origem, sendo a adoção considerada como uma medida extrema, carece de apoio do Poder Público. Manter uma criança ou adolescente com sua família natural nem sempre é possível sem a existência de políticas públicas que possibilitem o mínimo de dignidade àquela família, muitas vezes marcada pela hipossuficiência econômica e social. São necessárias políticas públicas de saúde, que possibilitem o tratamento e a prevenção da dependência química, bem como de assistência social, que garantam condições dignas de subsistência e assistência a famílias em situação de risco e de vulnerabilidade social. Além disso, é imprescindível o investimento em educação, para que sejam garantidas vagas em creches e escolas para todas as crianças e adolescentes em idade escolar e para que o acesso à qualificação profissional e ao mercado formal de trabalho aumente as possibilidades de uma vida digna, afastando-os de diversos tipos de vulnerabilidades.

Outra questão muito importante é trabalhar a flexibilidade dos perfis escolhidos por pretendes à adoção. De maneira geral, a maioria deseja adotar crianças brancas, saudáveis, com até 3 anos de idade e que não tenham irmãos. Todavia, pouquíssimas crianças disponíveis para adoção se encaixam neste perfil. A grande maioria é parda ou negra, tem mais de 6 anos e possui irmãos, que, na medida do possível, não devem ser separados pela adoção. Para que estas crianças e adolescentes tenham a chance de ser adotados, é necessário incentivar a chamada adoção tardia, considerada, de forma geral, como aquela em que são adotadas crianças maiores de 2 anos de idade. Mas o conceito vai muito além disso, pois envolve também o caso de crianças que são abandonadas ou que perdem os pais tardiamente, sendo consideradas por estudiosos como crianças "idosas". Esta modalidade de adoção é menos frequente, como já mencionado nas estatísticas anteriores. A criação de projetos e a própria conscientização da população têm contribuído para aumentar o número de adoções tardias no Brasil, mas esta prática ainda precisa ser incentivada.

O projeto "O Ideal é Real – Adoções Necessárias", da Amaerj (Associação dos Magistrados do Estado do Rio de Janeiro), é um exemplo das recentes iniciativas voltadas a estimular a mudança de perfil na adoção de crianças e adolescentes. Lançado em 2017, o projeto tem como objetivo criar estratégias para promover o encontro entre crianças e adolescentes acolhidos e pretendentes à adoção. Com esta aproximação, a expectativa é que ocorram mais adoções de crianças com mais de 3 anos de idade, de adolescentes, de grupos de irmãos e de crianças e adolescentes com problemas de saúde.

É preciso, portanto, que as leis, as políticas públicas e a sociedade caminhem juntas para que a sistemática da adoção possa funcionar melhor no Brasil. A realidade atual nos mostra, principalmente por números, que ainda são necessárias alterações legais, esforços do Poder Público e mudanças culturais para garantir a muitas crianças e adolescentes o direito a uma vida digna e à plena convivência familiar.

REFERÊNCIAS

ADOÇÃO. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio: o dicionário da língua portuguesa**. 8ª edição. Curitiba: Positivo, 2012.

ADOTAR. In: HOUAISS, Antônio. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

ARAUJO JR, Gediel Claudino de. **Prática do Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2010.

BARBOSA MAUX, Ana Andréa; DUTRA, Elza. **A adoção no Brasil: algumas reflexões**. Estudos e Pesquisas em Psicologia, vol. 10, núm. 2, maio-agosto, 2010, pp. 356-372. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, Brasil. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=451844632005>> Acesso em: 08 abr. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 08 abr. 2018.

_____. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 08 abr. 2018.

_____. **Lei 12.010, de 3 de agosto de 2009**. Brasília, DF, 3 ago. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm>. Acesso em: 08 abr. 2018.

_____. **Lei 13.509, de 22 de novembro de 2017**. Brasília, DF, 22 nov. 2017. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoSigen.action?norma=26288660&id=26288680&idBinario=26288721&mime=application/rtf>>. Acesso em: 08 abr. 2018.

CARVALHO, Jeferson Moreira de. **Estatuto da Criança e do Adolescente (Manual Funcional)**. 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

CERCA de 47 mil crianças e adolescentes vivem em abrigos e aguardam adoção. **TV Senado**, Brasília, 10 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/TV/Video.asp?v=449295>>. Acesso em: 09 maio. 2018.

COMPARATIVO: ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente e as alterações definidas pela Lei 13.509/2017, de 22 de novembro de 2017. **CAOPCAE/MPPR**. Disponível em: <

https://docgo.net/philosophy-of-money.html?utm_source=comparativo-eca-x-lei-13509-2017-caopcae>. Acesso em: 10 abr. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches & ROSSATO, Luciano Alves. **Estatuto da Criança e Adolescente (Comentada Artigo por Artigo)**. 08ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

CRIANÇAS e adolescentes passam anos à espera de adoção. **Profissão Repórter**, S.l., 13 set. 2017. Disponível em: < <http://g1.globo.com/profissao-reporter/noticia/2017/09/criancas-e-adolescentes-passam-anos-espera-de-adoacao.html>>. Acesso em: 08 maio. 2018.

DIGIÁCOMO, Murillo José & DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. **Estatuto da Criança e Adolescente (Anotado e Interpretado)**. 06ª edição. Ministério Público Estado do Paraná: Curitiba, 2013.

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente (Doutrina e Jurisprudência)**. 16ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

LAMENZA, Francismar. **Estatuto da Criança e do Adolescente Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. Francismar Lamenza; Antônio Cláudio da Costa Machado (organizador). Barueri: Manole, 2012.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

LEVINZON, Gina Khafif. **Adoção**. 3. ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e Adolescente Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PAIVA, Leila Dutra de. **Adoção: significados e possibilidades**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

PRESIDENTE da AMB apoia projeto da Amaerj para mudar perfil na adoção de crianças e adolescentes. **AMB**, Brasília, 25 jan. 2018. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/presidente-da-amb-apoia-projeto-da-amaerj-para-mudar-perfil-na-adoacao-de-criancas-e-adolescentes/>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

PUCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

REALIDADE da adoção no Brasil pede paciência. **TV Senado**, Brasília, 09 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/TV/Video.asp?v=449273>>. Acesso em: 10 abr. 2018.

RODRIGUES, Carolina Costa Val; LOPES, Fernanda Almeida. Adoção por casais homoafetivos. **De Jure – Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, v. 15, n. 26, p. 173-217, jan./jun. 2016.

VARGAS, Marлизete Maldonado. **Adoção tardia: da família sonhada à família possível**. 2ª edição. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2013.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PERANTE OS RECLUSOS NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

LUCAS MAIA PIRES: Servidor Público Federal, Bacharel em direito na Universidade de Fortaleza (UNIFOR), pós-graduado em Direito Administrativo.

RESUMO: Conforme dispõe o art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, a Administração Pública tem o dever de indenizar os danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros. No tocante especificamente aos detentos do sistema carcerário, a Constituição da República dispõe que é obrigação do Estado assegurar o cumprimento dos seus direitos e deveres, garantindo-lhes condições dignas de vida no interior do estabelecimento, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o presente artigo se propõe a analisar o tipo e a abrangência da responsabilidade atribuída ao Estado quando danos são causados aos detentos e o entendimento dos Tribunais Superiores a respeito do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil do Estado. Sistema carcerário. Reclusos. Administração Pública. Direitos e garantias constitucionais.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Da responsabilidade civil objetiva do estado. 2.1. Teoria do risco administrativo. 2.2. Teoria do risco integral. 2.3. Teoria do Risco Suscitado ou Risco Criado. 2.4. Teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal quando o dano decorre de omissão estatal. 3. Da responsabilidade civil do estado perante os detentos. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, o Estado não era responsável pelos danos causados em razão de sua atuação. Diante dos abusos cometidos, passou-se a entender que a Administração deveria ser responsabilizada somente quando atuasse no âmbito privado (atos de gestão), permanecendo a irresponsabilidade em relação aos atos de império.

Posteriormente, entendeu-se que essa distinção não seria suficiente e, então, surge o posicionamento de que o Estado responderia por seus atos se a vítima comprovasse que o agente estatal responsável pela conduta agiu com dolo ou culpa (teoria civilista).

Em virtude da excessiva onerosidade imposta ao ofendido, o qual, muitas vezes, não conseguia comprovar a culpa ou o dolo do agente, emerge a teoria da responsabilidade do estado pela culpa administrativa (culpa do serviço ou *faut du service* ou culpa anônima),

bastando que a vítima comprovasse que o serviço estatal foi mal prestado, prestado de modo ineficiente ou com atraso.

Representando um grande avanço, surge a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, preconizando não ser necessária a comprovação do elemento subjetivo (dolo ou culpa), bastando estar presente a conduta, o dano e o nexo de causalidade, sendo subdividida pela doutrina e jurisprudência em teoria do risco administrativo e teoria do risco integral, cuja distinção está relacionada à possibilidade ou não de se invocar causas excludentes de responsabilidade.

Nessa ordem de ideias, o presente artigo apresentará as controvérsias existentes no tocante à responsabilidade civil por danos causados aos que estão custodiados pelo estado e qual o entendimento dos Tribunais Superiores.

Utilizou-se, como metodologia, da análise de diversos julgados das Cortes Superiores sobre a matéria. Ademais, também foram estudadas as produções doutrinárias relacionadas com a temática, tendo se utilizado como base, ainda, as disposições do ordenamento jurídico concernentes à matéria.

2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO

O ordenamento jurídico brasileiro adota, como regra, a responsabilidade civil objetiva (art. 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988), a qual possui três elementos essenciais: a conduta, o dano e o nexo de causalidade.

A conduta é aquela praticada por um agente público – em seu sentido amplo – que, valendo-se do seu ofício ou em razão dele, venha a ocasionar o dano. “Desse modo, se causar dano a terceiro no correr de sua vida privada, sua responsabilidade é pessoal e regida pelo Direito Civil” (CARVALHO FILHO, 2017, p. 376).

A conduta que enseja a responsabilidade estatal pode ser lícita ou ilícita. Com efeito, mesmo havendo licitude há o dever de indenizar em razão do princípio da isonomia, como no caso de um ato administrativo de interdição de via urbana para reformas que, embora lícito, causem prejuízos significativos aos proprietários de edifícios-garagem.

Por outro lado, o ato ilícito impõe a responsabilização em virtude do princípio da legalidade, como, por exemplo, na hipótese da prática de tortura contra um preso, conduta absolutamente vedada pela ordem jurídica.

No que se refere ao dano, entende-se que não é necessário que seja econômico, tendo em vista que danos extrapatrimoniais também são indenizáveis.

Nos casos de lesões por atos lícitos, impõe-se a comprovação dos danos específicos para haver a reparação civil. Isso se justifica pelo de que os atos que geram danos gerais e usuais decorrem da própria atuação do Estado na vida cotidiana dos cidadãos (risco social).

Para Carvalho (2017, p. 344) existem atos que geram, concomitantemente, danos gerais e normais para alguns e danos anormais e específicos para outros (teoria do duplo efeito dos atos administrativos). Cita o exemplo de uma ferrovia de transporte de cargas que foi desativada e causou um dano anormal a uma fábrica que dela dependia. Essa fábrica sofreu um dano anormal, não usual, e por isso merece a reparação civil. Tal hipótese, contudo, não implica indenização a um morador da região que dela não dependia para nada, pois para ele o dano foi normal.

Por último, o nexo de causalidade é conceituado como o liame existente entre a conduta e a lesão. Adota-se a teoria da causalidade adequada, a qual condiciona a existência do nexo somente quando a conduta do agente público for realmente determinante para a ocorrência do dano.

2.1. Teoria do risco administrativo

A referida teoria admite a invocação de causas excludentes do nexo de causalidade, como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito e a força maior.

A culpa exclusiva da vítima exclui a responsabilidade quando a vítima é a única responsável pelo dano que sofreu. Inexiste, portanto, um dos pressupostos da obrigação de reparar. Um exemplo é aquele em que um motorista está dirigindo em alta velocidade, embriagado e vem a colidir com uma viatura da polícia estacionada em local adequado. Nesse caso é fácil perceber que o Poder Público não contribuiu em nada para a ocorrência do prejuízo, não devendo indenizar a vítima simplesmente pelo fato de que aquele colidiu com um veículo estatal.

No tocante ao caso fortuito e à força maior, a doutrina majoritária entende que esta é originada de um acontecimento humano (como o roubo e a greve) e aquela surge de eventos da natureza (como tempestades e terremotos). Em complemento, dispõe Cunha Júnior (2015, p. 370):

[...] independentemente do conceito que se venha adotar, elas são, e somente são, causas excludentes de responsabilidade, na medida em que impeçam o nexo causal entre o comportamento estatal e o dano e que, ademais, não exista nenhuma outra causa paralela atribuída ao Estado que possa também haver contribuído para a provocação do dano. Caso contrário, não podem assim ser qualificadas. Explico melhor a partir do seguinte exemplo: imagine-se um roubo dentro

de um ônibus operado por uma concessionária de serviço público de transporte coletivo. Evidentemente, a concessionária vai alegar força maior/caso fortuito (o roubo) para eximir-se da responsabilidade pelos danos que os usuários do serviço suportaram. Todavia, impõe-se verificar, junto aos elementos do caso concreto, se a rota coberta pela concessionária era imune a abordagens de assaltantes e se a empresa havia adotado todos os procedimentos de segurança necessários para garantir o bem estar dos usuários. Caso a rota seja um trecho conhecido pela prática frequente de assaltos e a empresa, sabendo desse fato, tenha se omitido de adotar os procedimentos de segurança (como escolta armada, etc.) haverá, nesse caso, uma concausa, isto é, uma causa paralela ao roubo, atribuível à concessionária, que consiste na omissão de prestar um serviço seguro, que contribuiu para o dano sofrido.

Por sua vez, Bandeira de Mello (2009, p. 526) entende não ser possível invocar o caso fortuito para afastar o direito de reparação:

O caso fortuito não é utilmente invocável, pois, sendo um acidente cu-ja raiz é tecnicamente desconhecida, não elide o nexo entre o com-portamento defeituoso do Estado e o dano produzido. O porquê da in-correta atuação do Estado não interfere com o dado objetivo relevan-te, a saber: ter agido de modo a produzir a lesão sofrida por outrem.

2.2. Teoria do risco integral

Para Carvalho (2017, p. 346) “a teoria do risco integral parte da premissa de que o ente público é garantidor universal e, sendo assim, conforme esta teoria, a simples existência do dano e do nexo causal é suficiente para que surja a obrigação de indenizar”.

Gasparini (2011, p. 1.114) faz uma interessante exposição em relação à essa teoria:

Por teoria do risco integral entende-se a que obriga o Estado a indenizar todo e qualquer dano, desde que envolvido no respectivo evento. Não se indaga, portanto, a respeito da culpa da vítima na produção do evento danoso, nem se permite qualquer prova visando elidir essa responsabilidade. Basta, para caracterizar a obrigação de indenizar, o simples envolvimento do Estado no evento. Assim, ter-se-ia de indenizar a família da vítima de alguém que, desejando suicidar-se, viesse a se atirar sob as rodas de um veículo, coletor de lixo, de propriedade da Administração Pública, ou se atirasse de um

prédio sobre a via pública. Nos dois exemplos, por essa teoria, o Estado, que foi simplesmente envolvido no evento por ser o proprietário do caminhão coletor de lixo e da via pública, teria de indenizar. Em ambos os casos os danos não foram causados por agentes do Estado. A vítima os procurou, e o Estado, mesmo assim, teria de indenizar.

Os Tribunais Superiores reconhecem a incidência da responsabilidade objetiva, firmada pela teoria do risco integral, no caso de danos ambientais, veja-se:

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DANOS DECORRENTES DO ROMPIMENTO DE BARRA-GEM. ACIDENTE AMBIENTAL OCORRIDO, EM JANEIRO DE 2007, NOS MUNICÍPIOS DE MIRAÍ E MURIAÉ, ESTADO DE MINAS GE-RAIS. TEORIA DO RISCO INTEGRAL. NEXO DE CAUSALIDADE. 1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar; b) em decorrência do acidente, a empresa deve recompor os danos materiais e morais causados e c) na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito caso a caso e com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor, e, ainda, ao porte da empresa, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de modo que, de um lado, não haja enriquecimento sem causa de quem recebe a indenização e, de outro, haja efetiva compensação pelos danos morais experimentados por aquele que fora lesado. 2. No caso concreto, recurso especial a que se nega provimento. (REsp 1374284/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/08/2014, DJe 05/09/2014)

Carvalho (2017, p. 346) cita, ainda, outros casos de responsabilidade integral: os danos decorrentes de atividade nuclear exercida pelo Estado ou autorizada pelo mesmo; os acidentes de trânsito para o recebimento do seguro obrigatório do DPVAT; os crimes

ocorridos a bordo de aeronaves que estejam sobrevoando o espaço aéreo brasileiro e danos resultantes de ataques terroristas.

2.3. Teoria do Risco Suscitado ou Risco Criado

A teoria do risco criado é aplicada nos casos em que o próprio Estado enseja situações de riscos diferenciados e específicos, como, por exemplo, quando enclausuram um indivíduo dentro de um presídio em razão da prática de um crime.

Nessas ocasiões, caso um dano venha efetivamente a ocorrer contra o detento, o Estado será objetivamente responsável pela reparação. Carvalho (2017, p. 349) acrescenta que a responsabilidade subsistirá mesmo que ocorra um fortuito interno que só foi possível em virtude da custódia estatal:

Em tais situações, a doutrina especializada entende que o Estado responderá, ainda que haja uma situação de caso fortuito, bastando a comprovação de que este fortuito só foi possível em virtude da custódia do ente estatal. Tal situação é o que a doutrina designa fortuito interno (ou caso fortuito). Logo, se, por exemplo, uma rebelião de presos causa a morte de um refém, o estado é responsável, não podendo alegar que se trata de caso fortuito. Em sentido contrário, se um preso é atingido por um raio dentro do presídio, a princípio, não haveria responsabilização do Estado, haja vista o dano decorrer de um fortuito externo (ou força maior), ou seja, totalmente alheio e independente da situação de custódia.

2.4. Teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal quando o dano decorre de omissão estatal

Em sentido contrário à posição majoritária da doutrina e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal vem adotando, nos últimos anos, o entendimento de que no caso de omissão estatal a responsabilidade do Poder Público é também objetiva.

Referido posicionamento decorre da exegese do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, cujo texto não restringe a responsabilidade à ação do poder público. Assim, não poderia o intérprete criar distinções onde o texto constitucional não o fez. Veja-se a ementa do julgado:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Responsabilidade civil do Estado. Juiz de Paz. Remuneração. Ausência de regulamentação. Danos materiais. Elementos da responsabilidade civil estatal não demonstrados na origem. Reexame de fatos e provas.

Impossibilidade. Precedentes. 1. **A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por atos omissivos, desde que demonstrado o nexó causal entre o dano e a omissão do Poder Público.** 2. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 3. O Plenário da Corte, no exame da ADI nº 1.051/SC, Relator o Ministro Maurício Corrêa, entendeu que a remuneração dos Juizes de Paz somente pode ser fixada em lei de iniciativa exclusiva do Tribunal de Justiça do Estado-membro. 4. Agravo regimental não provido. (ARE 897890 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 22/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-208 DIVULG 16-10-2015 PUBLIC 19-10-2015, grifo nosso)

No mesmo sentido preconiza Tepedino (2008, p 221):

Não é dado ao intérprete restringir onde o legislador não restringiu, sobretudo em se tratando de legislador constituinte – ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus. A Constituição Federal, ao introduzir a responsabilidade objetiva para os atos da administração pública, altera inteiramente a dogmática da responsabilidade neste campo, com base em outros princípios axiológicos e normativos (dentre os quais se destacam o da isonomia e o da justiça distributiva), perdendo imediatamente base de validade qualquer construção ou dispositivo subjetivista, que se torna, assim, revogado ou, mais tecnicamente, não recepcionado pelo sistema constitucional.

3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PERANTE OS DETENTOS

Um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a garantia da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988), a qual é assegurada também para os presos, que, inclusive, possuem direitos específicos que lhes são garantidos, *in verbis*:

Art. 5º [...]

III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; [...]

XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis;

XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

Relevante mencionar que as normas constitucionais acima transcritas possuem aplicação imediata, não podendo ser entendidas como meras normas programáticas. Com efeito, os direitos e garantias fundamentais possuem força normativa, não se apresentando como simples promessas, de acordo com o artigo 5º, § 1º da Constituição.

Em consonância com o mandamento constitucional, a Lei de Execuções Penais (Lei 7.210 de 1984) confere aos reclusos diversos direitos:

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

I - alimentação suficiente e vestuário;

II - atribuição de trabalho e sua remuneração;

III - Previdência Social;

IV - constituição de pecúlio;

V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Em que pese existir categoria ampla de direitos, a realidade demonstra que esses dispositivos, muitas vezes, não são respeitados. Pelo contrário, os maus tratos, a violência e a precariedade prevalecem no sistema prisional brasileiro. Os assassinatos brutais, rebeliões e demais atrocidades, como as ocorridas recentemente nos sistemas carcerários do Rio Grande do Norte, Roraima, etc., evidenciam uma verdadeira falência da política pública carcerária brasileira.

Não há como se garantir a ressocialização de presos que se encontrem nessa situação. De fato, o que ocorre é o extremo oposto: indivíduos são enclausurados juntos, em celas minúsculas e superlotadas, onde muitas vezes não há a separação entre os criminosos contumazes, que praticam toda sorte de crimes graves, e os criminosos primários, que praticam condutas não tão lesivas quanto aquelas, como, por exemplo, furtos simples. Nesse sentido, assevera Barcellos (2010, p. 26), que “o tratamento desumano conferido aos presos não é um problema apenas dos presos: a sociedade recebe os reflexos dessa política sob a forma de mais violência”.

As prisões praticamente perderam a finalidade pela qual foram criadas, servindo, em verdade, como escolas da delinquência e comportamento antissocial, que ensejam a alta taxa de reincidência em vez da reabilitação.

Diante desse quadro, o Supremo Tribunal Federal possui diversas decisões aplicando a tese da responsabilidade civil do Estado perante os danos causados aos detentos.

Em 03 de março de 2016, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 841.526 do Rio Grande do Sul, sob a sistemática da repercussão geral, fixou a tese no sentido de que se for inobservado o dever específico de proteção dos

presos previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição da República, o Estado é responsável pela morte do detento.

Em sentido semelhante, no Recurso Extraordinário número 580.252 do Mato Grosso do Sul (Relator originário Ministro Teori Zavascki, redação para acórdão Ministro Gilmar Mendes) julgado em 16 de fevereiro de 2017, pela sistemática da repercussão geral, a Suprema Corte firmou a posição de que é dever do Estado, imposto pela ordem constitucional e pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade, sendo de sua responsabilidade, de acordo com o artigo 37, §6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos causados aos detentos pela falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

Nesse julgamento, elencou-se diversas normas internacionais e legais que obrigavam o Poder Público a garantir a dignidade dos detentos. Dentre eles, pode-se citar: A Constituição Federal (art. 5º, XLVII, "e"; XLVIII; XLIX); Lei de Execuções Penais (arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88); Lei de Tortura; Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura; Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, arts. 2; 7; 10; e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969, arts. 5º; 11; 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas – Resolução 01/08, aprovada em 13 de março de 2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955.

Ressaltou-se, ainda, que não se aplicava a tese defensiva da reserva do possível, pois deve ser prestigiada a norma constitucional de eficácia plena que responsabiliza o Poder Público por suas ações e omissão, além de a referida tese não poder ser invocada para eximir-se de cumprir direitos e garantias fundamentais, notadamente a que prestigia a dignidade da pessoa humana.

Registre-se que o Ministro Relator do julgado de 2016 apontou que se aplica a teoria do risco administrativo (e não a teoria do risco integral), sendo possível a invocação de causas excludentes de responsabilidade. Portanto, nem todas as lesões ou mortes (em suas diversas formas de manifestação) ocorridas no contexto da custódia estatal acarretariam necessariamente o dever de reparação pelo Estado.

Assim, no caso de suicídio, por exemplo, deve ser observado todo o histórico do detento e verificado se o Poder Público podia ou não agir para evitar o evento danoso. Se constatado que todas as ações possíveis por parte do Estado não seriam capazes de evitar o trágico evento, a morte não poderia ser imputada à Administração.

De igual modo, no caso de mortes naturais, o Poder Público só seria responsabilizado se, por exemplo, não tivesse garantido assistência à saúde adequada ao detento e tal fato tenha sido determinante para o óbito. Por outro lado, no caso de mortes acidentais, se estas ocorrerem por motivos impossíveis de serem previstos ou evitados pelo Estado, como no caso em que um raio mata um preso que estava no pátio da penitenciária, não seria possível a condenação do estado à reparação do dano.

Nessa linha de inteligência, importante transcrever trecho no voto do Ministro Relator Luiz Fux:

[...] Até mesmo no caso de homicídio, poderá haver situações em que não se poderá responsabilizar o Estado pela morte do detento. À guisa de exemplo, podemos aqui apontar a situação em que um preso mata o outro em legítima defesa. Nessa situação, é o falecido quem age de forma contrária à lei, atentando contra a vida de outro preso, que reage licitamente, matando-o. Ora, se o ato praticado pelo homicida é lícito (artigos 23, inciso II, do Código Penal, e 188, inciso I, do Código Civil) e visa a afastar injusta agressão imputável exclusivamente ao falecido, não há como se sustentar que de tal situação exsurja qualquer dever de reparação pelo Estado. (STF. Plenário. RE 841526/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/3/2016. Repercussão Geral)

Nessa ordem de ideias, é possível a comprovação de causas impeditivas da atuação protetiva do Estado que evidenciem a ruptura do nexo causal da sua omissão com o resultado danoso.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo realizado, observa-se que o estado vem falhando em garantir o principal objetivo da pena, que é a ressocialização. Com a atual situação do sistema prisional e com a falta de estrutura para o tratamento adequado e o resguardo de direitos dos presos, não há como ser garantido o retorno saudável desses indivíduos à convivência em sociedade.

A execução penal no Brasil, ao contrário, acaba por torná-los mais agressivos e preparados para o cometimento de crimes mais bárbaros e sofisticados, fomentando a criação e fortalecimento de organizações criminosas que reiteradamente vem causando temor e insegurança à população.

Nessa perspectiva, a violação de direitos fundamentais enseja a responsabilidade do Estado. Predomina, atualmente, de acordo com a jurisprudência das Cortes Superiores, a

responsabilidade civil objetiva, firmada pela teoria do risco administrativo, sendo necessária a comprovação da conduta (omissiva ou comissiva), o dano e o nexo causal, admitindo-se a invocação de causas excludentes do nexo de causalidade, como a impossibilidade de o estado ter agido para evitar a lesão sofrida pelo recluso.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado: 1988.

BRASIL, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 15 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RE 841.526. Relator LUIZ FUX. Data de Julgamento: 30/03/2016. Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJe 01/08/2016. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur352983/false>>. Acesso em: 15 fevereiro 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. REPERCUSSÃO GERAL. CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º. RE 580252. Relator GILMAR MENDES. Data de Julgamento: 16/02/2017. Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJe 11/09/2017. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur373162/false>>. Acesso em: 15 fevereiro 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana**. Revista de Direito Administrativo, nº 254, p.85, 2010.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de direito administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. **Curso de direito administrativo**. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. **A evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro e suas controvérsias na atividade estatal**, in Temas de Direito Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

A PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO DECORRENTE DO FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO

VIVIAN MEGUMI FURUKAWA:

Bacharel em Direito pela Faculdade Serra do Carmo – FASEC. Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Federal do Tocantins – UFT.

ERIC JOSÉ MIGANI¹²⁴

RESUMO: Através de pesquisa teórica fundamentada em levantamento teórico conceitual, buscou o presente artigo abordar os principais efeitos da reforma trabalhista e seus impactos nas relações de trabalho no Brasil. Tal estudo partiu da hipótese de que a reforma trabalhista incorporada pela Lei nº 13.429/2017, tem funcionado como um mecanismo de precarização do trabalho e a sua regulação contribui para a extensão da instabilidade das relações trabalhistas no Brasil, que estimulou à ampliação da flexibilização do trabalho e dos direitos do trabalhador. Constatou-se que, dadas as inúmeras modificações na legislação trabalhista, existe a necessidade da adaptação dos trabalhadores a um mercado de trabalho cada vez mais flexível, o que intensificou a precariedade dos que laboram em jornadas exaustivas, em ambientes mercadológicos cada vez mais disputados, especialmente com a chegada dos ambientes virtuais e plataformas digitais. Assim, a lei passa a formalizar juridicamente a precarização das relações de trabalho, acentuando ainda mais as taxas de informalidade e a desregulamentação dos direitos trabalhistas.

PALAVRAS-CHAVE: Relação de Trabalho. “Pejotização”. Reforma trabalhista.

INTRODUÇÃO

O conteúdo apresentado neste artigo acadêmico científico busca explicitar, de forma analítica, os dispositivos legais que tratam das proteções e garantias jurídicas dispensadas à relação de trabalho bem como suas implicações, em especial no que tange a possibilidade das práticas flexibilizadoras nas relações trabalhistas no cenário socioeconômico brasileiro atual.

Conforme descreve Garcia (2018), a adoção dos elementos de flexibilização nas mais variadas relações de natureza social, se faz um dos fenômenos jurídicos característicos e

124 Mestre em Acesso à Justiça pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP. Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

decorrente do processo evolutivo do percurso jurídico/comercial no período compreendido na pós-modernidade.

O presente artigo aborda a temática da relação de trabalho em geral tendo em vista as grandes discussões existentes em torno da reforma trabalhista especificamente sobre utilização de empresa interposta, destacando-se os pontos positivos e negativos para os trabalhadores e, em paralelo, busca trazer uma abordagem sobre o impacto da informatização na vida social e a precariedade empregatícia decorrente desse processo evolutivo.

O texto resultante do estudo abordará ainda o fenômeno que vem se tornando típico dentro determinadas relações trabalhistas, que é a “pejotização”, ou seja, o ato de se elaborar um contrato de trabalho fraudulento descaracterizando-se a relação de emprego com a finalidade de aumentar os lucros empresariais.

O tema foi escolhido em razão da suma importância diante da relação de labor entre empregado - parte considerada mais fraca da relação -, e o empregador, que nesse aspecto é visto como parte que visa ludibriar a lei trabalhista e conseqüentemente os direitos do trabalhador.

Diante desses fatos busca-se apresentar a definição e os requisitos de uma relação de emprego, englobando a diferenciação entre relação de trabalho e relação de emprego; quais leis embasam a pejotização como algo lícito e ilícito para a relação de labor; e quais princípios legais guarnecem essa relação, especificamente relacionado ao empregado. Foram estudados ainda, os fatores influenciadores que ensejam a precarização das relações trabalhistas, e as conseqüências na relação de labor para o empregador e empregado.

O estudo implementado teve como fundamentação metodológica a pesquisa bibliográfica e documental, além da revisão de literatura, necessária para o embasamento teórico e conceitual, tendo como foco de análise a realidade das relações trabalhistas e a incidência do fenômeno da “pejotização”. Dessa forma, tem-se que a presente pesquisa é de cunho bibliográfico, utilizando-se de uma análise doutrinária, buscando estabelecer através da leitura à lei; doutrina; julgados; jurisprudências pertinentes; materiais disponíveis em meios eletrônicos; e outras publicações que versam sobre o assunto em estudo, de maneira a extrair destas fontes, elementos suficientes para teorizar os objetivos citados.

Portanto, o artigo tem como principal finalidade, demonstrar as principais modificações com relação aos elementos das relações trabalhistas e o seu controle efetivo por parte das instituições garantidoras da preservação dos direitos do trabalhador diante dessa nova realidade trabalhista, que se mostra cada vez mais forte e usual, e que pode afetar diretamente a esfera dos direitos fundamentais existentes na esfera trabalhista.

1 DA VALORIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO

Com o surgimento da Constituição Federal Brasileira em 1988, houve uma transição democrática do Direito do Trabalho Brasileiro, deixando para trás o antigo modelo corporativo. A Constituição de 1988 avançou no aspecto trabalhista, onde os artigos 6º, 7º ao 11º, dispõem respectivamente sobre o direito social do cidadão ao trabalho e os principais direitos para os trabalhadores regidos sob as leis brasileiras.

Os direitos sociais estão dentro da segunda dimensão dos Direitos Fundamentais – a igualdade –, ligado ao valor da igualdade material, sendo estes efetivados por ações diretas do Estado – as políticas públicas –, tendo os indivíduos o direito de exigir a prestação concreta desses direitos, no caso aqui o direito ao trabalho.

As regras de direito do trabalho, em rigor, surgem da convivência social e da necessidade natural do homem de um ordenamento jurídico para regular tal convívio. Dessa forma, as normas trabalhistas assumem um caráter instrumental na busca de determinados valores idealizados pela sociedade.

Segundo a ampla doutrina existente acerca do direito do trabalho, os princípios podem exercer uma tripla função, sendo a função informativa, que tem por objetivo nortear o legislador na elaboração das normas, a função normativa ou integrativa do ordenamento jurídico, que supre, por exemplo, as suas lacunas e, a função interpretativa que auxilia na compreensão das normas jurídicas.

Evaristo de Moraes Filho leciona que “as fontes reais ou primárias do direito do trabalho originam-se do mesmo húmus social como as outras espécies jurídicas...”. E as fontes formais do direito do trabalho seriam *heterônomas* (lei, regulamento, sentença normativa, regulamento de empresa, quando unilateral) e *autônomas* (costume, regulamento de empresa, quando bilateral, e a convenção coletiva). (*apud* MARANHÃO, 1991, p. 151).

As fontes por sua vez, podem ser classificadas em primárias, ou seja, as leis e, secundárias, o costume, a jurisprudência e doutrina. Contudo, também podem ser classificadas como fontes materiais e formais. Veja-se:

As fontes materiais são as fontes primordiais do direito e compreendem o conjunto dos fenômenos sociais, políticos, econômicos, históricos, religiosos, a cultura, a ideologia, e a necessidade de harmonização da conduta humana. (LEITE, 2018, p.74).

Carlos Henrique Bezerra Leite (2018), assevera que as fontes formais são as que instrumentalizam as fontes materiais, conferindo-lhes o caráter de direito positivo, e

dividem-se em: fontes formais diretas, sendo estas, as leis, em sentido genérico e os costumes, as fontes formais indiretas, doutrina e jurisprudência e as fontes formais de explicitação analógica, princípios gerais de direito e equidade.

Além disso, Antônio Ferreira Cesarino Júnior explica que o Direito do Trabalho pode ser dividido em direito individual e direito coletivo, sendo aquele o conjunto de leis que consideram individualmente o empregado e o empregador, unidos numa relação contratual e este, o conjunto de normas que consideram os empregados e empregadores coletivamente reunidos, principalmente na forma de entidades sindicais. (CESARINO JÚNIOR, 2018).

A análise parte do surgimento do Direito do trabalho, e assim, a formação do ambiente da relação trabalhista com direitos e garantias jurídicas, e discorre acerca desse ângulo, para a assimilação de como se processaram os movimentos do trabalho e suas implicações político-sociais e jurídicas nos diferentes sistemas de produção, anteriores a contemporaneidade e as tecnologias do mundo moderno.

Com o advento do capitalismo, surgiram várias formas de adaptação no mercado de trabalho, tanto para interesses do empregador como para do empregado. Em meio a crises econômicas versus busca de vantagens econômicas, houve a flexibilização dos direitos trabalhistas, que segundo Mauricio Godinho Delgado é:

Por *flexibilização trabalhista* entende-se a possibilidade jurídica, estipulada por norma estatal ou norma coletiva negociada, de atenuação de força imperativa das normas componentes do Direito do Trabalho, de modo a mitigar a amplitude de seus comandos e/ou os parâmetros próprios para a sua incidência. Ou seja, trata-se da diminuição da imperatividade das normas justralhistas ou da amplitude de seus efeitos, em conformidade com autorização fixada por norma heterônoma estatal e por norma coletiva negociada (DELGADO, 2016, p. 63)

Percebe-se que a flexibilização está relacionada ao que se tem em acordos, convenções coletivas, de modo que há um condensamento das normas positivas, fugindo da rigidez destas, mas que ainda sim não fogem da legalidade e quando se leva em consideração que o empregado é a parte mais frágil da relação trabalhista, é necessário que haja mais atenção e atuação legislativa em prol do trabalhador.

Com as evoluções econômicas, alterações jurídicas, e fatos jurídicos inerentes à sociedade ao longo das décadas, fez com que houvesse a flexibilização de relações trabalhistas para melhor adaptação no mercado de trabalho. Flexibilização esta que, não

pode ser vista apenas como algo benéfico, mas também como algo prejudicial a curto e longo prazo à determinada parte da relação, neste caso o empregado (LENZA, 2018).

Dentro dessas mudanças socioeconômicas, há também a desregulamentação trabalhista, e Mauricio Godinho Delgado distingue:

A desregulamentação trabalhista consiste na retirada, por lei, do manto normativo trabalhista clássico sobre determinada relação socioeconômica ou segmento das relações de trabalho, de maneira a permitir o império de outro tipo de regência normativa. Em contraponto ao conhecido expansionismo do Direito do Trabalho, que preponderou ao longo da história desse ramo jurídico no Ocidente, a desregulamentação trabalhista aponta no sentido de alargar espaços para fórmulas jurídicas novas de contratação do labor na vida econômica e social, naturalmente menos interventistas e menos protecionistas. Nessa medida a ideia de regulamentação, é mais extremada do que a ideia de flexibilização, pretendendo afastar a incidência do Direito do Trabalho sobre certas relações socioeconômicas de prestação de labor. (DELGADO, 2016, p.65)

A desregulamentação trabalhista, já tem a característica de afastar-se de fato do que está tipicamente normatizado, sendo mais ampla e radical que a flexibilização, pois há uma supressão da norma.

Como elucida Amauri Mascaro:

O direito do trabalho vive atualmente um conflito entre as suas concepções, a protecionista, acusada de hipergarantista, de afetar o desenvolvimento econômico e a livre iniciativa, e a reformista que defende a flexibilização das leis e a reavaliação, no plano teórico, dos seus princípios e funções, pondo-se a flexibilização como uma polêmica reação contrária à rigidez da legislação tutelar do trabalhador. (MASCARO, 2011, p. 68)

É notório que as relações trabalhistas evoluem para a satisfação de interesses, o que leva a adaptação do direito do trabalho à situação jurídica existente das relações.

Como consequência dessas flexibilizações, partes do contrato passaram a ceder em alguns aspectos, via de regra, fazendo surgir assim, o fenômeno da "pejotização". A pejotização se resume a uma relação de labor, em que há um contrato de emprego de forma "mascarada" da realidade, onde ao invés de contratar como pessoa física contrata-se como pessoa jurídica, para que o empregador se abstenha de pagar alguns tributos e

direitos do empregado contratado, o que é só vantajoso para aquele, ficando o empregado, parte hipossuficiente, prejudicada em seus direitos.

Conforme descreve Pereira (2013):

Em consequências dessas flexibilizações e desregulamentações, vem acontecendo em muitas relações laborais o fenômeno da "pejotização", que nada mais é que a contratação de um trabalhador, na condição de pessoa jurídica, para prestação de serviço intelectual (PEREIRA, 2013, p.58).

A pejotização é um neologismo derivado do termo "PJ" – pessoa jurídica -, em que se caracteriza pela transformação do empregado pessoa física em pessoa jurídica e resume-se a um contrato de trabalho fraudulento, no qual o empregador por seu induzimento ou coação, faz com que o empregado crie uma pessoa jurídica, esta arcando sozinha com os custos da abertura da empresa, e tendo apenas a promessa de lhe ser pago um "bom salário", para que assim seja contratada pelo empregador.

De fato, seria um vínculo empregatício, já que possui todos os requisitos que dispõe a Consolidação das Normas Trabalhistas em seu artigo 3º: "Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário", mas há previsão legal que viabiliza a pejotização, como no artigo 129º da Lei 11.196/2005 (Lei do Bem):

Art. 129. Para fins fiscais e previdenciários, a prestação de serviços intelectuais, inclusive os de natureza científica, artística ou cultural, em caráter personalíssimo ou não, com ou sem a designação de quaisquer obrigações a sócios ou empregados da sociedade prestadora de serviços, quando por esta realizada, se sujeita tão-somente à legislação aplicável às pessoas jurídicas, sem prejuízo da observância do disposto no art. 50 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. (BRASIL, 2005)

É nítido a tendência de que, esta norma foi uma escora criada para a proteção dos empregadores, como forma de se garantirem legalmente na prática da pejotização, contratando mão de obra para a prestação de serviços intelectuais, através de pessoas jurídicas mascaradas no contrato, caracterizando uma relação civil.

A pejotização existe para trazer vantagem econômica ao empregador, em que premedita não pagar tributos e os direitos do trabalhador ao longo e ao término do contrato, como as contribuições previdenciárias, férias, 13º, FGTS, seguro desemprego,

gratificações, entre outros, cometendo de fato uma sonegação de impostos, e diante de uma crise econômica mundial e a globalização é previsível que isto aconteça.

Visto que as normas da CLT são de natureza cogente e de ordem pública, ou seja, abrange-se compulsoriamente à todos os cidadãos na mesma situação jurídica, e não é passível de ajuste em contrário pelas partes, assim dispõe o artigo 9º da CLT: “Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação. ”,

Todavia, não se pode considerar legal um contrato atípico, uma vez que seus elementos já são legalmente típicos de um contrato, quando se tem presentes os elementos da pessoa física, onerosidade, não eventualidade, pessoalidade e subordinação, previstos no artigo 3º da CLT.

No direito do trabalho existem princípios que asseguram o direito do trabalhador, um deles é o Princípio da Primazia da Realidade, em que consiste importar mais o que acontece na prática, a realidade dos fatos, que o é pactuado em um contrato, mas não é seguido de fato, e em contradição desses dois aspectos, leva-se em consideração a “vida real” da relação trabalhista.

Alice Monteiro define o anterior princípio como:

O princípio da primazia da realidade significa que as relações jurídico-trabalhistas se definem pela situação de fato, isto é, pela forma como se realizou a prestação de serviços, pouco importando o nome que lhes foi atribuído pelas partes. Despreza-se a ficção jurídica. É sabido que muitas vezes a prestação de trabalho subordinado está encoberta por meio de contratos de pronunciar sobre o caso concreto, retirar essa roupagem e atribuir-lhe o enquadramento adequado, nos moldes traçados pelos arts. 2º e 3º da CLT. Esse princípio manifesta-se em todas as fases da relação de emprego. (MONTEIRO, 2011, p.146)

Há também o princípio da proteção do trabalhador:

O princípio da proteção é consubstanciado na norma e na condição mais favorável, cujo fundamento se subsume à essência do Direito do Trabalho. Seu propósito consiste em tentar corrigir desigualdades, criando uma superioridade jurídica em favor do empregado, diante da sua condição de hipossuficiente. (MONTEIRO, 2011, p. 142)

Quando ao princípio da irrenunciabilidade:

O princípio da irrenunciabilidade possui uma coligação com o princípio da primazia da realidade. Embora atenuado pela negociação coletiva (art. 7º, incisos VI, XIII, XIV da Constituição vigente) está vinculado à ideia de imperatividade, isto é, de indisponibilidade de direitos. Seu objetivo é limitar a autonomia da vontade das partes, pois não seria viável que o ordenamento jurídico, impregnado de normas de tutela do trabalhador, permitisse que o empregado se despojasse desses direitos, presumivelmente pressionado pelo temor reverencial de não obter o emprego ou perdê-lo, caso não formalizasse a renúncia. Maiores considerações sobre esse princípio serão tecidas em capítulo próprio. (MONTEIRO, 2011, p. 146)

Delgado (2016), explica que uma corrente ideológica critica o Direito de superproteger o empregado, mas isso chegou-se devido a um consenso cultural, desde a antiguidade, o empregado é visto como a parte mais fraca e explorada. Esta diferença entre as partes se dá especialmente porque o empregador possui o poder de dirigir o empregado, não poderia o direito tratar igualmente aqueles que notoriamente são desiguais, tem que se exercer a isonomia nesses casos, sendo necessário o Estado intervir para garantir segurança aos obreiros.

A doutrina e a jurisprudência trabalhista majoritária entende que seja uma fraude a legislação trabalhista, previdenciária e tributária, não trazendo só prejuízo ao trabalhador como também ao erário.

O ministro relator Mauricio Godinho Delgado negou provimento pelo TST de um agravo de instrumento, reconhecendo o vínculo empregatício de uma relação de labor "pejotizada", diante das provas e conforme os artigos 2º e 3º e 9º da CLT:

A criação de pessoa jurídica, desse modo (usualmente apelidada de pejotização), seja por meio da fórmula do art. 593 do Código Civil, seja por meio da fórmula do art. 129 da Lei Tributária nº 11.196/2005, não produz qualquer repercussão na área trabalhista, caso não envolva efetivo, real e indubitável trabalhador autônomo. **Configurada a subordinação do prestador de serviços, em qualquer de suas dimensões (a tradicional, pela intensidade de ordens; a objetiva, pela vinculação do labor aos fins empresariais; ou a subordinação estrutural, pela inserção significativa do obreiro na estrutura e dinâmica da entidade tomadora de serviços), reconhece-se o vínculo empregatício com o empregador dissimulado, restaurando-se o império da**

Constituição da República e do Direito do Trabalho. (PROCESSO Nº TST-AIRR-981-61.2010.5.10.0006 [grifo nosso])

O teor da ementa do referido acórdão:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. 1) NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. 2) EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTETÓRIOS. MULTA. 3) VERBAS RESCISÓRIAS. 4) **RECONHECIMENTO DE VÍNCULO DE EMPREGO. TRABALHO EMPREGATÍCIO DISSIMULADO EM PESSOA JURÍDICA. FENÔMENO DA PEJOTIZAÇÃO. PREVALÊNCIA DO IMPÉRIO DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA** (ART. 7º, CF/88). MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 126/TST. A Constituição da República busca garantir, como pilar estruturante do Estado Democrático de Direito, a pessoa humana e sua dignidade (art. 1º, caput e III, CF), fazendo-o, entre outros meios, mediante a valorização do trabalho e do emprego (art. 1º, IV, in fine; Capítulo II do Título II; art. 170, caput e VIII; art. 193), da subordinação da propriedade à sua função social (art. 5º, XXIII) e da busca do bem-estar e da justiça sociais (Preâmbulo; art. 3º, I, III e IV, ab initio; art. 170, caput; art. 193). Com sabedoria, incentiva a generalização da relação empregatícia no meio socioeconômico, por reconhecer ser esta modalidade de vínculo o patamar mais alto e seguro de contratação do trabalho humano na competitiva sociedade capitalista, referindo-se sugestivamente a trabalhadores urbanos e rurais quando normatiza direitos tipicamente empregatícios (art. 7º, caput e seus 34 incisos). Nessa medida incorporou a Constituição os clássicos incentivos e presunção trabalhistas atávicos ao Direito do Trabalho e que tornam excetivos modelos e fórmulas não empregatícias de contratação do labor pelas empresas (Súmula 212, TST). São excepcionais, portanto, fórmulas que tangenciem a relação de emprego, solapem a fruição de direitos sociais fundamentais e se anteponham ao império do Texto Máximo da República Brasileira. Sejam criativas ou toscas, tais fórmulas têm de ser suficientemente provadas, não podendo prevalecer caso não estampem, na substância, a real ausência dos elementos da relação de emprego (caput dos artigos 2º e 3º da CLT). A criação de pessoa jurídica, desse modo (usualmente apelidada de pejotização), seja por meio da fórmula do art. 593 do Código Civil, seja por meio da fórmula do art. 129 da Lei Tributária nº 11.196/2005, não produz qualquer repercussão na área trabalhista, caso não envolva efetivo, real e indubitável trabalhador autônomo. **Configurada a subordinação do**

prestador de serviços, em qualquer de suas dimensões (a tradicional, pela intensidade de ordens; a objetiva, pela vinculação do labor aos fins empresariais; ou a subordinação estrutural, pela inserção significativa do obreiro na estrutura e dinâmica da entidade tomadora de serviços), reconhece-se o vínculo empregatício com o empregador dissimulado, restaurando-se o império da Constituição da República e do Direito do Trabalho. Por tais fundamentos, que se somam aos bem lançados pelo consistente acórdão regional, não há como se alterar a decisão recorrida. Agravo de instrumento desprovido. [grifei]

Ao reconhecer o vínculo empregatício da relação de labor “pejotização”, em lide, é possível inferir que, o texto constitucional contido no Art. 5, XXXVI da C.F., que diz que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, foi invocado ainda que indiretamente, pois ficou garantido o direito fundamental da segurança jurídica, assegurando que, situações disciplinadas por uma lei continuarão pretegidas mesmo que essa lei seja revogada ou substituída por outra.

Segundo os entendimentos jurisprudenciais:

VÍNCULO DE EMPREGO. PEJOTIZAÇÃO. A prova produzida no autos demonstra que o Autor era efetivamente empregado da Ré em período anterior ao anotado em sua CTPS. No presente caso, evidencia-se a chamada "pejotização-, fenômeno em que a criação de pessoas jurídicas é fomentada pelo tomador de serviços a fim de evitar os encargos trabalhistas. Contudo, vigora no Direito do Trabalho o princípio da irrenunciabilidade, mediante o qual não é permitido às partes, ainda que por vontade própria, renunciar aos direitos trabalhistas inerentes à relação de emprego existente. Recorrentes: João Ricardo Correa Ramos Globo Comunicações e Participações S/A Recorridos: Os mesmos Relatora: Giselle Bondim Lopes Ribeiro. (TRT-1 - RO: 00014409520115010065 RJ, Relator: Giselle Bondim Lopes Ribeiro, Data de Julgamento: 27/04/2015, Sétima Turma, Data de Publicação: 21/05/2015)

RECURSO ORDINÁRIO. **-PEJOTIZAÇÃO- CONFIGURAÇÃO. VÍNCULO DE EMPREGO. RECONHECIMENTO.** RECURSO ORDINÁRIO. **-PEJOTIZAÇÃO- CONFIGURAÇÃO. VÍNCULO DE EMPREGO. RECONHECIMENTO.** RECURSO ORDINÁRIO. **-PEJOTIZAÇÃO- CONFIGURAÇÃO. VÍNCULO DE EMPREGO.**

RECONHECIMENTO. RECURSO ORDINÁRIO. -PEJOTIZAÇÃO-. CONFIGURAÇÃO. VÍNCULO DE EMPREGO. RECONHECIMENTO. O ordenamento jurídico pátrio veda que empresas, ao invés de contratarem empregados para a realização de sua atividade-fim, terceirizem esta atividade, que passa a ser prestada aos seus clientes através de outras pessoas jurídicas, frequentemente constituídas por antigos empregados. Tal prática constitui-se no fenômeno conhecido como -pejotização-, repudiado por esta Justiça Especializada, de forma que, restando evidenciada tal prática, deve ser reconhecido o vínculo de emprego. (TRT-1 - RO: 00004219620125010072 RJ, Relator: Relator, Data de Julgamento: 02/03/2016, Sexta Turma, Data de Publicação: 21/03/2016)

Contudo, em meio a Revolução Tecnológica que culminou com a globalização, em meio às crises econômicas que se fortalecem, que influenciaram e influenciam na empregabilidade, conseqüentemente trouxeram e trazem fatores que precarizam as relações trabalhistas, como diminuição dos salários mediante acordos coletivos, insegurança na estabilidade, aumento de contrato por prazos determinados, que não precariza somente as relações de labor, mas também as relações sociais e humanas.

Entretanto, com tanta flexibilização que acaba gerando a desregulamentação dos direitos trabalhistas, a pejotização é um produto disso, e espera-se deve haver uma fiscalização mais acentuada sobre essa prática que vem cada vez mais fortalecendo esse fenômeno, e que seja necessariamente aplicada sanções mais rígidas e impactantes, além da simples indenização das verbas trabalhistas.

A busca pelo delineamento de um modelo justo para alicerçar a relação trabalhista deve ser constante, apontando os possíveis danos que recaem ao trabalhador com a flexibilização do trabalho, e as implicações decorrente da reforma trabalhista que, por sua vez, objetiva conduzir tal movimento sinérgico ao consenso necessário para que a precarização das relações de trabalho deixe de ser a regra, usando como justificativas o atual cenário da globalização e da terceirização, que tendem a pressionar pela "modernização" de alguns direitos sociais.

Leite (2019), aponta a necessidade de verificação das consideráveis alterações na histórica Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), e como essas transformações podem induzir a uma precarização do ramo do direito do trabalho. Ou seja, o tema ganha mais destaque em uma época em que só se fala em globalização, terceirização, crise econômica e uma competitividade acirrada por parte da sociedade que busca uma forma de sustento. Existe uma pressão muito grande para que os Estados, adotem medidas flexibilizadoras de direitos trabalhistas e possam assim sobreviver ao mercado global, cada vez mais tecnológico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em busca de maiores lucros, produtividade, e driblar as crises econômicas, muitas empresas usam de má fé contratos de trabalhos fraudulentos, isto sendo denominado de “pejotização”.

Este fenômeno é um neologismo relacionado à pessoa jurídica –PJ –, de forma que, o empregador induz ou coage o empregado a criar um CNPJ, para que assim seja feito o contrato como o de pessoa jurídica e não de pessoa física, de forma a camuflar o verdadeiro vínculo empregatício, e exteriorizando apenas uma prestação de serviço por uma empresa à uma tomadora.

O intuito desse contrato visto como irregular é de burlar as leis trabalhistas, de modo a privar-se o empregador de cumprir com suas obrigações de pagar os tributos e direitos devidos ao trabalhador, prejudicando não só o trabalhador como também o fisco.

Todavia, sendo o trabalho um direito social e fundamental assegurado pelo Estado, é mister que ele tenha uma proteção legal para que seja exercido na sua integralidade, e em comunhão com os princípios que resguardam esses direitos.

Os direitos sociais são aqueles que têm por objetivo garantir a todos os indivíduos as condições materiais consideradas substanciais para o devido gozo dos seus direitos, sempre buscando a qualidade de vida destes. Estando previstos esses direitos na Lei Maior como direitos e garantias fundamentais, sabe-se, pois, que são imprescindíveis à dignidade humana.

Em paridade com a Constituição Federal, existem a base de criação e força de todas as leis, que são os princípios jurídicos. No âmbito trabalhista, têm-se os princípios como o da Proteção do Trabalhador, da Primazia da Realidade, da Irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas, In Dubio Pro Operário, entre outros, que servem como fundamento nesse tipo de relação viciada juridicamente.

A pejotização é considerada uma problemática atual no ramo trabalhista e traz polêmicas que permeiam os tribunais brasileiros. Mas há lei que viabilize esse fenômeno, denominada Lei do Bem nº 11.196/05, que prevê a contratação de trabalhador intelectual por meio de pessoa jurídica, mas há previsões normativas que justificam contra a esse uso de contrato, todavia a doutrina e a jurisprudência assumiram a tutela desse fenômeno.

Partindo da analogia referente aos cenários relativos as relações de trabalho formados antes e depois da reforma trabalhista, é importante que se faça também um comparativo das alterações advindas da reforma trabalhista e análise dos aspectos mais relevantes que sofreram mudanças, como por exemplo, a alternância do regime presencial para o chamado “tele trabalho”.

Portanto, faz-se necessário conhecer como e por que acontece a contratação de pessoas jurídicas com o viés de burlar o direito do trabalhador. Fazendo, para tanto, um estudo prévio desse fenômeno, e de que forma ele afeta a relação laboral, usurpando-a e burlando as leis trabalhistas de forma a precarizar essas relações.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, S. C. **Métodos de Pesquisa**. Universidade Católica de Brasília, 2000. Disponível em: <http://www.iesambi.org.br/apostila_2007/metodos_pesquisa.htm>. Acesso em 03 set. 2016.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTR, 2005.

CARVALHO, Maria Amélia Lira de. **Pejotização e descaracterização do contrato de emprego: o caso dos médicos de Salvador**. Salvador, 2010. Disponível em : <<http://www.livrosgratis.com.br/ler-livro-online-133899/pejotizacao-e-descaracterizacao-do-contrato-de-emprego--o-caso-dos-medicos-em-salvador---bahia>>. Acesso em 23 mai. 2021.

CEZARIO, Priscila Freire da Silva. **Segurança e saúde do teletrabalhador**. 2019. 274 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-30072020-150107/pt-br.php>. Acesso em: 18 mai. 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito de Trabalho**. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010.

_____. **Curso de Direito do Trabalho**. 15ª ed. São Paulo: LTr, 2016.

FILHO, Eduardo Soares do Couto; RENAULT, Luiz Otávio Linhares. **A “pejotização” e a precarização das relações de trabalho no Brasil**. PUCMINAS. 2008. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2009/Docentes/Pejotizacao%Renaul.pdf>. Acesso em 19 mai. 2021.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. rev. atua. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LENZA, Pedro. **Direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-28/direito-do-trabalho-conceito-caracteristicas-divisao-autonomia-natureza-funcoes>>. Acesso em: 27 mai 2021.

MARANHÃO, Délio *et. Al.*. **Instituições de direito do trabalho**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 1991.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 24^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PEREIRA, Leone. **Pejotização: o trabalhador como pessoa jurídica.**/ Leone Pereira. São Paulo: Saraiva, 2013.

TONI, Wladimir Pereira. **Distinguindo a Terceirização da "Pejotização"**. 2015. Disponível em: <<http://wptoni.jusbrasil.com.br/artigos/217543990/distinguindo-a-terceirizacao-da-pejotizacao>> Acesso em: 27 mai. 2021.

TST. Tribunal Superior do Trabalho. **Consulta processual**. Disponível em:

<<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=981&digitoTst=61&anoTst=2010&orgaoTst=5&tribunalTst=10&varaTst=0006&submit=Consultar>>. Acesso em 04 jun. 2021.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Jornada: Justiça do Trabalho**. Disponível em: Disponível em: <http://www.tst.jus.br/home?p_p_id=15&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_15_struts_action=%2Fjournal%2Fview_article&_15_groupId=10157&_15_articleId=15229070&_15_version=1.2> Acesso em 03 jun.2021.

VIANA, Gerardo Valdisio Rodrigues; PEREIRA, Eliéser Sales. O método indutivo. **Revista Científica Faculdade Lourenço Filho**. Fortaleza, v.5, n.1, 2007. Disponível em: <<http://www.flf.edu.br/revista-flf.edu/volume05/v5mono5.pdf>>. Acesso em: 15 mai. 2021.

O DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO COM BASE NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

LUCAS MAIA PIRES: Servidor Público Federal, Bacharel em direito na Universidade de Fortaleza (UNIFOR), pós-graduado em Direito Administrativo.

RESUMO: O provimento de cargos e empregos públicos, conforme previsto no art. 37, incisos I e II, da Constituição da República Federativa do Brasil exige, como regra, a prévia aprovação em concursos de provas ou de provas e títulos. Em razão da estabilidade, segurança financeira, bons salários e condições de trabalho, milhares de pessoas se submetem a árduas jornadas de dedicação e abdições para obter a aprovação em certames públicos. Contudo, o simples êxito em todas as etapas não é capaz de gerar direito subjetivo à nomeação. As Cortes Superiores constantemente resolvem conflitos jurídicos entre os candidatos e a Administração, tendo firmado o entendimento de que os aprovados dentro do número de vagas, como regra, têm direito de exigir seu provimento no cargo, mas aqueles que se encontram fora das vagas ofertadas possuem apenas mera expectativa de direito, salvo algumas situações específicas e extraordinárias já reconhecidas pelas Cortes brasileiras.

PALAVRAS-CHAVES: Concurso público. Candidatos aprovados dentro e fora do número de vagas. Direito subjetivo de nomeação. Mera expectativa de direito.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Nomeação dos candidatos aprovados dentro do número de vagas oferecidas no edital. 3. Nomeação dos candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital. 3.1. A tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n.º 837.311/PI, com repercussão geral reconhecida. 3.2. A desistência de candidatos convocados dentro do prazo de validade do concurso gera direito subjetivo à nomeação dos candidatos subsequentes. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O art. 37, incisos I e II, da Constituição Federal de 1988, exige a prévia aprovação em concurso de provas ou de provas e títulos para o provimento em cargos e empregos públicos.

Concurso público é conceituado por Carvalho Filho (2011, p. 572) nos seguintes termos:

Concurso público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecida sempre a ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos [...]

Para Meirelles (2014, p. 505), o concurso traduz-se como um meio técnico empregado para se propiciar a eficiência, o aperfeiçoamento e a moralidade no trato com o serviço público. Veja-se:

[...] O concurso é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, consoante determina o art. 37, II, da CF. [...]

Corroborando com tais entendimentos, Gasparini (2012, p. 231) afirma que o certame público “é o procedimento prático-jurídico posto à disposição da Administração Pública direta, autárquica, fundacional e governamental de qualquer nível de governo, para a seleção do futuro melhor servidor, necessário à execução de serviços sob sua responsabilidade”.

Carvalho Filho (2011, p. 574) instrui que o alcance da exigência do concurso público deve ser o mais amplo possível, de tal forma que qualquer cargo ou emprego estatal não elencado nas exceções constitucionais deverá ser provido obrigatoriamente por cidadãos previamente aprovados em certames públicos.

Nessa linha de intelecção, concorrer aos certames públicos é considerado direito fundamental, sendo uma prerrogativa tanto para o Estado, quanto para o concorrente à vaga. A Administração terá a garantia de ter, em seu quadro de servidores, os candidatos mais bem preparados, concretizando, assim, o princípio da eficiência administrativa. O cidadão, por sua vez, terá a segurança de que o processo seletivo será livre de favorecimentos ou perseguições pessoais, em observância ao princípio da isonomia.

Importante registrar que desde a Constituição de 1967 somente é permitida a realização de concorrências públicas de provas ou de provas e títulos, não sendo legítima

a seleção que se baseia somente em títulos. Nestes termos, dispõe Meirelles (2014, p. 506, grifo do autor):

Desde a Constituição/67 para os cargos públicos efetivos e a quase totalidade dos vitalícios os *concursos públicos* só podem ser de provas ou de provas e títulos, ficando, assim, afastada a possibilidade de seleção com base unicamente em títulos, como ocorria na vigência da Constituição/46, que fazia igual exigência para a primeira investidura *em cargos de carreira*, silenciando, entretanto, quanto à modalidade do concurso (art. 186; cf. art. 37, II, da atual CF) [...]

A exigência de provas se fundamenta no fato de que se houvessem concursos somente com títulos, a seleção não permitiria uma disputa em igualdade de condições. As provas existem para que se possa medir, de forma segura e objetiva, a qualidade intelectual do candidato. Títulos são somente uma vantagem a mais, uma ideia de que aquele candidato possui conhecimento mais amplo ou mais experiência naquela área de atuação. Carvalho Filho (2011, p. 573), argumenta:

Obviamente, não é esse o escopo do concurso de títulos, integrante do concurso de provas e títulos. A titulação dos candidatos não pode servir como parâmetro para aprovação ou reprovação no concurso público, pena de serem prejudicados seriamente aqueles que, contrariamente a outros candidatos, e às vezes por estarem em início da profissão, ainda não tenham tido oportunidade de obterem esta ou aquela titulação. Entendemos, pois, que os pontos atribuídos à prova de títulos só podem refletir-se na classificação dos candidatos, e não em sua aprovação ou reprovação. De outro lado, revela-se ilegítima a pontuação desproporcional atribuída a títulos; aqui a Administração deve respeitar o princípio da proporcionalidade, pois que, não agindo dessa maneira, pesarão fundadas suspeitas sobre o propósito de favorecimento de determinados candidatos. Só assim é possível considerar o concurso de provas e títulos compatível com o princípio da impessoalidade inscrito no art. 37 da CF.

Diante da ampla oferta de cargos e empregos públicos nas mais diversas áreas de atuação e atraídos pela segurança financeira, estabilidade, bons salários e condições de trabalho, milhares de cidadãos se submetem a intensas e exaustivas horas de esforço, dedicação e empenho, despendem quantidade considerável de recursos financeiros e abdicam de momentos de lazer para obter êxito nos certames.

Destarte todos os esforços por parte do candidato, o pequeno número de vagas existentes acaba por frustrar o almejado ingresso no funcionalismo público.

Nessa ordem de ideias, diversos conflitos entre candidatos e o Poder Público foram instaurados e a principal controvérsia existente é sobre o direito de nomeação do candidato que é aprovado dentro e fora do número de vagas ofertadas pela Administração.

Nessa perspectiva, o presente artigo tem por objetivo principal a análise dos direitos conferidos aos aprovados em concursos públicos com base na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Utilizou-se, como metodologia, da análise de diversos julgados das Cortes Superiores sobre a matéria. Ademais, também foram estudadas as produções doutrinárias relacionadas com a temática, tendo se utilizado como base, ainda, as disposições legais e constitucionais concernentes à matéria.

2. NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS OFERECIDAS NO EDITAL

O entendimento tradicional da jurisprudência brasileira é no sentido de aqueles que obtiveram êxito em concursos somente teriam expectativa de direito em serem nomeados, ficando submetidos aos critérios de conveniência e oportunidade da Administração Pública. Contudo, diante da acirrada competitividade existente atualmente, que resulta da diminuição na oferta de cargos e no aumento de pessoas interessadas em integrar os quadros de funcionários públicos, bem como em virtude do aumento da litigiosidade judicial, o entendimento dos Órgãos Judiciais mudou drasticamente, existindo algumas hipóteses em que é garantido o direito subjetivo à nomeação e outras em que há mera expectativa.

Nessa conjuntura, em 13 de dezembro de 1963, com a edição do enunciado da Súmula n. 13, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que é garantido o direito à nomeação ao concorrente que tenha sido aprovado no concurso, mas foi prejudicado pela inobservância da ordem de classificação. Nesses termos, transcrevo o referido enunciado: “dentro do prazo de validade do concurso, o candidato aprovado tem o direito à nomeação, quando o cargo for preenchido sem observância da classificação”.

Nos casos não abrangidos pela Súmula da Suprema Corte, prevalecia a mera expectativa de nomeação. Di Pietro, Motta e Ferraz (2014, p. 51, grifo do autor) discorrem sobre essa problemática:

A questão que se analisa, a da existência ou não de direito à nomeação, não é meramente semântica ou acadêmica. O entendimento tradicional ofereceu amparo para situações de

completo desvirtuamento do instituto do concurso público. Tornou-se relativamente comum a realização de concursos sem que, ao final, se procedesse à nomeação ou contratação dos aprovados.

Nessa conjuntura, o Supremo Tribunal Federal, ciente dos abusos cometidos pela Administração, a qual, prevalecendo-se da jurisprudência tradicional, em diversas ocasiões deixava transcorrer o prazo de validade do certame sem nomear nenhum ou poucos aprovados, mudou o entendimento até então dominante e passou a considerar que o candidato aprovado dentro do número de vagas dispostas no edital tem assegurada a prerrogativa de exigir sua nomeação. Nesses termos, cito trechos da ementa do julgado proferido no RE n.º 598099/MS, sob a sistemática da repercussão geral:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. **Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.** II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio

da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos. (STF - RE: 598099 MS, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 10/08/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe 03/10/2011, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO, grifo nosso)

Ressalte-se que esse entendimento não é absoluto. De fato, no mesmo julgado, a Corte Suprema elencou hipóteses excepcionalíssimas em que seria possível negar a nomeação do candidato. Veja-se:

[...] III. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público. Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) **Superveniência:** os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) **Imprevisibilidade:** a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) **Gravidade:** os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) **Necessidade:** a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário. (STF - RE: 598099 MS, Relator: Min. GILMAR

MENDES, Data de Julgamento: 10/08/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe 03/10/2011, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO, grifo nosso)

Corroborando com a conclusão do Supremo Tribunal, Carvalho Filho (2014, p. 641) faz uma relevante análise:

[...] deve assegurar-se a todos os aprovados dentro do referido número de vagas direito subjetivo à nomeação. Sendo assim, a falta de nomeação é que deve constituir exceção, cabendo ao órgão público comprovar, de forma fundamentada, a sua omissão. Somente com tal orientação poderá impedir-se o arbítrio da Administração, ao mesmo tempo em que com ela poderá respeitar-se, com impessoalidade, a ordem classificatória advinda do concurso público, obstando-se a que os aprovados fiquem à mercê dos caprichos e humores dos dirigentes administrativos.

Registre-se que as hipóteses extraordinárias elencadas pela Corte Suprema devem ser comprovadas de forma cabal e inequívoca. Assim, simples alegações sobre a pandemia, crise econômica e o alerta da Corte de Contas acerca do chamado limite prudencial para despesas com pessoal não são motivos legítimos para se deixar de nomear os aprovados nas vagas do certame. Nesse sentido, confira-se precedente do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO DO ENTE BANDEIRANTE CONTRA A SOLUÇÃO UNIPESSOAL QUE CONCEDEU A SEGURANÇA EM RMS AO CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. ALEGAÇÃO DO PODER PÚBLICO DE QUE HÁ SITUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA IMPEDITIVA À NOMEAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DA AUTORIDADE DE QUE SE ESTARIA DIANTE DE HIPÓTESE FÁTICA EXCEPCIONAL APONTADA PELA CORTE SUPREMA NO RE 598.099/MS, ATÉ PORQUE A NÃO NOMEAÇÃO DOS LEGITIMAMENTE APROVADOS DEVE SER A ÚLTIMA DAS OPORTUNIDADES (RMS 57.565/SP, REL. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJE 20.08.2018). AGRAVO INTERNO DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO NÃO PROVIDO. 1. Não se está a discutir a tese - já muito conhecida e reverenciada - de que a aprovação em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital convalida a mera expectativa em direito subjetivo do candidato a ser nomeado para o cargo a que concorreu e foi devidamente habilitado. 2. Discute-se se a espécie comportaria a aplicação das chamadas situações excepcionais elencadas pela Corte

Suprema no RE 598.099/MS, alusivas aos critérios de superveniência, imprevisibilidade, gravidade e necessidade, que constituíam o alicerce para a não nomeação dos aprovados pelo Poder Público. 3. **Acerca do tema, esta Corte Superior tem a diretriz de que a recusa à nomeação dos aprovados dentro do número de vagas deve ser a última das oportunidades**, quando realmente já não houver saída para a Administração Pública (RMS 57.565/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJE 20.08.2018). 4. À luz desse julgado, no caso que ora se controverte, muito embora venha a brandir o estado das coisas - pandemia, crise econômica, limite prudencial atingido para despesas com pessoal -, que teria resultado em situação financeira impeditiva às nomeações, o fato é que, em observância ao caderno processual, **não se verifica a existência dos reais elementos orçamentários que venham a embasar o não chamamento dos candidatos aprovados dentro do número de vagas**. 5. Não se desconhece que, no caso concreto, tenha a autoridade apontada como coatora adotado providências em contingenciamento, no afã de afastar o risco de ultrapassar o limite da Lei de Responsabilidade Fiscal para as despesas com pessoal (fls. 272/275). Há, nos autos, planilhas alusivas à execução orçamentária. **Contudo, não há evidências de que o órgão está diante das situações excepcionalíssimas anotadas pelo excelso STF, justificadoras do afastamento das nomeações, não sendo suficiente o alerta da Corte de Contas acerca do chamado limite prudencial**. 6. Agravo Interno da Fazenda Bandeirante não provido. (AgInt no RMS 66.316/SP, Rel. Ministro MANOEL ERHARDT (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF5), PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2021, DJe 17/11/2021, grifos nossos)

Em consonância com a jurisprudência pátria, Di Pietro, Motta e Ferraz (2014, p. 50, grifo do autor) disciplinam:

O concurso materializa-se em sequência, mediante atos interligados e destinados a identificar os mais aptos para ocupar cargos efetivos e empregos públicos. Ao iniciar um procedimento seletivo, a Administração exterioriza a necessidade de prover cargos e empregos. Há nisso uma clara manifestação da intenção de se preencher as posições permanentes em disputa. Tal como afirmado, o concurso não pode ser somente mais uma via para o aumento das receitas públicas, com o que é um contrassenso imaginar-se certame concluído sem que qualquer aprovado seja, ao final, nomeado ou

contratado. Tratar-se-ia de um absurdo desperdício de esforços, tempo e dinheiro. Não obstante, situações como essa se reproduzem dia a dia num total desrespeito à confiança depositada pelo candidato e na boa-fé que deve permear os atos da Administração.

Por sua vez, Carvalho Filho (2014, p. 641, grifo do autor) afirma que “se o edital do concurso previu determinado número de vagas, a Administração fica vinculada a seu provimento, em virtude da presumida necessidade para o desempenho das respectivas funções”.

Em síntese, o direito subjetivo de nomeação dos candidatos aprovados no número de vagas previstos no instrumento convocatório é a regra geral, podendo ser afastado somente em hipóteses excepcionalíssimas, devidamente comprovadas.

Por outro lado, no tocante àqueles classificados fora do número de vagas, diversas situações peculiares foram submetidas à apreciação pelo Tribunais pátrios, sendo que o direito subjetivo ou a mera expectativa de nomeação varia de acordo com as particularidades de cada situação.

3. NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL

Conforme entendimento majoritário, os concorrentes que obtiveram êxito na aprovação, mas ficaram classificados fora do número de vagas ofertadas, têm mera expectativa de serem nomeados. Neste sentido, veja-se trechos de julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE FISCAL FEDERAL AGROPECUÁRIO - MÉDICO VETERINÁRIO. **CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL.** ALEGAÇÃO DE SURGIMENTO DE VAGA DURANTE O PERÍODO DE VALIDADE DO CONCURSO, BASEADO EM PEDIDO ORÇAMENTÁRIO DO MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO PARA A REALIZAÇÃO DE NOVO CONCURSO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO NÃO CONFIGURADO. SEGURANÇA DENEGADA, EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL. 1. Não é lícito à Administração, no prazo de validade do concurso público, omitir-se de praticar atos de nomeação dos aprovados dentro do limite das vagas ofertadas, em respeito às suas legítimas expectativas quanto à assunção do cargo público. **Contudo, em relação aos candidatos classificados nas vagas remanescentes, o Poder Público pode se**

utilizar do juízo de conveniência e oportunidade [...] (STJ 1ª Seção - MS 21410 DF MANDADO DE SEGURANÇA 2014/0313722-7, Relator: Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 22/04/2015, Data de Publicação: DJe 05/05/2015, grifo nosso)

CONCURSO PÚBLICO. NOVAS VAGAS. NOMEAÇÃO. **JUÍZO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO.** [...] Com efeito, esta Corte, ao julgar o RE 598.099-RG, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes, assentou existir direito subjetivo à nomeação apenas para os candidatos aprovados em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital. Não é disso que tratam os autos. Na ocasião, a fim de definir as balizas para a interpretação constitucional do princípio do concurso público, o relator consignou que “não se tem admitido é a obrigação da Administração Pública de nomear candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, simplesmente pelo surgimento de vaga, seja por nova lei, seja em decorrência de vacância. Com efeito, proceder desse forma seria engessar a Administração Pública, que perderia sua discricionariedade quanto a melhor alocação das vagas, inclusive quanto a eventual necessidade de transformação ou extinção dos cargos vagos” (trecho do Informativo 636/STF). O Ministro relator ressaltou, ainda, que “o dever da Administração e, em consequência, o direito dos aprovados, não se estende a todas as vagas existentes, nem sequer àquelas surgidas posteriormente, mas apenas àquelas expressamente previstas no edital de concurso. Nesse contexto, apenas ao candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital do certame é garantido o direito subjetivo à nomeação. Por outro lado, admite-se exceção a tal direito, desde que a situação especial seja explicitada e motivada pela Administração. **Quanto aos demais classificados, ou seja, aqueles que foram aprovados em classificação além do número previsto no edital, a Administração Pública não estaria compelida a nomeá-los. Nesses casos, persiste nesta Corte o entendimento de que o preenchimento das vagas, inclusive as que surgirem ou forem criadas no decorrer do prazo de validade do certame, está inserido no âmbito de discricionariedade da Administração, desde que não fique caracterizada preterição do candidato.** Na hipótese, todos os recorrentes foram aprovados fora do número de vagas previstas no edital e não há notícia de que foram preteridos, seja por desrespeito à ordem de classificação ou por preenchimento das vagas por contratações com vínculos precários. Assim, na linha da

jurisprudência, o surgimento ou criação de novas vagas não gera direito à nomeação dos recorrentes. Diante do exposto, com base no art. 557, caput, do CPC e no art. 21, § 1º, do RI/STF, nego seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 25 de outubro de 2013 (STF - RE: 607590 PR, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 25/10/2013, Data de Publicação: DJe 04/11/2013, grifo nosso)

No entanto, existem hipóteses em que, mesmo não tendo sido aprovado nas vagas ofertadas, o candidato poderá exigir sua nomeação, conforme será explanado no decorrer deste trabalho.

3.1. A tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n.º 837.311/PI, com repercussão geral reconhecida

No julgamento do RE n.º 837.311/PI, a Corte Suprema firmou a compreensão de que a simples publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro certame anteriormente realizado não obriga o provimento dos cargos. Para que haja direito subjetivo à nomeação, exige-se que o concurso ainda esteja vigente e que ocorra a preterição de candidatos aprovados fora das vagas sem motivação idônea e de forma arbitrária por parte da Administração, sendo necessária prova cabal e inequívoca desses requisitos. A propósito:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. IN CASU, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBÍTRIO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO

EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade a diversos princípios constitucionais, corolários do merit system, dentre eles o de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CRFB/88, art. 5º, caput). 2. O edital do concurso com número específico de vagas, uma vez publicado, faz exsurgir um dever de nomeação para a própria Administração e um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas. Precedente do Plenário: RE 598.099 - RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe 03-10-2011. 3. O Estado Democrático de Direito republicano impõe à Administração Pública que exerça sua discricionariedade entrincheirada não, apenas, pela sua avaliação unilateral a respeito da conveniência e oportunidade de um ato, **mas, sobretudo, pelos direitos fundamentais e demais normas constitucionais em um ambiente de perene diálogo com a sociedade**. 4. O Poder Judiciário não deve atuar como “Administrador Positivo”, de modo a aniquilar o espaço decisório de titularidade do administrador para decidir sobre o que é melhor para a Administração: se a convocação dos últimos colocados de concurso público na validade ou a dos primeiros aprovados em um novo concurso. Essa escolha é legítima e, ressalvadas as hipóteses de abuso, não encontra obstáculo em qualquer preceito constitucional. 5. Consectariamente, é cediço que a Administração Pública possui discricionariedade para, observadas as normas constitucionais, prover as vagas da maneira que melhor convier para o interesse da coletividade, como verbi gratia, ocorre quando, em função de razões orçamentárias, os cargos vagos só possam ser providos em um futuro distante, ou, até mesmo, que sejam extintos, na hipótese de restar caracterizado que não mais serão necessários. 6. **A publicação de novo edital de concurso público ou o surgimento de novas vagas durante a validade de outro anteriormente realizado não caracteriza, por si só, a necessidade de provimento imediato dos cargos**. É que, a despeito da vacância dos cargos e da publicação do novo edital durante a validade do concurso, podem surgir circunstâncias e legítimas razões de interesse público que justifiquem a incoerência da nomeação no curto prazo, de modo a obstaculizar eventual pretensão de reconhecimento do direito subjetivo à nomeação dos aprovados em colocação além do número de vagas. Nesse contexto, a Administração Pública detém a prerrogativa de realizar a escolha entre a prorrogação de um concurso público que esteja na validade

ou a realização de novo certame. 7. A tese objetiva assentada em sede desta repercussão geral é a de que o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, **ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizadas por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato.** Assim, a discricionariedade da Administração quanto à convocação de aprovados em concurso público fica reduzida ao patamar zero (Ermessensreduzierung auf Null), **fazendo exsurgir o direito subjetivo à nomeação, verbi gratia, nas seguintes hipóteses excepcionais:** i) **Quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital (RE 598.099);** ii) **Quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação (Súmula 15 do STF);** iii) **Quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos aprovados fora das vagas de forma arbitrária e imotivada por parte da administração nos termos acima.** 8. In casu, reconhece-se, excepcionalmente, o direito subjetivo à nomeação aos candidatos devidamente aprovados no concurso público, pois houve, dentro da validade do processo seletivo e, também, logo após expirado o referido prazo, manifestações inequívocas da Administração piauiense acerca da existência de vagas e, sobretudo, da necessidade de chamamento de novos Defensores Públicos para o Estado. 9. Recurso Extraordinário a que se nega provimento. (RE 837311, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/2015, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-072 DIVULG 15-04-2016 PUBLIC 18-04-2016, grifos nossos)

Aplicando essa tese, a 1ª Turma do Supremo, negou provimento ao Recurso em Mandado de Segurança n. 31.478/DF (Rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o acórdão Min. Edson Fachin, julgado em 9/8/2016), sob o fundamento de que o candidato tinha sido aprovado fora do número de vagas, o prazo de validade do seu certame tinha expirado e, em que pese tenha surgido vaga durante o período de validade do concurso público, não houve a comprovação de que havia disponibilidade orçamentária para que este cargo fosse imediatamente provido.

3.2. A desistência de candidatos convocados dentro do prazo de validade do concurso gera direito subjetivo à nomeação dos candidatos subsequentes

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já reconheceram o direito de provimento ao cargo de concorrente aprovado fora das vagas quando aqueles que estão dentro delas apresentam desistência ou são desclassificados. Nesse caso, a compreensão é de que esse lugar passa a ser ocupado pelo candidato imediatamente subsequente na ordem de classificação. Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL, CONSIDERADA A DESISTÊNCIA DE CANDIDATOS MELHOR CLASSIFICADOS NO CERTAME. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. Em consonância com o entendimento emanado do Supremo Tribunal Federal (STF, RE 598099/MS, Rel. Ministro GILMAR MENDES, TRIBUNAL PLENO, DJe de 30/09/2011), a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que o candidato aprovado em concurso público, dentro das vagas previstas no edital, tem direito subjetivo à nomeação. II. **Na forma da jurisprudência do STJ, "a desistência dos candidatos convocados, ou mesmo a sua desclassificação em razão do não preenchimento de determinados requisitos, gera para os seguintes na ordem de classificação direito subjetivo à nomeação, observada a quantidade das novas vagas disponibilizadas.** Precedentes: RMS 34.990/BA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 14/02/2012; AgRg no REsp 1.239.016/PB, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 20/05/2011; RMS 32.105/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 30/08/2010" (STJ, AgRg no REsp 1347487/BA, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 05/03/2013). III. Agravo Regimental improvido. (STJ - AgRg no RMS: 30776 RO 2009/0209170-6, Relator: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Data de Julgamento: 17/09/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/10/2013, grifo nosso)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. Candidata aprovada, inicialmente, fora das vagas do edital. Desistência dos candidatos mais bem classificados. Direito a ser nomeada para ocupar a única vaga prevista no edital de convocação. Precedentes. 1. O Tribunal de origem assentou que, **com a desistência dos dois**

candidatos mais bem classificados para o preenchimento da única vaga prevista no instrumento convocatório, a ora agravada, classificada inicialmente em 3º lugar, tornava-se a primeira, na ordem classificatória, tendo, assim, assegurado o seu direito de ser convocada para assumir a referida vaga. 2. Não se tratando de surgimento de vaga, seja por lei nova ou vacância, mas de vaga já prevista no edital do certame, aplica-se ao caso o que decidido pelo Plenário da Corte, o qual, ao apreciar o mérito do RE nº 598.099/MS-RG, Relator o Ministro Gilmar Mendes, concluiu que o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital tem direito subjetivo à nomeação. 3. Agravo regimental não provido. (STF - ARE: 661760 PB , Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 03/09/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe 29/10/2013, grifo nosso)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO QUE PASSA A FIGURAR DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DESISTÊNCIA DE CANDIDATO CLASSIFICADO EM COLOCAÇÃO SUPERIOR. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO. I – O Plenário desta Corte, no julgamento do RE 598.099/MS, Rel. Min. Gilmar Mendes, firmou entendimento no sentido de que possui direito subjetivo à nomeação o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital de concurso público. II - **O direito à nomeação também se estende ao candidato aprovado fora do número de vagas previstas no edital, mas que passe a figurar entre as vagas em decorrência da desistência de candidatos classificados em colocação superior.** Precedentes. III – Agravo regimental improvido. (RE 643674 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 27-08-2013 PUBLIC 28-08-2013, grifo nosso)

Consigne-se, contudo, que não haverá direito subjetivo de nomeação se a desistência ocorreu após o prazo de validade do certame. A propósito:

PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. PRETERIÇÃO NÃO DEMONSTRADA. DESISTÊNCIA DE CANDIDATO MELHOR

CLASSIFICADO APÓS O TRANSCURSO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que os candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital não possuem direito líquido e certo à nomeação, salvo nas hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da Administração. 2. É também pacífico o entendimento que a expectativa de direito se transforma em direito subjetivo à nomeação nas situações em que o candidato, aprovado fora do número de vagas, passe a figurar, devido à desistência de aprovados classificados em colocação superior, dentro do quantitativo ofertado no edital do concurso. 3. **Inexiste direito líquido e certo à nomeação no caso dos autos, porque, conforme a Corte a quo, "o prazo de validade do concurso findou em 30/06/2019.** Nesse passo, verifica-se que as desistências dos dois candidatos mais bem classificados se operaram após o prazo de validade do concurso, visto que ambos foram nomeados em 29/06/2019, e os atos de nomeação foram tornados sem efeito apenas agosto e setembro de 2019". 4. **Ocorre que, in casu, a desistência dos candidatos aprovados em melhores posições se deu após o prazo de validade do certame, o que não garante ao recorrente a vaga. Precedentes: RMS 59.655/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 27/03/2019; AgRg no RMS 46.535/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ acórdão Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 29/4/2019; AgInt no RMS 52.660/ES, Rel. Min. Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 18/6/2018; AgRg no RMS 42.244/MS, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 26/4/2016; RMS 36.916/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 08/10/2012.** 5. Agravo Interno não provido. (AgInt no RMS 63.676/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/03/2021, DJe 05/04/2021, grifo nosso)

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se que o concurso público é o meio utilizado pela administração pública para garantir a observância dos princípios da impessoalidade e eficiência, sendo garantida a todos os cidadãos, caso preencham os requisitos constantes do edital, a possibilidade de prestar o certame e, com a aprovação, integrar os quadros de servidores públicos.

A jurisprudência tradicional era firmada no sentido de que a aprovação no concurso não garantia a nomeação, mas a mera expectativa de provimento no cargo. Contudo, recentemente o entendimento dos Tribunais Superiores evoluiu, tendo sido fixada a tese

de que, como regra, os aprovados dentro no número de vagas ofertadas no instrumento convocatório têm, como regra, o direito subjetivo de serem nomeados, salvo se presentes hipóteses excepcionalíssimas, supervenientes, imprevisíveis, e de extrema gravidade, devidamente justificadas.

Os candidatos aprovados fora do número de vagas, contudo, não possuem a mesma garantia. A eles é reconhecida, em regra, a mera expectativa de direito, podendo a Administração, com base em critérios de conveniência e oportunidade, deixar de nomeá-los. No entanto, em algumas circunstâncias peculiares, as Cortes Superiores já reconheceram a obrigatoriedade da nomeação de candidatos enquadrados nessa situação, como na hipótese em que há a desistência de algum candidato aprovado dentro das vagas e o certame ainda esteja em vigor, bem como quando há a comprovação cabal e inequívoca do surgimento de novas vagas durante o prazo de validade do concurso público, a necessidade de provimento e a arbitrária e imotivada preterição dos candidatos.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS. RE 598099/MS. Relator GILMAR MENDES. Data de Julgamento: 10/08/2011. Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJe 03/10/2011. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur199510/false>>. Acesso em: 12 fevereiro 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. APROVADOS FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. PRETERIÇÃO NÃO CONFIGURADA. AUSÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRORROGAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. PRECEDENTES. RE 607590 AgR. Relator ROBERTO BARROSO. Data de Julgamento: 11/03/2014. Primeira Turma. Data de Publicação: DJe 09-04-2014. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur260442/false>>. Acesso em: 12 fevereiro 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 784 DO PLENÁRIO VIRTUAL. CONTROVÉRSIA SOBRE O DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO DE CANDIDATOS APROVADOS ALÉM DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO NO CASO DE SURGIMENTO DE NOVAS VAGAS DURANTE O PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO

PÚBLICA. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. IN CASU, A ABERTURA DE NOVO CONCURSO PÚBLICO FOI ACOMPANHADA DA DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE PREMENTE E INADIÁVEL DE PROVIMENTO DOS CARGOS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 37, IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. ARBITRIO. PRETERIÇÃO. CONVOLAÇÃO EXCEPCIONAL DA MERA EXPECTATIVA EM DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA, BOA-FÉ, MORALIDADE, IMPESSOALIDADE E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. FORÇA NORMATIVA DO CONCURSO PÚBLICO. INTERESSE DA SOCIEDADE. RESPEITO À ORDEM DE APROVAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A TESE ORA DELIMITADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. RE 837311. Relator LUIZ FUX. Data de Julgamento: 09/12/2015. Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJe 18-04-2016. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur345602/false>>. Acesso em: 12 fevereiro 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA APROVADA, INICIALMENTE, FORA DAS VAGAS DO EDITAL. DESISTÊNCIA DOS CANDIDATOS MAIS BEM CLASSIFICADOS. DIREITO A SER NOMEADA PARA OCUPAR A ÚNICA VAGA PREVISTA NO EDITAL DE CONVOCAÇÃO. PRECEDENTES. ARE 661760 AgR. Relator DIAS TOFFOLI. Data de Julgamento: 03/09/2013. Primeira Turma. Data de Publicação: DJe 29-10-2013. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur246638/false>>. Acesso em: 12 fevereiro 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO QUE PASSA A FIGURAR DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DESISTÊNCIA DE CANDIDATO CLASSIFICADO EM COLOCAÇÃO SUPERIOR. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO. RE 643674 AgR. Relator RICARDO LEWANDOWSKI. Data de Julgamento: 13/08/2013. Primeira Turma. Data de Publicação: DJe 28-08-2013. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur239908/false>>. Acesso em: 12 fevereiro 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO DO ENTE BANDEIRANTE CONTRA A SOLUÇÃO UNIPESSOAL QUE CONCEDEU A SEGURANÇA EM RMS AO CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. ALEGAÇÃO DO PODER PÚBLICO DE QUE HÁ SITUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA IMPEDITIVA À NOMEAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DA AUTORIDADE DE QUE SE ESTARIA DIANTE DE HIPÓTESE FÁTICA EXCEPCIONAL APONTADA PELA CORTE SUPREMA NO RE 598.099/MS, ATÉ PORQUE A NÃO NOMEAÇÃO DOS LEGITIMAMENTE APROVADOS DEVE SER A ÚLTIMA DAS OPORTUNIDADES (RMS 57.565/SP, REL. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES,

SEGUNDA TURMA, DJE 20.08.2018). AGRAVO INTERNO DA FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO NÃO PROVIDO. AGINT NO RMS 66.316/SP. Relator Ministro MANOEL ERHARDT. Data de Julgamento: 19/10/2021. PRIMEIRA TURMA. Data de Publicação: DJe 17/11/2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202101238626>. Acesso em: 12 fevereiro 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE FISCAL FEDERAL AGROPECUÁRIO - MÉDICO VETERINÁRIO. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. ALEGAÇÃO DE SURGIMENTO DE VAGA DURANTE O PERÍODO DE VALIDADE DO CONCURSO, BASEADO EM PEDIDO ORÇAMENTÁRIO DO MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO PARA A REALIZAÇÃO DE NOVO CONCURSO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO NÃO CONFIGURADO. SEGURANÇA DENEGADA, EM CONSONÂNCIA COM O PARECER MINISTERIAL. MS 21.410/DF. Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO. Data de Julgamento: 22/04/2015. PRIMEIRA SEÇÃO. Data de Publicação: DJe 05/05/2015. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201403137227>. Acesso em: 12 fevereiro 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL, CONSIDERADA A DESISTÊNCIA DE CANDIDATOS MELHOR CLASSIFICADOS NO CERTAME. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. AgRg no RMS 30.776/RO. Relatora Ministra ASSUSETE MAGALHÃES. Data de Julgamento: 17/09/2013. SEXTA TURMA. Data de Publicação: DJe 11/10/2013. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200902091706>. Acesso em: 12 fevereiro 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSO CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO CLASSIFICADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. PRETERIÇÃO NÃO DEMONSTRADA. DESISTÊNCIA DE CANDIDATO MELHOR CLASSIFICADO APÓS O TRANSCURSO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. AgInt no RMS 63.676/RS. Relator Ministro HERMAN BENJAMIN. Data de Julgamento: 22/03/2021. SEGUNDA TURMA. Data de Publicação: DJe 05/04/2021. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoP>

esquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202001364487>. Acesso em: 12 fevereiro 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. **Servidores Públicos na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MEMÓRIA ANTROPONÍMICA E POLÍTICA CONSERVADORA ENQUANTO PATRIMÔNIO CULTURAL NO TEMPO E NO ESPAÇO: UMA REESCRITA DO ANTIGO SÍTIO HISTÓRICO DO VILAREJO MARZAGÃO, DISTRITO DE CARVALHO BRITTO, SUDOESTE DE SABARÁ - MG

VAGNER LUCIANO DE ANDRADE:

Agente de Educação e Mobilização Socioambiental da rede Ação Ambiental com formação pedagógica em Artes, Biologia, Filosofia, Geografia, História, Religião e Sociologia

RESUMO: Este trabalho apresenta uma síntese acerca da memória antroponímica e política conservadora enquanto patrimônio cultural no tempo e no espaço, reinscrevendo o histórico do antigo sítio cultural (Vila Elisa e Vila Operária) e ecológico (Mata do Inferno e Mata do Melo) todos integrantes da localidade do Vilarejo de Marzagão, distrito de Carvalho Britto, sudoeste de Sabará - MG. Manuel Tomás de Carvalho Britto nasceu em 17 de janeiro de 1872, na vila Antônio Dias, Minas Gerais. Seu aprendizado se deu em Itabira e Ouro Preto (MG), tendo em 1894, se constituído pela Faculdade de Direito de São Paulo e regressando a Minas Gerais como promotor de justiça da Comarca de Santa Bárbara. Foi deputado no Congresso Mineiro de 1858 a 1902. De 1903 a 1906, foi deputado federal pela legenda do Partido Republicano Mineiro - PRM, quando desistiu e admitiu a Secretaria do Estado do Interior e Finanças, até 1908. Destinou-se à agricultura e maiormente à indústria, regendo a Companhia Fiação e Tecidos Minas Gerais em Marzagão e a Companhia de Eletricidade e Viação Urbana de Belo Horizonte. Nessa ocasião, participou da Comissão do Centro Industrial do Brasil, em mostras de tecidos efetivadas na Argentina e no Uruguai, perpetrando ainda inspeções a indústrias inglesas e escocesas. Em 1919, regressou à vida política, sendo eleito senador, mas abdicou do cargo em 1922 para ser deputado federal com mandato até 1923. Reeleito, abandonou o cargo em 1924, para ser gerente do Banco do Brasil. Admitiu em 1927, a administração da Carteira Comercial do Banco do Brasil. Em fevereiro de 1930, tentou atrair as classes empresariais de Minas Gerais para sua corrente política, oferecendo a realização de obras de infraestrutura e a organização de congressos industriais e agrícolas no estado. O primeiro deles seria o Congresso do Algodão, em Montes Claros, no dia seis de fevereiro, seguido do Congresso de Siderurgia em Itabira. Durante as eleições, a Concentração Conservadora e o Governo Federal viram-se envolvidos em novas irregularidades: além da indicação de todos os mesários em alguns municípios, a junta apuradora foi composta em seu benefício e houve adulteração dos livros eleitorais. Forças federais fiscalizaram as apurações, o que era atividade reservada à polícia estadual. As forças liberais intensificaram a conspiração que culminaria no movimento revolucionário de outubro. Fizeram com que ele fugisse para a Europa. Porém, foi preso e depois deportado, regressando ao Brasil depois de alguns anos.

Foi diretor-presidente do Banco do Comércio, da Usina de Beneficiamento Borracha de Manaus S/A., da Usina Paineiras do Espírito Santo, além de retomar o controle da Companhia Fiação e Tecidos de Minas Gerais e da Pneus Brasil. Em 1936, foi primeiro secretário da Confederação Industrial do Brasil, e, na entidade sucessora, a Confederação Nacional das Indústrias, ocupou a quarta vice-presidência no período de 1938 a 1943. Faleceu no Rio de Janeiro no dia 11 de dezembro de 1952, aos 80 anos. A metodologia adotada foi a revisão bibliográfica e os resultados encontrados encontram-se textualizados abaixo.

PALAVRAS CHAVE: Carvalho Britto, Memória Antroponímica, Patrimônio Cultural, Política Conservadora, Vila Marzagão.

ABSTRACT: This work presents a synthesis about anthroponymic memory and conservative politics as a cultural heritage in time and space, reinscribing the history of the old cultural site (Vila Elisa and Vila Operária) and ecological site (Mata do Inferno and Mata do Melo), all of which are part of the locality. from Vilarejo de Marzagão, district of Carvalho Britto, southwest of Sabará - MG. Manuel Tomás de Carvalho Britto was born on January 17, 1872, in the village of Antônio Dias, Minas Gerais. His apprenticeship took place in Itabira and Ouro Preto (MG), having, in 1894, been constituted by the Faculty of Law of São Paulo and returning to Minas Gerais as prosecutor of the District of Santa Bárbara. He was a deputy in the Minas Gerais Congress from 1858 to 1902. From 1903 to 1906, he was a federal deputy for the party of the Partido Republicano Mineiro - PRM, when he withdrew and admitted to the Secretary of State for the Interior and Finance, until 1908. industry, governing Companhia Fiação e Tecidos Minas Gerais in Marzagão and Companhia de Electricidade e Viação Urbana in Belo Horizonte. On that occasion, he participated in the Commission of the Industrial Center of Brazil, in fabric shows carried out in Argentina and Uruguay, also carrying out inspections of English and Scottish industries. In 1919, he returned to political life, being elected senator, but abdicated from the position in 1922 to be a federal deputy with a term until 1923. Re-elected, he left the position in 1924, to be manager of Banco do Brasil. He admitted in 1927, the management of the Commercial Portfolio of Banco do Brasil. In February 1930, he tried to attract the business classes of Minas Gerais to his political current, offering the realization of infrastructure works and the organization of industrial and agricultural congresses in the state. The first one would be the Cotton Congress, in Montes Claros, on February 6, followed by the Steel Congress in Itabira. During the elections, the Conservative Concentration and the Federal Government found themselves involved in new irregularities: in addition to the appointment of all poll workers in some municipalities, the counting board was formed for their benefit and there was tampering with the electoral books. Federal forces supervised the investigations, which was an activity reserved for the state police. Liberal forces intensified the conspiracy that

would culminate in the October revolutionary movement. They made him flee to Europe. However, he was arrested and later deported, returning to Brazil after a few years. He was CEO of Banco do Comércio, Usina de Beneficiamento Borracha de Manaus S/A., Usina Paineiras do Espírito Santo, in addition to retaking control of Companhia Fiação e Tecidos de Minas Gerais and Pneus Brasil. In 1936, he was the first secretary of the Industrial Confederation of Brazil, and, in the successor entity, the National Confederation of Industries, he held the fourth vice-presidency from 1938 to 1943. He died in Rio de Janeiro on December 11, 1952, at age 80. The methodology adopted was the bibliographic review and the results found are textualized below.

KEYWORDS: Carvalho Britto, Anthroponymic Memory, Cultural Heritage, Conservative Policy, Vila Marzagão.

INTRODUÇÃO

Em 1887, chegava nos confins da Fazenda Marzagão, o material para constituição da velha estação da Central do Brasil. Em 1893, foi edificada a estrada de ferro conectando Sabará à Santa Luzia. Em 1895, foi erguida a estação da Central do Brasil na região, ganhando o nome de General Carneiro (Figura 01), em homenagem à ilustre figura mineira do General Antônio Gomes Carneiro, natural do Serro, que foi governador das Províncias do Mato Grosso e do Paraná. Com o aumento do número de moradas nas adjacências da Estação, a região adveio a ser conhecida como General Carneiro e em 1943, o distrito ganhou a atual alcunha de Carvalho de Brito. Essas informações iniciais são confirmadas pelo site Sou Sabará (2022, on line) que complementa:

Carvalho de Brito é um distrito de Sabará e compreende, atualmente, os seguintes bairros: Nações Unidas, Nossa Senhora de Fátima, Vila Eugênio Rossi, Itacolomi, Vila São José, Vila Rica, Vila Eugênio Rossi, Val Paraíso e Marzagão. Em 1895, foi construída a estação General Carneiro na região da Fazenda Marzagão, com o crescimento do número de moradias no entorno da Estação, a região passou a ser chamada de General Carneiro e em 1943, o distrito recebeu o nome de Carvalho de Brito

Figura 01 - Estações de Carvalho de Brito e General Carneiro



Fonte: Site Estações Ferroviárias (2020, on line)

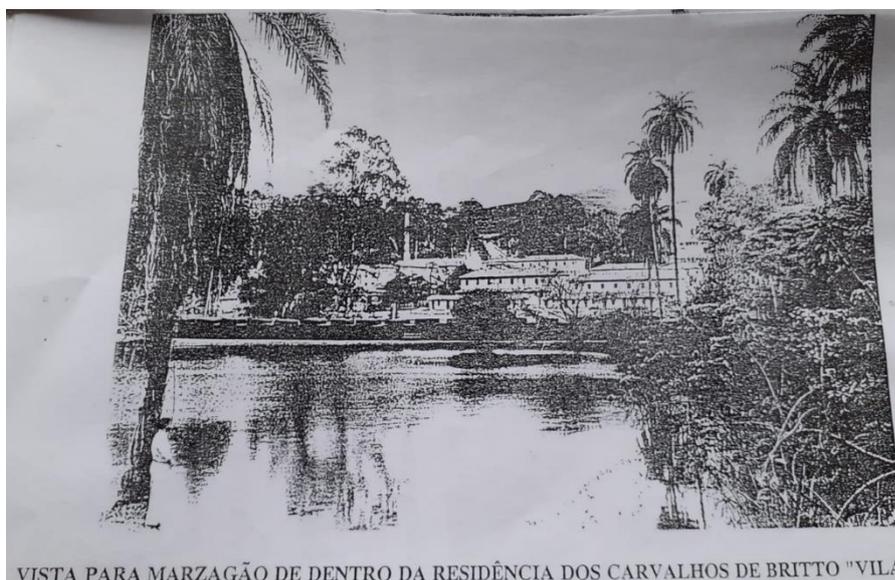
Quem foi Carvalho Britto? e qual a sua relação com o Vilarejo Operário de Marzagão, em Sabará, local de inenarrável cultura e ecologia conforme explicito na Figuras 02 e 03? (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2022, on line). Manoel Thomaz de Carvalho Britto apresentou uma evidência especial na vida de Marzagão e regiões adjacentes, tanto como dono e chefe da fábrica de tecidos, da fazenda e da usina de eletricidade, existentes no distrito, ou como personalidade atuante na política mineira e nacional, como será mostrado adiante (CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO FGV, 2002, on line). Possivelmente, deve-se às suas prestações como político e empresário, o fato de, além de o distrito ter oficialmente a denominação pelo qual ele era mais conhecido, Carvalho Britto, como existir uma Escola Estadual Carvalho Britto (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2022, on line). Manoel Thomaz de Carvalho Britto nasceu em **17 de janeiro de 1872, na vila Antônio Dias**, então distrito da municipalidade de **Itabira do Mato Dentro**, Minas Gerais (CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO FGV, 2002, on line). Era filho de **Coronel Fabriciano Felisberto e Ana Angélica de Carvalho Britto** (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2022, on line).

Figura 02 - Vila Marzagão Vista da Ponte a partir da ponte do Ribeirão Arrudas



Fonte: Gontijo (2001)

Figura 03 - Vila Marzagão Vista da Ponte a partir da Mansão da Família, Vila Elisa



Fonte: Gontijo (2001)

Seu aprendizado se deu em **Itabira e Ouro Preto** (MG), tendo em 1894, se constituído advogado pela **Faculdade de Direito de São Paulo** e regressando a Minas Gerais como **promotor de justiça da Comarca de Santa Bárbara** (CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO FGV, 2002, on line). Foi **deputado no Congresso Mineiro** de 1858 a 1902 (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2022, on line). De 1903 a 1906, foi **deputado federal** pela legenda do Partido Republicano Mineiro - **PRM**, quando desistiu e admitiu a **Secretaria do Estado do Interior e Finanças**, até 1908 (CENTRO DE PESQUISA E

DOCUMENTAÇÃO FGV, 2002, on line). A Fundação Getúlio Vargas (2022, on line) destaca que:

Em 1897 transferiu-se para Belo Horizonte, onde advogou até 1903. Em Belo Horizonte ingressou na política, sendo eleito deputado à Câmara Estadual para a legislatura que se iniciou em 1899 e terminou em 1902. Em 1903 foi eleito deputado federal na legenda do Partido Republicano Mineiro (PRM). Na Câmara dos Deputados, preocupou-se com questões financeiras, pronunciando-se sobre o orçamento da receita federal e as tarifas alfandegárias. Reeleito em 1906, renunciou ao mandato em setembro do mesmo ano para assumir o cargo de secretário do Interior de Minas Gerais, durante a presidência estadual de João Pinheiro da Silva. Na ocasião efetuou a reforma do ensino primário estadual. Exerceu ainda interinamente as funções de secretário de Finanças do estado de julho de 1907 a outubro de 1908, quando deixou as duas secretarias devido à morte de João Pinheiro.

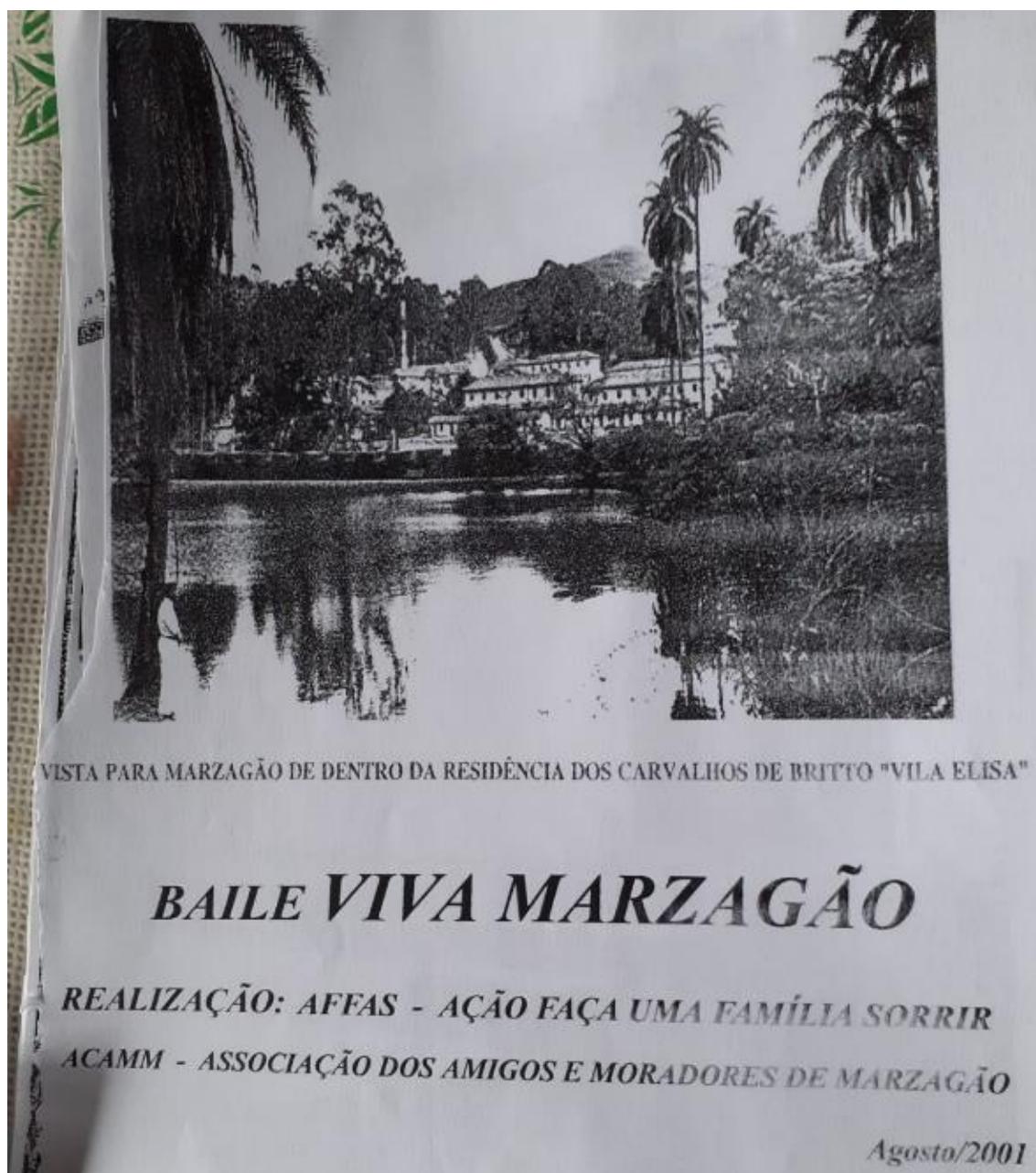
Entre 1909 e 1910, aborrecendo o PRM, participou da **Campanha Civilista chefiada por Rui Barbosa**, que neste momento, dirigia o jornal "O Dia" (CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO FGV, 2002, on line). Depois, destinou-se à agricultura e maiormente à indústria, regendo a **Companhia Fiação e Tecidos Minas Gerais** em Marzagão (Figura 04) e a **Companhia de Eletricidade e Viação Urbana de Belo Horizonte** (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2022, on line). Nessa ocasião, participou da **Comissão do Centro Industrial do Brasil** em mostras de tecidos efetivadas na Argentina e no Uruguai, perpetrando ainda inspeções a indústrias inglesas e escocesas (CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO FGV, 2002, on line). Seu vilarejo operário em Sabará tinha uma movimentada vida produtiva e social com vários equipamentos e excepcional infraestrutura (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2022, on line). os moradores se uniram e criaram o Movimento Viva Marzagão conforme figura 05 (ANDRADE, et al, 2006)

Figura 04 - Time de Futebol em Marzagão (vida social)



Fonte: Gontijo (2001)

Figura 05 - Folheto do Movimento Viva Marzagão



Fonte: Gontijo (2001)

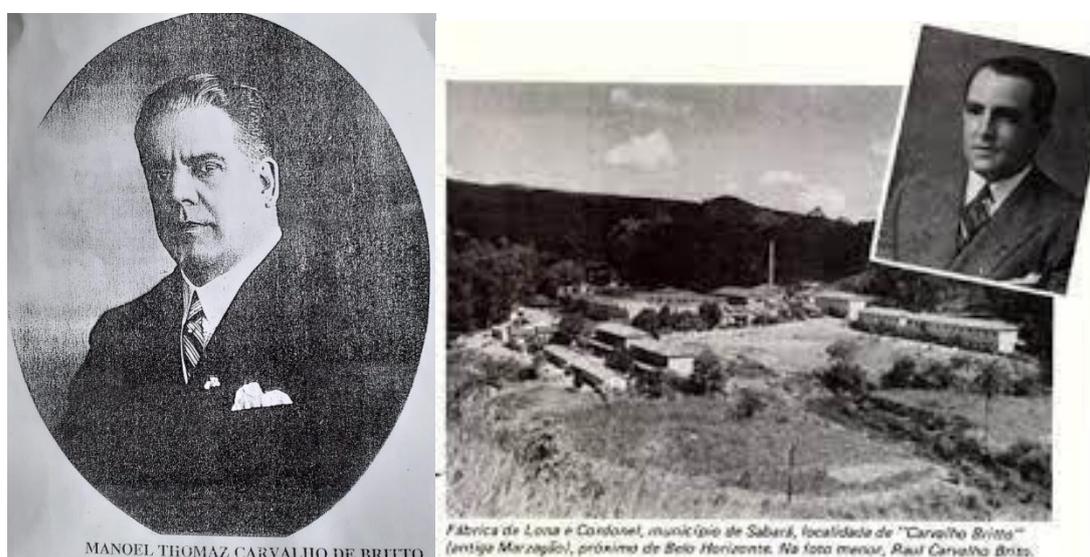
Em 1919, regressou à vida política, sendo **eleito senador**, mas abdicou do cargo em 1922 para ser **deputado federal** com mandato até 1923 (CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO FGV, 2002, on line). **Reeleito, abandonou** o cargo em 1924, para ser gerente do **Banco do Brasil** (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2022, on line). Admitiu em 1927, a administração da **Carteira Comercial do Banco do Brasil** (CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO FGV, 2002, on line). Desde o início da empreitada para as eleições de 1930, Carvalho Britto (Figura 03) foi incriminado de usar a diretoria da Carteira Comercial do Banco do Brasil para fins políticos, modificando as filiais do Banco como ferramentas

de propaganda eleitoral (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2022, on line). Aproveitando-se de sua autoridade e do apoio federal, a **Concentração Conservadora** (movimento estabelecido em Minas Gerais para fazer frente à Aliança Liberal) atuava acoplado aos correios e telégrafos, às estradas de ferro, ao funcionalismo público e à Delegacia Fiscal do estado (CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO FGV, 2002, on line). Sobre a estação que leva seu nome (Figura 06), o site Estações Ferroviárias (2022, on line), descreve que:

A ESTAÇÃO: "A importância econômica da cidade de Santa Bárbara devia-se principalmente a uma indústria têxtil cujo empreendedor, o Carvalho Brito, havendo perdido as eleições na localidade, desmontou tudo e mudou-se para as proximidades de Belo Horizonte, na localidade chamada Marzagão, onde reimplantou a fábrica. Ali veio a existir uma estação da EFCB com esse mesmo nome (Marzagão), que mais tarde foi mudado para Carvalho Brito" (Zebitela, 19/5/2010). A estação teria sido mesmo inaugurada em 07/09/1902 com o nome de Marzagão, segundo Max Vasconcellos e o Guia Geral de 1960? Seria esta data uma elevação da parada a estação com a construção de um novo prédio? Não pude confirmar, mas é uma possibilidade. Abílio Barreto (p. 301), entretanto, afirma que a estação fora inaugurada como um estribo, com a linha, em 1 de fevereiro de 1895, e que o motivo de sua construção fora o de compensar a Companhia Industrial Sabarense, dona da Fábrica do Marzagão. A Sabarense havia cedido os terrenos para a construção da estação de General Carneiro e parte da linha gratuitamente em troca desse estribo, "concorrendo a Companhia (Construtora de Belo Horizonte) com todas as despesas da construção da parada e desvio, o qual foi aprovado pelo Aviso no. 205, de 31 de outubro (de 1894)". Em 3 de janeiro de 1895, foi assinado com Antonio Pereira Gonçalves o contrato para a "construção dos dois compartimentos e da cobertura geral da Parada do Marzagão" (p. 307). Na inauguração do ramal, em 7/9/1895, "...o comboio coleava triunfalmente aclamado com entusiasmo por grupos de populares que se postavam no cimo dos morros, nas esplanadas e nos campos marginais, em toda a extensão da linha, por onde florejavam as frondes de ouro dos ipês. Em Marzagão, em Freitas, em Cardoso, tais manifestações de regozijo subiram de vulto" (p. 379). De General Carneiro à Estação Minas, os trens eram operados pelo chamado Ramal Férreo da Capital do Estado de Minas Gerais, vendido à União no final de 1899 e incorporado à Central do Brasil em 1/1/1900. Marzagão já estava relacionada como estação no termo de cessão ali citado (Memória Histórica da EFCB, 1908, p. 489-490). A estação ficava na linha de

bitola métrica construída em 1895 para ligar a estação de General Carneiro à estação de Minas (hoje Belo Horizonte). Ali, nos anos 1920, existia "uma importante fábrica de tecidos, rodeada de habitações operárias que se abrigam à sombra de uma floresta de eucaliptos". Alguns galpões dessa fábrica hoje (2006) desativada são ocupados, inclusive um deles, por um grupo de dança. Seria esta ainda a fábrica da Companhia Sabarense, a razão de existir da estação?

Figura 06 - Manoel Thomás de Carvalho Britto e a Vila operária na paisagem industrial



Fonte: Gontijo (2001)

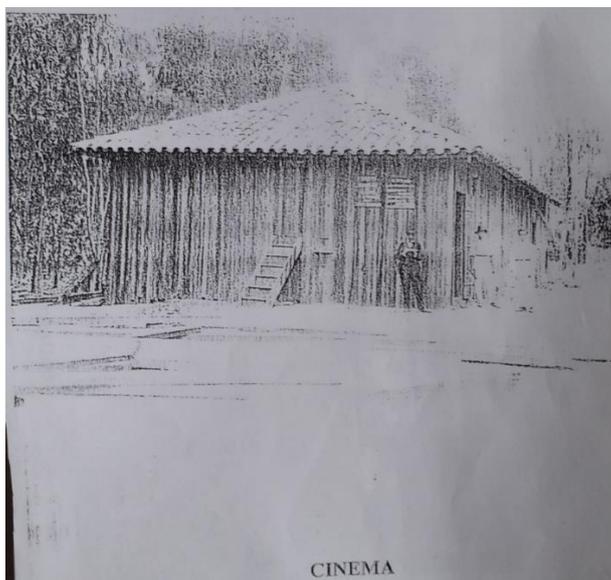
Imprevistos e precipitações marcaram a vida do empresário. Em fevereiro de 1930, Carvalho Britto arriscou aliciar grupos empresariais de Minas Gerais para sua corrente política, proporcionando a concretização de obras de infraestrutura e o preparo de congressos industriais e agrícolas no estado (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2022, on line). O primeiro deles seria o **Congresso do Algodão, em Montes Claros**, no dia seis de fevereiro, acompanhado do **Congresso de Siderurgia em Itabira** (CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO FGV, 2002, on line). Porém, aconteceu em Montes Claros, um tiroteio entre os aliancistas locais e os congressistas conservadores, suspendo o congresso em Itabira (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2022, on line). Posteriormente ao acontecido, Carvalho Britto expediu telegramas ao **Ministro da Justiça, e a Washington Luís**, solicitando a intervenção contrária aos liberais (CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO FGV, 2002, on line). Controlou as estações telegráficas para que transferissem apenas suas mensagens, o que anulou o **delegado militar** de Montes Claros, impedindo-o de transpor informações para o governo estadual (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2022, on line). Consentindo as suas solicitações, Washington Luís movimentou as forças federais de Minas alargando a **pressão sobre o governo estadual** (CENTRO DE PESQUISA E

DOCUMENTAÇÃO FGV, 2002, on line). Constituíram em vão, por outro lado, as **tentativas de culpar a presidência de Minas**, por parte da Concentração Conservadora (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2022, on line). Os aparatos de neutralização dos liberais foram ativados através da **manipulação dos correios e telégrafos** (há denúncia de transgressão das correspondências e do uso de filiais postais para emissão de material de publicidade), das estradas de ferro, das coletorias e dos estabelecimentos de educação (CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO FGV, 2002, on line). Andrade et al (2006) descreve que em meio a esta turbulenta vida social e política o vilarejo de Marzagão gozava de plena autonomia. O cinema (Figura 07) e a estação consolidavam-se como cenários culturais que saíam deste conjunto essencialmente político (ANDRADE, et al, 2006). Mas a política caminhava e o patrimônio histórico e natural ruíam, como o cinema e a igreja (Figura 08), bem como a destruição de duas excepcionais matas nativas, a do Mello e do Inferno que estavam sendo gradativamente devastadas e as estações ferroviárias de belezas ímpares (ANDRADE, et al, 2006). O site Estações Ferroviárias (2022, on line), narra que:

A partir de 1947, o nome da estação foi alterado para Marzagânia. O nome atual, Carvalho de Brito, veio no final dos anos 1950. A estação, depois de ter atendido por muitos anos os trens de subúrbio que seguiam de Belo Horizonte para Raposos e Rio Acima, pela bitola métrica, já foi demolida, restando apenas ruínas da plataforma ao lado da linha, hoje em bitola dupla por onde passam trens de ambas as concessionárias da região, a FCA e a MRS. O local hoje tem predominância de favelas. "Ontem, 8 de maio, gastamos boa parte do dia numa caçada à 4820 (SD 40-2, FCA) e, anda pra lá, anda pra cá, paramos num bar em Marzagão, localidade em Sabará que tem o nome oficial da Carvalho Brito, porem todo mundo conhece como Marzagão mesmo. Tivemos a agradável surpresa de topar com o administrador do bar, Neder Pereira, que, entre outras coisas, é músico e compositor. Veja as fotos anexas (abaixo). A da estação Carvalho Brito nos foi cedida pelo Neder e está na capa de um livreto chamado "Memórias e Acontecimentos de Marzagão", cujo autor é Jair Lopes, conhecido como "Pingo". Não dá para garantir a data da foto, porem tudo leva a crer que seja dos anos 1950. O galpão visto à direita da foto é o antigo depósito de fábrica de tecidos que havia aí e que hoje é a fábrica de jeans Marcel Philippe. O Pedro e eu constatamos que havia um pequeno desvio onde eram descarregados os vagões com fardos de algodão, fato confirmado pelo Neder. As duas fotos em cores mostram a realidade hoje. Resta somente a plataforma, já semi encoberta pelo lastro da linha mista, pois aí operam FCA, EFVM e MRS. As pedras de piso, cuidadosamente aparelhadas, um padrão da EFCB, ainda estão lá. A casa do agente é

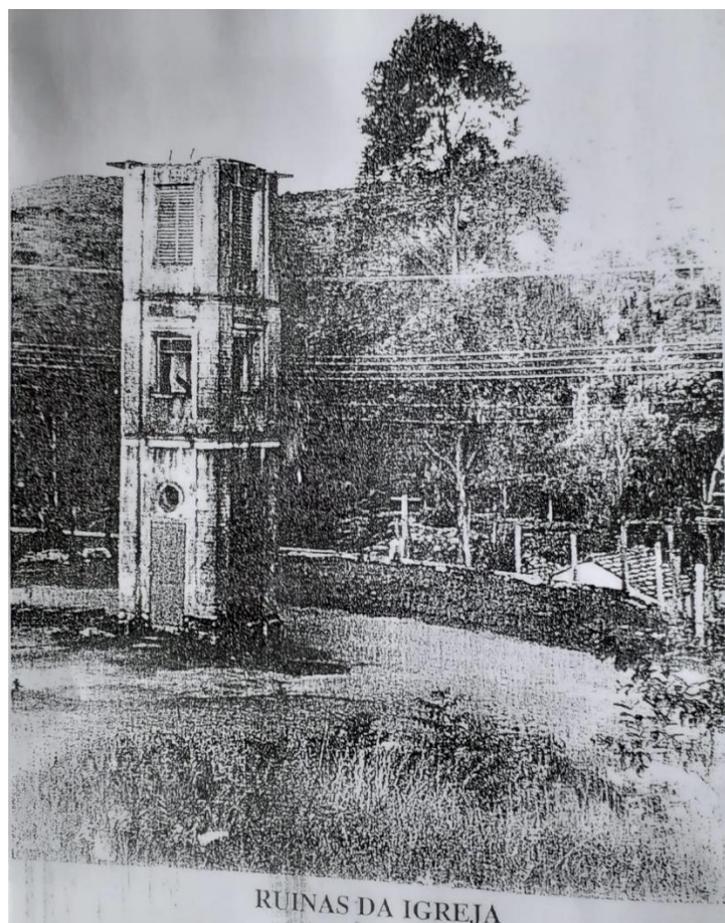
tudo o que testemunha a presença da EFCB no local. Foi invadida, está em estado de conservação lamentável. O nome Carvalho de Brito é em homenagem a Manoel Tomaz de Carvalho de Britto, que assumiu o controle da Fábrica de Marzagão em 1915 e se notabilizou pelo progresso da mesma durante toda a sua gestão, em produção e número de empregados" (Gutierrez L. Coelho, 05/2005).

Figura 07 - Cinema em Marzagão



Fonte: Gontijo (2001)

Figura 08 - Ruínas da igreja velha de Marzagão



Fonte: Gontijo (2001)

Os aliancistas apelaram, então, a outra saída: foi constituída uma **rede própria de serviço radiotelegráfico**, sendo preparadas estações em diferentes pontos do estado (CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO FGV, 2002, on line). Já durante as eleições, em primeiro de março, a Concentração Conservadora e o Governo Federal envolveram-se em **novas irregularidades**: além da sugestão de todos os mesários em alguns municípios, a **junta apuradora foi mesclada em seu benefício e houve alteração** dos livros eleitorais (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2022, on line). **Forças federais fiscalizaram as contagens**, o que era ação privada à policia estadual. Houve um reunião popular de **solidariedade a Carvalho Britto**, no dia treze de abril, uma vez que as reivindicações do governo estadual acerca do comparecimento dos federais na apuração não foram acatadas (CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO FGV, 2002, on line). Quando os manifestantes passavam em frente à casa de Carvalho Britto, houve **tiroteio** entre eles e os ocupantes da habitação (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2022, on line). O quartirão foi isolado pela cavalaria da Força Pública. Carvalho Britto recorreu outra vez para Washington Luís, declarando ofensiva dos liberais (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2022, on line). Foi feito um **inquérito policial e houve busca na casa** de Carvalho Britto, onde foram recolhidos os armamentos encontrados e os concorrentes concentristas à Câmara, chefes de

repartições públicas e operários, mantiveram a casa sobre constante vigilância (CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO FGV, 2002, on line). A política era prioridade, de acordo com Andrade (et al, 2006), porém as edificações históricas estavam desmoronando (Figuras. 09 e 10). De acordo com registros do site LEHMT - Laboratório de Estudos do Mundo do Trabalho (2021, on line):

Instalada em 1878, numa antiga fazenda local, a Fábrica de Tecidos de Marzagão em Sabará foi uma das primeiras a se dedicar à atividade industrial têxtil em Minas Gerais. Para se ter uma ideia da grandiosidade do empreendimento, a fábrica já tinha, em 1885, uma das maiores produções anuais em metros de tecidos e consumo de algodão da província. Sua vila operária chegou a contar com cerca de 2.000 moradores. Além de casas, a vila contava com uma escola primária, correio, cartório, açougue, padaria, posto médico, pensionato para moças e rapazes, além da Igreja Sagrado Coração de Jesus. Para o lazer dos operários, foi formada uma banda de música, um time de futebol, um grupo de escoteiros e mesmo um cinema. As origens rurais da fábrica, em uma das principais regiões escravistas do país, marcou fortemente a composição do operariado local, formado em grande medida por negros e negras.

O cotidiano dos trabalhadores e a estrutura da vila operária de Marzagão foi matéria da revista Belo Horizonte em 1933. Vale a pena destacar como o controle e fiscalização das atividades de trabalho eram exercidas pelo empresário e político do Partido Republicano Mineiro, Manoel Carvalho de Brito, que adquiriu a tecelagem em 1915. Brito implementou um modelo de gestão com intenso controle e intervenção dos patrões na vida cotidiana de seus empregados e forte disciplina dentro e fora da fábrica. Segundo a revista, os moradores eram gente "simples, ordeira e trabalhadora" e a rotina do lugar era como a de outras vilas do interior, com o movimento dos trens de subúrbio, das missas, do cinema mudo e do footing.

Figura 09 - Ruínas de sobrado em Marzagão



Fonte: Gontijo (2001)

Figura 10 - Ruínas de sobrado em Marzagão



Fonte: Gontijo (2001)

A apuração para presidente e vice-presidente foram danificadas, tendo impactos sobre as eleições da República (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2022, on line). Durante o condução dos livros para o Rio de Janeiro aconteceram **novas violações** a mando de

Carvalho de Brito (CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO FGV, 2002, on line). Como implicação, criou-se uma banca de inquérito no Congresso para examinar o efeito das apurações em Minas, mas o final de tal comissão beneficiou os partidários do governo federal (CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO FGV, 2002, on line). A conjuntura agravou-se e **as forças liberais intensificaram a conjuração que culminaria no movimento revolucionário de outubro** (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2021), on line).

Nome adotado sucessivamente por dois grupos revolucionários que pretendiam derrubar, através da luta armada, o regime militar instaurado no Brasil em abril de 1964. O dia 8 de outubro corresponde à data da morte de Ernesto “Che” Guevara, líder da Revolução Cubana assassinado na Bolívia em 1967 quando preparava núcleos guerrilheiros para dar início à revolução socialista nesse país.

O primeiro MR-8, formado por dissidentes do Partido Comunista Brasileiro (PCB) no estado do Rio de Janeiro, atuou no centro-oeste do Paraná e foi praticamente dizimado pela polícia em agosto de 1969. O segundo MR-8, criado nesse ano também por antigos membros do PCB, integrantes da chamada Dissidência da Guanabara, persiste até os dias atuais.

ORIGEM

Em 1966, um grupo de membros do PCB, formado sobretudo de estudantes, desligou-se do partido por discordar de sua orientação política — ou seja, a defesa da via pacífica na passagem do regime capitalista ao socialista e da coexistência pacífica entre os blocos liderados pelos EUA e a URSS. Esse grupo tornou-se conhecido como a Dissidência da Guanabara.

Em 1968, enquanto o movimento operário deflagrava greves em Osasco (SP) e em Contagem (MG), o movimento estudantil iniciou uma série de ações, principalmente no Rio de Janeiro e em São Paulo, de contestação à política posta em prática pelo governo. A Dissidência da Guanabara foi uma das principais organizadoras da Passeata dos Cem Mil, realizada no Rio no dia 26 de junho em protesto contra as violências praticadas pela polícia alguns dias antes no centro da cidade, atingindo estudantes e populares. Além dos estudantes, a marcha contou com a participação de intelectuais, operários, profissionais liberais e religiosos.

Os protestos contra a repressão aos movimentos de reivindicação e de contestação levaram o governo a editar, em 13 de dezembro de 1968, o Ato Institucional nº 5, que suspendeu uma série de garantias constitucionais relativas às liberdades individuais e conferiu ao Executivo absoluta preeminência sobre o Legislativo e o Judiciário. A partir desse momento, os movimentos estudantil e operário recuaram e ampliaram-se os grupos favoráveis à luta armada. Orientando sua ação para a guerrilha urbana, a Dissidência da Guanabara passou a realizar assaltos a bancos para obter recursos financeiros.

Em 4 de setembro de 1969, juntamente com a Aliança de Libertação Nacional (ALN), a Dissidência da Guanabara seqüestrou no Rio de Janeiro o embaixador norte-americano Charles Burke Elbrick. Os guerrilheiros exigiram, em troca da libertação do embaixador, a publicação de um manifesto na imprensa e o envio para o exterior de 15 presos políticos pertencentes a diversas organizações. Foi nesse momento, através do manifesto lançado ao público, que a Dissidência da Guanabara resolveu adotar o nome Movimento Revolucionário 8 de Outubro. Seu objetivo era desmoralizar a polícia, mostrando que o grupo do mesmo nome desbaratado no mês anterior ainda existia e continuava atuante.

ATUAÇÃO

A ação dos guerrilheiros, voltada para o assalto a bancos e quartéis e para o seqüestro de diplomatas estrangeiros — visando à divulgação dos objetivos do movimento, à denúncia do regime militar e à libertação de presos políticos —, levou o governo a se organizar e a se preparar para um combate mais intenso aos grupos revolucionários.

Desse modo, no início da década de 1970 ocorreu uma desmobilização do MR-8, que teve parte de seus quadros presa e parte exilada. O movimento se dividiu, surgindo um grupo denominado MR-8 Construção Partidária (CP), que se dissolveu pouco depois. O fracasso da tentativa de implantação de núcleos guerrilheiros no interior da Bahia sob a liderança de Carlos Lamarca, que se havia desligado da Vanguarda Popular Revolucionária (VPR) para ingressar no MR-8 e foi morto em setembro de 1971, provocou também o início de um processo de revisão da política da organização. O MR-8 passou a defender a luta pelas liberdades

democráticas, bem como a formação de uma frente popular pela redemocratização do país.

Em meados da década de 1970, o MR-8 recebeu grande número de adesões na Bahia, absorvendo ex-integrantes da Ação Popular (AP).

Com a extinção do bipartidarismo em 29 de novembro de 1979 e a conseqüente reformulação partidária, o MR-8 decidiu atuar dentro do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB). Com uma linha muito próxima à do Partido Comunista do Brasil (PCdoB), conseguiu a partir de então implantar-se, além do Rio e da Bahia, em São Paulo, Rio Grande do Sul, Pernambuco e outros estados.

O MR-8 divulgou suas idéias através da revista *Brasil Socialista* e do jornal *Unidade Proletária*, depois substituído por *A Hora do Povo*.

REDEMOCRATIZAÇÃO

No ano de 1983, após ter integrado as fileiras do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), o Oito — como é conhecida a facção nos meios políticos — enfrentou uma nova dissidência interna. Insatisfeitos com as resoluções tomadas pela maioria no III Congresso, realizado em agosto do ano anterior, cerca de trezentos militantes resolveram deixar o partido. Entre estas resoluções, a que mais desagradou aos militantes foi a conclusão de que a luta contra a influência estrangeira no país exigia uma frente mais ampla que o PMDB e a conseqüente proposta de uma aliança com as forças armadas e o empresariado nacional. Considerando que militares e empresários nunca foram aliados dos trabalhadores, os dissidentes, tendo como líderes Franklin Martins e Carlos Alberto Muniz, realizaram um IV Congresso em junho no qual ficou decidida a sua adesão ao Partido Comunista Brasileiro (PCB).

“O Oito caiu para a direita com o racha”, afirmou Carlos Alberto Muniz, enquanto Antônio Carlos de Carvalho, líder do grupo que manteve a sigla, reconhecia: “O racha significou o nosso rompimento definitivo com o esquerdismo, o vanguardismo e o sectarismo que sempre caracterizaram a esquerda brasileira.”

Os dissidentes do MR-8 acusaram o comitê central de se comportar de forma voluntarista e de ter conduzido a organização a uma crise gravíssima marcada por equívocos ideológicos e políticos, que

debilitaram sua influência nos movimentos sindical, rural, estudantil e de moradores e na vida política nacional. Ao encontrarem naquele momento o perdido “leito histórico”, depois de reconhecerem seus erros, condenarem a guerrilha, reverem sua concepção do partido e alinham-se à União Soviética, os dissidentes do MR-8 acreditavam estar fechando um ciclo histórico para começar um novo, no PCB, o velho partido “construído pela classe operária e pelos comunistas em mais de 60 anos de luta”.

Ao longo da década de 1980 o MR-8 seguiu apoiando irrestritamente o PMDB e continuou a ser duramente criticado pelos dissidentes por sua adesão irrestrita à Nova República, ao chaguismo — apoiava Jorge Leite, político ligado ao ex-governador do Rio Chagas Freitas, como candidato à prefeitura do Rio — e por ter conferido ao presidente José Sarney o título de “Comandante da Nação”, antes usado para personalidades como Fidel Castro e Che Guevara. Esta nova estratégia no PMDB foi considerada oportunista.

Os dirigentes do partido assumiram a mudança de imagem, ainda que sem negar o passado revolucionário: “Há uma grande diferença entre a juventude de 1968 e a de hoje”, alegava a líder do comitê regional do Rio de Janeiro, Andréa Penna. Segundo ela, o período de ditadura militar exigia a utilização da violência, diferentemente da Nova República, onde a palavra de ordem era a paz. Dentro desta perspectiva, o MR-8 buscou uma aproximação maior com a juventude brasileira, apoiando o *Rock in Rio*, festival realizado em janeiro de 1985, e promovendo o Encontro Nacional de Jovens do MR-8, em julho do mesmo ano. Todavia, o partido não assumiu uma postura oficial com relação a temas de grande interesse para os jovens, como o homossexualismo e as drogas.

Apesar de os dirigentes considerarem a sua influência bastante significativa dentro do PMDB, o Oito não elegeu nenhum deputado, apesar de ter apresentado candidatos em diversos estados. Junto aos trabalhadores o partido investiu nos sindicatos e, por conta deste trabalho, seus militantes se tornaram secretários-gerais dos sindicatos dos metalúrgicos do Rio e de São Paulo. A partir de então, começaram a preparar uma investida sobre o reduto petista do ABC paulista, sem obter grandes resultados.

Em 1989 o MR-8 lançou nas ruas, através de pichações e cartazes, a candidatura do governador de São Paulo, Orestes Quércia, à

presidência da República por considerá-lo “a melhor alternativa dentro do PMDB”. Entretanto, após várias convenções, o PMDB decidiu que o candidato à presidência seria Ulisses Guimarães. Mesmo descontentes, os dirigentes do MR-8 aceitaram a decisão da maioria e lideraram uma passeata em Belo Horizonte apoiando a candidatura.

Após o resultado das eleições, com a vitória do candidato Fernando Collor de Melo pela legenda do Partido da Reconstrução Nacional (PRN), o MR-8 voltou a ter momentos de destaque no cenário político brasileiro. Em janeiro de 1990, uma paralisação total dos ônibus da região metropolitana de Belo Horizonte por dois dias mostrou a capacidade de mobilização do MR-8, que controlava os sindicatos dos rodoviários. Os membros do MR-8 pensaram até em constituir um novo partido, o Partido do Movimento Revolucionário Operário, almejando uma bancada expressiva na Câmara dos Deputados e assembleias legislativas, projeto que acabou por não se realizar, permanecendo o partido “encastelado” no PMDB.

Com o sucesso da revolução, Carvalho Britto **evadiu-se para a Europa**, em um navio alemão (CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO FGV, 2002, on line). Porém, foi **aprisionado e depois expatriado**, retornando ao Brasil depois de alguns anos (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2022, on line). Já no Brasil, foi diretor-presidente do **Banco do Comércio, da Usina de Beneficiamento Borracha de Manaus S/A., da Usina Paineiras do Espírito Santo, além de retomar o controle da Companhia Fiação e Tecidos de Minas Gerais e da Pneus Brasil** (CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO FGV, 2002, on line). Consagrou-se à fazendas de lavoura e à criação em terras mineiras e capixabas. Os empreendimentos imobiliários (Figura 11), a partir da segunda metade do século XX, passaram a fazer parte dos negócios socioeconômicos, mas, sobretudo, políticos (ANDRADE, et al, 2006). Segundo os escritos registrados no site LEHMT - Laboratório de Estudos do Mundo do Trabalho (2021, on line):

Os cerca de mil operários e operárias de Marzagão trabalhavam das cinco da manhã, “quando um apito forte os acordavam, até que o outro apito mandava parar à tardinha”. Ainda de acordo com a reportagem, os trabalhadores locais “gozavam de todas as regalias possíveis”, todos “com ótimos salários”, mesmo antes das leis trabalhistas e criação da estrutura corporativista da Era Vargas. Além do trabalho na fábrica, havia uma escola de tecelagem anexa onde trabalhavam 50 aprendizes e cerca de 150 casas “confortáveis e espaçosas” para as famílias de trabalhadores. Havia ainda uma

pensão para moças solteiras onde as operárias moravam e faziam suas refeições. Como em outras empresas têxteis do período, o trabalho de mulheres e crianças era disseminado, sendo comuns os relatos de emprego de meninas de até 10 anos. Em 1946, a população da Vila de Marzagão era de cerca de 2.400 pessoas, praticamente todos trabalhadores/as da fábrica e suas famílias.

Apesar de todo o controle empresarial, os operários e operárias de Marzagão tornaram-se um dos grupos que mais lutaram por direitos em Minas Gerais, particularmente entre o final da década de 1950 e o início dos anos 60. O movimento operário local teve forte influência da Igreja Católica, em particular nas comissões de fábrica que se formaram na empresa de forma independente do sindicato oficial e de partidos políticos como o PCB ou o PTB.

Figura 11 - Loteamento Campos Elíseos em Marzagão

Faria e Sérgio Flaksman (CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO FGV, 2002, on line). O distrito encontra-se abandonado e descaracterizado (Figura 12) exigindo esforços coletivos para a preservação do patrimônio cultural, bem como do patrimônio natural. Em consulta ao Site do LEHMT (2021) conforme descrição de Andréa Casa Nova Maia:

A vila operária e as condições de vida dos(as) trabalhadores(as) da fábrica de Marzagão não passaram despercebidas aos olhos atentos de Guimarães Rosa. A vila é cenário de “Sinhá Secada”, um dos contos do livro *Tutaméia, Terceiras Estórias*, de 1967. O narrador do conto leva Sinhá para “aquele intato lugar.” Empregados na fábrica, ambos moravam “numa daquelas miúdas casas pintadas, pegada uma a outra, que nem degraus da rua em ladeira, que a Sinhá descia e subia, às horas certas, devidamente, sendo a operária exemplar que houve, comparável às máquinas, polias e teares, ou com o enxuto tecido que ali se produz.”

Desde 1950, a produção de tecidos, o principal produto oferecido ao mercado pela fábrica do Marzagão, foi sendo substituída pela fabricação de lonas e cordonéis para a Indústria de Pneus Brasil, localizada no Rio de Janeiro, também de propriedade da família Carvalho de Brito. Neste momento, o empreendimento em Sabará não era mais o principal negócio do grupo empresarial e uma longa crise se abateu sobre o empreendimento. Em 1972, a indústria estava em uma situação irrecuperável e a fábrica foi vendida para o grupo Paraopeba Industrial S/A. A família Carvalho de Brito, através da empresa União Rio Empreendimentos manteve a propriedade das casas da vila operária, das quais continuava a cobrar aluguéis .

A Tecelagem, no entanto, continuou em decadência. Em 1983 os galpões da antiga fábrica foram ocupados pelas confecções Marcel Phillipe, mas cerca de 80% se encontravam vazios, sem utilização. A comunidade de moradores da vila, formada por antigos trabalhadores/as da fábrica e seus descendente sofreu, desde então um acelerado processo de empobrecimento. A Vila do Marzagão se encontra bastante descaracterizada, mas os moradores mantêm viva a memória da vida operária de tempos atrás.

O tombamento estadual do Conjunto Arquitetônico e Paisagístico da Vila Elisa, Vila Operária e Antiga Fábrica de Tecidos de Marzagão foi aprovado pelo Conselho Curador do IEPHA/MG em 2004 e colocou definitivamente toda aquela paisagem, fincada entre as montanhas de Minas, como um lugar de memória de trabalhadores e do trabalho

no Brasil. Mesmo em ruínas, Marzagânia, como era chamada, continuará reverberando suas histórias de vida e de luta por direitos.

Figura 12 - Ruínas na vila operária



Fonte: Gontijo (2001)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No começo do século XXI, uma denúncia de devastação com a presença do Ministério Público, Polícia Civil, Polícia Militar, a promotora de Justiça da Comarca de Sabará, Marise Alves da Silva, o secretário da Câmara Municipal de Belo Horizonte, vereador Roberto Carvalho, e o vereador sabarense Argemiro Ramos a realizarem uma blitz em sítio histórico em Sabará, localizado na divisa da região leste da capital. A finalidade desta blitz, que computou com a participação da Delegacia Especializada em Preservação da Qualidade de Vida e ecologia, além de agentes da Polícia Florestal da PMMG, foi averiguar a denúncia feita por habitantes da devastação ilegal das matas do Melo e do Inferno, ambas dentro do sítio histórico entre Belo Horizonte e Marzagão.

Por meio da inspeção técnica, efetivada pelas autoridades citadas detectou-se um acelerado processo de deterioração das edificações do vilarejo, que datam de meados do século passado e que iniciaram a industrialização de Belo Horizonte, com o advento da primeira indústria têxtil à Capital. Há anos, conforme documentos e relatos expostos por guias comunitários, os moradores procuram formatos e instrumentos legais, sem implicações positivas, para mover as autoridades, quanto ao valor histórico da vila Marzagão e alcançarem, assim o tombamento, não somente do vilarejo, como, também, das duas matas.

Como todas as tentativas dos moradores foram em vão, ele acreditaram nessa iniciativa, Projeto Movimento Viva Marzagão, como uma das últimas tentativas de salvar o que resta das matas e do berço industrial de Belo Horizonte. A vitória serviu para alertar o Ministério Público sobre a importância da preservação patrimonial e histórica do sítio e entraram na justiça com uma ação popular pedindo seu imediato tombamento, compreendendo a vila e as Matas do Melo e do Inferno.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACAMM. **Movimento Viva Marzagão**. Sabará, 2001, vários documentos escritos e ofícios

ANDRADE, Vagner Luciano de Andrade et al. **Histórico, situação atual e perspectivas do patrimônio cultural e do patrimônio ecológico no entorno de Marzagão**. Belo Horizonte (Estudo de caso): ONG VIBRA+, 2006

ÁVILA, Rodrigo Pletikoszits de. **TRABALHO, MEMÓRIAS E PRESERVAÇÃO PATRIMONIAL NA VILA MARZAGÃO, SABARÁ, MG**, (Dissertação Mestrado em Ciências Sociais). Programa de Pós-Graduação em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, Março de 2008. Disponível em <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/CiencSociais_AvilaRP_1.pdf> Acesso em 18. Jan. 2022

BARRETO, Abílio. **Belo Horizonte: Memória Histórica e Descritiva - História antiga**. Fundação João Pinheiro: Belo Horizonte, 1996, vol. 1, p. 221

CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Marzagão: Ofício datado de 01 de fevereiro de 2001**. Belo Horizonte, CMBH, 2001

CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Marzagão: Ofício datado de 20 de fevereiro de 2001**. Belo Horizonte, CMBH, 2001

CÂMARA MUNICIPAL DE BELO HORIZONTE. **Marzagão: Ofício datado de 11 de maio de 2001**. Belo Horizonte, CMBH, 200

CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO FGV. **Primeira República (Verbetes) Carvalho Brito**. Disponível em <<http://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/verbetes/primeira-republica/BRITO,%20Carvalho.pdf>> Acesso em 18. Jan. 2022

CHERRY, Colin. **A comunicação humana** (Tradução de José Paulo Paes). São Paulo: Cultrix, 1972

DELGADO, Lucília de Almeida Neves; LE VEM, Michel Marie. **Marzagânia: fábrica, vila e movimento Sindical**. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos.

FARACO, Carlos Emílio, MOURA, Francisco Marto. **Língua e Literatura**. São Paulo Ática, 1992

FOLHA DE SABARÁ. **Marzagão em defesa do tombamento**. Publicado em 04 de maio de 2001

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Dicionários (verbete biográfico) Manuel Tomás de Carvalho Brito**. Disponível em <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-biografico/manuel-tomas-de-carvalho-brito>> Acesso em 18. Jan. 2022

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Dicionários (verbete biográfico) Movimento Revolucionário Oito de Outubro**. Disponível em <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/movimento-revolucionario-8-de-outubro-mr-8>> Acesso em 31. Dez. 2021

GAZETA MERCANTIL DE MINAS GERAIS. **IEPHA estuda tombamento de Marzagão: população quer revitalizar distrito do século XIX**. Publicado em 13 de agosto de 2001

GONTIJO, Moema Moreira. **Histórico da vila de Marzagão**: In: Centro de Cultura Nansen Araújo/Centro de Memória da Indústria - FIEMG/SESI, Belo Horizonte, abril de 2001. 72 páginas (impresso)

JORNAL DE OPINIÃO. **A história vai sumindo**. Publicado em 28 de maio de 2000.

JORNAL DIÁRIO DA TARDE. **Moradores se unem para salvar vila histórica de Sabará**. Publicado em 12 de fevereiro de 2001

JORNAL DIÁRIO DA TARDE. **Agressão à história e à natureza: Amigos de Marzagão querem tombamento**. Publicado em 29 de maio de 2001

JORNAL ESTADO DE MINAS. **Mata esconde parte da história de Minas: abandonada e parcialmente destruída, a velha mansão ainda lembra os tempos de poder**. Publicado em 11 de abril de 1993

JORNAL ESTADO DE MINAS. **A História de Carvalho de Brito: Proprietários tem planos de implantar pólo industrial**. Publicado em 01 de abril de 1993

JORNAL ESTADO DE MINAS. **Cenário de conto de Guimarães Rosa**. Publicado em 03 de junho de 2000

JORNAL HOJE EM DIA. **Minas: Protesto pede tombamento da Vila Marzagão**. Publicado em 12 de fevereiro de 2001

JORNAL NOSSA GENTE. **Associação pretende resgatar a memória do Marzagão.** Publicado em 12 de abril de 1999

MACHADO, Maria de Lourdes Guerra. **Nas ruas de Sabará.** Sabará: Fundação Educacional e Cultural de Sabará, 1999, p. 116

MAIA, Andrea Casa Nova. **Fábrica de Tecidos de Marzagão - Sabará/MG.** In: Site Laboratório de Estudos da História do Mundo do Trabalho. Disponível em <<https://lehmt.org/lmt82-fabrica-de-tecidos-de-marzagao-sabara-mg-andrea-casa-nova-maia/>> Acesso em 18. Jan. 2022

OLIVEIRA, Ricardo Antunes G. de; GUIMARÃES, Jerry Crispim. **Distrito de Carvalho de Brito (Marzagão): registro e reconstrução.** In: J.R.A Promoções e Eventos/Alunos de Comunicação Social da PUC/MG, Belo Horizonte: 2001

PLAMBEL - SUPERINTENDÊNCIA DE PLANEJAMENTO DA REGIÃO METROPOLITANA DE BELO HORIZONTE. **Plano Metropolitano de Parques Urbanos: Parque General Carneiro.** PLAMBEL, Belo Horizonte, 1979. p. 21-23

PREFEITURA MUNICIPAL DE SABARÁ. **Lei Orgânica Municipal.** Prefeitura Municipal de Sabará: Sabará, 1990

SECRETARIA DE ESTADO DE CULTURA. **Arquivo Público Mineiro: Fotografia de Carvalho de Brito.** Disponível em <http://www.siaapm.cultura.mg.gov.br/modules/fotografico_docs/photo.php?lid=76> Acesso em 18. Jan. 2022

SITE CLASSICISTRANIERI. **História de Carvalho de Brito.** Disponível em <[https://www.classicistranieri.com/pt/articles/c/a/r/Carvalho de Brito 930c.html](https://www.classicistranieri.com/pt/articles/c/a/r/Carvalho%20de%20Brito%20930c.html)> Acesso em 18. Jan. 2022

SITE SOU SABARÁ. **Descobrimo bairros e distritos de Sabará: General Carneiro, Carvalho de Brito.** Disponível em <<https://sousabara.com.br/descobrimo/general-carneiro-carvalho-de-brito-bairros-e-distritos-de-sabara/>> Acesso em 18. Jan. 2022

SITE ESTAÇÕES FERROVIÁRIAS. **Estação Carvalho de Brito.** Disponível em <http://www.estacoesferroviarias.com.br/efcb_mg_paraopeba/carvalho.htm> Acesso em 18. Jan. 2022