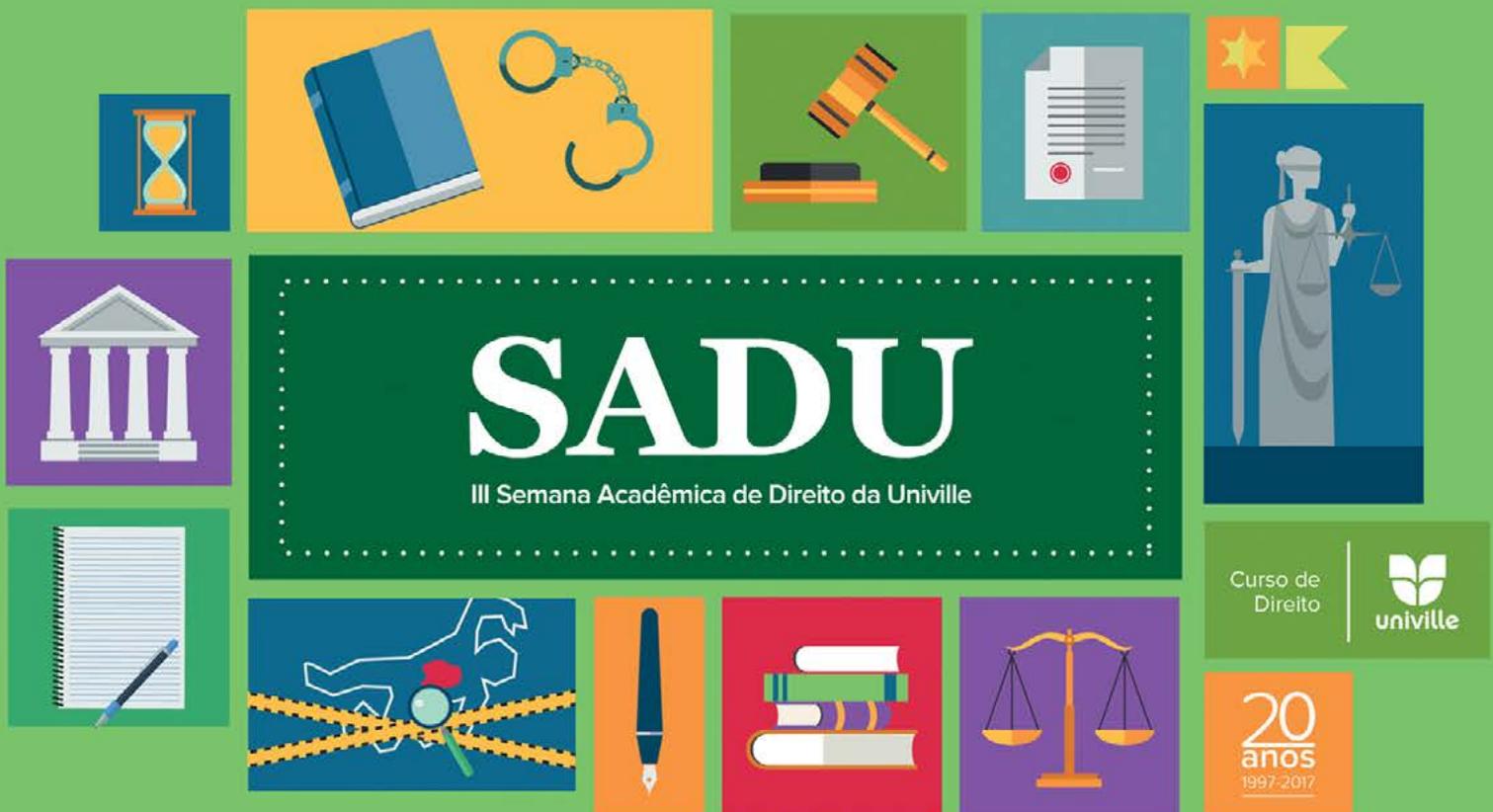


Profa. Dra. Luana de Carvalho Silva Gusso  
Profa. Ms. Janaína Silveira Soares Madeira  
Organizadoras

# Anais



**16 a 19 de outubro de 2018**

## COMISSÃO CIENTÍFICA

Presidente: Profa. Dra. Luana de Carvalho Silva Gusso – Direito Univille / MPC

Vice-Presidente: Profa. Ms. Janaína Silveira Soares Madeira – Direito Univille

### Membros:

Prof. Esp. Anna Lethicia dos Santos  
Profa. Ms. Beatriz Regina Branca  
Prof. Ms. Carlos Alberto Hartwig  
Prof. Dr. Claudio Melquiades Medeiros  
Prof. Esp. Daniel de Oliveira  
Prof. Ms. Décio Luiz Otero Júnior  
Prof. Ms. Frederico Wellington Jorge  
Profa. Ms. Helena Schiessl Cardoso  
Professor Ms. João Fábio Fontoura  
Profa. Ms. Luciana Altmann Tenorio  
Prof. Dr. Luis Felipe do Nascimento Moraes  
Prof. Ms. Nestor Castilho Gomes  
Profa. Dra. Patrícia de Oliveira Areas  
Profa. Ms. Rosemary Harger da Silva Petry  
Profa. Ms. Séfora Cristina Schubert  
Profa. Dra. Sirlei de Souza  
Prof. Dr. Waldemar Moreno Junior

### Membros Externos:

Profa. Dra. Ilanil Coelho - Mestrado em Patrimônio e Sociedade

Profa. Dra. Rosânia Campos - Mestrado em Educação

**ISBN978-85-8209-097-8**

Catálogo na fonte pela Biblioteca Universitária da Univille

S471a	Semana acadêmica de direito da Univille (3. : 16-19 out. : 2018 : Joinville, SC)  Anais da III Semana acadêmica de direito da Univille / Organização: Luana de Carvalho Silva Gusso, Janaína Silveira Soares Madeira – Joinville, SC : Editora UNIVILLE, 2018.  352 p. : il.; 30 cm  1. Direito. 2. Direito civil. 3. Direito penal. 4. Direitos humanos. 5. Direito do trabalho. 6. Direito previdenciário. 7. Direito constitucional. 8. Direito de família. I. Gusso, Luana de Carvalho Silva (org.). II. Janaína Silveira Soares Madeira (org.).  CDD 340
-------	---

Elaborada por: Christiane de Viveiros Cardozo – CRB 14/778

O conteúdo destes Anais é de exclusiva responsabilidade dos(as) seus(uas) autores(as).

## SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	6
<b>GRUPO DE TRABALHO: EDUCAÇÃO E DIREITOS HUMANOS</b> <b>EDUCAÇÃO COM IMIGRANTES HAITIANOS: UMA EXPERIÊNCIA NA PROMOÇÃO DOS</b> <b>DIREITOS HUMANOS</b> .....	8
Sandra Felício Roldão, Sirlei de Souza	
<b>A INCIDÊNCIA DE TEMAS RELACIONADOS AOS DIREITOS HUMANOS NA INICIAÇÃO CIENTÍFICA</b> <b>DA UNIVILLE</b> .....	18
Kawanna Alano Soares, Nicole Helene Wuthstrack, Sirlei de Souza, Fernanda Brandão Lapa, Claudio Melquiades Medeiros	
<b>O PACTO PELA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS NA UNIVILLE</b> .....	29
Luciana Vicente, Amandae Reimer, Sirlei de Souza	
<b>A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA EDUCAÇÃO PRÉ-ESCOLAR E</b> <b>SEUS IMPACTOS NO ORÇAMENTO PÚBLICO</b> .....	38
Nelson Nogueira Amorim Filho, Kawanna Alano Soares, Sirlei de Souza	
<b>MAL - ESTAR DISCENTE: E QUANDO A EDUCAÇÃO NÃO É LIBERTADORA?</b> .....	46
Dra. Luana de Carvalho Silva Gusso, Gleidse de Oliveira Gonçalves, Briggida Gabriele Rocha, Joelma de Amorim	
<b>A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EDUCAÇÃO DOMICILIAR E SUAS IMPLICAÇÕES NO ESTADO</b> <b>DEMOCRÁTICO DE DIREITO</b> .....	52
Luciana Fortuna Morínigo, Janaína Silveira Soares Madeira, Claudio Melquiades Medeiros	
<b>UMA ANÁLISE DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NO CONTEXTO DA EXECUÇÃO DA MEDIDA</b> <b>SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO</b> .....	59
Ana Paula Backes, Michelle Maria Wzorek Alves da Silva	
<b>A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E A REINCIDÊNCIA DE</b> <b>ATOS INFRACIONAIS EM JOINVILLE</b> .....	66
Rafaela Mallmann Cembranel, Janaína Silveira Soares Madeira, Lara Ribeiro Corrêa	
<b>GRUPO DE TRABALHO: SEGURANÇA PÚBLICA</b> <b>APONTAMENTOS ACERCA DA ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:</b> <b>CASO BRASILEIRO</b> .....	76
Nelson Nogueira Amorim Filho	
<b>PARADIGMAS CRIMINOLÓGICOS: DO PARADIGMA ETIOLÓGICO E DA REAÇÃO SOCIAL AO PARADIGMA</b> <b>DE UTILIDADE A IRRACIONALIDADE SISTÊMICA DA POLÍTICA CRIMINAL CONTEMPORÂNEA</b> .....	91
José Edilson da Cunha Fontenelle Neto, Waldemar Moreno Junior	
<b>GRUPO DE TRABALHO: DIREITO DO TRABALHO E PREVIDENCIÁRIO</b> <b>A REFORMA TRABALHISTA À LUZ DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA: UM ESTUDO ACERCA DO</b> <b>INSTITUTO DA HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL DE TRABALHO</b> .....	100
Ana Carolina Torres Gonçalves, Janaína Silveira Soares Madeira	
<b>O PROGRAMA DE COMPLIANCE NA ÁREA DE GESTÃO DE PESSOAS</b> .....	107
Danielle Dayane de Oliveira Dutra	
<b>O CONTRATO DO EMPREGADO MARÍTIMO E O CONFLITO DE COMPETÊNCIA TRABALHISTA</b> <b>NO ESPAÇO</b> .....	115
Gustavo Barone Martins, Luis Felipe Moraes do Nascimento	
<b>O EMPREGADO HIPERSSUFICIENTE NA RELAÇÃO DE EMPREGO: UMA ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES</b> <b>PROMOVIDAS PELA REFORMA TRABALHISTA</b> .....	124
Suelen Cristine Podewils, Janaina Silveira Soares Madeira	

<b>A NATUREZA INDENIZATÓRIA DOS PRÊMIOS E O RISCO PARA SAÚDE DO TRABALHADOR</b> .....	131
Valdirene da Silva, Janaina Silveira Soares Madeira	
<b>AS NOVAS PERSPECTIVAS DA TERCEIRIZAÇÃO: MODERNIZAÇÃO OU PRECARIZAÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO?</b> .....	139
Ana Paula Backes, Janaina Silveira Soares Madeira	
<b>GRUPO DE TRABALHO: CONSTITUCIONALISMO E JUSTIÇA</b>	
<b>TRANSCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL: UMA DISCUSSÃO À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS</b> .....	147
Camila Bertelli Kodric	
<b>APONTAMENTOS ACERCA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O REGISTRO DE CANDIDATURA (11532) N.º 0600903-50.2018.6.00.0000.</b> .....	151
Erika Louise Bastos Calazans, Gabriel Eugênio Hass, Nelson Nogueira Amorim Filho	
<b>CLÁUSULAS PÉTREAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA SUCINTA ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE CONSIDERAR OS DIREITOS SOCIAIS CLÁUSULAS PÉTREAS.</b> .....	158
Jean de Freitas	
<b>A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ ATRAVÉS DO CONSTITUCIONALISMO PÓS- MODERNO</b> .....	169
Thainara Nascimento dos Santos	
<b>GRUPO DE TRABALHO: DIREITOS CULTURAIS, CRIMINOLOGIA E JUSTIÇA SOCIAL</b>	
<b>MULHERES E CRIANÇAS ENCARCERADAS: UMA ETNOGRAFIA NUM PRESÍDIO FEMININO E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	177
Aline Perussolo, Micheline Ramos de Oliveira, Eduardo Guerini	
<b>MÃES ENCARCERADAS: ANÁLISE DO HABEAS CORPUS 143.641, SEUS FUNDAMENTOS E CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS</b> .....	185
Cindy Dalfovo, Joice Samara Melchiorretto	
<b>SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: A RELAÇÃO DIRETA DO CAPITAL COM A BIO E TANATOPOLÍTICA NO ENCARCERAMENTO DE GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS.</b> .....	195
Jean André Marx	
<b>ANÁLISE ECONÔMICA DO CRIME E DA PUNIÇÃO.</b> .....	204
Reinaldo Denis Viana Barbosa	
<b>JUSTIÇA E MEMÓRIA: UM ESTUDO SOBRE A CONSTRUÇÃO DE “TOTENS” EM LUGARES DE MEMÓRIA DE CRIMES EM JOINVILLE.</b> .....	212
Valéria Peretti Köpsel, Luana de Carvalho Silva Gusso	
<b>PATRIMÔNIO CULTURAL E DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE DOS PROCESSOS DE TOMBAMENTO HISTÓRICO EM JOINVILLE</b> .....	219
Douglas Merlini, Luana de Carvalho Silva Gusso	
<b>PATRIMÔNIO MUNDIAL EM PERIGO: O ESTUDO DO CASO AL-MAHDI E O PAPEL DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E DA UNESCO</b> .....	224
Michelle Michels, Luana de Carvalho Silva Gusso	
<b>GRUPO DE TRABALHO: DIREITO, INOVAÇÃO E DESENVOLVIMENTO</b>	
<b>TRANSGRESSÃO ISONÔMICA NO CUSTEIO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA DA LEI COMPLEMENTAR 474/17 DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE-SC</b> .....	231
Horan Bortolotti Czernay	
<b>AS LEIS DE INCENTIVO BRASILEIRAS COMO FORMA DE FOMENTO A RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL.</b> .....	239
Lisandro Fin Nishi, Jeison Francisco de Medeiros	

<b>GRUPO DE TRABALHO: VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS: IMIGRAÇÃO E PRECONCEITO VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS DE IMIGRANTES HAITIANOS EM JOINVILLE</b> .....	<b>250</b>
Alieti Torres Gonçalves, Sirlei de Souza	
<b>A IMIGRAÇÃO E OS DESAFIOS DA REGULARIZAÇÃO JURÍDICA: A EXPERIÊNCIA DO ESCRITÓRIO MODELO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA (EMAJ) DA UNIVILLE</b> .....	<b>258</b>
Ana Clara Perrony Fernandes, Kawanna Alano Soares, Sirlei de Souza	
<b>REFÚGIO E DIREITOS HUMANOS: A (IN)EFICIÊNCIA DA CONVENÇÃO DE DUBLIN FRENTE À CRISE MIGRATÓRIA DA SÍRIA</b> .....	<b>266</b>
Matheus de Lucas Theis Poerner, Érika Louise Bastos Calazans	
<b>O DESAFIO DA IMIGRAÇÃO NO BRASIL: A VIOLAÇÃO DO POVO BRASILEIRO AOS DIREITOS HUMANOS</b> .....	<b>274</b>
Joseane Sievert	
<b>NOVOS IMIGRANTES, DILEMAS ANTIGOS: XENOFOBIA E VIOLAÇÕES DE DIREITOS</b> .....	<b>279</b>
Camila Bertelli Kodric, Thainara Nascimento dos Santos	
<b>GRUPO DE TRABALHO: DIREITO CIVIL RUMO AO OVERRULING DA SÚMULA 326 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA</b> .....	<b>287</b>
Victor Bambinetti Gonçalves	
<b>PONDERAÇÕES ACERCA DA POSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO CADE</b> .....	<b>296</b>
Everton das Neves Gonçalves, Joana Stelzer, Amanda Karolini Burg	
<b>A ATUAÇÃO DOS ADVOGADOS NOS PROCESSOS CÍVEIS DOS JUIZADOS ESPECIAIS DE JOINVILLE</b> .....	<b>302</b>
Beatriz Regina Branco, Eliane Cristina Pereira da Silva, Henrico Sansigolo, Jeã Hadel de Araujo, Rafaela Mallmann Cembranel	
<b>MULTIPARENTALIDADE: EFEITOS PESSOAIS E PATRIMONIAIS DO RECONHECIMENTO SIMULTÂNEO DOS VÍNCULOS BIOLÓGICO E SOCIOAFETIVO NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES</b> .....	<b>312</b>
Izabele Balbinotti	
<b>O REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA OS MAIORES DE 70 (SETENTA) ANOS DE IDADE</b> .....	<b>321</b>
Natally Brito Silva	
<b>O DIREITO SISTÊMICO E UM NOVO OLHAR PARA CONFLITOS NOS DIVERSOS RAMOS DO DIREITO CIVIL POLIAMOR: UMA NOVA FORMA DE FAMÍLIA</b> .....	<b>337</b>
Salvio Gustavo Luz	
<b>A APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO A PARTIR DE UM DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL</b> .....	<b>344</b>
Victor Bambinetti Gonçalves	

## APRESENTAÇÃO

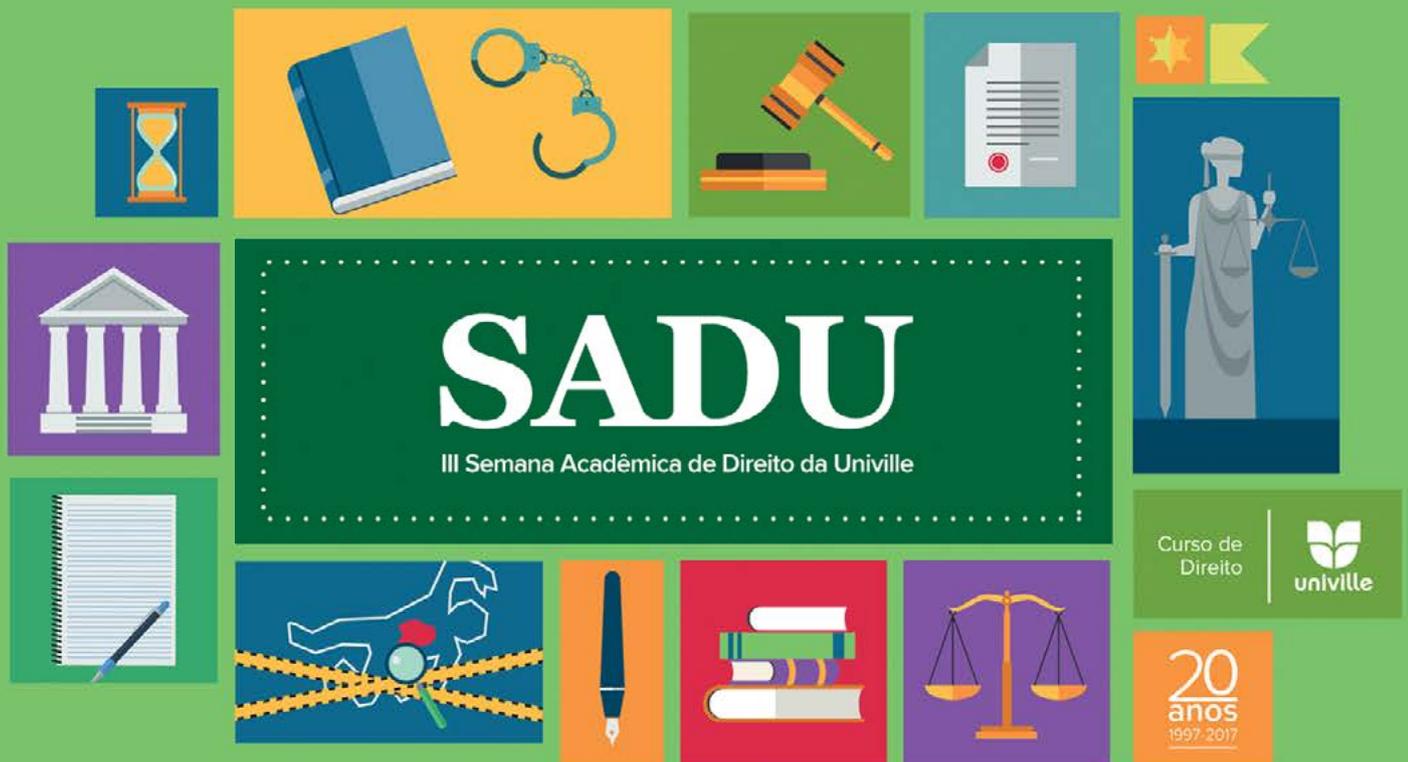
A III Semana Acadêmica de Direito da Univille – SADU foi um evento realizado entre os dias 16 a 19 de outubro de 2018, representando um projeto para a aproximação do corpo discente e docente dos pilares universitários: o ensino, a pesquisa e a extensão. Nesse sentido, o evento foi estruturado por atividades compostas pelo IV CONGRESSO DE DIREITO DA UNIVILLE - CDU, com a participação de professores/pesquisadores renomados nacionalmente; oferta de 22 (vinte e dois) MINICURSOS, em que foram abordadas temáticas jurídicas contemporâneas exteriores ao universo da sala de aula, incluindo participações muito especiais como a presença da Defesa Civil de Joinville, do Batalhão de Ajuda Humanitária da Polícia Militar de Santa Catarina, da Guarda Municipal de Joinville e dos servidores do Instituto Nacional da Seguridade Social – INSS, que receberam os acadêmicos em visita técnica realizada no órgão previdenciário; apresentação oral e escrita de trabalhos científicos, mediante a elaboração de 08 (oito) GRUPOS DE TRABALHO – GT, com a realização de 10 (dez) sessões de apresentações orais dos 68 (sessenta e oito) trabalhos aprovados.

Nesse ano em que se comemora o trigésimo aniversário da Constituição da República Federativa do Brasil a temática escolhida para a SADU foi: **CONSTITUIÇÃO 30 ANOS - DEMOCRACIA E CRISE DAS INSTITUIÇÕES**. Assim, com objetivo de se tornar uma oportunidade de troca de experiências, valores e informações de pesquisas, a SADU visa à consolidação de uma cultura acadêmica comprometida com a formação jurídica de excelência e atualizada, sensível às demandas do Direito na contemporaneidade.

A SADU buscou ser um espaço para a publicização e debates de pesquisas jurídicas realizadas pela comunidade acadêmica de nossa Cidade e Região, e como resultado final, nestes ANAIS encontra-se se parte dos resultados de uma semana de iniciação científica comprometida com os desafios do ensino jurídico e de investigações acadêmicas compromissadas com a promoção da cidadania e direitos humanos.

Agradecemos a todos os participantes que fizeram da SADU uma oportunidade única de especiais encontros para o Curso de Direito da Univille.

Professora Dra. Luana de Carvalho Silva Gusso  
Profa. Ms. Janaína Silveira Soares Madeira  
Presidente e Vice-Presidente da Comissão Científica



**GRUPO DE TRABALHO:  
EDUCAÇÃO E  
DIREITOS HUMANOS**

## EDUCAÇÃO COM IMIGRANTES HAITIANOS: UMA EXPERIÊNCIA NA PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Sandra Felício Roldão<sup>1</sup>  
Sirlei de Souza<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente artigo é um relato de experiência do projeto “O Haiti é Aqui: Aprendendo Juntos” desenvolvido pelos estudantes do Curso de Magistério da E.E.B. Dr. Jorge Lacerda em parceria com alunos de Licenciaturas e com os imigrantes haitianos matriculados na Universidade da Região de Joinville (Univille). O projeto visa contribuir para a inclusão social de crianças e adolescentes imigrantes haitianos, através da aprendizagem da língua portuguesa, da inserção e da interação dos haitianos nas instituições escolares da rede pública estadual. O projeto, ainda em sua fase inicial, atende 4 escolas em Joinville. Nos últimos anos, a matrícula de crianças e adolescentes imigrantes haitianos tem se intensificado nas escolas, estabelecendo novos olhares, novos diálogos e práticas educativas de acolhimento e inserção social. Vale ressaltar que a ausência de políticas públicas migratórias, as barreiras linguísticas estabelecidas e as diferenças culturais, levam a instituição escolar a deparar-se com mais um grande desafio no ato de acolher, educar e cuidar. Diante desta nova demanda, as instituições formadoras de professores questionam-se como esta inclusão se efetiva no contexto escolar e quais ações podem ser desenvolvidas, considerando as diferenças étnicas e linguísticas, no processo de escolarização desses imigrantes. Para o desenvolvimento do projeto, os alunos, sejam do Magistério, sejam da Universidade, participam de reflexões em torno de temas como imigração e direitos humanos. Através de rodas de conversas e vivências, discutem o exercício da docência e se sensibilizam para a transformação da realidade aprendendo juntos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Educação, Direitos Humanos, Imigração Haitiana, Imigrantes.

### 1. INTRODUÇÃO

A instituição escolar deve estar em busca constante de alternativas viáveis à efetivação do trabalho pedagógico, o que exige dos que nela atuam uma atitude de pesquisa e reflexão sobre a realidade cultural do aluno e da comunidade. Ações pedagógicas que oportunizem aos estudantes o acesso ao conhecimento científico e ancorados na perspectiva de formação integral, respeitando sua individualidade e considerando o desenvolvimento de todas as suas potencialidades. Ou seja:

[...] uma formação que reconheça e ensine a reconhecer o direito a diferença, a diversidade cultural e identitária; que contemple as dimensões ética, estética, política, espiritual, socioambiental, técnica e profissional (PROPOSTA CURRICULAR DE SANTA CATARINA, 2014, p.27).

Nessa esteira de reflexões e diante do número crescente de matrículas de crianças e adolescentes imigrantes haitianos na cidade de Joinville, os professores e estudantes da E.E.B. Dr. Jorge Lacerda em parceria com a Universidade da Região de Joinville (Univille) desenvolveram o projeto “*O Haiti é Aqui: Aprendendo Juntos*”, que visa contribuir para a inclusão social de crianças e adolescentes imigrantes haitianos, através da aprendizagem da língua portuguesa, da inserção e interação dos haitianos nas

<sup>1</sup> Professora do Curso do Magistério da E.E.B. Dr. Jorge Lacerda. Graduação em Pedagogia pela Universidade da Região de Joinville (Univille), Especialização em Psicopedagogia pela Associação Catarinense de Ensino. E-mail: usandrinha@gmail.com.

<sup>2</sup> Pró-Reitora de Ensino e professora adjunta da Universidade da Região de Joinville (Univille). Graduada em História pela Univille, Mestre em História do Brasil pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e doutoranda em Comunicação e Cultura pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). E-mail: professorasirlei@gmail.com.

instituições escolares da rede pública estadual. O projeto, ainda em sua fase inicial, atende quatro escolas da Rede Estadual de Educação de Santa Catarina. Para o desenvolvimento do projeto os alunos, sejam do Magistério sejam da Universidade, participam de reflexões em torno de temas como imigração e Direitos Humanos. Através de rodas de conversa e vivências, discutem o exercício da docência e se sensibilizam para a transformação da realidade aprendendo juntos.

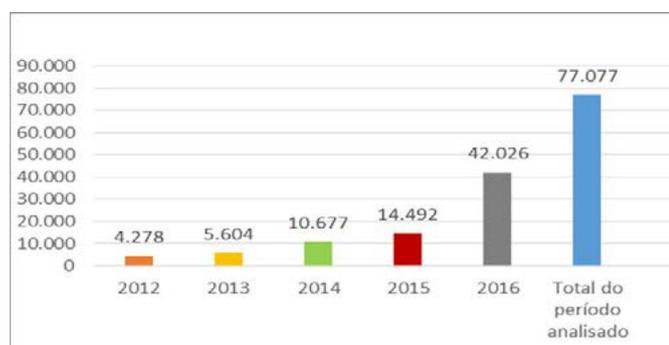
Diante desse novo desafio, a instituição escolar deverá estabelecer novos olhares, novos diálogos e práticas educativas de acolhimento e inserção social. E nessa troca constante entre alunos imigrantes haitianos e autóctones, a aprendizagem se efetiva no percurso formativo na diversidade, alteridade e respeito pelo outro.

## 2. MOVIMENTO IMIGRATÓRIO HAITIANO PARA JOINVILLE – SC

Os fluxos migratórios contemporâneos, suas implicações locais e a questão da garantia dos direitos humanos para esses imigrantes se constituem em importante tema para reflexões atuais, sobretudo se considerarmos que a decisão de migrar nem sempre esteve acompanhada de um planejamento espontâneo. É preciso levar em conta as questões políticas, econômicas e as catástrofes ambientais que forjam o processo migratório do presente.

No caso dos imigrantes haitianos, que nos debruçamos a estudar nesse artigo, apesar de ser um povo com tradição em migrar seu mais recente processo de migração foi decorrente dos trágicos acontecimentos de janeiro de 2010, quando um terremoto de grandes proporções atingiu furiosamente o país<sup>3</sup>. O Brasil nesse período vivia uma estabilidade econômica e política o que o tornou um destino atrativo para os haitianos, também influenciou nessa decisão a longa relação que Brasil já havia estabelecido com o Haiti pela presença de suas forças armadas na Missão MINUSTAH<sup>4</sup>.

Abaixo disponibilizamos dados sobre o número de imigrantes haitianos documentados no Brasil fornecidos pela Polícia Federal, de 2012 a 2016, totalizando 77.077 imigrantes.



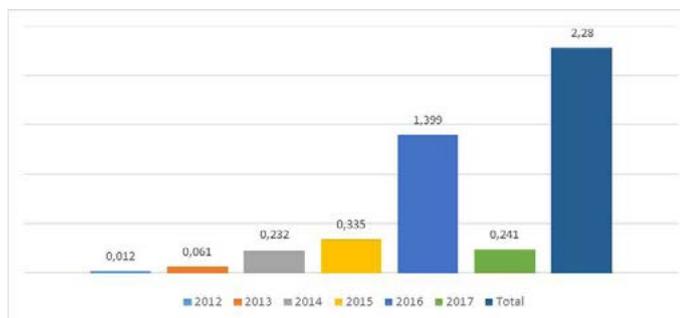
**Tabela 1.** Haitianos registrados na Polícia Federal, de 2012 a 2016. Fonte: adaptado de Instituto Migrações e Direitos Humanos (2016) pelas Pesquisadoras SOUZA e BOING (2017).

Ao chegar ao Brasil os destinos mais procurados pelos imigrantes haitianos se concentram no sudeste e sul do país. Segundo dados citados por SOUZA e BOING (2017) Santa Catarina figurava, em 2016, o estado com maior número de haitianos depois de São Paulo, estando em segundo lugar como destino procurado no país por esses imigrantes. Entre os principais motivos estão a qualidade de vida e, a então abundante, oferta de emprego.

<sup>3</sup> O terremoto atingiu diretamente três milhões de pessoas, com mais de 200 mil mortes (BASTANTE, 2010).

<sup>4</sup> A Missão das Nações Unidas para Estabilização do Haiti (MINUSTAH) foi criada pela resolução 1542, de 30 de abril de 2004, do Conselho de Segurança das Nações Unidas (ONU). Inicialmente para o período de 06 (seis) meses, teve sua duração prolongada até 16 de outubro de 2017. Constituída por um contingente de civis e militares sob coordenação de um representante especial das Nações Unidas em solo Haitiano, a MINUSTAH teve as seguintes “missões” e iniciativas a serem realizados no Haiti: I) Desenvolvimento de um Ambiente Seguro e estável; II) Apoio ao Processo Político; III) Proteção de Direitos Humanos, e por fim, a coordenação de assistência humanitária junto com o governo de transição do Haiti e os demais parceiros internacionais (Disponível em Inglês em: <[https://undocs.org/en/S/RES/1542\(2004\)](https://undocs.org/en/S/RES/1542(2004))>. Acesso em: 20 de novembro de 2018). O Exército Brasileiro comandou o componente Militar da MINUSTAH no período de 2004 a 2017 que teve a participação de tropas de quinze países além dos “capacetes azuis” brasileiros. (Disponível em: <<https://www.defesa.gov.br/relacoesinternacionais/missoes-de-paz/o-brasil-na-minustah-haiti>>. Acesso em 20 de novembro de 2018)

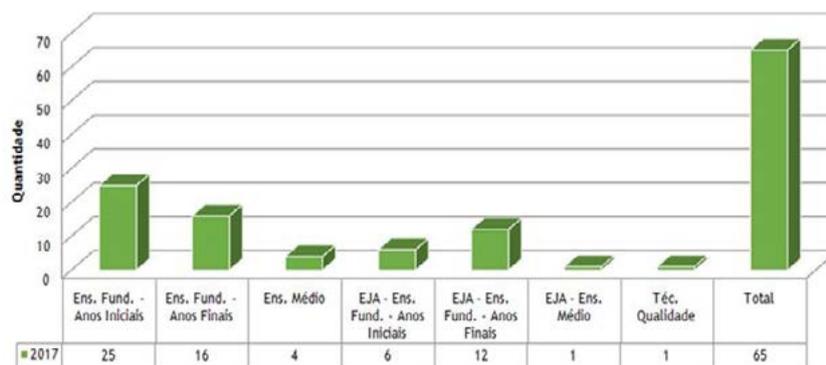
Conforme dados apresentados abaixo, Joinville passa a figurar também entre as cidades escolhidas pelos imigrantes haitianos para viver, com uma concentração maior a partir de 2014 como indica os números de documentados informados pela Polícia Federal e compilados pela pesquisadora Sirlei de Souza. O fato de Joinville ser considerada um polo industrial pode ter influenciado a decisão desses imigrantes.



**Tabela 2.** Quantidade de imigrantes (por mil) vindos da República do Haiti. Fonte: documento cedido por mensagem eletrônica pela Polícia Federal de Joinville (2017), para a pesquisadora Sirlei de Souza.

O processo migratório pode ser problematizado de várias maneiras, uma delas como um processo sempre provisório (Sayad, 1998) onde o imigrante é essencialmente um trabalhador. Por outro lado, esse trabalhador não migra sozinho, assim que se estabelece, mesmo que provisoriamente, procura fazer a reunião familiar trazendo os que em sua terra natal permaneceram. Não é diferente com os haitianos. Trazemos aqui, como forma de demonstrar essa questão os dados fornecidos pela Secretaria de Estado da Educação (SED-SC) que mostram o número de matrículas na rede estadual de ensino. São nas séries iniciais do ensino fundamental que estão concentrados o maior número de crianças matriculadas. Optamos por evidenciar esses dados da rede estadual por que são nessas escolas que o Projeto “O Haiti é aqui”: aprendendo juntos, objeto desse artigo concentra suas atividades. É importante destacar que há também um significativo número de crianças haitianas matriculadas na rede municipal de ensino. O total é de quarenta e uma matrículas nas escolas estaduais de educação básica de Joinville<sup>5</sup> matriculados no ensino fundamental regular e dezoito alunos matriculados no ensino fundamental oferecido pelo Centro de Educação de Jovens e Adultos (CEJA). Os números trazem evidências da procura de jovens e adultos para a conclusão etapas iniciais da educação básica. O quadro também demonstra a chegada de adolescentes que passam a frequentar o ensino médio e profissionalizante.

A Figura abaixo exibe os números de matrículas de imigrantes haitianos (ou de seus filhos nascidos na cidade) na rede estadual de ensino joinvillense.



**Legenda:** I) Ens. Fund. é referente à “Ensino fundamental”; II) Ens. Médio à “Ensino Médio”; III) EJA à “Educação de Jovens e Adultos”; IV) Téc. Qualidade à “Curso Técnico em Qualidade”.

**Tabela 3.** Números de matrículas dos haitianos na rede estadual de ensino de Joinville. Fonte: SED-SC/Sistema de Gestão Educacional de Santa Catarina (Sisgesc), em 31 mar. 2017. Informações fornecidas por e-mail para a pesquisadora Sirlei de Souza, em 28/11/2017.

<sup>5</sup> Relação de matrículas > alunos de nacionalidade haitiana > rede estadual de ensino > município de Joinville. Fonte: SED-SC/Sistema de Gestão Educacional de Santa Catarina (Sisgesc), em 31 mar. 2017. Informações fornecidas por e-mail para a pesquisadora, em 28 de novembro de 2017.

São esses novos personagens que circulam pelos espaços de nossas escolas da rede estadual de ensino e que, assim como seus pais, enfrentaram as dificuldades típicas do processo de imigração: as barreiras linguísticas, a adaptação à cultura local, os preconceitos e xenofobia e a saudade dos amigos e da escola que no Haiti deixaram. O projeto que passamos a relatar tem por objetivo contribuir para a diminuição dessas dificuldades, sensibilizando a comunidade escolar para que acolham e insiram as crianças e adolescentes haitianos e, sobretudo compreendam a educação com um direito humano.

### 3. EDUCAÇÃO: DIREITO DE TODOS

A instituição escolar é um espaço que deve proporcionar aos seus atores sociais a convivência e a aprendizagem com o outro. Este outro que nos convida a romper com estigmas e preconceitos estabelecidos pela cultura hegemônica, proporcionando exercícios constantes de alteridade, empatia e respeito. Esse que têm características próprias, sua cor, cultura, costumes e história; idiossincrasias que se manifestam integralmente no “ser” e “estar” no mundo. Esse indivíduo – ressaltado neste estudo – integra-se também a criança e o adolescente imigrante haitiano. Nesta perspectiva Severino (2002, p. 82) enfatiza:

[...] que cada um se aprenda. O que tem sido o que foi e o que pode vir a ser. E que cada um aprenda o outro; esta aprendizagem imprescindível na diversidade, não simplesmente aceitando ou admitindo a adversidade, mas reconhecendo nela uma necessidade insubstituível de humanização, admirando a diversidade em que cada um pode se aprender, e se aprender no outro e com o outro.

Bordignon (2016) ressalta que estamos vivenciando o terceiro movimento migratório haitiano, com a chegada paulatina dos filhos dos imigrantes e daqueles que nasceram no Brasil, “Assinalam-se esses descendentes por conviverem com as diferentes culturas, embora sendo legítimos brasileiros, muitas vezes convivem com os hábitos dos pais haitianos [...]” (BORDIGNON, 2016, p. 89). Diante do exposto, a instituição escolar deverá ter um olhar sensibilizado sobre a acolhida destas crianças e adolescentes imigrantes, como também a contemplação do seu direito à educação.

A Constituição Federal do Brasil de 1988, no art. 5º, estabelece igualdade de direitos entre brasileiros e estrangeiros “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos **brasileiros e aos estrangeiros** residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade [...]” (BRASIL, 1988, p. 5, *grifo do autor*). No artigo 205 trata do direito específico da educação:

Art. 205 A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988, p. 95).

Corroborando com a Carta Magna, mencionamos a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e Adolescente, que assegura os direitos educacionais da criança e do adolescente no artigo 53 ressalta que “A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa [...]” (BRASIL, 1990, web).

As prerrogativas legais do nosso país garantem à criança e ao adolescente, estrangeiro ou autóctone, o direito à educação, seu acesso e também a permanência nos espaços escolares. André (2016, p. 59) ressalta que “[...] há escolas que nem sempre reconhecem o direito do aluno, exigindo muitos documentos para os pais que, na maioria das vezes, não entendem nem o idioma local.” Violar um direito fundamental desta criança ou adolescente imigrante haitiano ou negligenciar sua história, seu percurso e sua migração, pode ocasionar efeitos irreversíveis na vida deste imigrante, como o isolamento ou sua invisibilidade social.

É importante ressaltar que a Rede Estadual de Ensino do Estado de Santa Catarina, regulamenta os procedimentos relativos à matrícula e o aproveitamento de estudos de estudantes transferidos do exterior para Rede Estadual de Ensino, através da Portaria nº 3030 de 14/12/2016. A Portaria assegura ao aluno estrangeiro a matrícula escolar em qualquer ano/série da Educação Básica em qualquer tempo (SANTA CATARINA, 2016).

As instituições escolares precisam estar atentas a essas situações e propor alternativas de acolhimento e integração dos imigrantes, como também viabilizando sua inserção escolar e social. Considerando que “quanto maior for à diversidade nos relacionamentos, mais probabilidade desse aluno desenvolver um sentimento de pertencimento dentro destes grupos e possivelmente na nova sociedade” (ANDRÉ, 2016, p. 68).

É neste espaço que se estabelecerá a troca de experiências, a valorização de um ambiente intercultural, a aprendizagem significativa considerando a diferença e a diversidade, proporcionando uma educação efetiva baseada nos pilares da igualdade, diversidade, alteridade e respeito.

#### 4. UM BREVE RELATO DE EXPERIÊNCIA DO PROJETO “O HAITI É AQUI: APRENDENDO JUNTOS”

A função social da educação transcende a mediação de conhecimentos científicos intensificando-se em uma perspectiva socializadora e integradora, assegurando a inclusão e interação de todos os seus atores sociais. Rompendo assim, com uma visão estigmatizante, homogeneizante e etnocêntrica. Nesta perspectiva, Severino (2002, p.42) enfatiza que “hoje é preciso recriar a educação, para que desperte não apenas a inteligência, mas também a sensibilidade. Educar a capacidade de perceber e tecer relações”.

Nessa esteira de reflexões, percebemos que nos anos de 2016 à 2018 houve um crescimento considerável das matrículas de alunos imigrantes haitianos; evidenciando as dificuldades linguísticas, cultural, social e também a ausência de políticas públicas os amparando em seus direitos sociais. Diante desta nova demanda, a comunidade escolar questionou-se como esta inclusão se efetiva e quais ações poderiam ser desenvolvidas, perante às diferenças étnicas e linguísticas, no processo de escolarização desses imigrantes.

No âmbito destas indagações percebeu-se que a barreira linguística é a mais desafiadora, ocasionando estranhamento entre haitianos e brasileiros, pois a comunicação não se estabelece e a socialização é prejudicada, por vezes, os estudantes haitianos se isolam com seus pares. Schutz (1971 *apud* BAHIA; SANTOS, 2016) ressalta que a aquisição da linguagem é o passo mais importante no processo de adaptação de um estrangeiro. E para que a inserção social se efetive o conhecimento da língua Portuguesa é o ponto inicial para a inclusão. Nesta perspectiva, nasceu o Projeto de extensão voluntário intitulado “*O Haiti é aqui: aprendendo juntas*”, uma parceria da Universidade da Região de Joinville (Univille) e a Escola de Educação Básica Dr. Jorge Lacerda<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Em março de 2018, a professora Angela Maria Vieira iniciou um movimento referente à temática da imigração haitiana, com as turmas do ensino fundamental e ensino médio da E.E.B. Dr Jorge Lacerda, parte desse trabalho se constitui em uma palestra com a pesquisadora do tema e professora Mestre Sirlei de Souza, para os alunos envolvidos. Em seguida também as Professoras Raquel A. dos S. de Queiroz e Sandra Felício Roldão, realizaram com as turmas do curso do Magistério, outra atividade em abril com a mesma pesquisadora que tratava especificamente da temática da Imigração e Inclusão educacional dos haitianos em Joinville. O projeto iniciou com o grupo: alunas do Magistério, Evanira Maçaneiro e Franciele C. C. da Silva, a voluntária acadêmica do curso de Letras (Uninter) Viviane dos S. F. Fraga, a professora Sandra Felício Roldão, professora Sirlei de Souza (Univille) e a diretora da E.E.B. Dr. Jorge Lacerda, professora Patrícia Bazzanella.



1 Palestra “O Haiti é Aqui” - 04/04/18. Fonte: Arquivo Pessoal.



2 Primeira reunião do projeto – 16/04/18. Fonte: Arquivo Pessoal.

Com o grupo formado e os primeiros passos alinhavados, realizamos uma roda de conversa para conhecermos os sete adolescentes imigrantes haitianos da E.E.B. Dr Jorge Lacerda. Segundo Warschauer (1993), a roda de conversa reúne indivíduos com histórias de vida diferentes e maneiras próprias de pensar e sentir; e Minayo (1996) entende que uma “conversa” pode ser uma fonte de dados objetivos e subjetivos. Mediante a roda de conversa, foi possível identificar questões importantes para as crianças e adolescentes, como os sentidos e os significados de ser imigrante e o papel da escola nesse processo. Esta atividade contou com a participação do haitiano, estudante universitário, Hans Patrick<sup>7</sup>, que realizou a tradução das línguas, crioulo – língua falada no Haiti – e do português, para se efetivar a socialização e a troca de ideias durante a conversa, também relatou sua história e a experiência de ser imigrante em Joinville<sup>8</sup>.

O projeto acontece com atividades voltadas para o ensino-aprendizagem da língua portuguesa que são desenvolvidas duas vezes por semana, com duração de 2 horas cada encontro. O ensino da Língua Portuguesa é entendido pelo projeto como o ensino e aprendizagem da Língua de acolhimento, que está ligada ao contexto migratório. Grosso (2010), explicita:

O conceito de língua de acolhimento aproxima-se da definição dos conceitos de língua estrangeira e língua segunda, embora se distinga de ambos. É um conceito que geralmente está ligado ao contexto de acolhimento, expressão que se associa ao contexto migratório, mas que, sendo geralmente um público adulto, aprende português não como uma língua veicular de outras disciplinas, mas por diferentes necessidades contextuais, ligadas muitas vezes à resolução de questões de sobrevivência urgentes, em que a língua de acolhimento tem de ser o elo de interação afetivo (bidirecional) como primeira forma de integração (na imersão linguística) para uma plena cidadania democrática. (GROSSO, 2010, P.74)

O planejamento da aula é direcionado conforme as necessidades do cotidiano do aluno imigrante e os conhecimentos que ele apresenta dificuldade. As atividades são baseadas na perspectiva do letramento, conforme definido por Rios (2010, p.173) salienta que “letramentos são compreendidos como atos socioculturais concretos, que são constituídos por no mínimo uma das seguintes atividades – escrita, leitura e conversa relacionada ao texto escrito”. Acredita-se que as práticas de letramento são importantes para o ensino da língua de acolhimento, pois contribuem para o aluno imigrante utilizar a língua portuguesa no cotidiano e integrar-se com seus pares e nos meios sociais (escola, igreja, comércio, etc...).

Durante as aulas na E.E.B. Dr. Jorge Lacerda, três alunos haitianos solicitaram transferência para outra escola e duas<sup>9</sup> alunas haitianas resolveram não participar do projeto. As alunas alegaram que as notas estavam acima da média e acreditavam que estavam com desenvoltura na fala e na escrita da

<sup>7</sup> Hans Patrick é estudante do curso de Psicologia na Univille. Reside no Brasil há pouco mais de um ano.

<sup>8</sup> Duas alunas compreendiam o português – mas falavam com dificuldade – e três alunas não compreendiam e não falavam a língua portuguesa. Convidamos as cinco alunas que estavam na roda de conversa para participarem do projeto, elas concordaram.

<sup>9</sup> As alunas são irmãs e chegaram ao Brasil em meados de 2015. Atualmente com idade de 19 e 20 anos.

língua portuguesa. Conforme a sondagem de conhecimentos realizada com as alunas haitianas, a fala é pouco compreensível, e a escrita é expressa com muita dificuldade. André (2016, p.60) ressalta que “adaptar-se a uma situação, a um entorno, depende, de certa maneira, da disposição pessoal do sujeito, é um processo unilateral”. O autor ressalta também que:

[...] compreender e ser compreendido pelo outro é fundamental em um processo comunicativo. Porém, quando esta comunicação não acontece, ou demora muito a acontecer, as relações se veem prejudicadas, e os sujeitos muitas vezes se distanciam procurando seu grupo cultural ou de afinidade linguística.

O projeto continuou com a aluna imigrante Wilmith<sup>10</sup>, que obteve um grande avanço, e atualmente está realizando conversas na língua Portuguesa, produz pequenos textos e realiza leituras com propriedade.



3 Roda de Conversa - 27/04/2018. Fonte: Arquivo Pessoal.



4 Aprendendo os verbos - 17/05/18. Fonte: Arquivo Pessoal.

No mês de agosto do ano de 2018, o projeto “*Haiti é Aqui: Aprendendo Juntos*”, foi ampliado para atender um número maior de alunos imigrantes haitianos em Joinville, devido a uma demanda significativa e a solicitação de atendimento pelos diretores, integraram-se ao projeto as escolas: I) E.E.B. Professora Maria Amin Ghanem, com 05 alunos; II) E.E.B. Dom Pio de Freitas, com 25 alunos; e III) E.E.B. Prof. Rudolfo Meyer, com 11 alunos. O projeto atende atualmente quatro escolas da Rede Estadual de Ensino na cidade de Joinville, totalizando quarenta e dois alunos imigrantes haitianos.

Na E.E.B. Professora Maria Amin Ghanem, são atendidos três alunos adolescentes: I) Kervens, de 16 anos, II) Olguens e Luis Antonio, ambos com 14 anos; e duas crianças: Alishar, de 09 anos, e Besaika, de 10 anos<sup>11</sup>. O grupo<sup>12</sup> de trabalho que atende esses alunos é formado por uma estagiária do Curso do Magistério, estudante da Univille, uma professora aposentada e professoras da escola. Durante as aulas percebeu-se que o aluno imigrante Luis Antonio estava muito triste e indisposto, relatou a seguinte situação: “*República Dominicana, muitos amigos e uma namorada, aqui não*” (Luis Antonio, 14 aos). André ressalta que “[...] os filhos e filhas dos trabalhadores estrangeiros deixam suas escolas para acompanharem seus pais em um projeto migratório que não é deles” (2016, p.354).

Diante da atitude do aluno imigrante, os alunos brasileiros resolveram conversar mais com os imigrantes, através de aplicativo de celular. Os alunos imigrantes haitianos, com pouco tempo no Brasil, apresentam uma boa desenvoltura na fala e na escrita e conseguem se comunicar com os brasileiros.

<sup>10</sup> Optamos em mencionar o nome real dos alunos imigrantes haitianos com a autorização por escrito dos pais. A aluna imigrante haitiana Wilmith chegou ao Brasil no início do ano de 2018, atualmente com 18 anos.

<sup>11</sup> Os irmãos Kervens, Olguens e Besaika chegaram ao Brasil em agosto de 2018. Os irmãos Luis Antonio e Alishar chegaram ao Brasil em setembro, vieram da República Dominicana, mas são haitianos.

<sup>12</sup> Estagiária do Magistério Ani Carolina de Lima, acadêmico da Univille Hans Patrick Nazair, professora aposentada Ecleia F. da Rosa e professoras Claudia R. Chagas e Sandra F. Roldão.



5 Roda de Conversa: Mediação e tradução Hans Patrick – 06/08/2018. Fonte: Arquivo Pessoal.



6 Aula com os adolescentes. Fonte: Arquivo Pessoal.

Na E.E.B. Dom Pio de Freitas a roda de conversa foi mediada pelo estudante de Univille, Haitiano, Roland Lafront<sup>13</sup>, com vinte e cinco alunos imigrantes haitianos. E na E.E.B. Prof. Rudolfo Meyer, pela acadêmica da Univille, haitiana, Marie Jéssica Avrilus<sup>14</sup>, com onze alunos imigrantes haitianos. Em ambas as escolas o projeto está em fase inicial. O grupo de trabalho que atende estas escolas é composto por estudantes do curso do Magistério e voluntários acadêmicos da Univille e Uninter<sup>15</sup>.



7 Roda de Conversa: Mediação e tradução Roland Lafront – 10/09/2018. Fonte: Arquivo Pessoal.



8 Roda de Conversa: Mediação e tradução Marie J. Avrilus – 13/09/2018. Fonte: Arquivo Pessoal.

É importante relatar que na E.E.B. Dom Pio de Freitas, muitos alunos imigrantes haitianos se expressam oralmente na língua portuguesa com muita clareza, pois chegaram ao Brasil há mais tempo e aprenderam com a família a comunidade e a escola. Na E.E.B. Prof. Rudolfo Meyer, quatro alunos imigrantes, dois adultos e dois adolescentes, chegaram ao Brasil em agosto do ano de 2018.

Acredita-se que o principal valor que permeia a educação de qualidade social é configurado no princípio da igualdade, pilar fundamental de uma sociedade democrática e justa que se estabelecerá somente com a inclusão de TODOS os cidadãos. O projeto “O Haiti é aqui” é uma ação efetiva de construir uma sociedade mais igualitária e democrática, que aprende convivendo com as diferenças.

<sup>13</sup> Estudante do curso de Design, Univille.

<sup>14</sup> Estudante do curso de Direito, Univille.

<sup>15</sup> Grupo de Trabalho na E.E.B. Dom Pio de Freitas: Estudantes do Magistério: Evanira Maçaneiro, Iara do R.C. da Silva e Lidiane Ap<sup>a</sup> M. da Silva e acadêmica da Uninter, Gilmaria Farias. Grupo de trabalho na E.E.B. Prof. Rudolfo Meyer: Acadêmica da Univille, curso de Letras Gabriela e Acadêmico da Univille, curso de Psicologia Hans Patrick.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A migração sempre fez parte da história do ser humano, ou seja, migrar é um direito humano, sendo importante ressaltar que todos migram ou descendem de famílias que migraram ou continuam migrando. Esses movimentos estão estritamente ligados com a liberdade do ser humano e legitimados pela Declaração Universal dos Direitos humanos (1948). Conforme apresentamos, a imigração dos haitianos vai para além das questões econômicas e sociais, ela perpassa outros espaços da vida e traz consigo uma carga de sentimentos, perdas, frustrações e pressão social.

Diante do exposto, a criança e o adolescente imigrante haitiano, chegam à instituição escolar com uma bagagem de vivências culturais diversas e também uma carga emocional exaustiva, sentindo-se pressionados psicologicamente e socialmente. A instituição escolar depara-se com um desafio multifacetado, principalmente em relação à barreira linguística. Cabe à escola refletir como serão suas atitudes no recebimento deste aluno, acolhimento, indiferença ou exclusão? E quais ações devem ser desenvolvidas, diante das diferenças étnicas, culturais e linguísticas no processo de escolarização desses imigrantes.

Do ponto de vista da continuação do projeto “*O Haiti é aqui: aprendendo juntos*”, o desafio é envolver toda a comunidade escolar na perspectiva do acolhimento e da inclusão desse imigrante. Nossa experiência já demonstrou, mesmo em poucos meses de projeto, que não se trata de um reforço ou nivelamento da língua portuguesa, a presença da criança ou do adolescente imigrante na escola envolve questões de grande complexidade, sobretudo àquelas ligadas a cultura do preconceito e da xenofobia. Se faz necessário para que o projeto de certo que, em cada escola, se efetive uma grande mobilização para a sensibilização de professores, corpo gestor, demais funcionários e, principalmente, com os alunos daquela instituição. O processo de acolhimento poderá se efetuar por uma ação pedagógica planejada, estrutura e institucional; mas somente será efetivado na medida em que as crianças e adolescentes haitianos encontrarem pelos corredores da escola um espaço que lhes convide a ficar e sorrisos que lhes digam: Bem-vindos!

## 7. REFERÊNCIAS

ANDRÉ, Bianca Pires. A diversidade dos alunos estrangeiros e seu processo de adaptação em escolas brasileiras. In: BAHIA, Joana; SANTOS, Mirian (Org.). **Um olhar sobre as diferenças: a interface entre projetos educativos e migratórios**. São Paulo: Oikos, 2016. Cap. 4. p. 56-78.

BAHIA, Joana; SANTOS, Mirian (Org.). **Um olhar sobre as diferenças: a interface entre projetos educativos e migratórios**. São Paulo: Oikos, 2016. 150p.

BASTANTE, Jesús. O Haiti é uma das grandes tragédias esquecidas. **Instituto HumanitasUnisinos**, 3 jun. 2010. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticiasanteriores/33046-%60%60o-haiti-e-mais-uma-das-grandes-tragedias-esquecidas%60%60>>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2016.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e Adolescente**. Lei nº 8.069/90, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 16 de outubro de 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.394/96 de 20 de dezembro de 1996**. Lei de Diretrizes e Bases da Educação nacional. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm)>. Acesso em: 16 de outubro de 2018.

BORDIGNON, Sandra de Avila Farias. **Inserção dos Imigrantes Haitianos nos contextos educativos escolares e não-escolares no Oeste Catarinense**. 2016. 228 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Educação, Educação, Universidade Comunitária da Região de Chapecó, Chapecó, 2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)> . Acesso em: 15 de outubro de 2018.

GROSSO, Maria José. As competências do Utilizador elementar no contexto de acolhimento. 2007. Disponível em <[https://www.dge.mec.pt/sites/default/files/Basico/Documentos/portugues\\_falantes\\_outras\\_linguas.pdf](https://www.dge.mec.pt/sites/default/files/Basico/Documentos/portugues_falantes_outras_linguas.pdf)> . Acesso em: 08 de novembro de 2018.

MINAYO, Maria Cecília D. S. **O desafio do conhecimento**. 2. ed. São Paulo, Rio de Janeiro: Hucitec-Abrasco, 1996.

RIOS, G. Letramento, discurso e gramática funcional. In: Cadernos de Linguagem e Sociedade. Brasília, 2010, v.11, n.2, p.167-183.

SANTA CATARINA. Portaria 3030 de 14 de dezembro de 2016. Regulamenta os procedimentos relativos à matrícula e aproveitamento de estudos de estudantes transferidos do exterior para a Rede Estadual de Ensino. **Diário Oficial Eletrônico de Santa Catarina**, Florianópolis, SC, nº 20.442, p. 10 e 11.

\_\_\_\_\_. **Proposta Curricular de Santa Catarina**. Florianópolis: 2014.

SAYAD, Abdelmalek. A imigração ou os paradoxos da alteridade. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998.

SEVERINO, Antônio. **Educação e transdisciplinaridade**: crise e reencantamento da aprendizagem. Rio de Janeiro: Lucerna, 2002.

SOUZA, Sirlei de; BOING, Elisiane Meurer. A Imigração haitiana em Joinville (SC) e as estratégias de inserção em busca da cidadania. **Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação**. Curitiba: Intercom, 2017. Disponível em: <<http://portalintercom.org.br/anais/nacional2017/resumos/R12-0725-1.pdf>>. Acesso em: 30 de abril de 2017.

WARSCHAUER, Cecília. **A roda e o registro**: uma parceria entre professor, alunos e conhecimentos. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

## A INCIDÊNCIA DE TEMAS RELACIONADOS AOS DIREITOS HUMANOS NA INICIAÇÃO CIENTÍFICA DA UNIVILLE

Kawanna Alano Soares<sup>16</sup>  
Nicole Helene Wuthstrack<sup>17</sup>  
Sirlei de Souza<sup>18</sup>  
Fernanda Brandão Lapa<sup>19</sup>  
Claudio Melquiades Medeiros<sup>20</sup>

### RESUMO

Este trabalho é resultado da pesquisa realizada pelos alunos e os professores que fazem parte do Núcleo de Educação Jurídica e Direitos Humanos - NEJUDH, ligado ao Programa Institucional de Pesquisa em Direito - PIP, da Universidade da Região de Joinville – Univille. Tem como objetivo principal analisar a incidência na produção de iniciação científica dos últimos treze anos, de 2005 a 2016, pelos acadêmicos da universidade envolvendo temas relacionados aos Direitos Humanos como feminismo, racismo e homofobia. Ao formar futuros cidadãos a universidade, por ser de caráter comunitário, toma para si a responsabilidade de oferecer uma formação humanizadora e comprometida com a cidadania. Inicialmente, o artigo apresentará o estudo teórico sobre o tema de Direitos Humanos na Universidade, para em seguida, analisar e problematizar os trabalhos publicados, relacionando a quantidade destes à despeito de determinados matérias e quais são os temas abordados, o período histórico em que se encontra, as linhas de pensamento utilizadas e ao curso vinculado. A pesquisa que gerou o presente artigo foi realizada através de pesquisa bibliográfica e por intermédio do próprio site da universidade, mediante análise dos Cadernos de Iniciação Científica ali publicados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ensino Superior, Direitos Humanos, Educação em Direitos Humanos.

### 1. INTRODUÇÃO

Este artigo visa analisar a incidência de temas relacionados a Direitos Humanos nos Cadernos de Iniciação Científica da Universidade da Região de Joinville – Univille, nos anos de 2005 a 2016. Com o intuito de problematizar a efetividade da Educação em Direitos Humanos nos diversos cursos de graduação da universidade, mais especificamente se houve produção de iniciação científica sobre temas relacionados aos Direitos Humanos – focando especialmente nas causas relativas às mulheres, questões étnicas e de gênero. Os artigos publicados nestes cadernos são oriundos de pesquisas relacionados ao programa PIBIC que visa fomentar a produção científica por parte dos docentes e discentes.

As Instituições de Ensino Superior são constantemente pressionadas e incentivadas, tanto pela sociedade quanto pelos órgãos de fomento e regulação da educação a desenvolver no estudante o pensamento crítico e humanista e para o engajamento nas causas sociais. Verifica-se também movimentos de dentro para fora da universidade neste mesmo sentido, como por exemplo, as orientações contidas

<sup>16</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: kawannaalano@gmail.com

<sup>17</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: nicole.hw@hotmail.com.br

<sup>18</sup> Pró-Reitora de Ensino e professora adjunta da Universidade da Região de Joinville (Univille). Graduada em História pela Univille, Mestre em História do Brasil pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e doutoranda em Comunicação e Cultura pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). E-mail: professorasirlei@gmail.com.

<sup>19</sup> Doutora pelo Programa de Psicologia da Educação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (2014). É professora de Direitos Humanos e Coordenadora da Clínica de Direitos Humanos da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: flapa@iddh.org.br

<sup>20</sup> Doutor pelo Programa de Psicologia da Educação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (2013). É professor de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille. E-mail: claudio.melquiades@univille.br

nos Projetos Pedagógicos dos Cursos de Graduação, os quais definem as linhas de pesquisa, extensão e atuação dos discentes e docentes.

Portanto, se abordará o papel das universidades para contribuição do desenvolvimento pessoal, educacional e profissional de um sujeito consciente e preocupado com a efetivação dos Direitos Humanos. E poder-se-á vislumbrar a efetividade dos projetos que visam este fim por intermédio da análise da produção científica sobre o tema, onde far-se-á conexão entre os artigos publicados, o período histórico em que se encontrava e a área de estudo do aluno, indagando se houve ações na sociedade, como leis implementadas ou fato social de grande impacto, que estimularam o desenvolvimento do material de pesquisa e extensão sobre o tema.

## 2. DIREITOS HUMANOS E AS INSTITUIÇÕES DE ENSINO SUPERIOR

A Educação em Direitos Humanos está atrelada desde seu início ao objetivo de formar cidadãos conscientes e humanizados. O papel das instituições de Ensino Superior nesse sentido é de fomentar o conhecimento, através do desenvolvimento da pesquisa e programas de extensão junto à comunidade voltados aos Direitos Humanos.

*A educação deve ser uma prática para a formação do indivíduo como ser, garantindo sua existência na sociedade, pois a aprendizagem não é um fim em si, mas um meio possível de abolir violações de direitos humanos, baseada na democracia, no desenvolvimento, na tolerância e no mútuo respeito. Contudo, deve dar a educação particular atenção aos grupos vulneráveis e aos violadores de direitos, prevenindo abusos e protegendo vítimas sujeitas à incitação, à intolerância, ao racismo e à xenofobia. Necessário se faz que as instituições educacionais se tornem locais de exercício de tolerância, de respeito pelos direitos humanos, de prática da democracia e de aprendizagem sobre a diversidade e a riqueza das identidades culturais.<sup>21</sup>*

Constata-se que as Instituições de Ensino Superior têm sido o espaço onde se percebe a manifesta indignação e os movimentos contra as constantes violações dos Direitos Fundamentais, pois é o local onde se permite e se incentiva o pensar e o criticar livremente, capacitando os profissionais do futuro. É comum no espaço universitário a circulação de um grande número de jovens motivados a buscar e fazer a diferença na sociedade, rompendo com dogmas que oprimem e causam a infelicidade e a desigualdade social. Neste sentido:

[...] o papel vital das universidades no campo dos direitos humanos, seja por meio do ensino (transmissão do saber), da pesquisa (produção do saber) e da extensão (intervenção social), há que se resgatar o potencial ético e transformador das universidades, na construção de uma cultura de direitos humanos em nossa região, já que os direitos humanos refletem a única plataforma emancipatória de nosso tempo.

Daí a contribuição das universidades no inventar de uma nova ordem, mais democrática e igualitária, capaz de celebrar a interdependência entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos e que, sobretudo, tenha a sua centralidade no valor da absoluta prevalência da dignidade humana.<sup>22</sup>

Apesar de as universidades serem um campo onde as minorias ainda não adentraram de forma significativa – situação que vai aos poucos se modificando, em decorrência das cotas ou dos projetos de incentivo à educação –, este deve ser um local onde se cria conhecimento das mais diversas matérias e áreas de Direitos Humanos, bem como um espaço privilegiado para a vivência e a convivência entre os denominados diferentes.

Assim, a Univille, por ser uma universidade de caráter comunitário, tem em sua missão “Promover formação humanística, científica e profissional para a sociedade por meio do ensino, da pesquisa e da

<sup>21</sup> “Educação em Direitos Humanos no= Ensino Superior como garantia de uma Cultura Democrática”, página 50.

<sup>22</sup> “Educação em Direitos Humanos no Ensino Superior”, página 11.

extensão, comprometida com a sustentabilidade socioambiental”<sup>23</sup> (UNIVILLE), conseguindo pôr em prática algumas ações com maior facilidade, mas ainda assim encontra problemas. Em decorrência da formação anterior do aluno – tanto educacional, como familiar –, muitas vezes este não está preparado para compreender que os Direitos Humanos envolvem uma gama gigantesca de assuntos e não apenas o ‘direito do bandido’; logo existem pré-conceitos a serem descristalizados, o que por si só é complexo. Apesar dos obstáculos, todas as matrizes curriculares tanto dos cursos de graduação, quanto de pós-graduação da universidade encontram em seu bojo matérias específicas que envolvem a discussão dos Direitos Humanos.

No entanto, é preciso ir além, não basta constar dos documentos institucionais se faz necessário que a Educação em Direitos Humanos está efetivamente acontecendo, pois:

Educar para os direitos humanos é promover o diálogo entre os vários saberes existentes que permitam a compreensão do mundo, buscando-se sempre o ideal de igualdade e justiça. Portanto, educar para os direitos humanos exige uma escuta sensível, uma ação compartilhada entre as partes e relações horizontais no ensino-aprendizagem.<sup>24</sup>

Educar em Direitos Humanos é árduo e complicado, não basta a simples transmissão do saber, deve-se emancipar o indivíduo e capacitá-lo para pensar de forma a proteger os direitos fundamentais e ainda para que este não permaneça quieto quando uma violação ocorrer. É complexo, porque os Direitos Humanos:

[...] não são uma solução mágica ou uma panaceia para os problemas do mundo, porém, é inegável que a promoção dos direitos humanos é uma ferramenta muito poderosa para construir a justiça social tanto no plano nacional como internacional, onde a dignidade de cada pessoa é valorizada de igual forma, pois uma sociedade “humanizada” não pode aceitar que qualquer pessoa conviva com condições indignas, pois isso rebaixa toda a sociedade (DONNELLY, 2013, p. 118).<sup>25</sup>

Os futuros cidadãos deverão ser capazes de antes de autorizar determinado projeto, analisar se este estaria ferindo os Direitos Fundamentais, como por exemplo, antes de realizar uma cirurgia, ter a sensibilidade de saber se estaria sendo contrária à Bioética e os Direitos Humanos; ou previamente a permitir que determinada condenação ocorra, saber se estará trazendo mais benefícios ou malefícios para a sociedade – com o viés dos Direitos Essenciais.

Portanto, o ensino [...] precisa estar voltado para a educação **em e para** os direitos humanos, pois precisa ter como missão precípua a luta contra as desigualdades, o que se efetivará a partir de uma efetiva transformação social.<sup>26</sup>

Sendo que a Educação em Direitos Humanos tem o dever de incentivar o uso do conhecimento e da informação para uma percepção da sociedade de forma que este saber auxilie os indivíduos a serem mais participativos, dispostos e interventores em prol da justiça social (Flávia Piovesan, 2003). Sendo que:

*A educação é um dos instrumentos mais valiosos para a transformação da sociedade, pois permite a aquisição de conhecimentos capazes de trazer todas as formas de relacionamento entre as pessoas, sobretudo no que tange aos sentimentos mais profundos do ser humano e é através da educação que o homem encontra o equilíbrio entre o conhecimento disciplinar e o conhecimento ético, apto para descobrir a importância da solidariedade, da tolerância e da aceitação das diversidades culturais.*<sup>27</sup>

<sup>23</sup> UNIVILLE, Identidade Institucional. Disponível em: <[https://www.univille.edu.br/pt\\_br/institucional/univille/identidade\\_institucional/878661](https://www.univille.edu.br/pt_br/institucional/univille/identidade_institucional/878661)>.

<sup>24</sup> “A (não) Cultura dos Direitos Humanos no Ensino Jurídico”, página 3.

<sup>25</sup> “A (não) Cultura dos Direitos Humanos no Ensino Jurídico”, página 2/3.

<sup>26</sup> “A (não) Cultura dos Direitos Humanos no Ensino Jurídico”, página 4.

<sup>27</sup> “Educação em Direitos Humanos no Ensino Superior como garantia de uma Cultura Democrática”, página 61.

Portanto, buscou-se verificar se existiam artigos de iniciação científica sendo realizados com temáticas em Direitos Humanos e publicados nos cadernos PIBIC da Univille, para que se possa analisar se houve influência nos estudantes de tal forma que os incentivasse a desenvolver estudos sobre a matéria.

### 3. PROGRAMA INSTITUCIONAL DE BOLSAS DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA – PIBIC

Como consta no site institucional da Universidade<sup>28</sup>, o PIBIC é o programa que propicia ao graduando a possibilidade de desenvolver um projeto de pesquisa, tendo um professor orientador para auxiliá-lo. Existiam duas modalidades: I) vinculado, onde o aluno atuava no projeto de pesquisa do professor; e II) voluntário, onde a apresentação poderia ser realizada pelo estudante ou professor.

Sendo quatro as fontes de que custeiam as bolsas: I) *FAP* – Fundo de Apoio à Pesquisa da Univille, em que se remaneja um percentual para financiamento das bolsas de PIBIC modalidade individual; II) *Artigo 170* da Constituição Estadual – Governo do Estado de Santa Catarina, tal qual o Governo repassa uma verba para as Instituições de Ensino Superior buscando auxiliar e incentivar os alunos, existindo a necessidade de comprovar carência no setor de Apoio e Orientação ao Estudante, além das exigências do PIBIC da Univille; III) *Artigo 171* da Constituição Estadual – Governo do Estado de Santa Catarina, que são destinadas a alunos economicamente carentes matriculados em cursos presenciais de graduação, visa garantir os meios para o fomento do desenvolvimento e das potencialidades regionais pela inserção de jovens na educação superior, devendo este ter cursado todo o Ensino Médio em escola pública ou com bolsa Integral, residir há dois anos no Estado de Santa Catarina e ter carência econômica; IV) *CNPq* – Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, a Univille possui hoje uma quota de 13 de bolsas desse órgão, para obtê-las é necessário responder a edital específico lançado pela Área de Pesquisa, no período de abril a junho de cada ano.

### 4. METODOLOGIA DE PESQUISA

Para a pesquisa em questão, analisaram-se todos os cadernos de iniciação científica publicados até então, referentes aos anos de 2005 até 2016, e durante a pesquisa realizada notou-se uma grande discrepância no número de artigos publicados nos referidos cadernos durante os anos pesquisados.

É importante informar que o processo seletivo para apresentação desses projetos – realizado através do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica PIBIC/CNPq – ocorre anualmente, mas o número de artigos diminuiu de forma drástica em cada nova abertura do edital, podendo uma das causas ser decorrente de falta de incentivo governamental ou institucional, no entanto registramos que esse não foi o foco de análise desse artigo.

Sendo que, durante a análise dos dados coletados, percebeu-se que os índices de artigos publicados durante todo o período são em média: 12,8% referente às mulheres; temas étnicos é de 2,8%; e aqueles pertinentes às questões de gênero são inexistentes.

Houve anos – 2009, 2012 e 2014 – em que a produção científica sobre quaisquer dos temas supracitados eram inexistentes, mesmo que tivesse uma porcentagem grande de artigos publicados. O que leva a questionar se o baixo índice de pesquisa na área é decorrente da efetividade do aprendizado, interesse dos estudantes, ausência de linhas de pesquisa, poucos pesquisadores sobre o tema, ou ainda da suposta ‘pacificação’ das temáticas na sociedade até então.

Dentre os tópicos de pesquisa selecionados, o que detém produção consideravelmente maior é a temática das mulheres, onde se notou que, durante o período de implementação da Lei Maria da Penha, no ano de 2005 e 2006, fora aquela que teve maior incidência de pesquisa; sendo publicados artigos com temas relativos à violência, o meio pelo qual a imprensa divulgava a notícia, experiência e atendimento das vítimas – vide anexos.

<sup>28</sup> UNIVILLE. Universidade da Região de Joinville – Univille. Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica. Disponível em: <[https://www.univille.edu.br/pt\\_br/institucional/proreitorias/prppg/setores/coordenacao\\_pesquisa/pibic\\_pibpg/598508](https://www.univille.edu.br/pt_br/institucional/proreitorias/prppg/setores/coordenacao_pesquisa/pibic_pibpg/598508)>. Acesso em: 16 out. 2018.

A Lei Maria da Penha, nº 11.340/06 é uma das consequências da sentença realizada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos – OEA. Esta Comissão julgou o caso de Maria da Penha Maia Fernandes, mulher que sofreu abusos de seu companheiro por anos, onde este tentou assassiná-la duas vezes, na primeira utilizando arma de fogo – deixando-a paraplégica – e, na segunda, por intermédio de eletrocussão e afogamento. E apesar de buscar condenação e auxílio no judiciário do país, teve a sua pretensão negada devido a irregularidades apontadas pela defesa do ex-marido.

### Artigos publicados nos Cadernos de Iniciação Científica V.6, V.7 e V.8



**Figura 1** - Publicação de temas referentes a Direitos Humanos nos cadernos de iniciação científica dos anos de 2005 e 2006; informações do Site Institucional da Univille.  
Fonte: Acervo pessoal.

A Lei Maria da Penha é considerada pela ONU<sup>29</sup> uma das três melhores legislações mundiais contra a violência às mulheres e abrange não apenas a violência física, mas também a psicológica, sexual e patrimonial. Esta foi implementada em 2006 e conforme pesquisa Violência e Assassinatos de Mulheres (Data Popular/Instituto Patrícia Galvão, 2013) cerca de 98% da população conhece a legislação em questão. Em decorrência disto, acredita-se que a norma supracitada obteve um grande impacto não apenas no meio social, mas no acadêmico refletindo na produção científica da época e posteriormente – supra figura 1.

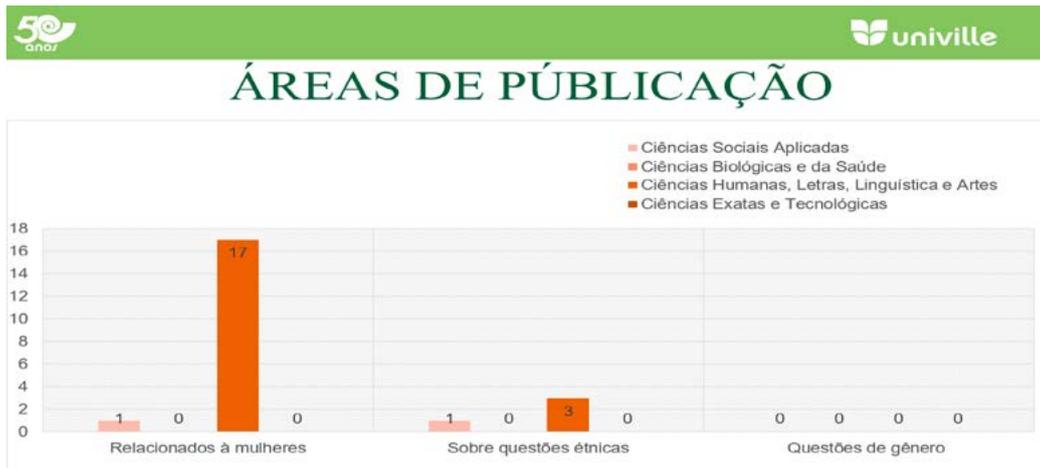
Já no que se refere às questões étnicas, a pesquisa realizada identificou que os temas abordados são sobre o registro dos filhos de escravos a partir da Lei do Ventre Livre, a aplicação de normas contra a escravidão em São Francisco do Sul, literatura infanto-juvenil afro e a representação brasileira no *Slave History Museum*, na Nigéria.

Um dos fatores mais inusitados foi a completa inexistência de pesquisa sobre as questões de gênero, havendo um grande rol a ser explorado. Sobre isto se espera incentivo da instituição e dos professores sobre a temática, devido a atual modificação dos meios de desenvolver uma pesquisa científica, devendo ser o projeto apresentado pelo docente para o seu desenvolvimento. Existem áreas de possíveis pesquisa nas áreas das I) Ciências sociais aplicadas, como por exemplo, sobre a legislação acerca da homofobia e questões pertinentes aos transgêneros; II) Ciências Biológicas e da Saúde, podendo analisar sobre as políticas públicas na saúde e os atendimentos do SUS sobre cirurgias de mudança de gênero; e as III) Ciências Humanas sobre o desenvolvimento histórico dos casos de homofobia; entre outros.

Como exposto anteriormente, a maior ocorrência de publicação científica sobre os temas de Direitos Humanos foram aqueles supostamente impulsionados pela Lei Maria da Penha, logo se esperava que a incidência destes temas fossem na área de Ciências Sociais Aplicadas – onde o curso de Ciências Jurídicas (Direito) se encaixa –, mas ocorre que a área com maior publicação é nas Ciências Humanas, Letras, Linguísticas e Artes; principalmente nas questões históricas.

Advém que, durante mais de uma década de publicações científicas, a área de Ciências Biológicas e da Saúde nada produziram sobre a temática de Direitos Humanos, mesmo existindo temas com grande comoção social, como aborto, eutanásia e acefalia.

<sup>29</sup> SENADO. Senado Notícias. Lei Maria da Penha foi reconhecida pela ONU como uma das mais avançadas do mundo, registra Ana Amélia. Publicada em: 04/08/2011. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2011/08/04/lei-maria-da-penha-foi-reconhecida-pela-onu-como-uma-das-mais-avancadas-do-mundo-registra-ana-amelia>>. Acesso em 04 dez. 2018.



**Figura 2.** Áreas de publicação de artigos com temáticas de Direitos Humanos durante 2005 à 2016; informações retiradas dos Cadernos de Iniciação Científica. Fonte: Acervo Pessoal.

Com isto, analisa-se que apesar da elaboração e aplicação de vertentes incentivadoras sobre a temática, como a existência da Clínica de Direitos Humanos a mais de dez anos na universidade e os documentos institucionais primarem pela defesa dos Direitos Humanos, como no artigo 7º do Estatuto da Universidade, ainda não houve grandes repercussões na área da iniciação científica. A questão que nos ocorre é a possibilidade de temas complexos envolvendo os Direitos Humanos serem tratados sem a devida identificação como tais e qual a importância da conexão entre essas problemáticas – tais como aborto, racismo, LGBTQfobia e feminicídio – e o entendimento de que são imbricadas aos Direitos Humanos.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, acreditamos que o trabalho de pesquisa realizado foi de grande importância para termos noção da produção de iniciação científica relacionada aos Direitos Humanos na Univille. O resultado nos leva a questionar sobre a efetividade da Educação em Direitos Humanos e sua relação com a produção científica.

Ocorre que, se deve levar em consideração o fato do recorte realizado pela pesquisa em questão ser apenas no âmbito dos Cadernos Institucionais de Pesquisa e que existem na Universidade outras instâncias de produção de diversos materiais sobre os temas de Direitos Humanos em programas tanto de extensão, como de ensino, bem como no âmbito do Comitê de Responsabilidade Social ou ainda nas pesquisas realizadas junto aos Programas de Pós Graduação *Stricto Sensu*.

Sendo assim é importante frisar que apesar de o número de artigos produzidos que envolvam a temática de Direitos Humanos ser pequeno, os artigos foram produzidos, gerando conhecimento e representando um grande avanço, pois é com passos curtos que são implementadas políticas concretas que irão perdurar no tempo. Com isto em mente, acreditamos que a produção científica sobre Direitos Humanos na Iniciação Científica da Univille deverá ser incentivada e aumentará drasticamente, dependendo do incremento das políticas educacionais da instituição, contribuindo, desta forma, para a promoção de uma sociedade mais justa e uma comunidade humanizada.

Ainda, finalizando, ressalta-se que a Universidade, em face da sua responsabilidade social, deve de forma contínua incentivar seus docentes a também pesquisar sobre Direitos Humanos, objetivando a apresentação de um maior número de projetos PIBIC/CNPq.

## 6. REFERÊNCIAS

CÂMERA. Câmara dos Deputados. **Governo admite que bolsas de pesquisadores não devem ter reajuste até 2019**. Publicado em: 26 jun. 2017. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/CIENCIA-E-TECNOLOGIA/536603-GOVERNO-ADMITE-QUE-BOLSAS-DE-PESQUISADORES-NAO-DEVEM-TER-REAJUSTE-ATE-2019.html>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

GOVERNO. Cidadania e Justiça. **9 fatos que você precisa saber sobre a Lei Maria da Penha**. Modificada em: 22/12/2017. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/10/9-fatos-que-voce-precisa-saber-sobre-a-lei-maria-da-penha>>. Acesso em: 04 dez. 2018.

OEA. Comissão Interamericana De Direitos Humanos. Relatório anual 2000, relatório nº 54/01, **caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil**, 4 de abril de 2001. Disponível em: <<https://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>>. Acesso em: 04 dez. 2018.

LAPA, Fernanda Brandão. **Clinica de Direitos Humanos: uma proposta metodológica para a educação jurídica no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014.

LOURENÇO, Clície Aparecida Pereira; AFONSO, Maria Lúcia Miranda. **Educação em Direitos Humanos no Ensino Superior: Estratégias Políticas, Teóricas e Metodológicas**. Publicada na Revista Competência, Porto Alegre - RS, v.8, n.1, p. 83-100, jan/jul 2015.

MARREIRO, Liana Siqueira do Nascimento; RODRIGUES, Maxweel Veras; SOUZA, Werlon Marques; RODRIGUES, Elana Flavia de Sousa; TEIXEIRA, Linnik Israel Lima; CAVALCANTE, Sueli Maria de Araújo. **Educação em Direitos Humanos: Reflexões Contemporâneas nas Instituições de Ensino Superior**. Disponível em <[https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/181082/101\\_00078.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/181082/101_00078.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 10 out. 2018.

PETRY, Alexandre Torres. **A (não) Cultura dos Direitos Humanos no Ensino**. Publicado nos anais da 38ª Reunião Nacional da ANPEd, do GT11, de Política da Educação Superior, Trabalho 33, em 2017.

PIOVESAN, Flavia. **Educação em Direitos Humanos no Ensino Superior**. Texto que serviu como base às palestras realizadas no seminário A Contribuição da Universidade na Formação em Direitos Humanos, em João Pessoa, e na A Participação das Universidades no México e na América Latina na Agenda do Decênio e nos Programas Nacionais de Educação sobre Direitos Humanos, proferida no Seminário Internacional sobre Educação Superior em Direitos Humanos na América Latina e Caribe; todas no ano de 2003.

SENADO. Senado Notícias. **Lei Maria da Penha**. Escrito por: Helena Daltro Pontual. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/lei-maria-da-penha>>. Acesso em: 28 nov. 2018.  
SENADO. Senado Notícias. **Lei Maria da Penha foi reconhecida pela ONU como uma das mais avançadas do mundo, registra Ana Amélia**. Publicada em: 04/08/2011. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2011/08/04/lei-maria-da-penha-foi-reconhecida-pela-onu-como-uma-das-mais-avancadas-do-mundo-registra-ana-amelia>>. Acesso em 04 dez. 2018.

STAUDT, Jéferson Luis; SILVA, André Luiz dos Santos. **A Promoção dos Direitos Humanos em uma Instituição de Ensino Superior: Relato de Uma Experiência do Projeto Diversidade**. Publicado em R. Eletr. de Extensão, ISSN 1807-0221 Florianópolis, v. 14, n. 25, p. 124-141, 2017. Disponível em <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/extensio/article/view/1807-0221.2017v14n25p12>>. Acesso em: 10 out. 2018.

TOSI, Giuseppe; ZENAIDE, Maria de Nazaré Tavares. **Os Direitos Humanos na Educação Superior no Brasil: Tendências e Desafios**. Publicado nos anais do 7º Encontro Anual da ANDHEP - "DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E DIVERSIDADE", UFPR, Curitiba PR, GT – Ensino e Educação em Direitos Humanos, em 2012.

TREVISAM, Elisaide. **Educação em Direitos Humanos no Ensino superior como garantia de uma cultura democrática**. Publicado na Revista Acadêmica Direitos Fundamentais, Osasco - SP, Ano 5 n.5, em 2011.

UNIVILLE. Universidade da Região de Joinville – Univille. **Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica**. Disponível em: <[https://www.univille.edu.br/pt\\_br/institucional/proreitorias/prppg/setores/coordenacao\\_pesquisa/pibic\\_pibpg/598508](https://www.univille.edu.br/pt_br/institucional/proreitorias/prppg/setores/coordenacao_pesquisa/pibic_pibpg/598508)>. Acesso em: 16 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Universidade da Região de Joinville – Univille. **Cadernos de Iniciação científica**. Disponível em: <<https://www.univille.edu.br/pt-BR/a-univille/proreitorias/prppg/setores/area-pesquisa/Caderno-de-Iniciacao-Cientifica/index/724040>>. Acesso em: 16 out. 2018.

\_\_\_\_\_. Universidade da Região de Joinville – Univille. **Identidade Institucional**. Disponível em: <[https://www.univille.edu.br/pt\\_br/institucional/univille/identidade\\_institucional/878661](https://www.univille.edu.br/pt_br/institucional/univille/identidade_institucional/878661)>. Acesso em: 07 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Universidade da Região de Joinville – Univille. **Estatuto da Univille**. Disponível em: <[http://univille.edu.br/community/novoportal/VirtualDisk.html?action=downloadFile&file=Estatuto\\_da\\_Univille\\_Atualizado.pdf&current=/>](http://univille.edu.br/community/novoportal/VirtualDisk.html?action=downloadFile&file=Estatuto_da_Univille_Atualizado.pdf&current=/>)>. Acesso em: 08 dez. 2018.

## 7. ANEXOS

### Artigos publicados nos Cadernos de Iniciação Científica V.6, V.7 e V.8



GRÁFICO 1

#### Título dos Artigos V.6, 2005:

1. “História de Mulheres em Situação de Violência - Joinville 1991/2003”, escrito por Janine Gomes da Silva e Arselle de Andrade Fontoura.

#### Título dos Artigos V.7, 2005:

1. “Experiências de mulheres no Centro de Atendimento à Vítima de Crime de Joinville”, escrito por Sara Simas e Janine Gomes da Silva;

2. “Discursos e representações acerca das mulheres que vivenciaram situações de violência doméstica em Joinville”, escrito por Wagner Krüger Michels e Arselle de Andrade da Fontoura;

3. “Mulheres, violência e imprensa: A notícia que é divulgada na cidade de Joinville (1998-2003)”, escrito por Rafael Vicente e Janine Gomes da Silva;

4. “Lembranças sobre partos e parteiras: Histórias e memórias femininas em Joinville”, escrito por Jeisa Rech e Janine Gomes da Silva;

5. “História de uma delegacia: Ocorrências de violência contra mulheres em Joinville”, escrito por Israel Aparecido Gonçalves e Arselle de Andrade da Fontoura.

#### Título dos Artigos V.8, 2006:

1. “A agressão vem a público: Quando as marcas denunciam”, escrito por Sara Simas e Janine Gomes da Silva;

2. “Vivências femininas: Histórias sobre namoro e casamento com base em memórias das moradoras”, escrito por do Ancionato Bethesda Suzany Angeli e Janine Gomes da Silva;

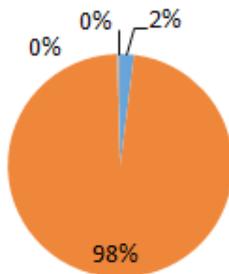
3. “Diferentes narrativas sobre os mesmos delitos: Versões de vítimas, autores e testemunhas sobre a violência doméstica em Joinville (1995-2003)”, escrito por Filipe Ferrari e Janine Gomes da Silva;

4. “A violência sexual e suas narrativas: Um olhar sobre os inquiridos policiais da Delegacia de Proteção à Mulher, à Criança e ao Adolescente de Joinville”, escrito por Emersson Tabaldi e Arselle de Andrade da Fontoura;

5. “Os perímetros do prazer: Mapeamento das casas de prostituição de Joinville”, escrito por Adriano Francisco Denardi e Janine Gomes da Silva.

GRÁFICO 1

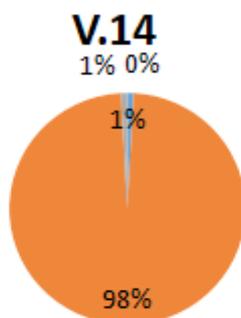
### Artigos publicados no Caderno de Iniciação Científica V.9, V.10 e V.11



- Artigos relacionados à mulheres
- Artigos diversos
- Artigos relacionados à questões étnicas
- Artigos relacionados à questões de gênero

GRÁFICO 2

### Artigos publicados no Caderno de Iniciação Científica V.12, V.13 e V.14



- Artigos relacionados à mulheres
- Artigos diversos
- Artigos relacionados à questões étnicas

#### Título dos Artigos V.9, 2007:

1. "A ocupação negra na região da Baía da Babitonga: Os registros de filhos de escravos a partir da Lei do Ventre Livre", escrito por Denilson B. Wessling e Sandra P. L. de Camargo Guedes;
2. "Masculinidades e violência doméstica: Outras 358 narrativas sobre mulheres em situação de violência (Joinville – 1995/2004)", escrito por Filipe Ferrari e Janine G. da Silva;
3. "Quando a maternidade é questionada: Histórias de mulheres em situação de aborto em Joinville (1995 a 2005)", escrito por Sara Simas e Janine Gomes da Silva;
4. "Civismo, patriotismo e resistência: A participação de mulheres joinvilenses durante o período militar", Roberta Elena do Nascimento e Janine Gomes da Silva.

#### Título dos Artigos V.10, 2008:

1. "A evidência da linguagem da violência na fala das mulheres", escrito por Priscila Richter, Márcia Gomes de Oliveira, Marly Krüger de Pesce e Lucinda Clarita Boehm.

#### Título dos Artigos V.11, 2009:

Houve 40 artigos no total, sendo que entre esses, nenhum era com temas relacionados aos Direitos Humanos.

#### Título dos Artigos V.12, 2010:

1. "Da clausura às ruas: a presença das mulheres religiosas nos meios populares de Joinville", escrito por Fernanda Mara Borba e Janine Gomes da Silva.

#### Título dos Artigos V.13, 2011:

1. "A aplicação das leis contra a escravatura de São Francisco do Sul vista pela Câmara de Vereadores", escrito por Mardjory Luçoli Windmiller e Sandra P. L. de Camargo Guedes.

#### Título dos Artigos V.14, 2012:

Houve 39 artigos no total, entre esses, nenhum era com temas relacionados aos Direitos Humanos.

GRÁFICO 3

### Artigos publicados no Caderno de Iniciação Científica V.15, V.16 E



#### Título dos Artigos V.15, 2013:

1. “Gênero e direitos políticos: a representação da mulher no Poder Legislativo joinvilense”, escrito por Maíta Medeiros e Silva e Fernanda Brandão Lapa.

#### Título dos Artigos V.16, 2014:

1. “Literatura infantil juvenil com temática afro: usos e recursos em sala de aula”, escrito por Evandro Gruber e Sueli de Souza Cagneti.

#### Título dos Artigos V.17, 2014:

Houve 39 artigos no total, entre esses, nenhum era com temas relacionados aos Direitos Humanos.

GRÁFICO 4

### Artigos publicados no Caderno de Iniciação Científica V. 18 e V.19



#### Título dos Artigos V.18, 2015:

1. “A identidade artística feminina na região de Joinville”, escrito por Maria Augusta Drechsel e Nadja de Carvalho Lamas.

#### Título dos Artigos V.19, 2016:

1. “Representações do Brasil em Museus Africanos: o comércio atlântico de escravos representado pelo Slave History Museum, na Nigéria”, escrito por Cícero Daniel Cardoso, Sandra Paschoal Leite de Camargo Guedes.

GRÁFICO 5  
**ARTIGOS PUBLICADOS ENTRE OS ANOS  
 DE 2005 E 2016**

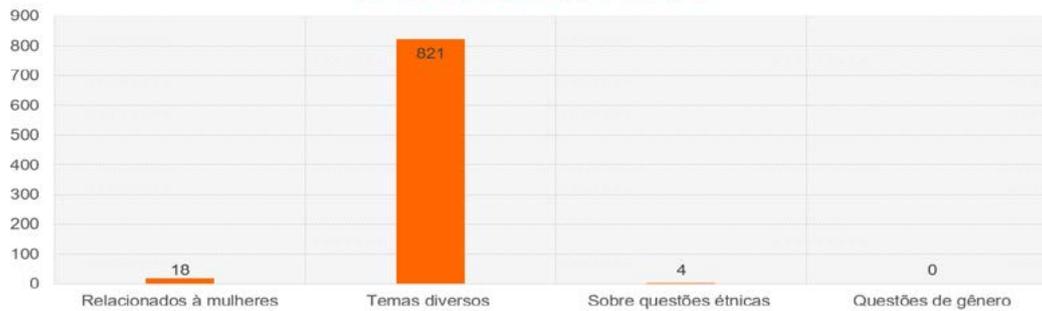


Gráfico de Artigos publicados na Iniciação Científica, dos anos de 2005 a 2016. Houve no total 859, entre esses 18 eram com temas relacionados às Mulheres e 4 às Questões Étnicas.

GRÁFICO 6

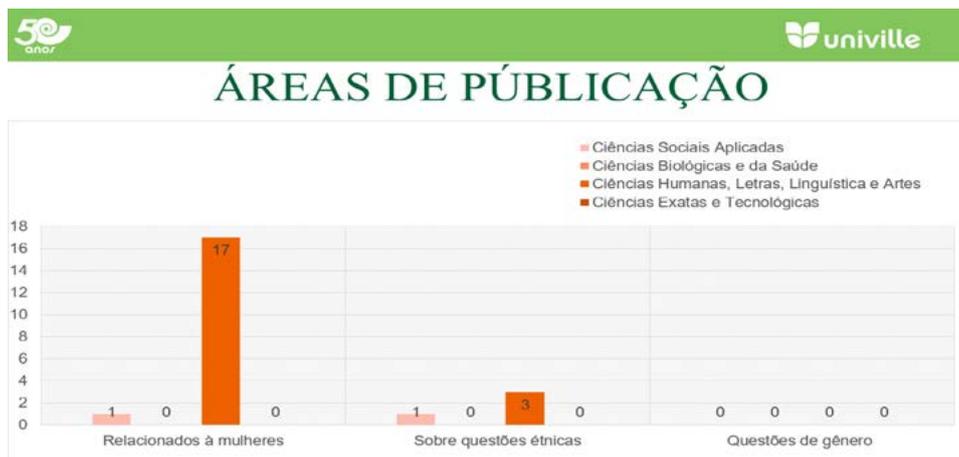


Gráfico de Artigos na iniciação científica, dos anos de 2005 a 2016, em relação às suas áreas.

## O PACTO PELA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS NA UNIVILLE

Luciana Vicente<sup>30</sup>  
 Amandae Reimer<sup>31</sup>  
 Sirlei de Souza<sup>32</sup>

### RESUMO

O objetivo desse estudo é discutir a implantação da Educação em Direitos Humanos no ensino superior, especialmente na Universidade da Região de Joinville – Univille. Tal questão consta nas Diretrizes Nacionais para Educação em Direitos Humanos (Leis nº 9.131, de 24 de novembro de 1995, e 9.394, de 20 de dezembro de 1996, com fundamento no Parecer CNE/CP nº 8/2012, homologado por Despacho do Senhor Ministro de Estado da Educação, publicado no DOU de 30 de maio de 2012). Inicialmente, ir-se-á tratar sobre a criação do Pacto Universitário pela Promoção do Respeito à Diversidade, da Cultura da Paz e dos Direitos Humanos, iniciativa feita em conjunto pelo Ministério da Educação e Ministério da Justiça e Cidadania para promoção da Educação em Direitos Humanos dentro das Instituições de Ensino Superior (IES). Abordar-se-á o lançamento do Pacto em Santa Catarina, em agosto de 2017; ocasião esta em que a Univille foi a primeira universidade do Estado a aderir ao Pacto. Em seguida, se apresentará a metodologia utilizada para a implantação do Pacto na Univille que culminou a criação do Comitê de Educação em Direitos Humanos – CEDH. Então, expor-se-á os desafios sucedidos para a implementação de ações de ensino, pesquisa, extensão e gestão relacionadas à Educação em Direitos Humanos no ambiente universitário repleto de diferenças culturais e sociais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito, Direitos Humanos, Educação em Direitos Humanos, Pacto Universitário.

### 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo abordará a temática Direitos Humanos com o viés na educação no Ensino Superior. Sendo que, a Univille foi a primeira universidade de Santa Catarina a aderir ao Pacto de Educação em Direitos Humanos, em agosto de 2017, fortalecendo desta forma iniciativas já existentes na Instituição em busca da efetivação de espaços humanizados e a cultura da diversidade.

O método utilizado para a implantação dos objetivos descritos no Pacto foi através da criação do Comitê de Educação em Direitos Humanos com o objetivo de disseminar campanhas para a sensibilização na promoção desses Direitos, convivência na diversidade e o combate contra toda forma de preconceito, violência e discriminação dentro do espaço universitário.

Foram iniciadas as reuniões e atividades do grupo gestor em setembro de 2017 e, para o ano de 2018, foi planejado a criação do Comitê de Educação em Direitos Humanos da Univille. A comissão organizadora do Pacto é composta por professores, alunos, a equipe administrativa da universidade e dos colégios da Univille.

Em 2018 o grupo priorizou a comunicação em Direitos Humanos com enfoque na diversidade relacionado à imigrantes, mulheres, LGBTQ+, negros, indígenas, quilombolas e ciganos; compreendendo o espaço universitário como privilegiado para a sensibilização e conscientização de toda a comunidade acadêmica, envolvendo os docentes e discentes.

O lançamento do Comitê ocorreu na semana da Comunidade em agosto do ano em questão e nos meses seguintes foram lançadas campanhas de sensibilização para a comunidade acadêmica contra o machismo, homofobia, racismo e a promoção da diversidade. No decorrer desse artigo analisaremos a implementação dessas campanhas e os impactos decorridos das mesmas nas redes sociais da Instituição.

<sup>30</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: luciana.vicente@univille.br.

<sup>31</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: amandae.reimer@hotmail.com

<sup>32</sup> Pró-Reitora de Ensino e professora adjunta da Universidade da Região de Joinville (Univille). Graduada em História pela Univille, Mestre em História do Brasil pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e doutoranda em Comunicação e Cultura pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). E-mail: professorasirlei@gmail.com.

## 2. O PACTO PELA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS NA UNIVILLE

Os Direitos Humanos firmaram-se ao longo do tempo em nosso meio social e, não obstante as intensas lutas que rodearam a história da humanidade, muitos direitos incorporaram-se nas normas legais brasileiras, onde transformaram as reivindicações em garantias, concedendo segurança jurídica para aqueles que não se encontravam resguardados.

Apesar disto debates sobre os temas de Direitos Humanos ainda são essenciais para ressaltar a importância de promover a Educação em Direitos Humanos (EDH) que de fato alcance os pontos necessários para alterar os paradigmas atuais e contribuir para a transformação social. A Educação em Direitos Humanos deve buscar informar e dar conhecimento, partindo da ideia que é com base nesse conhecimento onde se torna possível a reivindicação de uma vida com qualidade, sem opressão, exclusão ou discriminação (LAPA, 2014).

Ou seja, para Educar em Direitos Humanos se deve ir além da mera transmissão de conteúdo, do repasse de informações ou de leituras dissociadas da realidade. Esta educação se torna efetiva e real quando perpassar as vivências estabelecidas no cenário educacional atingindo todo o contexto de que aquele indivíduo faz parte.

A Educação em Direitos Humanos busca uma formação para a vida e a convivência em sociedade, respeitando um ao outro, aceitando as diferenças e diversidades; deseja-se que o indivíduo se torne conscientizado e empático com as causas e situações alheias. O maior objetivo é promover iniciativas de respeito à diversidade, enfrentamento ao preconceito, violência e indiferença dentro do ambiente universitário em face de situações em que violem os Direitos Fundamentais.

Afinal, em tempos difíceis e conturbados por inúmeros conflitos, nada mais urgente e necessário que educar em direitos humanos, tarefa indispensável para a defesa, o respeito, a promoção e a valorização desses direitos. (BRASIL, 2007, p.22) como assim a referência é Brasil?

O meio encontrado para alcançar esse propósito foi o desenvolvimento de atividades de ensino, pesquisa, extensão e gestão para a promoção e a proteção dos Direitos Humanos dentro das Instituições de Ensino Superior.

Em que, a legislação para fundamenta esta prática, em conjunto com o Ministério da Educação e Ministério da Justiça e Cidadania para promoção da Educação em Direitos Humanos dentro das Instituições de Ensino Superior. Foram criadas as Diretrizes Nacionais para Educação em Direitos Humanos, que surgiu com o propósito de manter o que foi garantido pela Carta Magna, ressaltando:

Art. 2º A Educação em Direitos Humanos, um dos eixos fundamentais do direito à educação, refere-se ao uso de concepções e práticas educativas fundadas nos Direitos Humanos e em seus processos de promoção, proteção, defesa e aplicação na vida cotidiana e cidadã de sujeitos de direitos e de responsabilidades individuais e coletivas. (Resolução CNE/CP 1/2012. Diário Oficial da União, Brasília, 31 de maio de 2012 – Seção 1 – p. 48).

A Constituição Federal em seu art. 1º declara que temos como direitos fundamentais a dignidade da pessoa humana e no artigo 5º estabelece que todos são iguais perante a lei, garantindo a liberdade, igualdade e proteção de todos residentes no país.

As Diretrizes Nacionais fundamentam-se nos seguintes princípios: dignidade humana; igualdade de direitos; reconhecimento e valorização das diferenças e das diversidades; laicidade do Estado; democracia na educação; transversalidade, vivência e globalidade; e sustentabilidade socioambiental. No que se refere à Univille, seu Estatuto preconiza:

Art. 5.º A Univille tem como finalidade promover e apoiar a educação e a produção da ciência por meio do ensino, da pesquisa e da extensão, contribuindo para a sólida formação humanística e profissional, objetivando a melhoria da qualidade de vida da sociedade. (Estatuto da Univille, 2016).

A Constituição Federal em seu art. 1º declara que temos como direitos fundamentais a dignidade da pessoa humana e no artigo 5º estabelece que todos são iguais perante a lei, garantindo a liberdade, igualdade e proteção de todos residentes no país.

As Diretrizes Nacionais fundamentam-se nos seguintes princípios: dignidade humana; igualdade de direitos; reconhecimento e valorização das diferenças e das diversidades; laicidade do Estado; democracia na educação; transversalidade, vivência e globalidade; e sustentabilidade socioambiental. No que se refere à Univille, seu Estatuto preconiza:

Art. 5.º A Univille tem como finalidade promover e apoiar a educação e a produção da ciência por meio do ensino, da pesquisa e da extensão, contribuindo para a sólida formação humanística e profissional, objetivando a melhoria da qualidade de vida da sociedade. (Estatuto da Univille, 2016).

E ainda, consta no artigo 7º do mesmo Estatuto de 2016 que “no cumprimento de suas finalidades, a Univille adotará os princípios de respeito à dignidade da pessoa e de seus direitos fundamentais, proscrevendo quaisquer tipos de preconceito ou discriminação.”

Na Univille, a partir da assinatura do Pacto em 2017, optou-se por criar o Comitê de Educação em Direitos Humanos, para difundir e promover os valores dos Direitos Humanos. O grupo é formado por professores, coordenadores, funcionários e alunos da universidade e dos colégios, sendo estes das unidades de Joinville – Bom Retiro e Centro –, São Francisco do Sul e São Bento do Sul. Foi acordado que ocorreriam encontros mensais com o objetivo de produzir e lançar campanhas que atinjam o maior número possível de integrantes da comunidade acadêmica.

O lançamento do deste foi realizado na Semana da Comunidade, onde os alunos da universidade, do colégio e os demais visitantes da comunidade conheceram o Comitê e lhes foi apresentado como seria o seu modo de funcionamento para o decorrer do ano. As temáticas abordadas para 2018 foram contra o machismo, a homofobia, o racismo e a promoção de direitos humanos em todas as suas diversidades.

Ao lançar tais campanhas de sensibilização o Comitê vislumbrou criar canais de comunicação com a comunidade acadêmica de forma geral e especificamente com os estudantes em um primeiro momento. A sua criação e as atividades tem como objetivo proporcionar aos estudantes um espaço de diálogo e de denúncia para possíveis atos que venham ocorrendo no espaço universitário e que violem os Direitos Humanos.

### **3. METODOLOGIA**

A metodologia utilizada foi a bibliográfica e exploratória, com abordagem quali-quantitativa, em que se analisou como foi a implementação do Pacto Universitário dentro das unidades da Univille, a criação do Comitê em Educação em Direitos Humanos e o andamento das campanhas de sensibilização para os temas relacionados aos Direitos Humanos.

Para esse estudo, foram utilizadas as atas das reuniões do Comitê Gestor do Pacto de 2017 e 2018, que ocorreram mensalmente no Campus Bom Retiro em Joinville e compareciam representantes de todas as unidades. E ainda, para o desenvolvimento do artigo usufruiu-se de materiais localizados digitalmente por intermédio de pesquisa específica.

Ressalta-se que durante as reuniões eram realizadas oficinas com temas relacionados aos Direitos Humanos; em que se coletaram dados dentro da instituição sobre ações de ensino, pesquisa, extensão e convivência. Após isso, o Comitê fez uma avaliação das atividades que deveriam ser realizadas.

As campanhas foram realizadas através da plataforma Facebook e Instagram, na página oficial da Univille, onde após um período realizavam-se as análises em relação às informações obtidas, sendo os comentários averiguados pela equipe de comunicação que imediatamente passava um relatório aos integrantes do Comitê para que houvesse as respostas sobre os pontos ressaltados.

### **4. DAS CAMPANHAS PARA A PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

As campanhas foram decididas durante as reuniões onde todos puderam expor suas ideias a fim de se chegar a temas específicos de maior relevância para o ano de 2018, onde se acordou que os

temas pertinentes para serem abordados por campanhas de sensibilização seriam contra o machismo, a homofobia, o racismo e, por último, a promoção em direitos humanos-diversidades.

Cada tema foi mensalmente veiculado por intermédio das plataformas sociais da Univille, optou-se por esses meios devido ao alcance que as redes sociais têm junto aos estudantes e comunidade acadêmica em geral. Para o pensador da área da Comunicação no Brasil, Muniz Sodré (2014, p. 109), vivemos em um tempo em que as redes sociais permeiam todas as relações humanas, uma espécie de “bios midiático (ou biosvirtual)”, onde as relações são mediadas pelos meios de comunicação mais do que pela presencialidade.

Quem acompanha a performance das campanhas nessas redes sociais é a equipe de comunicação da Univille que diariamente observa o alcance, mensagens e curtidas em cada campanha publicada. Já foram publicadas quase todas as campanhas previstas, faltando apenas a última que será lançada após o término deste artigo (dezembro de 2018) que terá o tema relacionado à promoção dos Direitos Humanos em que se vinculará a comemoração dos 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Importante destacar que todas as campanhas indicam um espaço que em que a comunidade acadêmica pode procurar para falar sobre qualquer questão relacionada à violência aos Direitos Humanos, sobretudo se ela violência foi sofrida pelo próprio estudante. Tal espaço, a Central de Relacionamento com o Estudante (CRE) foi indicado pelo grupo tendo como base a Política de Relacionamento com o Estudante da Univille que diz que:

A participação/integração dessas pessoas na Universidade vem possibilitando a troca de experiências que resulta em diferentes perspectivas educacionais e sociais. Nesse contexto, o ensino superior recebe um novo olhar que pode ser inicialmente de estranhamento, negação, aceitação ou indiferença, mas, sobretudo, representa um outro olhar que não será modificado se essas pessoas não estiverem fazendo parte das relações que se estabelecem no cotidiano das práticas universitárias. Assim, a política de relacionamento com os estudantes da Univille baseia-se no compromisso com o fortalecimento de uma educação cada vez mais inclusiva, assegurando o acesso e permanência de todos os estudantes.(UNIVILLE, 2015).

Todas as campanhas indicam a Central de Relacionamento com o Estudante como um espaço de acolhimento para a discussão, denúncia e promoção dos Direitos Humanos. Nesse primeiro momento os integrantes do Comitê compreenderam que o foco principal das Campanhas deveriam ser os acadêmicos em todos os níveis de ensino, devendo para os próximos anos, o Comitê, planejar outras intervenções para atingir os demais membros da comunidade acadêmica.

#### ■ 4.1 CAMPANHA CONTRA O MACHISMO

A liberdade e a igualdade entre homens e mulheres são consideradas universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, como afirma o primeiro artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Porém, na pesquisa realizada pela Skol junto com o IBOPE, em 2017, foi descoberto que o machismo é o preconceito mais enraizado no país e encontra-se presente no cotidiano de 99% dos brasileiros; e Kering Foundation, em pesquisa do mesmo ano, afirma que 40% das mulheres acima de 16 anos já sofreram algum tipo de assédio.

Entre os dias 20 e 29 de setembro de 2018 foi publicada a campanha contra o machismo no facebook da Univille. A comunicação foi feita através de posts com imagens e frases que é muito comum ser ouvido no dia a dia por mulheres.

A campanha do dia 20 de setembro alcançou mais de 18.987 pessoas e tiveram 582 reações – dentre elas compartilhamentos, comentários e curtidas –; no dia 27 de setembro foi lançada outra campanha a qual alcançou 1.100 pessoas e teve 7 reações; em 29 de setembro foi feita a última comunicação do mês obteve 1.267 pessoas alcançadas e 11 reações. Abaixo uma das campanhas publicadas qual teve a maior repercussão do mês.

Univille Universidade  
20 de setembro às 16:03

Não tenha medo, a Universidade está ao seu lado. Se sofrer qualquer tipo de assédio ou discriminação, procure:  
Joinville - campus Bom Retiro  
Central de Relacionamento com o Estudante  
(47) 3461-9020 ou cre@univille.br... Ver mais

18.987 Pessoas alcançadas

582 Reações, comentários e compartilhamentos

422	304	118
Curtir	Na publicação	Em compartilhamentos
65	55	10
Amei	Na publicação	Em compartilhamentos
8	8	0
Haha	Na publicação	Em compartilhamentos
3	1	2
Triste	Na publicação	Em compartilhamentos
2	2	0
Grr	Na publicação	Em compartilhamentos
18	14	4
Comentários	Em uma publicação	Em compartilhamentos
64	63	1
Compartilhamentos	De uma publicação	Em compartilhamentos

Fonte: Facebook Univille

As frases publicadas tinham o objetivo de chocar as pessoas, visando a mudança de atitudes e comportamentos. Frases como “lugar de mulher é na cozinha, com a pia cheia de louça para lavar” foram selecionadas para alertar o quanto este tipo de comportamento ainda é presente nos dias de hoje e como fere a imagem da mulher.

Em cada publicação, a Univille oferecia apoio com a seguinte frase: “Não tenha medo, a universidade está ao seu lado. Se sofrer qualquer tipo de assédio ou discriminação procure a Univille, Central de Relacionamento do Estudante”.

#### ■ 4.2 DA CAMPANHA CONTRA A HOMOFOBIA

Um levantamento de dados realizado pelo Grupo Gay da Bahia (GGB) apontou que, em 2017, 445 lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBTQ+) foram mortos em crimes motivados por homofobia, quase uma vítima a cada 19 horas. Esse levantamento mostra a necessidade de trabalhar a questão da homofobia, tendo que a Educação em Direitos Humanos ser tratada de forma emergencial para que esse número pare de crescer cada vez mais.

A campanha contra homofobia foi lançada dia 5 de outubro de 2018 alcançando 11.740 pessoas, 229 reações. As publicações fazem referência a frases homofóbicas que acontecem no dia-a-dia, como “Então quem é o homem da relação?” ou ainda “É falta de ter tido um homem de verdade”. Frequentemente ouve-se relatos de agressões verbais, físicas e psicológicas em relação às pessoas que integram esta comunidade, mostrando o quanto o preconceito precisa ser combatido ainda nos dias de hoje.

**Univille Universidade**  
5 de outubro

Deixe nos comentários outras frases homofóbicas que você conhece. Faça parte da nossa campanha!  
Não tenha medo, a universidade está ao seu lado. Se sofrer qualquer tipo de assédio ou discriminação, procure:  
Joinville campus Bom Retiro... Ver mais

**Homofobia**

"Vendo bem que eu sou... Pedestres fazem, pessoas dentro de grupos também passam a girar. É uma frase que ficou desapaixonadamente comum!"

"Já na primeira série, me chamavam de bicha. Eu nem sabia o que era isso. Por ser diferente, por fazerem que eu estava no banheiro errado, na fila errada."

"Eu não estou sendo homofóbico, você é que está sendo muito sensível."

"Vendo... quem é o homem de relação?"

"É falta de ter lido um homem de verdade?"

**Em 2018, 153 pessoas LGBTI já foram mortas no Brasil vítimas de preconceito**  
Grupo Gay da Bahia

**NÃO QUEIRA FAZER PARTE DESSE GRUPO**  
Exclua a Homofobia

15.233 Pessoas alcançadas  
2.140 Envolvimentos  
Boost Again

Atividade recente

**Desempenho da sua publicação**  
15.233 Pessoas alcançadas

366 Reações, comentários e compartilhamentos

161 Curtir	130 Na publicação	31 Em compartilhamentos
48 Amei	Na publicação	3 Em compartilhamentos
3 Haha	3 Na publicação	0 Em compartilhamentos
25 Triste	22 Na publicação	3 Em compartilhamentos
1 Grr	1 Na publicação	0 Em compartilhamentos
104 Comentários	58 Em uma publicação	46 Em compartilhamentos
27 Compartilhamentos	24 De uma publicação	3 Em compartilhamentos

1.774 Cliques em publicações

1.055 Visualizações da foto	0 Cliques no link	719 Outros cliques
-----------------------------	-------------------	--------------------

Fonte: Facebook Univille

Essa campanha foi veiculada no mês de outubro/2018, mês esse em que a conjuntura política nacional estava extremamente acirrada. O País passou por uma grande polarização eleitoral, vindo à tona manifestações violentas de preconceito. Nesse contexto, a campanha contra a Homofobia veiculada nas redes sociais da Universidade causou um grande impacto e passou a ser um palco para manifestações exacerbadas de preconceito. Diante da violência expressada nos comentários referentes à campanha o Comitê optou por tirá-la do ar, uma vez que o principal objetivo estava sendo desvirtuado e a campanha sendo apropriada por partidários de uma postura homofóbica.

#### ■ 4.3 CAMPANHA CONTRA O RACISMO

Outro tema bastante polêmico nos dias atuais é o Racismo. Um levantamento feito pelo Atlas da Violência em 2017 lançado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, mostrou que a cada 100 pessoas assassinadas, 71 são negras, onde os negros possuem 23,5% mais chances de serem assassinados em relação as outras raças. Nesse número, a maioria são homens, jovens e de baixa escolaridade.

**Univille Universidade**  
11 de novembro às 09:30

54% da população é afrodescendente (IBGE, 2015).  
Agora diga: O racismo faz sentido?  
Não tenha medo, a universidade está ao seu lado. Se sofrer qualquer tipo de assédio ou discriminação, procure... Ver mais

**O percentual de negros assassinados no Brasil é 132% maior do que o de brancos.**  
IPEA, 2013.

**RESPEITE A IGUALDADE E PROMOVA A JUSTIÇA**  
#RacismoNão

ABRIL 2018  
CEDH

univille

Abrir no Messenger  
Enviar mensagem

16.727 Pessoas alcançadas  
2.417 Envolvimentos  
Boost Again

**Desempenho da sua publicação**  
16.727 Pessoas alcançadas

777 Reações, comentários e compartilhamentos

337 Curtir	234 Na publicação	103 Em compartilhamentos
27 Amei	24 Na publicação	3 Em compartilhamentos
13 Haha	4 Na publicação	9 Em compartilhamentos
5 Uau	2 Na publicação	3 Em compartilhamentos
82 Triste	69 Na publicação	13 Em compartilhamentos
4 Grr	3 Na publicação	1 Em compartilhamentos
254 Comentários	122 Em uma publicação	132 Em compartilhamentos
58 Compartilhamentos	58 De uma publicação	0 Em compartilhamentos

1.640 Cliques em publicações

153 Visualizações da foto	3 Cliques no link	1.484 Outros cliques
---------------------------	-------------------	----------------------

**FEEDBACK NEGATIVO**

0 Ocultar publicação	0 Ocultar todas as publicações
0 Denunciar como spam	0 Descurtir Página

A atividade de informações é informada no horário do Pacífico. A atividade dos anúncios é informada no fuso horário da sua conta de anúncios.

Fonte: Facebook Univille

Nesse mês também foi realizado na universidade a Semana da Consciência Negra com o tema “Respeite a igualdade e promova a Justiça”. O objetivo da campanha foi mostrar a importância da população negra na cidade e sua atuação em diversos setores da sociedade joinvilense. As ações e interações foram realizadas através do Comitê de Educação em Direitos Humanos, Núcleo de Estudos Afro-brasileiros da Universidade e o Núcleo de Educação Jurídica e Direitos Humanos em parceria também com a Secretaria de Educação e Conselho Municipal de Promoção da Igualdade Racial (COMPIR) de Joinville.

O historiador e professor Dilney Cunha esteve presente realizando uma palestra que conta a invisibilidade da cultura negra em Joinville; conforme exposto em seu livro “História do Trabalho em Joinville”, a mão de obra escrava foi constantemente utilizada na construção da cidade de Joinville, mas foi omitida pelos colonizadores europeus que afirmam ter sido uma colonização feita por brancos.

Outro momento importante da Semana da Consciência Negra realizada na Univille foi à exposição “Sobre Nós” que aconteceu no bloco A da universidade, destacando rostos de pessoas importantes e reconhecidas sendo elas negras, que fazem parte de movimentos sociais, esporte, comunicação e entre outros; sendo que todas as atividades eram abertas aos alunos e a comunidade.

#### ■ 4.4 CAMPANHA PELA PROMOÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: DIVERSIDADE E COMEMORAÇÃO DOS 70 ANOS DA DECLARAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Por fim, para o ano de 2018, o Comitê de Educação em Direitos Humanos da Univille irá abordar o tema diversidade e realizará uma abordagem em relação à Comemoração dos 70 anos da Declaração dos Direitos Humanos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos completará 70 anos no ano que vem em tempos de desafios crescentes, quando o ódio, a discriminação e a violência permanecem vivos, disse a diretora-geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), Audrey Azoulay (UNESCO, 2017).

Em agosto de 2018, site Carta Capital, mostrou uma pesquisa feita pelo Instituto Ipsos que mostrou que 66% dos brasileiros acreditam que os direitos humanos foram feitos para proteger brandidos, sendo 79% dessa percepção vista pela população da região norte do Brasil.

Segundo o levantamento do Ipsos, 54% dos brasileiros concordam com a frase “os direitos humanos não defendem pessoas como eu”. Para Jurema Werneck, diretora executiva da Anistia Internacional no Brasil, o falho acesso aos direitos humanos gera uma distorção em seu conceito básico de universalização. [...] ‘Esses direitos ainda não são uma concretude na vida de cada pessoa, e o Brasil não os realiza como deve. Numa sociedade desigual, onde direitos de todos não são alcançados por todos, quem alcança é um privilegiado. É uma população branca, urbana, que está em grande parte no Sudeste do país’, analisa (CARTA CAPITAL, 2018).

Não resta dúvida de que há muito que se falar e esclarecer em relação ao que os Direitos Humanos significam. Por isso cada vez mais as universidades são vistas como um ambiente privilegiado para discutir esses temas. Essa última campanha poderá ser acessada pelo facebook da Univille, a qual deixará exposta todas demais campanhas também.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um dos principais desafios para implantação do Pacto Universitário dentro da universidade pode ser identificado na dificuldade de aglutinar todos os segmentos em reuniões periódicas, sistemáticas onde se possa alinhar o grupo, construir uma compreensão do que seja Direitos Humanos e de como disseminar este conceito em toda comunidade acadêmica.

O Comitê de Educação em Direitos Humanos da Univille tem como objetivo tomar força institucional ao ponto de pensar política e ações que permeie o ensino, a pesquisa, a extensão e, sobretudo a convivência e a conduta dentro e da Universidade.

Pode-se concluir que o estudo da diversidade dentro do ambiente universitário é de suma importância para o bom relacionamento entre todos os membros da comunidade acadêmica, devendo haver espaços formais para que todos possam se manifestar contra o preconceito, dando o devido atendimento àqueles que sofrem assédios ou violências – tanto físicas, verbais ou psicológicas –; sendo de suma importância o acolhimento e a resolução das denúncias de forma institucional.

Após a criação do Comitê, foi possível desenvolver estratégias para que a comunidade universitária respeite as diferenças e saibam enfrentar o preconceito; sendo possível mostrar às pessoas que se sentem prejudicadas em relação aos temas abordados que a universidade se importa com elas e que a mesma realiza ações para modificar esse quadro.

Sendo que, já foram lançadas três campanhas e ainda têm como objetivo, até final do ano, lançar a última campanha onde será tratado a diversidade de um modo geral, sobretudo o respeito aos Direitos Humanos, uma vez que se comemora em 10 de dezembro os 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Acredita-se em uma comunidade universitária justa e aberta as mudanças – de pensamento, ações e ideologias –, aceitar o próximo com suas diferenças, é o primeiro passo para se criar uma sociedade com igualdade e garantir a dignidade da pessoa, fundamentos que constam em na Constituição Federal e fazem parte dos princípios morais e éticos.

O Comitê de Educação em Direitos Humanos da Univille acredita na possibilidade de vivermos em ambientes de diversidade em que a diferença nos fortaleça e para que isso se transforme em realidade, continuará seu trabalho envolvendo toda a comunidade acadêmica em prol da defesa e do respeito aos Direitos Humanos.

## 6. REFERÊNCIAS

ATAS. **Atas das Reuniões dos encontros mensais do Comitê em Educação de Direitos Humanos**. Disponíveis na Clínica de Direitos Humanos da Univille, sala C-310.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo, SP: Saraiva, 2018. 55ª ed. p 2 e 3.

\_\_\_\_\_. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. Disponível em: <[http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=2191-plano-nacional-pdf&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=2191-plano-nacional-pdf&Itemid=30192)>. Acesso em: 18 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação/Conselho Nacional de Educação. **Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos**. Brasília: MEC/CNE, 2012.

LAPA, Fernanda Brandão. **Clínica de Direitos Humanos: uma proposta metodológica para a educação jurídica no Brasil**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014.

OLIVEIRA, Caroline. **Atlas da violência: negros e jovens são as maiores vítimas**. Carta Capital, 05 de junho de 2017. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/atlas-da-violencia-2017-negros-e-jovens-sao-as-maiores-vitimas/aceso26/11/2018>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

PORTAL, MEC. **Pacto Universitário de Educação em Direitos Humanos**. Disponível em: <http://edh.mec.gov.br/pacto>. Acesso em: 02 out. 2018.

REVISTA GLAMOUR. **Violência contra a mulher**. Globo.com, São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://revistaglamour.globo.com/Lifestyle/Must-Share/noticia/2017/11/violencia-contra-mulher-no-brasil-e-no-mundo-dados-sao-assustadores>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Preconceito mais praticado no Brasil é o machismo**. Globo.com, São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://revistaglamour.globo.com/Lifestyle/Must-Share/noticia/2017/10/pesquisa-revela-que-preconceito-mais-praticado-no-brasil-e-o-machismo>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

SODRÉ, Muniz. **A Ciência do Comum**. Notas para o método comunicacional. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

UNESCO. **Declaração dos Direitos Humanos chega aos 70 anos em meio a desafios crescentes**. ONUBR, 08 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/unesco-declaracao-dos-direitos-humanos-chega-aos-70-anos-em-meio-a-desafios-crescentes>>. Acesso em: 26 de nov. de 2018.

UNIVILLE, Universidade da Região de Joinville. **Política de relacionamento com os estudantes**. Joinville, SC, 2015. Disponível em: <[www.univille.com.br/centralderelacionamentocomestudante](http://www.univille.com.br/centralderelacionamentocomestudante)>. Acesso em: 18 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Univille**. Joinville, 2016. Disponível em: <[http://univille.edu.br/community/novoportal/VirtualDisk.html?action=downloadFile&file=Estatuto\\_da\\_Univille\\_Atualizado.pdf&current=/>](http://univille.edu.br/community/novoportal/VirtualDisk.html?action=downloadFile&file=Estatuto_da_Univille_Atualizado.pdf&current=/>)>. Acesso em: 28 de nov. 2018.

VALENTE, Jonas. Levantamento **aponta recorde de mortes por homofobia no Brasil em 2017**. Agencia Brasil, Brasília, 18 de Janeiro de 2018. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-01/levantamento-aponta-recorde-de-mortes-por-homofobia-no-brasil-em>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

WELLE, Deutsche. **Como o Brasil lida com os direitos humanos**. Carta Capital, 28 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/como-o-brasil-lida-com-os-direitos-humanos/acesso26/11/2018>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

# A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA EDUCAÇÃO PRÉ-ESCOLAR E SEUS IMPACTOS NO ORÇAMENTO PÚBLICO

Nelson Nogueira Amorim Filho<sup>33</sup>

Kawanna Alano Soares<sup>34</sup>

Sirlei de Souza<sup>35</sup>

## RESUMO

O presente trabalho é resultado das discussões do Núcleo de Estudos Jurídicos e Direitos Humanos da Univille, ligado ao Programa Institucional de Pesquisa em Direito (PIP). Tem por objetivo discutir a questão da judicialização das políticas públicas na área da educação, especialmente na educação pré-escolar, bem como seus impactos no orçamento público. Observa-se a importância de natureza prática da temática uma vez que na legislação brasileira, bem como nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, o direito à educação é declarado no conjunto dos direitos fundamentais e humanos, configurando-se um direito de todos e dever do Estado. Todavia, há um longo caminho a ser percorrido para que todos, sem distinção, o exerçam plenamente. Recorrer ao Poder Judiciário pode ser uma das possibilidades de efetivá-lo, mas há que se considerar os impactos dessas ações no orçamento público. Assim, nossa problematização será em torno das referidas políticas como direitos humanos e fundamentais, trazendo à discussão a problemática da judicialização do tema. A metodologia é qualitativa, do tipo bibliográfica. O método é dedutivo com nível de aprofundamento descritivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Humanos, Educação, Políticas Públicas, Orçamento Público.

## 1. INTRODUÇÃO

No período em que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 completa sua terceira década, persiste a tensão decorrente da judicialização das políticas públicas na área da educação, em especial na educação infantil, através das crescentes demandas judiciais que buscam o acesso às creches e pré-escolas, entre outras medidas, e os impactos na gestão financeira e orçamentária dos municípios.

É sabido que os direitos básicos relacionados à educação ainda são negados a uma grande parcela da população, em grande medida pela omissão estatal, o que se traduz em índices alarmantes de desrespeito à dignidade da pessoa humana. Tal omissão estatal se traduz no baixo investimento público nesta área.

As políticas públicas são formas de o Estado racionalizar seus gastos, e de promover, de acordo com critérios de escolha e necessidade, a quantidade dos recursos que serão direcionados às ações no âmbito da educação. Contudo, tratando-se de direitos sociais, como a educação infantil, há certa dificuldade na ação positiva do Estado, visto que além da má gestão dos recursos e das políticas públicas há limitação orçamentária.

A matéria, portanto, apresenta dificuldades, e possibilita amplo espaço para o debate. Diante desta realidade de ineficiência estatal, o Poder Judiciário surge como provedor da justiça distributiva, ao atender demandas judiciais em que se postulam ações positivas do Estado. Tais decisões têm o condão de interferir no orçamento dos entes estatais, desfalecendo com planejamentos pré-estabelecidos e comprometendo substancialmente o orçamento do Estado como um todo.

Neste diapasão, de embate entre a macrojustiça e a microjustiça, entre o mínimo existencial e a reserva do possível, entre os próprios Poderes constituídos e a noção de Estado Democrático de Direito, o presente trabalho buscará trazer um panorama destas questões.

<sup>33</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: nelson-nogueira2@hotmail.com

<sup>34</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: kawannaalano@gmail.com

<sup>35</sup> Pró-Reitora de Ensino e professora adjunta da Universidade da Região de Joinville (Univille). Graduada em História pela Univille, Mestre em História do Brasil pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e doutoranda em Comunicação e Cultura pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). E-mail: professorasirlei@gmail.com.

## 2. DO DIREITO À EDUCAÇÃO E AS NORMAS NACIONAIS E INTERNACIONAIS

O direito à educação se encontra amparado nas normas internacionais e nacionais, devido ao seu caráter fundamental para o desenvolvimento do indivíduo à própria condição humana; ocorre que além da sua personalidade individual, este detém peculiaridades coletivas, pois o Estado trouxe para si as responsabilidades de fornecer, além de políticas educacionais, ações afirmativas que possibilitem o indivíduo de alcançar o seu fim.

Este direito só foi visto como social no artigo 6º da Constituição de República de 1988, onde o Estado brasileiro se obrigou oficialmente à garantir os meios de alcançar uma educação de qualidade; apesar de ser um dever compartilhado com a família e a sociedade, em que estas deverão incentivar, promover e colaborar para o seu pleno alcance - o artigo 4ª do Estatuto da Criança e do Adolescente declara sendo prioridade desses sujeitos a educação.

É mais abrangente que o da mera instrução. A educação objetiva propiciar a formação necessária ao desenvolvimento das aptidões, das potencialidades e da personalidade do educando. O processo educacional tem por meta: (a) qualificar o educando para o trabalho; (b) prepará-lo para o exercício consciente da cidadania. O acesso à educação é uma das formas de realização concreta do ideal democrático (MELLO, 1986. p. 533).

Sendo princípios reguladores do ensino: I) dignidade da pessoa humana, pois o direito que se fornece ao indivíduo de poder reivindicar seus direitos só é possível ser alcançado através da educação; II) igualdade de condições para o acesso e permanência escolar; III) Liberdades de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar pensamentos, a arte e o saber; IV) Pluralismo de Ideias e de Concepções Pedagógicas e Coexistência de Instituições Públicas e Privadas de Ensino; V) Gratuidade do Ensino Público em Estabelecimentos Oficiais; VI) Valorização dos Profissionais de Educação Escolar; VII) Gestão Democrática do Ensino Público; VIII) Garantia de Padrão de Qualidade; IX) Piso Salarial para os Profissionais da Educação Escolar Pública.

A educação é o meio pelo se emancipa o indivíduo, além de abrir caminhos para uma vida mais digna, fornece as ferramentas para acabar com as injustiças e desenvolver uma sociedade mais justa e com menos discrepâncias.

*Trata-se de uma forma de buscar justiça social, haja vista que todos merecem um lugar de respeito na sociedade e a educação é o mecanismo capaz de transformar a sociedade, de proporcionar a todos mais igualdade de oportunidades além do desenvolvimento pessoal e profissional.<sup>36</sup>*

No âmbito internacional este direito consta como fundamental na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no preâmbulo que expõe:

*Agora portanto a Assembléia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade tendo sempre em mente esta Declaração, esforce-se, por meio do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades [...]* (Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos)

E ainda na Declaração Mundial sobre Educação para Todos, que foi realizada na Conferência de Jomtien - Tailândia, em 5 à 9 de março de 1990, expõe que no decorrer dos anos, todos os países tiveram como prioridade temas distintos da Educação e que esta – apesar de apresentar grandes deficiências na época e atualmente – deveria ser melhorada e acessível à todas as pessoas independente de condição financeira, gênero e etnia.

O Estado tem o dever de garantir o acesso a uma educação completa e de qualidade, de tal forma que este direito é assegurado por intermédio dos três poderes - executivo, legislativo e judiciário -, onde os poderes fiscalizariam as responsabilidades de cada um.

<sup>36</sup> “O Direito à Educação como Direito Fundamental de Justiça Social”, escrito por Caio Rivas.

Sendo que, recai sobre o Município o dever de garantir o acesso à educação infantil das crianças de zero à cinco anos; a Lei 9394/96<sup>37</sup> explica em seu artigo 11º que incube a responsabilidade deste em disponibilizar educação infantil em creches e pré-escolas. E ainda fora exposto pela Constituição Federal de 1988:

*Art. 30. Compete aos Municípios: [...]*

*VI - manter, com a cooperação técnica financeira da União e do Estado, programas de educação infantil fundamental; [...]*

*Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...]*

*IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças de zero à cinco anos de idade; [...]*

*Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino [...]*

*§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.*

Devido ao poder de fiscalização, o Judiciário é apto para decidir sobre a entrada e permanência das crianças nas escolas; obrigando o Município a fornecer educação àqueles que não conseguiram vagas, devido à obrigatoriedade legal/normativa e a possível ineficácia dos Municípios em investirem verbas suficientes para que todas as crianças conseguissem vagas em escolas e CEI's.

O ato de inserir as crianças em filas de espera afrontam o princípio da isonomia - pilar essencial da democracia explicitada na Carta Magna; pois esta detém prerrogativas indisponíveis de tal forma a assegurar o desenvolvimento completo.

Desta forma o Judiciário, poderá efetuar o seu poder perante o Executivo por intermédio de sentenças mandamentais, onde obriga o fornecimento de vagas e desta forma, põe em prática o princípio da educação universal àqueles que recorrem ao judiciário. Não sendo esta atitude ofensiva a tripartição dos poderes nem as responsabilidades exclusivas da administração, pois a interferência busca corrigir conduta omissiva da administração municipal em face de um dever seu atribuído pelo constituinte - sendo pacífica a matéria jurisprudencial a respeito<sup>38</sup>.

### **3. DO ORÇAMENTO PÚBLICO E DA INTERFERÊNCIA MEDIANTE JUDICIALIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO**

Leciona o grande jurista Baleeiro (2002), que as civilizações se desenvolveram exigindo demandas cada vez maiores por parte do Estado. Esse ente, o Estado, segundo Harada (2017) tem por finalidade básica a promoção do bem comum, fomentando o bem-estar e conduzindo a um modelo de sociedade que permita o pleno desabrochar das potencialidades humanas, conforme descrito na Constituição.

O Estado, para atingir as finalidades que se propõe na carta magna desenvolve várias atividades, tutelando determinadas demandas públicas.

Esta nova configuração de Estado, segundo Silva (2012) deve atender às novas necessidades, em todas as suas dimensões, no âmbito de todos os entes federativos, ou seja, "todas as pessoas jurídicas de direito público que integram o Estado devem ser capazes de satisfazer as necessidades gerais da população".

Para Baleeiro, há certa dificuldade em se estabelecer critério único e válido sobre o quais seriam as necessidades públicas, mas traça alguns critérios:

A necessidade é pública quando, em determinado grupo social, costuma ser satisfeita pelo processo do serviço público, isto é, quando o Estado, ou outra pessoa do direito público,

<sup>37</sup> BRASIL. Diretrizes e bases da educação nacional, Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm)>. Acesso em: 08 dez. 2018.

<sup>38</sup> Como consta na resposta ofertada pelo Ministério Público ao ofício encaminhado, como explica o tópico de Metodologia a seguir.

para satisfazê-la, institui ou mantém um regime jurídico e econômico especial, propício a sua obrigatoriedade, segurança, imparcialidade, regularidade ou continuidade, a cargo de seus agentes ou por delegação a pessoas sob sua supervisão. Necessidade pública é toda aquela de interesse geral, satisfeita pelo processo do serviço público. É a intervenção do Estado para provê-la, segundo aquele regime jurídico, que lhe dá o colorido inconfundível. A necessidade torna-se pública por uma decisão dos órgãos políticos. (BALEIRO. 2002, p. 97).

Nesse sentido, afirma Silva (2012, p. 50) que:

[...] a partir da definição de necessidade pública, extrai-se uma conclusão importante a respeito da forma como o orçamento do Estado é aplicado, através de decisões políticas. Assim, o poder legislativo e o poder executivo escolhem, definem as prioridades, estabelecem planejamentos, como entes democraticamente eleitos, e a partir da lei, definem as áreas em que os recursos serão empregados.

As necessidades públicas, as demandas crescentes apresentadas a este novo Estado Democrático Social de Direito, não são atendidas integralmente, já que existem limitações, não de elaboração de leis ou de uma Constituição incompleta, mas de falta de efetividade do Estado. Há especialmente limitações orçamentárias, matéria de grande debate na doutrina com o conceito de reserva do possível. Contudo, antes de adentrarmos nas limitações do Estado em atender as demandas trazidas pela população, mister se faz discorrer brevemente sobre o orçamento em si. Nas lições de Baleiro (2002, p. 112), o orçamento é:

[...] ato pelo qual o Poder Legislativo prevê e autoriza ao Poder Executivo, por certo período e em pormenor, as despesas destinadas ao funcionamento dos serviços públicos e outros fins adotados pela política econômica ou geral do país, assim como a arrecadação das receitas já criadas em lei.

O autor cita quatro aspectos fundamentais do orçamento: o jurídico (com a natureza do orçamento seguindo os ditames legais e constitucionais); político (com o direcionamento dos recursos a determinados grupos sociais, regiões, e através de prioridades e necessidades etc); econômico (que se relaciona com a capacidade de recursos, através do comparativo gastos/receitas); e por fim, o aspecto técnico (em que a partir de estudos e planejamentos, se busca a máxima efetivação dos fins indicados no orçamento).

A questão orçamentária no nosso país, para a execução de políticas públicas compreende três fases: a elaboração do Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual. São fases que estabelecem as diretrizes, metas e prioridades da Administração Pública. Todos os atos de execução do orçamento são contabilizados à medida que se processam, de acordo com as regras técnicas estabelecidas em lei. Segundo Silva (2012):

*A judicialização das políticas públicas reforça debates a respeito de seu impacto sobre a liberdade e a democracia. Porém, dada a importância do orçamento público, do equilíbrio entre receitas e gastos públicos dentro de um planejamento elaborado, os impactos financeiros não podem ser relegados ao segundo plano. O grande desafio para a questão orçamentária se dá no tocante às sentenças que compelem a prestações positivas por parte do Estado. Tais prestações são comumente urgentes ou de prazo exíguo, o que impede a sua contemplação em leis orçamentárias.*

O reconhecimento realístico do direito à educação e a interferência direta do poder judiciário na questão orçamentária deu definitivamente somente pelo julgamento do RE 467255, em 22 de fevereiro de 2006, pelo Supremo Tribunal Federal, consta da decisão:

*CRIANÇA DE ATÉ SEIS ANOS DE IDADE. ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA. EDUCAÇÃO INFANTIL. DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV). COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO*

**CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO. DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.**

A decisão destaca expressamente:

*A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV)3, o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal.*

Na decisão restou claro que a oferta de creche não se qualifica como um ato discricionário da Administração Pública e “nem se subordina às razões de puro pragmatismo governamental”. Os municípios “não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo artigo 208, IV da Lei Fundamental da República, que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa”. Segundo FERREIRA, L. A.M., CURY, C.R.J (2010, p. 53):

*Mais a frente, com a aprovação da emenda constitucional nº 53/09 e da pressão de muitos educadores, a educação infantil foi contemplada com um percentual do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, cuja regulamentação se deu pela Lei nº 11.494/2007, no artigo 36.*

Após esta decisão do STF e da Lei nº 11.494/2007, os reflexos foram sentidos por todos os interessados, segundo Cury (2010), dos tribunais às prefeituras, isto porque, se a justiça anteriormente não reconhecia expressamente este direito<sup>39</sup>, com a decisão do Supremo Tribunal Federal passou a dar efetividade a tal comando, obrigando os municípios a ofertarem a creche a toda criança, desde que o pai ou responsável manifestasse interesse. Isto porque o pai não tem a obrigação de matricular o filho na creche, mas, sim, na educação básica obrigatória e gratuita dos 04 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade (Art. 208, I da CF e Lei nº 13.005/2014).

No entanto, a partir do momento que manifesta o desejo de colocar a criança na creche, surge, em contrapartida, a obrigação do Poder Público (município) de oferecê-la em quantidade e qualidade suficientes.

Ademais, o município passou a receber um valor do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB, para garantir este direito. Em síntese: reconheceu expressamente o direito à creche e garantiu-lhe o financiamento.

#### **4. METODOLOGIA DE PESQUISA**

O propósito do artigo era o estudo descritivo – por intermédio de leitura de textos e artigos - e exploratório, com uma abordagem qualitativa e quantitativa, feito através da análise dos processos Judiciais das Varas de Joinville que envolvessem pedidos de matrículas ao município.

Sobre o estudo descritivo, utilizaram-se os textos obtidos por pesquisa no Google e na Biblioteca Virtual da Univille, utilizando como palavras-chaves “direito à educação”, “direito fundamental educação” e entre outras, vide referências.

<sup>39</sup> Antes desta decisão, havia posicionamentos judiciais contrários ao direito da creche, fundamentando-se no sentido de que a creche não se enquadraria como direito público subjetivo, posto que não é considerada obrigatória e que o PJ não poderia interferir na esfera da decisão discricionária do Poder Executivo, em face do princípio constitucional da separação dos poderes.

Já para a pesquisa exploratória, se buscou analisar os processos em que solicitavam vagas em escolas e CEI's, contra o município de Joinville; pelo fato de envolver um menor os processos são privados, então se enviou Ofícios solicitando as informações para: I) Promotor de Justiça da 4ª Vara PJ da Comarca de Joinville; II) Promotora de Justiça da 17ª PJ da Comarca de Joinville; III) Defensora Pública da 5ª Defensoria Pública do Núcleo Regional de Joinville; IV) Defensora Pública da 3ª Defensoria Pública do Núcleo Regional de Joinville; V) Defensor Público da 2ª Defensoria Pública do Núcleo Regional de Joinville; VI) Defensor Público da 4ª Defensoria Pública do Núcleo Regional de Joinville; e VII) Juiz de Direito da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Joinville. Os objetos da investigação, além dos textos citados no decorrer do artigo e nas referências, seriam os processos sobre a matéria.

Onde, no Ofício constava:

*O Núcleo de Educação Jurídica e Direitos Humanos (NEJUDH), vinculado ao Programa Institucional de Pesquisa em Direito (PIP) da Universidade da Região de Joinville – Univille, vem por meio deste, solicitar cooperação dessa Promotoria de Justiça para que nos forneça informações sobre judicialização das políticas públicas na área da educação infantil/pré-escolar, no que concerne a:*

- 1. Quantidade de ações ajuizadas requerendo matrícula de crianças em creches/CEI's no período de 2014 até o momento (2018);*
- 2. Quantidade de ações favoráveis, determinando que o município procedesse a matrícula dos menores no período de 2014 até o momento (2018).*
- 3. O Custo adicional por matrícula (quanto o município teve que gastar além da previsão feita para aquele período).*

*Solicitamos que os dados sejam enviados até o dia 20 de novembro, em decorrência do prazo para apresentação do artigo científico.*

*Ressaltamos que a pesquisa empírica serve como ferramenta de gestão judicial e de parâmetros para ações do Ministério Público e Defensoria Pública, além de ter grande importância para formulação de políticas públicas por parte do Executivo.*

É necessário que, além de pensarmos em eliminar conflitos que vão surgindo nos casos concretos, as instituições que compõem o sistema de justiça brasileiro se organizem de modo produtivo e eficaz para efetivação dos direitos humanos/fundamentais, só o podendo fazer se dispuserem de dados/estatísticas que lhes dê suporte para o aprimoramento da gestão da justiça.

Esperou-se retorno, que ocorreu apenas do Ministério Público - onde apresentou a petição inicial da Ação Civil Pública número 0905644-43.2017.8.24.038, que visava regularizar a defasagem de vagas nos CEI's do Município -, então buscando atingir a finalidade do artigo procurou as informações necessárias por outros meios.

## **5. RESULTADOS E PONDERAÇÕES**

A única resposta obtida perante os ofícios encaminhados a diversas instituições fora do Ministério Público, que encaminhou a petição inicial protocolada na Ação Civil Pública que buscava regularizar a defasagem nos CEI's do Município em relação às vagas, sendo o número do processo 0905644-43.2017.8.24.03.

Em face da falta de retorno das outras instituições não se pode analisar com mais afinco as consequências de tais ações, que apesar de serem constitucionais, abalam o orçamento municipal; devido à falta de informações não há possibilidade de mensurar tais custos ao Município e Estado.

O MP se mostrou instituto ativo e eficiente nestes casos, por fornecer a devida assistência aos pais de crianças que não conseguiram vagas em creches e CEI's; sendo que se tal órgão não fosse efetivo em suas ações, muitas famílias teriam de arranjar outros meios para poderem propiciar educação básica as suas proles.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar do artigo em questão não poder ter tido a possibilidade de analisar os impactos da judicialização das políticas públicas na educação pré-escolar, pode-se compreender que, este pedido é constitucionalmente legal e juridicamente aceito. Ao analisar a petição inicial encaminhada pelo Ministério Público – em face do ofício solicitando-a – percebeu-se que tais questões já estão pacificadas no judiciário.

E ainda que, as condenações favoráveis ao pedido em questão obrigam o Município a melhorar as escolas, CEI's e creches de tal forma que consiga englobar todas as crianças da cidade; sendo que tais decisões não são recomendadas a longo prazo em decorrência dos impactos causados no orçamento público, mas servem para demonstrar a fiscalização dos outros órgãos perante ao cumprimento dos encargos municipais.

O dever de fornecer educação básica é incumbido ao Município por normas específicas e diretas, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Constituição Federal da República do Brasil e pela Lei Municipal número 5.629/2006 de Joinville onde declara que “estabelece as diretrizes do sistema municipal de educação”, prevendo de igual maneira a sua obrigatoriedade.

O direito a educação é inescusável, detendo caráter social, catalogado no rol de Direitos Fundamentais de Segunda Geração; devendo este ser fornecido em quantidade e qualidade necessária para o atendimento de todos da população – de condições de igualdade de conteúdo e aproveitamento. E como citado na petição inicial fornecido pelo Ministério Público a “por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental”.

A ação de colocar menores em uma fila de espera para vagas em escolas, creches e CEI's fere a Constituição Federal e o princípio da isonomia; sendo assim, deverá o Município com auxílio do Estado, fornecer vagas e estruturas necessárias para abarcar todas as crianças de forma igual.

## 7. REFERÊNCIAS

ÂMBITO JURÍDICO. **O direito à educação e suas perspectivas de efetividade**. Escrito por: Vilma José de Souza Alves. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=15775](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15775)>. Acesso em: 25 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **O direito à educação infantil na legislação atual**. Escrito por: Graziela Nasato. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=15874](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15874)>. Acesso em: 25 nov. 2018.

BALEEIRO, Aliomar. Uma introdução à ciência das finanças. 16 ed. rev., e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BRASIL. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p. BRASIL. Constituição(1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 25 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Câmara dos Deputados, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. DOU de 16/07/1990 – ECA. Brasília, DF. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 25 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Diretrizes e bases da educação nacional**, Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm)>. Acesso em: 08 dez. 2018.

CURY, C.R.J e FERREIRA, L.A.M. **A judicialização da educação**. IN: FERREIRA, A.M.F. Temas de Direito à Educação. São Paulo: Imprensa Oficial: Escola Superior do Ministério Público, 2010, p. 53-94.

**Direito à educação e direitos na educação em perspectiva interdisciplinar** / organizado por Nina Beatriz Stocco Ranieri e Angela Limongi Alvarenga Alves. – São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito à Educação/Universidade de São Paulo (USP), 2018. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0026/002627/262765por.pdf>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

FUNDAÇÃO TELEFÔNICA. **O direito à educação: garantias legais**. Publicada em: 02 de dezembro de 2016. Disponível em <<http://fundacaotelefonica.org.br/promenino/trabalho infantil/dca/o-direito-a-educacao-garantias-legais/>>. Acesso em: 24 out. 2018.

HARADA, Kiyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 26 ed. rev., e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

JUSBRASIL. **O Direito à Educação como Direito Fundamental de Justiça Social**. Escrito por: Caio Rivas. Publicado em: 2016. Disponível em: <<https://caiorivas.jusbrasil.com.br/artigos/381198775/o-direito-a-educacao-como-direito-fundamental-de-justica-social>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

MELLO FILHO, José Celso. **Constituição Federal anotada**. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

NASATO, Graziela. **O direito à educação infantil na legislação atual**. Publicada no site Âmbito Jurídico, 2015. Disponível em <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=15874](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15874)>. Acesso em: 25 out. 2018.

SOUZA, Bruno Villani. **A judicialização das políticas públicas na área da saúde e seus impactos no orçamento dos municípios do estado do Paraná**. 2012. 72p. Monografia - Universidade Federal do Paraná, Curitiba.

SOUSA, Eliane Ferreira de. **Direito à educação : requisito para o desenvolvimento do País**. São Paulo : Saraiva, 2010. -- (Série IDP). Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502146655/cfi/0>>; na Biblioteca Virtual da Univille. Acesso em: 25 nov. 2018.

UNESCO. **O Direito à educação e os direitos na educação**. Organizado por Nina Beatriz Stocco Ranieri e Angela Limongi Alvarenga Alves. – São Paulo: Cátedra UNESCO de Direito à Educação/Universidade de São Paulo (USP), 2018. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0026/002627/262765por.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2018.

UNICEF. **Declaração Mundial sobre Educação para Todos (Conferência de Jomtien – 1990)**. Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10230.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10230.htm)>. Acesso em: 25 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acesso em: 25 nov. 2018.

## MAL - ESTAR DISCENTE: E QUANDO A EDUCAÇÃO NÃO É LIBERTADORA?

Dra. Luana de Carvalho Silva Gusso<sup>40</sup>

Gleidse de Oliveira Gonçalves<sup>41</sup>

Briggida Gabriele Rocha<sup>42</sup>

Joelma de Amorim<sup>43</sup>

### RESUMO

A educação superior brasileira tem apresentado significativa expansão nos últimos anos. Ocorre que, este crescimento não tem apresentado tantos resultados positivos e o que percebemos atualmente é o adoecimento tanto de docentes, quanto discentes. Desse modo, o presente artigo visa apresentar um recorte do cenário atual educacional brasileiro, com apontamentos de situações vivenciadas por estudantes do ensino superior, das quais, resultam em diminuição da qualidade de vida e têm ocasionado um variado quadro de doenças, como por exemplo: ansiedade e depressão. Comumente, nos deparamos com diversas notícias que abordam violências sofridas por alunos inseridos no âmbito educacional, sejam elas, físicas, sexuais ou psíquicas, mas pouco se têm abordado os reflexos que tais situações ocasionam para a formação discente. Assim, o presente estudo se dará por intermédio de pesquisas realizadas na internet com notícias e dados sobre a realidade educacional, assim como, uma pesquisa bibliográfica, perpassando distintos campos do saber, como Pedagogia, Psicologia e Direito. Trazendo conceitos e os dispositivos legais que amparam a necessidade de uma educação digna e significativa para a sociedade. Esse diagnóstico inicial permitirá compreender como a Educação vem sendo proposta ou implementada no ensino superior, o que permitirá fazer a reflexão entre a teoria e a prática. Conhecido o cenário atual, será possível efetuar reflexões que contribuirão para se conseguir maior efetividade em uma educação de fato, libertadora.

**PALAVRAS-CHAVE:** Educação Superior, Mal-Estar, Direito, Saúde.

### 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa desenvolver uma análise preliminar do atual cenário educacional brasileiro, com foco principal no ensino superior, especialmente, a realidade discente. Frente à expansão das universidades no Brasil e as crescentes políticas adotadas para garantir o acesso e a permanência dos estudantes nas universidades, constatamos altos índices de evasão e adoecimento tanto docente, quanto discente, o que caracteriza uma relação contraditória entre a teoria e a prática educativa.

Com o passar dos anos, nas últimas décadas, as instituições de ensino superior – IES vêm apresentando amplo crescimento, observando-se uma acentuada explosão das instituições privadas de 2001 até os dias atuais. Assim, nesse seguimento, o Brasil tem o seu desenvolvimento marcado como sendo um dos países que abrange mais privatizados e mercantilizados no que concerne ao ensino superior.

O número de matrículas na Educação Superior no Brasil, entre 2007 e 2017, aumentou 56,4%. A média de crescimento anual é de 4,6%; em relação a 2016, a variação positiva é de 3,0%, atingindo em 2017 o percentual de 8,3 milhões de matrículas (INEP, 2017, p.13). Houve um crescimento em 2017 das IES privadas com uma participação de 75,3% (6.241.307) no total de matrículas de graduação de 2017. A rede pública, portanto, participa com 24,7% (2.045.356).

Em relação a 2016, o número de matrículas na rede pública aumentou em 2,8%, enquanto a rede privada no mesmo período registrou um crescimento de 3,0%. Quando comparamos os anos de 2007 e 2017, observa-se um aumento no número de matrículas de 59,4% na rede privada e de 53,2% na

<sup>40</sup> Professora na Universidade da Região de Joinville – Univille. E-mail: lu\_anacarvalho@yahoo.com.br.

<sup>41</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: gleidse\_og@hotmail.com.

<sup>42</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: briggida12@hotmail.com.

<sup>43</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: amorimjo@bol.com.br.

rede pública (INEP, 2017)<sup>44</sup>. Diante dos registros, podemos perceber que o nosso sistema de educação superior apresenta maior crescimento atualmente na esfera privada, sendo necessário um investimento mais significativo nas redes públicas.

Com a expansão do ensino, surgiram cada vez mais cobranças correspondentes ao mercado de trabalho. Ao passo dos índices de crescimento do ingresso dos estudantes, novas necessidades de mercado foram surgindo e as cobranças sobre uma “mão de obra qualificada” foram tornando-se cada vez mais exigentes.

O ensino superior tornou-se “obrigatório” para ascensão profissional, junto com uma série de requisitos que aos poucos se somam e sobrecarregam os estudantes, e a finalidade desta etapa estudantil aos poucos, vai se perdendo em meio ao caos que assombra as universidades, chegando a ser assustadora a realidade vivenciada por uma grande parte dos universitários brasileiros.

## 2. A DEMOCRATIZAÇÃO DO ENSINO E A REALIDADE UNIVERSITÁRIA

Nossa Carta Magna de 1988, afirma que a educação é reconhecida como um direito de cidadania. Como se infere no artigo 205 “a educação é um direito de todos e deverá ser promovida visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (CRFB, 1988). Entretanto, os desafios são inúmeros para que realmente esse direito seja de todos, pois ainda vivemos em uma sociedade em que a desigualdade social vem se perpetuando ao longo do tempo. De acordo com ZAGO (2006):

A efetiva democratização da educação requer certamente políticas para ampliação do acesso e **fortalecimento do ensino público**, em todos os seus níveis, mas requer também **políticas voltadas para permanência dos estudantes no sistema educacional de ensino** (p. 228). (grifo nosso).

São muitos os obstáculos e dificuldade que os estudantes enfrentam no decorrer da sua jornada, na maioria das vezes não tiveram uma formação anterior favorável, fazendo com que a desigualdade de oportunidades entre os estudantes ocupe lugar variável com relação a sua permanência nas IES.

Desse modo, garantir o ingresso não tem sido o suficiente, pois nem sempre, esse aluno conseguirá permanecer na educação superior, considerando os diversos fatores que dificultam a permanência desse aluno e contribuem para a evasão; dentre alguns dos motivos relacionados, podemos apontar os baixos recursos financeiros e a deficiência no histórico escolar.

Ainda, a grande maioria dos estudantes, precisa muitas vezes conciliar trabalho e estudo, o que no atual cenário encontra-se diretamente ligado ao grande número de evasão dos estudantes. Vejamos:

Os problemas financeiros e a necessidade de trabalhar fazem com que muitos estudantes abandonem os cursos das universidades federais, em especial os de alta demanda, como Medicina, Odontologia, Engenharias, pois estes cursos requerem disponibilidade dos estudantes em horário integral, ocupando, às vezes, todo o dia ou sendo oferecidos em horários variados, que impossibilitam a conciliação com o mundo do trabalho. Assim, **as universidades federais estão estruturadas para contemplar o estudante proveniente das classes dominantes**, que não necessita trabalhar e não o estudante-trabalhador e o trabalhador-estudante. Este fato se agrava, se levarmos em conta que **a demanda por bolsas é muito maior do que a oferta**. (PAULA, 2017, p. 311. Políticas de democratização da educação superior brasileira: limites e desafios para a próxima década). (grifo nosso).

Assim, é preciso que a educação superior reveja algumas prioridades, buscando alternativas para a inclusão social, como acolhimento pedagógico efetivo, criando uma forma com que esse estudante sinta-se parte deste ambiente, considerando que é seu direito participar democraticamente, independentemente de sua condição econômica, social e cultural.

<sup>44</sup> Fonte dos dados apresentados: [portal.inep.gov.br/web/guest/censo-da-educacao-superior](http://portal.inep.gov.br/web/guest/censo-da-educacao-superior)

Nesse contexto, é de extrema importância que as IES invistam na qualidade do ensino, buscando desenvolver projetos pedagógicos e implantar uma estratégia organizacional bem estruturada, considerando como objetivo o bem estar dos alunos, professores, e colaboradores; pois, um dos grandes desafios hoje na educação é buscar mecanismo para que o aluno sinta-se motivado e que mesmo diante das dificuldades ele perceba que as instituições além de educar, se fazem presentes para acolhê-lo, promover a qualidade de vida e saúde mental.

Vale ressaltar, que mesmo diante da expansão do ensino superior, não encontramos dados tão positivos em relação ao resultado correspondente ao crescimento. Ao constatar o resultado desse “avanço” nos números de IES e ingresso de alunos de distintas classes sociais, o que observamos foi o adoecimento tanto dos discentes como dos docentes, ocasionando um variado quadro de doenças, como por exemplo: ansiedade e depressão, das quais resultam em diminuição da qualidade de vida.

A realidade das IES têm se apresentado de forma distinta do que se espera e comumente, nos deparamos com diversas notícias que abordam violências sofridas por alunos inseridos no âmbito educacional, sejam elas, físicas, sexuais ou psíquicas e pouco se têm abordado os reflexos que tais situações ocasionam para formação discente.

A falta de infraestrutura e de condições saudáveis dentro das IES pode contribuir negativamente, tornando-se um ambiente estressante para o desenvolvimento dos discentes e docentes e é necessário entender a realidade, falar sobre as angústias e dificuldades que os alunos enfrentam e buscar soluções práticas e eficazes, pois o quadro atual vem se agravando consideravelmente nos últimos anos.

### **3. O PROFESSOR E O PROCESSO DE ENSINO E APRENDIZAGEM**

Atualmente, a Educação Brasileira é regida pela Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996; a qual estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tendo como finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (art.2º).

Desse modo, temos diversos marcos normativos que estabelecem uma educação pautada nas garantias de direito, para e que seja de fato, significativa na formação do educando, oferecendo uma educação de qualidade, como: a Base Nacional Curricular Comum, o Plano Nacional de Educação, os Parâmetros Curriculares Nacionais, entre outros documentos oficiais.

Mais do que uma simples formação superior, é necessário que o educador compreenda de fato a dimensão da sua atuação profissional; mais do que repassar conhecimentos a prática pedagógica requer uma reflexão constante sobre a prática realizada, pois o professor desenvolve um papel muito importante perante a sociedade, e esta é sem dúvida, a profissão base da sociedade, que perpassa distintos campos do saber e todas as profissões.

É importante mencionar que o processo de ensino e aprendizagem é constituído no âmbito educacional como uma via de mão-dupla, em que os sujeitos que compõe este cenário precisam se reconhecer como partes fundamentais para uma possível transformação na realidade social.

Ora, tanto professores, quanto estudantes devem ser protagonistas no processo de construção do saber e mesmo carregados de autonomia, são extremamente dependentes, pois é na troca de saber que o processo de ensino e aprendizagem se consolida.

Ao elaborar uma aula, o professor deve ponderar diversas circunstâncias, pois o aluno traz consigo diversos conceitos, tanto do seu cotidiano, como espontâneos que podem e precisam ser considerados em toda prática pedagógica que valorize uma aprendizagem de conceitos científicos. Tal processo é explicado por João Luís Gasparin:

Os educandos, como sujeitos aprendentes, ativos e participantes, realizam sua aprendizagem - auto-aprendizagem - a partir do que já sabem e na interação com seu professor e com seus colegas, isto é, na interaprendizagem. A interação constitui, desta forma, uma co-responsabilidade de professor e alunos no processo de aprendizagem (GASPARIN,2007, p.109).

Ainda, de acordo com Paulo Freire, é fundamental dar maior ênfase à formação permanente dos educadores:

[...] um dos programas prioritários em que estou profundamente empenhado é o de formação permanente dos educadores, por entender que os educadores necessitam de uma prática político-pedagógica séria e competente que responda à nova fisionomia da escola que se busca construir. (FREIRE, 1996, p. 80).

Para Paulo Freire, a formação permanente pressupõe que o educador e o educando compreendam-se como seres inacabados e que essa é uma condição humana que estimula o homem a se lançar na eterna busca pelo conhecimento de si mesmo e do mundo. Freire entende que essa é uma vocação ontológica e que, ao perceberem que o destino não está dado, os sujeitos possam, cada vez mais, ser capazes de reescrever suas histórias, contribuindo para a mudança da ordem social injusta que tanto desumaniza e oprime a sociedade (FREIRE, 1982).

Desse modo, entende-se que o professor é aquele que contribui ativamente no processo de ensino-aprendizagem, pois, possui um papel muito maior do que apontado em marcos normativos e sua atuação se estende bem mais do que é construído em sala de aula. O professor representa a esperança, a esperança para àqueles que lhe escutam, esperança para a sociedade que anseia por uma transformação social e esperança para ele mesmo, para que suas ideias perpassem por sua própria existência. Mas, isso requer compromisso, requer formação contínua e como Paulo Freire coloca, educar é ato de amor (1996).

#### **4. O PAPEL DO PROFESSOR E DO ALUNO NO PROCESSO DE ENSINO E APRENDIZAGEM**

No cenário atual, cada vez mais nos deparamos com notícias sobre alunos universitários que são acometidos de graves problemas psicológicos, muitos deles, devidos a relação com a instituição e os professores.

Desse modo, é possível observar que o âmbito educacional, incluindo as práticas de muitos docentes vem afetando de modo significativo os alunos. Partindo dessa premissa, verificamos que é necessário que o professor ao ingressar em sala de aula, deve estar preparado para trabalhar com a diversidade presente no âmbito acadêmico, visando incluir em sua prática profissional, as diversas realidades que perpassam o chão das IES.

É importante apontar que o papel do professor deve ser voltado a educar de forma saudável, apresentando um sentimento de sensibilidade e que leve a seus educandos uma imagem de realização e conquista. Ainda, a interação entre aluno e professor é um importante elemento para a educação e formação, bem como o processo de aprendizagem entre docente e discente, que deve ser interpessoal; pois acreditamos que é na troca de saber, que se constrói conhecimento.

É apenas quando o aluno se sente parte do ambiente e sujeito de sua própria história, que podemos falar em construção de saber. Não há como exigir conhecimentos quando não há uma relação prática com a realidade vivenciada por esse aluno, ainda mais, quando o mesmo se encontra em um ambiente opressor.

Nesse ponto, a criação de núcleos de atendimento psicológicos ao aluno vem crescendo cada vez mais e com isso percebemos que além da influência dos docentes nesse estado psíquico, outros fatores também são levados em consideração como a competitividade no ambiente acadêmico, o cansaço dos universitários, a cobrança no mercado de trabalho e na vida acadêmica. Frente a esta realidade, surgiram diversos movimentos, como a campanha “Não é normal”, da Frente Universitária de Saúde Mental, adotada por muitas IES como forma de alertar tanto os discentes como os docentes sobre a saúde mental dos alunos universitários.

Destarte, vários professores não se dão conta da importância e o impacto que possuem na vida do aluno, daí que vem o cuidado do docente em possuir um bom vínculo com os acadêmicos; por isso, o professor deve se empenhar para promover um ensino eficaz e o aluno se empenhar no processo de aprendizagem, assim, formando uma via de mão dupla na construção de conhecimentos.

Desse modo, pode-se afirmar com clareza que o professor aprende e adquire experiências com o aluno. Cunha (2004, p.155) afirma que “ser professor e ser aluno extrapola a relação de ensinar e aprender os conteúdos de ensino”. Assim, a forma como o professor e o aluno se relacionam na sala de aula traz o diferencial, tendo como resultado saber lidar com diversos problemas diferentes e de naturezas distintas.

Para Vasconcellos (2009, p.46) “O querer pode ser comparado ao vetor: tem módulo (intensidade), direção (foco) e sentido (atração ou repulsão).” E esse querer pode ser denominado pela: motivação, interesse, vontade, desejo, curiosidade, intencionalidade, necessidade, entre outros significados, tornando-se elementos fundamentais para a consolidação de todo o processo de ensinar e de aprender. Ainda, afirma o autor que o desenvolvimento e a aprendizagem são inaugurados na emoção e na afetividade.

Logo, podemos afirmar que a relação entre professor e aluno é caracterizada pela assimetria e pela troca de conhecimentos o que faz nascer uma dependência entre eles, gerando um bom vínculo. Cabendo ao professor o empenho para garantir conhecimento dos seus alunos e se preocupando com a boa convivência entre eles e ao aluno o interesse em aprender e provando que é capaz de produzir o conhecimento. O aluno deve entender que o conhecimento necessita do seu empenho e esforço, conforme sustenta o autor Starker:

Os estudantes de hoje estão entrando em um mundo no qual necessitam de um sistema de ensino centrado neles. A aprendizagem centrada no estudante é essencialmente a combinação de duas ideias relacionadas: o ensino personalizado (que alguns chamam de “ensino individualizado”) e a aprendizagem baseada nas competências (também chamada de “aprendizagem baseada no domínio”). (STAKER, HORN, 2015, p.8).

Ainda, Almeida afirma que para haver uma melhoria significativa no processo de aprendizagem o aluno deve:

Ler, escrever, perguntar, discutir, argumentar, contrapor, por meio da resolução de problemas e do desenvolvimento de planos de estudo e/ou projetos. Além disso, o estudante deve realizar tarefas mentais de alto nível, como análise, síntese e avaliação. Nesse sentido, as metodologias que promovem aprendizagem ativa podem ser definidas como sendo um conjunto de atividades, devidamente fundamentadas e articuladas, que ocupam o estudante em fazer alguma coisa e, ao mesmo tempo, o leva a pensar de modo fundamentado sobre as coisas que está fazendo (ALMEIDA, 2015, p. 27).

Não podemos deixar de lado a importância do professor no processo de aprendizado e nas suas escolhas, contudo, o aluno deve estabelecer uma estrutura de conhecimento. Assim sendo, o professor busca o conhecimento e o apresenta, cabendo ao aluno desenvolver para que obtenha êxito no processo de aprendizado. Desse modo, ao tratar do processo de aprendizado devemos ter o aluno como o agente ativo buscando o conhecimento; e o professor como o mediador entre o aluno e o conhecimento.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou apresentar um recorte na realidade das IES, apontando os caminhos teóricos e a realidade que se apresenta atualmente. Após uma análise preliminar, observamos o quanto ainda precisamos provocar o cenário atual para que, de fato, ocorra uma mudança significativa da situação atual do ensino; como por exemplo, desenvolver a prática dos núcleos de acolhimento aos estudantes e professores; buscar políticas públicas que possibilitem a permanência dos estudantes; buscar alternativas que façam este aluno se sentir parte do meio acadêmico.

Cabe apontar que a função das IES deve ser instigar a vontade constante dos alunos a permanecer na busca pelo conhecimento de uma forma natural, saudável e eficaz. Ainda, que ele se sinta protagonista de sua história, exercendo sua autonomia.

É importante ressaltar que não é com autoritarismo que o professor cativa o aluno, nem a instituição deve se constituir em um ambiente opressor, pois, isso só faz provocar angústia e vontade constante em desistir, pois sabemos que às vezes, os alunos já enfrentam uma carga muito pesada em seus lares, buscando nas IES o conforto em unir o conhecimento e o apoio em professores/colaboradores que compreendem a realidade da vida acadêmica.

Ainda, deve-se considerar a necessidade do docente e do discente em possuir um bom vínculo, cabendo ao professor apresentar um ensino eficaz e ao aluno em se empenhar no processo de aprendizagem. Evitando, assim, os problemas psicológicos decorrentes da relação entre instituição, aluno e professor.

Desse modo, é possível observar que é a educação e só a educação, a ferramenta capaz de transformar o contexto em que estamos inseridos. É por intermédio dela, que formamos seres capazes de contribuir de modo significativo com a sociedade. E para que isso ocorra, precisamos de sujeitos comprometidos, carregados de autonomia e com muita vontade de colocar em prática uma educação de fato, libertadora.

## 6. REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, E. C. S. DE. **Aprendizagem na educação superior: a auto-trans-formação do estudante na Aprendizagem Baseada em Problemas (Problem-Based Learning-PBL)**. 2015. 167fls. Dissertação (Mestrado em Educação) - Programa de Pós-Graduação da Universidade Estadual de Feira de Santana, Feira de Santana, 2015.
- BRASIL, LDB. Lei 9394/96 – **Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Disponível em <www.planalto.gov.br >.
- Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. BRASIL. Constituição (1988).
- CUNHA, Maria Isabel. da. **A relação professor-aluno**. In: VEIGA, Ilma Passos Alencastro. (Coord.) Repensando a Didática. Campinas: Papirus, 2004
- FREIRE, P. **Considerações em torno do ato crítico de estudar**. In: FREIRE, P. **Ação Cultural para a Liberdade e outros escritos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. p. 9-12.
- \_\_\_\_\_, P. **Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa**. São Paulo: Paz e Terra, 1996.
- \_\_\_\_\_, P. **Pedagogia da Esperança: um reencontro com a Pedagogia do Oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.
- \_\_\_\_\_, P. **Pedagogia da Indignação: cartas pedagógicas e outros escritos**. São Paulo: Editora UNESP, 2000.
- PAULA, Maria de Fátima Costa de. Democratization policies of the Brazilian higher education: limits and challenges for the next decade. *Avaliação (Campinas)* [online]. 2017, vol.22, n.2, pp.301-315. ISSN 1414-4077. <http://dx.doi.org/10.1590/s1414-40772017000200002>.
- STAKER, Heather; HORN, Michael B. Blended. **Usando a inovação disruptiva para aprimorar a educação**. Porto Alegre: Penso, 2015.
- VASCONCELLOS, Celso dos Santos. **O que é necessário para que o aluno aprenda?** Pátio, ano 13, n. 49, fev./abr. 2009.
- ZAGO, Nadir. Do acesso à permanência no ensino superior: percursos de estudantes universitários de camadas populares. *Rev. Bras. Educ.*[online]. 2006, vol.11, n.32, pp.226-237. ISSN 1413-2478. <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-24782006000200003>.

## A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA EDUCAÇÃO DOMICILIAR E SUAS IMPLICAÇÕES NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Luciana Fortuna Morínigo<sup>45</sup>  
 Janaína Silveira Soares Madeira<sup>46</sup>  
 Claudio Melquiades Medeiros<sup>47</sup>

### RESUMO

O presente artigo tem como objetivo a discussão acerca da educação domiciliar e sua constitucionalidade no âmbito do Estado Democrático de Direito, tendo em vista a função educacional compartilhada entre Estado, família e sociedade, também sendo considerado o atual contexto do sistema educacional brasileiro de ensino. Na modalidade de ensino domiciliar, a criança ou adolescente recebe em casa a educação provida pela instituição de ensino (pública ou privada), sendo-lhe suprimido o convívio escolar. Para a referida discussão, é questionada sua constitucionalidade ligada ao divergente papel do Estado e seus limites como garantidor da educação. Uma vez abordada a existência ou não de previsão legal para a efetivação da educação domiciliar, assim como sua licitude, questiona-se também a necessidade de regulamentação por parte do Congresso Nacional para sua concretização. Após análise das possíveis motivações da substituição do método de ensino, adentra-se ao aspecto material, apontando-se os argumentos favoráveis e contrários à aplicação da referida modalidade de ensino, sob o aspecto do educando. Por meio da metodologia de caráter bibliográfico e jurisprudencial, são analisados: (I) os projetos de lei em andamento perante a Câmara e o Senado; (II) a proposta de emenda Constitucional e (III) a recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, a qual decidiu pela inexistência de regulamentação legal que coadune com a educação domiciliar. A partir dessa análise, tanto processual quanto material, conclui-se pela não aplicação da educação domiciliar, a não ser em casos extremos, tendo em vista a interpretação analítica da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

**PALAVRAS-CHAVE:** Educação Domiciliar, Homeschooling, Democracia.

### 1. INTRODUÇÃO

A modalidade de ensino regular nacional, na qual se enquadram as crianças e adolescentes dos quatro aos dezessete anos, é consubstanciada na frequência dos mesmos à escola pública ou privada, assim prevista na Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1998), em especial no art. 208, §3<sup>o</sup><sup>48</sup>. Contudo, dados da ANED (Associação Nacional da Educação Domiciliar) apontam que mais de 5.000<sup>49</sup> famílias no Brasil adotam, de forma irregular, um sistema diferenciado de ensino, denominado educação domiciliar<sup>50</sup>, provindo do termo *homeschooling*<sup>51</sup>, onde os pais optam por abdicar do modelo tradicional por uma educação em casa.

Ocorre que essa nova modalidade de ensino não possui previsão legal expressa, logo, carece de regulamentação. Nesse sentido, surge a discussão a respeito de sua constitucionalidade, assim como sua validade, tendo em vista o pleno desenvolvimento da criança ou adolescente.

<sup>45</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: lucianafmorinigo@gmail.com.

<sup>46</sup> Professora Mestre do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: janaina.madeira@univille.br.

<sup>47</sup> Professor Doutor do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: claudio.melquiades@univille.br

<sup>48</sup> “§ 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola”.

<sup>49</sup> Vide Alvim (2017), in <<https://aned.org.br/educacao-domiciliar/ed-sobre/ed-perguntas>>

<sup>50</sup> “processos de escolaridade que ocorrem nos espaços privados, sob a responsabilidade dos familiares e sem a interferência direta do Estado”, vide VASCONCELOS; MORGADO (2013, p. 4).

<sup>51</sup> “modalidade de educação no ambiente doméstico”, vide VASCONCELOS; MORGADO (2013, p. 4).

Uma mudança no sistema educacional brasileiro preconiza implicações que transcendem o âmbito familiar, ocasionando necessárias transformações no âmbito do poder Executivo, oriundas de necessária e indiscutível regulamentação.

Nesse sentido, percebe-se o divergente papel do Estado e seus limites como garantidor da educação, que, atrelado à precariedade do ensino regular, dá margem à relativização dos moldes educacionais tradicionais.

## 2. O DEVER DE EDUCAR: QUEM É O TITULAR?

É certo que o sistema democrático vigente no Brasil pressupõe a participação ativa do povo nas decisões governamentais, na qualidade de detentor soberano. Contudo, mesmo na atual democracia, a divisão de atribuições impõe que o Estado seja o garantidor e provedor de direitos fundamentais.

Nesse sentido, o art. 205<sup>52</sup> da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1998) preceitua a educação como direito subjetivo de caráter público, impondo um sistema cooperativo com dever de provimento pelo Estado, família e fomento por parte da sociedade (COSTA, 2012).

A partir da hermenêutica, a qual “tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito” (MAXIMILIANO, 2013, P. 05), nossa Constituição permite a discussão a respeito do referido artigo de lei, surgindo três correntes interpretativas: a da aceitação com mutação legislativa, a da negação absoluta e a da plena conformidade.

## 3. A CONSTITUCIONALIDADE

O surgimento dessas correntes pauta-se, primordialmente, na discussão a respeito da Constitucionalidade da aplicação do *homeschooling* no Brasil. Atrelado aos aspectos materiais, quais sejam o melhor interesse das crianças e adolescentes, os argumentos contrários e favoráveis a essa nova modalidade de ensino são moldados tanto em dispositivos de lei, como em sua omissão. Nesse sentido, a corrente adepta ao ensino domiciliar defende a existência de uma lacuna constitucional que permite sua aplicação, descartando assim a ocorrência de ilicitude.

É preciso ponderar a existência de vedação absoluta, e caso essa não ocorra, quais as modalidades educacionais seriam permitidas, e se permitidas são autoaplicáveis ou necessitam de regulamentação por parte do Congresso Nacional.

## 4. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS

A consagração constitucional do direito à educação como de caráter público<sup>53</sup> pressupõe a existência da norma positivada. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio, ao proferir seu voto no RE 888815 (BRASIL, 2018): “Textos legais não permitem interpretações extravagantes. Há uma máxima em hermenêutica segundo a qual onde o texto é claro não cabe interpretação”. Nesse sentido, a ausência de norma legal acerca da educação domiciliar impede a consagração dessa modalidade de ensino como um direito de escolha por parte da família. Acrescenta-se a isso o fato de que o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (BRASIL, 1996) não são dotadas de inconstitucionalidade.

Além da inexistência de norma legal, tem-se a extensão analítica da Constituição Federal de 1988, caracterizada pela presença de normas programáticas, as quais, além de fixarem planos de ação e metas para o Estado, descem a detalhes em termos de regramento jurídico, contemplando grande número de normas (MOTTA, 2016). Ou seja, diferentemente das constituições sintéticas, as analíticas positivam os

<sup>52</sup> “Art. 205. A educação, direito de todos e **dever do Estado e da família**, será promovida e incentivada com a **colaboração da sociedade**, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. (grifo nosso)

<sup>53</sup> CRFB/88: “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...] § 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.”

deveres do Estado, como fazia a Carta Magna de 1946 (BRASIL, 1946)<sup>54</sup>, a qual previa expressamente a educação domiciliar.

Nesse prisma, o legislador constituinte originário teve o olhar atento ao consagrar o modelo de cooperação disposto no art. 205 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Nesse modelo, ao Estado é incumbido o dever de educar através do sistema convencional de ensino, garantindo a matrícula e frequência escolares<sup>55</sup>. Além da imposição desse dever, adicionado à finalidade de evitar-se a evasão escolar, a Carta Magna também estabelece como princípio o acesso à escola, de garantia universal:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; (BRASIL, 1988).

Ainda na esfera do sistema cooperativo, uma vez garantido o acesso das crianças às escolas, a família tem o dever de assegurar a frequência, como sustenta o art. 55<sup>56</sup> do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), assim como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (BRASIL, 1996):

Art. 6º. É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade.

Ou seja, se efetivada a regulamentação da educação domiciliar, há que se discutir a declaração de inconstitucionalidade do ECA (BRASIL, 1990) e de alguns dispositivos da LINDB (BRASIL, 1996). Isso porque ambos os diplomas legais são pautados no sistema regular de ensino, com a obrigatoriedade de implantação desse, fazendo com que o sistema vigente seja construído para garantir esse dever.

Deixando o aspecto jurídico positivista, há que se considerar as questões materiais atinentes à proposta em fomento. Em evidência, nota-se a privação de convívio social, importante função socializadora da educação formal, a qual contribui para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho (FUX, 2018).

Ademais, não existe qualquer tipo de estudo formal realizado no Brasil acerca do tema, ou seja, não há garantia de que a educação domiciliar traria boa formação às crianças, tendo em vista que o ensino regular não objetiva somente a formação apostilada, mas também a formação social. Logo, o bom desempenho em provas unificadas, tais como o Enem e vestibulares, não basta para a formalização da educação domiciliar no território nacional.

De todo modo, eventual normatização e regulamentação da educação domiciliar ocasionariam uma mudança em todo o aparato estatal. Não somente a implementação de políticas públicas, mas também a necessidade de um sistema de avaliação e fiscalização por meio da contratação de fiscais e consequente transferência de recursos. Por esse motivo, esse direito fundamental não pode ser provido tendo como base precedentes estrangeiros.

## 5. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS

A existência de lacuna constitucional, atrelada à ausência de norma e regulamentação, é uma consequência de a educação domiciliar ser recente no Brasil. Com seus primórdios na década de 90 e expansão a partir dos anos 2000, essa modalidade educacional “prestigia os princípios constitucionais da liberdade educacional e do pluralismo pedagógico, respeita os direitos das crianças e adolescentes, e produz resultados acadêmicos de destaque” (AGUIAR, 2017).

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) não veda a existência de uma nova modalidade de educação, desde que coadune com as finalidades e os valores da educação infanto-juvenil (BARROSO,

<sup>54</sup> “Art 166 - A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola. Deve inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana. Art 167 - O ensino dos diferentes ramos será ministrado pelos Poderes Públicos e é livre à iniciativa particular, respeitadas as leis que o regulem.”

<sup>55</sup> “Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: [...]§ 3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola”.

<sup>56</sup> Art. 55. Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.

2018). Nesse sentido, o art. 206, inciso II<sup>57</sup> do referido diploma legal prevê a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento.

Tendo em vista que a educação é dever do Estado e da família, de forma conjunta (AGUIAR, 2017), consagrada no art. 227<sup>58</sup> da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), o art. 1.634 do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002) consagra o princípio da autonomia familiar:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:  
I - dirigir-lhes a criação e a educação [...]

Depreende-se, assim, a possibilidade de aplicação da educação domiciliar quando os pais ou responsáveis legais, no exercício de seu melhor julgamento e do princípio do melhor interesse da criança ou adolescente, optam por um modelo educacional diferenciado.

Nesse nova paradigma, a educação infanto-juvenil ocorre em ambiente doméstico com atenção individualizada e distante dos problemas sociais das escolas, tais quais o *bullying*, a violência e até mesmo as drogas.

### ■ 5.1 OS MOTIVOS PARA O HOMESCHOOLING

Primeiramente, tem-se a insatisfação com a educação tradicional, ocasionada pelos problemas do sistema público de ensino. Tal desprezo possui várias vertentes, como a educação massificada, o desprezo pelas condutas dos professores, a exposição à violência e a exposição dos filhos a amizades indesejadas pelos pais (AGUIAR, 2017).

A educação no ambiente doméstico traz mais qualidade de ensino e preserva os princípios morais da família. Entre esses princípios estão motivos ideológicos, sociais, morais, éticos e de crença, tais como a divergência entre as teorias evolucionistas e criacionistas. Essa defesa é pautada na garantia constitucional desses princípios como fundamentais, não podendo, portanto, serem impostos pelo Estado.

## 6. A EDUCAÇÃO DOMICILIAR E OS TRÊS PODERES

Há divergência quanto à competência para eventual regulamentação da educação domiciliar. No âmbito do Estado democrático de direito, há que se falar em ativismo judicial, tendo em vista a ausência de capacidade institucional do judiciário, que acaba atuando em decisões liminares.

No poder legislativo, a questão foi evidenciada desde 2015, contudo não é vontade do parlamento decidir sobre o tema. O primeiro projeto de lei (TEIXEIRA, 1994), apresentado pelo então deputado João Teixeira, previa o Ensino Domiciliar sob fiscalização de órgão competente do MEC (Ministério da Educação), e foi arquivado em 1995. Posteriormente, foram diversos os projetos de lei propostos e em seguida arquivados, assim como uma Proposta de Emenda Constitucional nº 444/2009, a qual acrescentava<sup>59</sup> o §4º ao art. 208 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Atualmente, em trâmite no Congresso Nacional, há projetos de lei com o objetivo de legalizar a educação domiciliar. Os Senadores Eduardo Bolsonaro e Fernando Bezerra Coelho propuseram os Projetos de Lei nº 3261/2015 e 490/2017, respectivamente. Assim também o fez o Deputado Lincoln Portela, ao propor o Projeto de Lei nº 3179/2012. Concomitantemente, esses projetos visam acrescentar ou alterar dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990) e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (BRASIL, 1996).

<sup>57</sup> “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: [...] II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber”.

<sup>58</sup> “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado **assegurar à criança**, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. (grifo nosso)

<sup>59</sup> Com a seguinte redação: “§ 4º - O Poder Público regulamentará a educação domiciliar, assegurado o direito à aprendizagem das crianças e jovens na faixa etária da escolaridade obrigatória por meio de avaliações periódicas sob responsabilidade da autoridade educacional. (NR)”

Contudo, se eventualmente aprovado algum desses projetos, essa modalidade ainda careceria de regulamentação, visto que a simples existência de lei não supre a necessidade de regulamentação e fiscalização. Inclusive, todos os projetos de lei anteriormente mencionados reconhecem a necessidade de fiscalização por parte de Estado.

O Poder Judiciário, da mesma forma que o Poder Legislativo, possui precedentes que impugnam o sistema educacional vigente. Diversas foram as famílias processadas, com fundamento no artigo 246 do Código Penal (BRASIL, 1946), o qual dispõe:

“Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa”.

Apesar disso, não há registro de encarceramento em função da prática da educação domiciliar. Ainda assim, o Projeto de Lei nº 28/2018 objetiva a desconstituição da prática de abandono intelectual na ocorrência de educação domiciliar, mesmo que perante sua atual ilicitude.

Contudo, muitas famílias também buscaram o Judiciário a fim de legalizar a educação dos filhos, como consta da seguinte ementa do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. GENITORA QUE DEIXA DE MATRICULAR SEU FILHO ADOLESCENTE EM INSTITUIÇÃO REGULAR DE ENSINO. EDUCAÇÃO DOMICILIAR (HOMESCHOOLING). INTERLOCUTÓRIO QUE INDEFERE TUTELA DE URGÊNCIA. RECURSO DO MP. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO DO FEITO. TEMÁTICA DISCUTIDA NO RE 888.815/RS (TEMA 822). DETERMINAÇÃO, PELO RELATOR, DE SUSPENSÃO DOS TRÂMITES EM ANDAMENTO QUE NÃO OBSTA A ANÁLISE DE TUTELAS DE URGÊNCIA. ADEMAIS, QUESTÃO RECENTEMENTE DECIDIDA PELO PLENÁRIO DA CORTE SUPREMA. PLEITO NEGADO. MÉRITO. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA FULCRADA NO COMANDO PREVISTO NO ART. 55 DO ECA. **OBRIGATORIEDADE DE MATRÍCULA NA REDE DE ENSINO REGULAR**. JUSTIFICATIVAS ELENCADAS PELA RECORRIDA PARA O AFASTAMENTO DO ADOLESCENTE DO AMBIENTE ESCOLAR - **BULLYING E EPISÓDIOS DE VIOLÊNCIA** - NÃO COMPROVADOS. RISCO DE DANO VISLUMBRADO NO COMPROMETIMENTO DA FORMAÇÃO EDUCACIONAL DO MENOR. REQUISITOS DO ART. 300 DO CPC PREENCHIDOS. TUTELA DE URGÊNCIA DEFERIDA PARA DETERMINAR À GENITORA QUE MATRICULE O INFANTE NA REDE DE ENSINO REGULAR, SOB PENA DE MULTA. RECURSO PROVIDO. (BRASIL, 2018) (grifo nosso).

Dessa forma, o Judiciário suspendeu todos os processos semelhantes, a fim de aguardar a decisão do Recurso Extraordinário nº 888815 (BRASIL, 2018), dotado de Repercussão Geral, cuja relatoria foi do ministro Luís Roberto Barroso.

Com origem na Comarca de Canela/RS, referido recurso advém de mandado de segurança impetrado contra ato da Secretaria de Educação Municipal, a qual negou que uma menina de 11 anos recebesse educação em casa, determinando sua matrícula escolar. Com fundamento na ausência de previsão legal para essa modalidade escolar e, portanto, inexistência de violação a direito líquido e certo, o pleito foi indeferido em primeira instância e em seguida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recebido no STF, também restou improcedente, com fulcro na ausência de legislação que regulamente os preceitos e regras aplicáveis a essa modalidade de ensino.

Diante da ausência de regulamentação por parte dos poderes legislativo e judiciário, a atuação do poder executivo resta limitada. O último parecer do Conselho Nacional de Educação ocorreu no ano 2000, e reconheceu o sistema cooperativo na Constituição, contudo vislumbrou a obrigatoriedade de matrícula e frequência à instituição de ensino, com fulcro nos artigos 206 e 208 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), anteriormente mencionados. Atualmente, o presidente da Câmara de Educação Básica do CNE, Ivan Siqueira, esclarece que a ocorrência da educação.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atrelado ao sistema cooperativo, o *homeschooling* avulta-se em meio à precariedade do sistema convencional de ensino, mormente a educação pública. Como traduz Apple (2013, p. 175): “Uma das dinâmicas que estamos vendo é a desintegração social, ou seja, a perda de legitimidade de uma instituição dominante que supostamente nos unia - a escola comum”. Ademais, em cotejo com países desenvolvidos onde essa prática tem se tornado relevante e com a devida regulamentação.

Agrega-se, assim, o descontentamento familiar em relação à educação provida pelo Estado e a falta de regulamentação que, em análise superficial, não coíbe a escolha pelo *homeschooling*. Como resultado, tem-se a descoberta de uma nova modalidade de ensino que prestigia a liberdade familiar de decisão educacional e conquista famílias descontentes com o modelo convencional ou que não encontram compatibilidade com suas crenças pessoais.

Contudo, além de contradizer os ditames da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), sob o aspecto analítico, as consequências de eventual escolha pelo modelo convencional transcendem o núcleo familiar. Isso porque é simples aprovar projetos de lei e alterar artigos infraconstitucionais. Contudo o aparato estatal deve estar preparado, tanto para fiscalizar a efetividade da educação domiciliar quanto para lidar com os jovens formados fora do ambiente escolar tradicional. Isso porque as mentes dos educados nesse novo sistema podem não ser moldadas aos tradicionais, fazendo com que haja incompatibilidade com os que permanecem no sistema atual.

Logo, nota-se que o regime democrático possibilita a atual discussão, provinda, substancialmente, do estabelecimento de princípios fundamentais que supostamente não têm sido garantidos pelo ensino tradicional. Para tanto, a compulsoriedade da matrícula e frequência em instituição de ensino é colocada em risco, até que se defina qual é o papel do Estado na democracia atual.

## 8. REFERÊNCIAS

AGUIAR, Alexandre Magno Fernandes Moreira. **A situação jurídica do Ensino Domiciliar no Brasil**. Associação Nacional de Educação Domiciliar. p. 1. Fonte: [www.aned.org.br](http://www.aned.org.br) (consulta em 01/11/2018).

APPLE, Michael W. **Fazendo o trabalho de Deus: ensino domiciliar e trabalho de gênero**. In: APPLE, Michael W.; BALL, Stephen J.; GANDIN, Luís Armando. *Sociologia da Educação: análise internacional*. Tradução de Cristina Monteiro. Porto Alegre: Penso, p. 166-176.

BRASIL. **Constituição Federal de 1946**. Promulgada em 18 de setembro de 1946. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)> Acesso em: Out/2018.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: Out/2017.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: Out/2017.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso Especial nº 888815**. Ministro Relator: Luís Roberto Barroso. Processos, detalhes, 12 set. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4774632>>. Acesso em: 30 out. 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento nº 8000003-43.2018.8.24.0000**. Desembargador Relator: André Luiz Dacol. Pesquisa de Processo, segundo grau, 02 nov. 2018. Disponível em: <[http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado\\_ancora](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/#resultado_ancora)>. Acesso em: 02 nov. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28ª ed. São Paulo: Malheiros editores Ltda., 2013.

COSTA, Nelson Nery. **Constituição federal anotada e comentada**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda., 2012.

Fux, L. (12 de 09 de 2018). Notícias STF. Fonte: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=389496> (consulta em 30/10/2018).

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda., 2013.

Ministério da Educação. Fonte: [http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/pceb34\\_00.pdf](http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/pceb34_00.pdf) (consulta em 30/10/2018).

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. **Direito constitucional. Teoria, jurisprudência e questões**. 26. ed. São Paulo: Forense Ltda., 2016.

Ribeiro, Paulo Rennes Marçal. **História da Educação Escolar no Brasil: notas para uma reflexão**. Ribeirão Preto. 1993. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-863X1993000100003](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-863X1993000100003) (consulta em 02/11/2018).

TARTUCE, Flávio. **Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira**. Disponível em: <[http://www.migalhas.com.br/Familia e Sucessoes/104,MI262537,61044-Da+indenizacao+por+abandono+afetivo+na+mais+recente+jurisprudencia](http://www.migalhas.com.br/Familia+Sucessoes/104,MI262537,61044-Da+indenizacao+por+abandono+afetivo+na+mais+recente+jurisprudencia)>. Acesso em: 05 mai. 2018.

TEIXEIRA, J. (16 de 06 de 1994). Câmara dos Deputados. Fonte: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=223311> (consulta em 05/11/2018).

VASCONCELOS, Maria; MORGADO, José. **Desafios à escolarização obrigatória: a inserção do *homeschooling* na legislação educacional no Brasil e em Portugal**. Revista Brasileira de Política e Administração da Educação. Periódico Científico Editado pela Anpae. Disponível em: < <https://seer.ufrgs.br/rbpae/article/view/50021/31329>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

# UMA ANÁLISE DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NO CONTEXTO DA EXECUÇÃO DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO

Ana Paula Backes<sup>60</sup>

Michelle Maria Wzorek Alves da Silva<sup>61</sup>

## RESUMO

O presente artigo visa analisar a efetivação do direito fundamental à educação no contexto da execução da medida socioeducativa de internação, tendo por base os preceitos contidos na Constituição da República Federativa do Brasil, no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e no Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo. Trata-se de temática relevante tendo em vista que, em que pese à pauta da inclusão escolar venha ganhando espaço nos últimos anos, não raro há ausência de oferta educacional nas unidades de internação. Nesta perspectiva, por estarmos discorrendo acerca de direito fundamental e humano que deve ser garantido pelo Estado aos internos, o seu efetivo cumprimento no campo prático deve ser utilizado como questão limitadora ao início da execução da medida socioeducativa em comento. De modo que, quando não for possível efetivá-lo, outra medida mais adequada à proteção dos direitos fundamentais assegurados ao socioeducando deve ser recomendada. A metodologia da pesquisa utilizada é de natureza qualitativa, apoiada em pesquisa bibliográfica e documental.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito à Educação, Medida Socioeducativa de Internação, Adolescentes Privados de Liberdade.

## 1. INTRODUÇÃO

Em que pese o direito à educação diga respeito a direito fundamental e humano, este não vem sendo assegurado em condições adequadas para todos os indivíduos ao longo dos anos, em especial ao adolescente em situação de privação de liberdade.

Nesse sentido, ao longo do presente estudo são apresentados dados estatísticos que deixam claro que, apesar de haver legislação que garanta ao adolescente de obter o acesso à educação independente da situação em que se encontre, não há plena efetivação do direito em comento por parte do Estado quando o contexto em análise é o de cumprimento de medida socioeducativa de internação.

Diante disto, o objetivo deste artigo é analisar a efetivação do direito fundamental à educação nos casos de execução da medida socioeducativa de internação. De início, são introduzidas quais são as medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), dando ênfase no que consiste a medida de internação.

Em seguida, é realizada uma breve análise do direito à educação e como ele se faz presente na legislação brasileira, tendo por base os preceitos contidos na Constituição da República Federativa do Brasil, no Estatuto da Criança e do Adolescente, na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional e no Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo.

E, por fim, observa-se como se encontra o cenário atual da oferta educacional nas unidades de internação tanto em perspectiva nacional, quanto no âmbito catarinense, bem como questionar se a efetivação do direito à educação em condições adequadas aos internos não deveria servir como questão limitadora ao início da aplicação da medida socioeducativa de internação.

<sup>60</sup> Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. E-mail: anapbackes@gmail.com.

<sup>61</sup> Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. E-mail: michellewzorek@gmail.com.

## 2. AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Em primeiro momento, se faz necessário elencar quais são as medidas socioeducativas previstas na legislação brasileira, mais precisamente no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Importante ressaltar que a natureza dessas medidas é predominantemente pedagógica, ou seja, não buscam a punição do adolescente, e sim que através delas o mesmo possa aprender. Conforme ressalta Aquino (2012, *web*)<sup>62</sup>:

[...] não se trata de penas ou castigos, mas de oportunidades de inserção em processos educativos (não obstante, compulsórios) que, se bem-sucedidos, resultarão na construção ou reconstrução de projetos de vida desatrelados da prática de atos infracionais e, simultaneamente, na inclusão social plena.

Desta forma, é clara a intenção do legislador quanto ao processo a ser aplicado através do ECA, que nada mais é do que a inclusão social do adolescente novamente em sociedade, que só serão possíveis através dos processos socioeducativos que o mesmo terá que passar.

Dito isso, as medidas socioeducativas elencadas no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente são, portanto: (i) advertência; (ii) obrigação de reparar o dano; (iii) prestação de serviços à comunidade; (iv) liberdade assistida; (v) semiliberdade; e, (vi) internação. Conforme supramencionado, tais medidas possuem caráter pedagógico e devem ser impostas de acordo com o caso concreto, a ser analisado pelo juiz.

A última medida a ser tomada pelo Estado e que possui maior abrangência, que é objeto de estudo do presente artigo, é a medida de internação, de modo que diante da sua aplicação a intervenção estatal chega ao limite mais brando previsto na legislação para uma medida socioeducativa, que consiste na restrição da liberdade do adolescente, buscando a sua ressocialização.

Nesse sentido, a medida de internação só deve ser utilizada em casos excepcionais, pois retira o adolescente do núcleo familiar, e, portanto, vai a desencontro com o que o ECA prega, que seria a permanência sempre que possível da criança e do adolescente com a família ou, em outras palavras, que se dê preferência ao direito da convivência familiar.

## 3. A LEGISLAÇÃO NACIONAL SOBRE O DIREITO À EDUCAÇÃO E A SOCIOEDUCAÇÃO

### ■ 3.1. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

O direito à educação se faz presente de forma clara na Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), que reserva um capítulo inteiro para tratar deste tema. Através do art. 205, percebe-se que a educação é um direito de todos, sendo um dever do Estado e da família. Importante salientar, ainda, que o direito à educação, é um direito fundamental, público e subjetivo.

Portanto, é claro o direito que todas as pessoas possuem de exigir do Estado o acesso à educação, pois ela é uma prerrogativa de todos. Todavia, a família possui um papel fundamental, de colaboração, pois de um lado o Estado deve oferecer a educação, e do outro a família deve auxiliar promovendo-a e incentivando-a.

### ■ 3.2. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

A educação da criança e do adolescente está inserida no ECA através do art. 53, o qual prevê que “a criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho [...]”.

Percebe-se que tal artigo é uma extensão do que a Constituição Federal dispõe como direito fundamental à criança e adolescente, deixando claro que a educação tem como objetivo o desenvolvimento da pessoa, preparando-a para a sociedade e para o mercado de trabalho.

Vale salientar a importância que a educação tem no papel de ressocialização do indivíduo, pois independentemente da condição do adolescente, esteja ele cumprindo algum tipo de medida socioeducativa ou não, nunca deverá ser negado a ele o direito à educação.

<sup>62</sup> AQUINO, Leonardo Gomes de. Criança e adolescente: o ato infracional e as medidas sócio-educativas. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/Buzd29>>. Acesso em dez. 2018.

Não obstante, o ECA possui princípios norteadores, dentre eles o mais importante que é o princípio da proteção integral, que rege atualmente a maneira como a legislação em relação à criança e adolescente deve ser desenvolvida, sendo claro no sentido de que, este grupo sempre deverá ter preferência em relação aos demais, principalmente no desenvolvimento e formulação de políticas sociais.

Tal princípio vai de encontro com outro, o da prioridade absoluta, que tem previsão legal no art. 227 da Constituição Federal e no art. 4º do ECA. Através deste dispositivo é que se cria uma condição especial para a criança e ao adolescente, devido ao seu status de indivíduo em desenvolvimento. Desta maneira, o princípio serve para que toda norma que venha a ser criada, observe primeiramente o melhor interesse da criança e do adolescente.

Por fim, temos o princípio da pessoa em desenvolvimento, que possui como pressuposto que a personalidade da criança ou adolescente, como pessoa em desenvolvimento, diverge da de um adulto, portanto é necessária uma diferenciação, fazendo jus também a uma legislação específica para este grupo.

### ■ 3.3. A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB)

O conteúdo do art. 1º da Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que ficou popularmente conhecida como Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) ou Lei Darcy Ribeiro, traz o olhar antropológico do professor e senador Darcy Ribeiro. Vejamos:

Art. 1º. A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

O olhar que Darcy Ribeiro direcionou a educação à época da elaboração da legislação em comento, coincidiu com uma das propostas do plano de ação disposto da Conferência Mundial sobre Educação para Todos, que ocorreu alguns anos, em 1990. Em suma, este plano de ação propôs como estratégia para a construção da educação necessária no século XXI, um esforço para “alargar os meios e o raio de ação da educação básica”. Sendo que, entende-se por alargar os meios e o raio da educação básica, tirar os processos educativos não só das quatro paredes da sala de aula, mas também dos muros da escola e, nos casos dos adolescentes que cumprem medida de internação, dos muros da unidade socioeducativa<sup>63</sup>.

Outrossim, em que pese a LDB não possua uma proposta educativa, exclusiva, para o contexto de privação de liberdade, muito de seu conteúdo compactua com os objetivos da aplicação das medidas socioeducativas e da socioeducação em si, tais como o conteúdo de seu art. 2º, *in verbis*:

Art. 2º. A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, **tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.** (grifo das autoras).

Nessa toada, para além do caráter sancionatório, a aplicação da medida socioeducativa deve cumprir um caminho que possibilite aos jovens perspectivas de vivências, convivências e trabalho nesse mundo novo que irá nascer após o seu cumprimento e, como via de consequência, a saída da unidade de internação. Para tanto, os profissionais que compõem esses espaços devem, enquanto docentes, adentrar no terreno de práticas e vivências através de um viés interdisciplinar e interdimensional, sempre considerando a realidade fática dos internos, que em massiva parte dos casos é permeada por adversidades<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. **Socioeducação**: estrutura e funcionamento da comunidade educativa. Disponível em <<https://goo.gl/JVpQWm>>. Acesso em nov. 2018, p. 83.

<sup>64</sup> Não há dados recentes sobre as características sociais desses jovens, mas uma pesquisa realizada em 2003 pelo Ministério da Justiça mostra que 60% dos menores infratores eram negros. Metade deles não frequentava escola nem trabalhava quando cometeu o delito e 66% deles eram de famílias consideradas extremamente pobres. Disponível em <<https://exame.abril.com.br/brasil/4-dados-reveladores-sobre-os-meninos-infratores-no-brasil/>>. Acesso em dez. 2018.

### ■ 3.4. O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo

O paradigma da proteção integral representou um avanço para as políticas destinadas à infância e à adolescência. Nesse sentido, no ano de 2006, dezesseis anos após a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República e o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente apresentaram o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE, objetivando normatizar a ação do Poder Público na execução das medidas socioeducativas. Desse modo, pela primeira vez, são definidas diretrizes de caráter educativo para a realização do atendimento socioeducativo.

Com relação às disposições do eixo educacional, em específico às entidades e/ou programas que executam as medidas socioeducativas de internação, o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (2006, p. 59)<sup>65</sup> dispõe que estas deverão:

- 1) garantir na programação das atividades, espaço para acompanhamento sistemático das tarefas escolares, auxiliando o adolescente em possíveis dificuldades, contudo, trabalhando para sua autonomia e responsabilidade;
- 2) construir sintonia entre a escola e o projeto pedagógico do programa de internação, sendo as atividades consequentes, complementares e integradas em relação à metodologia, conteúdo e forma de serem oferecidas (exclusivo para internação);
- 3) garantir o acesso a todos os níveis de educação formal aos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa de internação, podendo, para tanto, haver Unidade escolar localizada no interior do programa; Unidade vinculada à escola existente na comunidade ou inclusão na rede pública externa.

Além do eixo educacional, o referido sistema apresenta disposições para diversos outros eixos intersetoriais, vez que para a sua completude demanda a efetiva participação dos sistemas e políticas de diversos setores, tais como educação, saúde, trabalho, previdência social, assistência social, cultura, esporte, lazer, segurança pública, entre outras, para a efetivação da proteção integral dos adolescentes em conflito com a lei.

## 4. A OFERTA EDUCACIONAL NAS UNIDADES DE INTERNAÇÃO

De início, partindo de um panorama geral, cumpre ressaltar que todo atendimento ao adolescente autor de ato infracional deve, obrigatoriamente, ter a marca da educação e contribuir para o seu desenvolvimento pessoal e social, sem perder de vista seu caráter sancionatório e as medidas de segurança e contenção.

De acordo com o art. 15 da Lei do SINASE é requisito para a inscrição do regime de semiliberdade ou internação a comprovação da existência de estabelecimento educacional ou instalações adequadas e em conformidade com a legislação. Portanto, “garantir para o adolescente autor de ato infracional um atendimento que garanta sua integridade física, psicológica e moral e que lhe ofereça uma educação de qualidade é, literalmente, cumprir a lei<sup>66</sup>”.

Ademais, analisando o caso concreto o magistrado pode, ao menos no inicialmente, vedar na sentença a realização de atividades externas. Nesses casos o atendimento dos direitos garantidos ao adolescente deve ser assegurado, como é o caso do acesso à escola na unidade de internação<sup>67</sup>. Caso não seja ofertado ou ofertado irregularmente o direito de educação no período em que o adolescente estiver privado de liberdade, de acordo com o Defensor Público Hugo Fernandes Martins ([201-], p. 7)<sup>68</sup>, “pode-se falar em violação a direito líquido e certo, ou mesmo cerceamento à liberdade ambulatorial do adolescente dos internos”.

<sup>65</sup> BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo**. Disponível em <<https://goo.gl/kKj2M2>>. Acesso em nov. 2018, p. 59.

<sup>66</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Op. cit., p. 44.

<sup>67</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Educação. **Diretrizes Nacionais para a educação escolar dos adolescentes e jovens em atendimento socioeducativo**. Disponível em <<https://goo.gl/N2pfm3>>. Acesso em nov. 2018, p. 10.

<sup>68</sup> MARTINS, Hugo Fernandes. **O direito à educação como limite para a execução medida socioeducativa de internação**. Disponível em <<https://goo.gl/daUAhg>>. Acesso em nov. 2018, p. 7.

O relatório “Panorama Nacional: a execução das medidas socioeducativas de internação”, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2012, constatou que parte delas não possui em sua estrutura física espaços destinados à realização de atividades consideradas obrigatórias para a concretização dos direitos fundamentais assegurados pela legislação, tais como saúde, educação e lazer.

Quanto ao aspecto educacional, em específico, 49% das unidades não possuem biblioteca, 69% não dispõem de sala com recursos audiovisuais e 42% não possuem sala de informática<sup>69</sup>. Logo, através da coleta de dados oficiais, constata-se que há grande déficit na qualidade das medidas socioeducativas e na aplicação de programas voltados à educação desses jovens, distanciando-se o disposto na legislação da realidade.

De acordo com Fernandes ([201-], p. 1-2)<sup>70</sup>, medida mais adequada seria que fosse a “quantidade de vagas das unidades de internação determinada pela possibilidade de exercício de direito à educação.”. Ainda, caso a unidade apresente discrepâncias com as exigências da Lei do SINASE e não apresente medidas concretas tendentes a estanca-las, estando inclusa a oferta de serviços de educação, esta poderá ser interdita.

#### ■4.1. A oferta educacional nas unidades de internação em Santa Catarina

No que diz respeito às condições de oferta educacional nas unidades de internação do Estado de Santa Catarina, consoante se extrai de dados coletados pelo Conselho Estadual dos Direitos da Criança e do Adolescente do Estado de Santa Catarina para a elaboração do “Plano Estadual de Atendimento Socioeducativo”, 47% dos CASEs e CASEPs ofereciam ensino fundamental e médio com proposta curricular adequada, sendo que em 40% não haviam propostas pedagógicas diferenciadas à aceleração de aprendizagem e em 60% não haviam salas de aula equipadas, iluminadas e adequadas, com biblioteca<sup>71</sup>.

Buscando implantar políticas públicas voltadas ao sistema socioeducativo, bem como melhorar as condições das unidades de internação do Estado quanto ao aspecto educacional, no Plano Estadual supracitado foram propostas metas do SINASE a serem efetivadas até 2024, dentre elas: (i) garantir a oferta de cursos de educação profissional e tecnológica para 100% dos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa por meio de pactuação com convênios do Governo Federal, cofinanciamento ou parcerias com entidades governamentais e não governamentais; (ii) formalizar e implementar a Escola Estadual da Socioeducação; e, (iii) garantir a escolarização para adolescentes em cumprimento de MSE nos Planos Estaduais e Municipais de Educação de acordo com as diretrizes do MEC e em atendimento às disposições do SINASE, entre outras.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em primeiro momento, vale evidenciar que fato é que deve ser assegurado o direito à educação na execução das medidas socioeducativas, inclusive na de internação. Ocorre, todavia, que em que pese à pauta da inclusão escolar venha ganhando espaço nos últimos anos, não raro há ausência de oferta educacional nas unidades de internação ou, ainda que haja o seu oferecimento, este acontece em condições que demonstram discrepâncias com o disposto na legislação.

Nesta perspectiva, por estarmos discorrendo acerca de direito fundamental e humano que deve ser garantido pelo Estado aos internos, o seu efetivo cumprimento no campo prático deve ser utilizado como questão limitadora ao início da execução da medida socioeducativa de internação. Desta forma, quando não for possível efetivá-lo, incumbe ao magistrado determinar a aplicação de outra(s) medida(s) mais adequada(s) à proteção dos direitos fundamentais assegurados ao socioeducando.

Por fim, compete à população a cobrança para que o Estado passe a cumprir com o seu dever de efetivar o direito à educação em todos os âmbitos, de modo adequado, em consonância com os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais abarcados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

<sup>69</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Panorama Nacional: a execução das medidas socioeducativas de internação**. Disponível em <<https://goo.gl/4hhxRh>>. Acesso em nov. 2018, p. 39.

<sup>70</sup> MARTINS, Hugo Fernandes. Op. cit., p. 1-2.

<sup>71</sup> BRASIL. Governo do Estado de Santa Catarina. **Plano Estadual de Atendimento Socioeducativo Santa Catarina**. Disponível em <<https://goo.gl/uGPKSJ>>. Acesso em nov. 2018.

As negociações coletivas na Justiça do Trabalho estão crescendo a cada ano, e a presente pesquisa visa abordar a legitimidade de algumas alterações legislativas trazidas com a lei 13.467/17, especialmente ante ao princípio da autonomia da vontade nas relações de trabalho.

Nesse sentido, insere-se no quadro da flexibilização dos direitos trabalhistas e sociais a figura da prevalência do negociado sobre o legislado, que estabelece a preeminência da convenção ou do acordo coletivo em face da lei quanto às matérias arroladas no art. 611-A da nova redação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).<sup>72</sup>

Cumprir mencionar que a validade dos acordos e convenções coletivas do trabalho têm fundamento constitucional no inciso XXVI, do art. 7º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88)<sup>73</sup>. Nesse íterim, denota-se acima de qualquer dúvida a legitimidade dos instrumentos de negociação coletiva, porquanto expressamente abonados pelo texto constitucional.

Ademais, a despeito da determinação constitucional, no Direito do Trabalho deverá prevalecer, em regra, a norma mais favorável ao empregado, conforme o art. 7º, *caput*, da CRFB/88, que faz menção a direitos assegurados aos trabalhadores com o propósito de melhorar as suas condições sociais.

É notório que, desde o seu surgimento, o adicional de insalubridade possui requisitos rigorosos a serem preenchidos, para que o empregado faça jus à sua percepção. No entanto, com o advento da reforma trabalhista, o legislador viabilizou que as próprias partes da relação laboral pactuem o enquadramento do grau de insalubridade presente no ambiente de trabalho (art. 611-A, XII).

Isto é, a condição de que o agente nocivo deverá ser constatado via perícia por profissional habilitado se torna prejudicada, porquanto o próprio empregador possui legitimidade para deliberar acerca do nível de insalubridade que o ambiente de trabalho apresenta.

Não obstante tal inovação que, aparentemente, exterioriza-se inconstitucional, a Lei 13.467/17 ainda trouxe um comando legal que se choca com o aludido no parágrafo anterior. Ora, o art. 611-B, XVII, impede expressamente a discussão, por convenção coletiva, sobre normas de saúde do trabalhador, é dizer, adicional de insalubridade.

Desta forma, mostra-se inevitável analisar com mais veemência tal antinomia contida nos artigos incluídos com a Reforma Trabalhista, e, por conseguinte, ofertar possíveis soluções para compatibilizar esses institutos.

## 6. REFERÊNCIAS

ANTÃO, Renata Cristina do Nascimento. **O direito à educação do adolescente em situação de privação de liberdade**. 2013. 223 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo.

AQUINO, Leonardo Gomes de. Criança e adolescente: o ato infracional e as medidas sócio-educativas. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/Buzd29>>. Acesso em dez 2018.

AZEVEDO, Rita. 4 dados reveladores sobre os meninos infratores no Brasil. **EXAME**. São Paulo, set. 2016. Seção Brasil. Disponível em <<https://exame.abril.com.br/brasil/4-dados-reveladores-sobre-os-meninos-infratores-no-brasil/>>. Acesso em dez. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Educação. **Diretrizes Nacionais para a educação escolar dos adolescentes e jovens em atendimento socioeducativo**. Disponível em <<https://goo.gl/N2pfm3>>. Acesso em nov. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Orientações sobre Medidas Socioeducativas**. Disponível em <[http://www.mp.go.gov.br/porta/web/hp/8/docs/orientacoes\\_sobre\\_medidas\\_socioeducativas\\_-\\_cnj.pdf](http://www.mp.go.gov.br/porta/web/hp/8/docs/orientacoes_sobre_medidas_socioeducativas_-_cnj.pdf)>. Acesso em dez. 2018.

<sup>72</sup> BRASIL. Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943. *Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*.

<sup>73</sup> BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Panorama Nacional: a execução das medidas socioeducativas de internação.** Disponível em <<https://goo.gl/4hhxRh>>. Acesso em nov. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em nov. 2018.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm)>. Acesso em nov. 2018.

BRASIL. Governo do Estado de Santa Catarina. **Plano Estadual de Atendimento**

**Socioeducativo Santa Catarina.** Disponível em <<https://goo.gl/uGPkSJ>>. Acesso em nov. 2018.

BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. **Lei de Diretrizes e Bases da Educação**

**Nacional.** Lei n. 9.349, de 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm)>. Acesso em nov. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Socioeducação: estrutura e funcionamento da comunidade educativa.** Disponível em <<https://goo.gl/JVpQWm>>. Acesso em nov. 2018.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo.** Disponível em <<https://goo.gl/kKj2M2>>. Acesso em nov. 2018.

MARTINS, Hugo Fernandes. **O direito à educação como limite para a execução medida socioeducativa de internação.** Disponível em <<https://goo.gl/daUAhg>>. Acesso em nov. 2018.

PRIORIDADE ABSOLUTA. **Entenda a prioridade.** Disponível em <<http://prioridadeabsoluta.org.br/entenda-a-prioridade/>>. Acesso em dez. 2018.

## A APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E A REINCIDÊNCIA DE ATOS INFRACIONAIS EM JOINVILLE

Rafaela Mallmann Cembranel<sup>74</sup>  
 Janaína Silveira Soares Madeira<sup>75</sup>  
 Lara Ribeiro Corrêa<sup>76</sup>

### RESUMO

O presente artigo pretende analisar a aplicação das medidas socioeducativas e, conseqüentemente, o índice de reincidência de atos infracionais na Comarca de Joinville – Santa Catarina. O estudo deste tema é de fundamental importância, posto que os adolescentes se encontram em constante construção de seu caráter e desenvolvimento intelectual e emocional, logo imperiosa a verificação das medidas socioeducativas aplicadas quando do cometimento de atos infracionais, para fins de se buscar a efetiva reeducação e ressocialização, evitando sua reincidência. Desta forma, juntamente com a pesquisa bibliográfica, foi realizada uma pesquisa documental em processos na Vara da Infância e Juventude da Comarca de Joinville/SC, com análise das medidas socioeducativas aplicadas a adolescentes internados no Centro de Atendimento Socioeducativo Provisório – CASEP. Assim, buscou-se, considerando a aplicação das medidas socioeducativas em casos concretos na cidade de Joinville, atestar a eficácia das mesmas, bem como o índice de reincidência dos adolescentes na prática de atos infracionais. A amostra da pesquisa constituiu-se, especificamente, por oito adolescentes internados durante a semana de 25/02/2018 à 03/03/2018, tendo sido coletado todo o histórico processual e judicial dos processos em que foram e são partes esses adolescentes. Ao final da pesquisa, após análise dos dados levantados, constatou-se que as medidas socioeducativas, aplicadas em Joinville, não são eficazes, uma vez que seis dos oito adolescentes estudados são reincidentes na prática de atos infracionais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Medidas socioeducativas, Reincidência, Atos Infracionais, Direito da Criança e do Adolescente.

### 1. INTRODUÇÃO

A adolescência é a fase responsável por moldar, de modo geral, a índole e o caráter do adolescente e, de certa forma, também é nesse período que é, efetivamente, incluso na sociedade como cidadão.

De acordo com Silva, neste estágio, o adolescente passa por diversas modificações no seu desenvolvimento, que, quando não bem tuteladas, tanto por parte da família quanto por parte da sociedade, contribuem para uma falha adequação frente às circunstâncias e desafios da vida, podendo desencadear problemas psicológicos e/ou comportamentais<sup>77</sup>. Por esse motivo, indubitavelmente, essa fase se torna ainda mais vulnerável no que tange ao ingresso do adolescente na criminalidade.

Pensando nisso, foram implementadas, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, medidas socioeducativas a serem aplicadas diante da eventual prática de infrações penais por adolescentes em conflito com a lei. Teoricamente, essas medidas priorizam a reeducação e ressocialização do adolescente. Segundo Digiácomo e Digiácomo “seu caráter é preponderantemente pedagógico, com preocupação única de educar o adolescente acusado da prática de ato infracional, evitando sua reincidência”<sup>78</sup>.

As medidas socioeducativas encontram-se dispostas no artigo 112 do ECA e compreendem: a advertência, a obrigação de reparar o dano, a prestação de serviços à comunidade, a liberdade assistida,

<sup>74</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: rafaelacembranel@yahoo.com.br.

<sup>75</sup> Professora Mestre do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: janaina.madeira@univille.br.

<sup>76</sup> Bacharel em Direito pela Universidade da Região de Joinville - Univille. Assessora da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Joinville. E-mail: lara.ribeiro@tjsc.jus.br.

<sup>77</sup> SILVA, Débora Frizzo Macagnan da. O desenvolvimento das trajetórias do comportamento delinquente em adolescentes infratores. 2002. 113 f. Tese (Doutorado) - Curso de Psicologia, Instituto de Psicologia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/2101/000364196.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 25 set. 2017.

<sup>78</sup> DIGIÁCOMO, Murillo José. DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado. Ministério Público do Estado do Paraná Curitiba: Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2010. p. 163.

o regime de semiliberdade e a internação em estabelecimento educacional<sup>79</sup>. Importante ressaltar que o mesmo diploma legal prevê ainda medidas protetivas, as quais poderão ser aplicadas, conjuntamente, como meio educativo.

Isto posto, ao prever tais medidas, o ECA buscou uma forma de educar adolescentes que estariam, eventualmente, em conflito com a lei, sem que, no entanto, esse meio fosse caracterizado tão somente como forma de punição.

Todavia, não é novidade que a teoria não condiz com a realidade vivida por adolescentes que cumprem as medidas socioeducativas, vez que é claro o crescente número de infrações por estes cometidas e a alarmante taxa de reincidência.

Em Joinville, a título de exemplo, temos o Centro de Atendimento Socioeducativo Provisório - CASEP, unidade destinada ao cumprimento de internação provisória para adolescentes. Esta unidade comporta 28 vagas, estando atualmente em funcionamento apenas 20 vagas, uma vez que uma das alas encontra-se interditada. Ainda, a unidade do Centro de Atendimento Socioeducativo – CASE, da mesma cidade, onde encontram-se os internos já sentenciados, comporta o total de 70 vagas, entretanto, por questões de estrutura física e reformas, somente 41 estão atualmente ocupadas<sup>80</sup>.

Não obstante, tão precário é o sistema que, sequer há, na cidade, Casa de Semiliberdade em funcionamento, local onde deveria se dar o cumprimento do regime de semiliberdade previsto pelo inciso V do artigo 112 do Estatuto.

Há, também, outras instituições previstas no ECA, como, por exemplo, a casa de passagem, a qual acolheria e prestaria assistência à crianças e adolescentes em situação de risco. Todavia, assim como no caso anterior, apesar de previsto, não há, na cidade, o funcionamento de tal instituição, de modo que aquelas crianças e adolescentes são encaminhadas, provisoriamente, para abrigos, onde ficam conjuntamente com outras que se encontram acolhidas.

Dessa forma, surge a dúvida em relação à aplicação das medidas socioeducativas estarem cumprindo os seus papéis de cunho pedagógico, previsto na legislação do ECA.

Portanto, esse artigo, mediante pesquisa bibliográfica e, principalmente, documental, buscará, considerando a aplicação das medidas socioeducativas em casos concretos na cidade de Joinville/SC, analisar a eficácia das medidas aplicadas, bem como a reincidência dos adolescentes na prática de atos infracionais mesmo após o cumprimento das medidas socioeducativas.

## 2. ATO INFRACIONAL E AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Primeiramente, cumpre-se, então, salientar que, em conformidade ao artigo 103 do ECA, entende-se por ato infracional toda e qualquer conduta, praticada por criança ou adolescente, descrita como crime ou contravenção penal<sup>81</sup>.

Quando cometido por criança, ou seja, aquele de até 12 (doze) anos incompletos, o Estatuto prevê, tão somente, a aplicação de medidas de proteção, estas elencadas nos incisos do artigo 101, como por exemplo, o acolhimento institucional ou a colocação em família substituta. Entretanto, mediante a prática de ato infracional por adolescente, aquele de 12 (doze) à 18 (dezoito) anos, a sanção a ser aplicada pode ser tanto uma medida protetiva, quanto uma medida socioeducativa, as quais poderão ser aplicadas durante a ação de apuração de ato infracional ou antes de sua propositura, quando da ouvida do adolescente pelo Ministério Público, em sede de remissão.

Há que se ressaltar, ainda, que, excepcionalmente, na forma do disposto no parágrafo único do art. 2º e o art. 121, §5º, ambos do ECA, as medidas socioeducativas podem, ainda, ser aplicadas às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade, não adotando-se, então, a maioridade civil prevista pelo Código Civil. Essa exceção é aplicada àqueles que tenham praticado ato infracional quando menores de idade, ao passo que se considera a idade do adolescente na data do fato, conforme preceituado pelo parágrafo único do art. 104 do ECA<sup>82</sup>.

<sup>79</sup> BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2017.

<sup>80</sup> Dados obtidos junto à assessoria da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Joinville/SC.

<sup>81</sup> BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990**. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2018.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

Com isso, o Estatuto objetivou impedir que aos menores de dezoito anos, em conflito com a lei, não fosse possível aplicar sanções, tão somente por atingirem a maioridade durante o processo de apuração do ato infracional ou, então, durante o cumprimento de medida anteriormente aplicada.

### 3. DO PROCEDIMENTO E EXECUÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Já no que tange ao procedimento de apuração do ato infracional atribuído à adolescente, este será apresentado ou encaminhado ao Ministério Público pela autoridade policial, sendo que o representante do Ministério Público poderá, de acordo com os artigos 181 e 182 do ECA, promover o arquivamento dos autos, conceder remissão, com homologação judicial, se houver concordância por parte do adolescente, ou, então, oferecer representação. Caso ofereça representação, sendo esta recebida pela autoridade judiciária competente, instaurar-se-á a ação para a apuração do ato infracional<sup>83</sup>.

Destaca-se que o juiz, também, pode conceder a remissão, acompanhada ou não de medida socioeducativa, que não importe na restrição de liberdade (colocação em regime de semiliberdade e internação). A remissão encontra-se prevista nos arts. 126 a 128 e no art. 188, ambos do ECA, e não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade, sendo um acordo que serve para evitar que o processo inicie ou continue<sup>84</sup>.

No momento do oferecimento da representação, o Ministério Público poderá requerer a internação provisória do adolescente e, sendo esta decretada pelo Juiz competente, de acordo com o artigo 108 do Estatuto, terá prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias. Findo, então, o procedimento de fase judicial, o juiz proferirá a sentença, podendo manter a internação, pelo prazo máximo de três anos, agora definitiva, ou aplicar outra espécie de medida<sup>85</sup>.

Há que se asseverar, quanto à execução das medidas socioeducativas, o Sistema Nacional de Atendimento Sócio Educativo – SINASE, instituído pela Lei 12.595/2012, que é um marco para o Direito da Criança e do Adolescente, que reuniu princípios para regulamentar a aplicação das medidas socioeducativas. Dentre eles, descritos no art. 35 da Lei 12.594/2012, encontram-se, por exemplo, o da excepcionalidade, o da brevidade da medida, entre outros.

O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE, portanto, é o conjunto ordenado de princípios, regras e critérios de caráter jurídico, político, pedagógico, financeiro e administrativo que envolve o processo de apuração de ato infracional e de execução de medida socioeducativa, incluindo-se nele, por adesão, o Sistema nos níveis estaduais, distrital e municipais, bem como todos os planos, políticas e programas específicos de atenção ao adolescente em conflito com a lei<sup>86</sup>.

#### ■3.1 Execução e Controle na Cidade de Joinville

Em Joinville, existem, portanto, dois centros de atendimento responsáveis pelo atendimento dos adolescentes em cumprimento da medida socioeducativa de internação: o Centro de Atendimento Socioeducativo Provisório – CASEP, responsável pelas internações de cunho provisório; e o Centro de Atendimento Socioeducativo – CASE, responsável, então, pelas internações definitivas. Ainda, o Centro de Referência Especializado de Assistência Social (Creas), onde se dá o cumprimento da liberdade assistida, fixada por tempo mínimo de seis meses, quando os adolescentes recebem orientação de psicólogo, assistente social e educador. E, por fim, os órgãos conveniados, como bibliotecas e escolas públicas do município, onde se dá o cumprimento da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo máximo de seis meses<sup>87</sup>.

Isto posto, apesar de considerado um texto extremamente moderno, entabularam-se dúvidas quanto a real eficácia das medidas socioeducativas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, visto que, diferentemente da ideia teórica, na prática os resultados são bem diferentes do esperado.

<sup>83</sup> BRASIL. **Estatuto da criança e do adolescente: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990**. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2018.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> *Ibidem*.

<sup>86</sup> LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 134.

<sup>87</sup> Dados obtidos junto à assessoria da Vara da Infância e Juventude da comarca de Joinville/SC.

E, apesar de sua implantação decorrer do intuito de reprimir a prática infracional, há quem diga, de acordo com a lição de Oliveira e Costa<sup>88</sup>, que a criação das medidas acabou apresentando efeito reverso, vez que, por suas sanções menos severas, muitos adolescentes acabaram sendo utilizados como objetos por outros criminosos na prática de delitos.

Resta, pois, duvidosa a eficácia das medidas socioeducativas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, vez que, por não serem aplicadas da forma pelas quais foram inicialmente constituídas, acabam por, na maioria das vezes, não reeducar, ressocializar e reinserir o adolescente no meio social, que volta a praticar atos infracionais.

#### 4. ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS DA PESQUISA DOCUMENTAL

Finda a pesquisa bibliográfica, realizou-se, então, pesquisa documental onde foram averiguados dados processuais concretos, fornecidos pela Vara da Infância e Juventude da Comarca de Joinville/SC, órgão responsável pela aplicação das medidas socioeducativas na cidade.

Assim, a pesquisa em questão contou com o exame e análise do histórico processual de adolescentes internados provisoriamente no Centro de Atendimento Socioeducativo Provisório – CASEP de Joinville, especificamente dos oito adolescentes internados durante a semana de 25/02/2018 à 03/03/2018, onde observou-se todo o histórico judicial de ato(s) infracional(s) cometido(s), a(s) sanção(s) aplicada(s), a idade atual e ao cometimento da(s) infração(s), meio social e grau de escolaridade de cada um, com a finalidade de identificar um determinado padrão de comportamento ante à aplicação de uma das medidas socioeducativas.

Destarte, dos referidos dados encontrados decorreram os seguintes resultados:

##### ■ 4.1. Adolescente 01 (A1)

No primeiro caso analisado, pode-se averiguar de plano que o A1 é reincidente na prática de atos infracionais, apresentando cinco autuações em diferentes processos, sendo quatro deles originários na cidade de Joinville e um da comarca de São Francisco do Sul.

Atualmente, possui 18 (dezoito) anos, mas iniciou na prática de atos infracionais com apenas 14 (quatorze). Destaca-se, assim, que apesar de maior de idade, permanece cumprindo medida socioeducativa, tendo em vista ato infracional cometido enquanto menor. Quanto ao meio social, segundo os Planos Individuais de Atendimento (PIA) coletados por psicólogos no decorrer dos processos, o A1 relata não possuir qualquer vínculo afetivo com sua genitora, quando pequeno teve seu genitor brutalmente assassinado em uma briga e, ainda, apresentou histórico de uso de substâncias psicotrópicas.

Acerca das infrações praticadas e as respectivas medidas aplicadas, o primeiro ato infracional do A1, ocorreu em setembro de 2014, reporta-se a um porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. Esse delito não resultou em aplicação de medida socioeducativa, uma vez que houve extinção do feito, decorrente de o adolescente já se encontrar internado por outro processo.

O segundo ato, um roubo majorado, ou seja, com emprego de arma de fogo e em concurso de pessoas, foi praticado, então, em julho de 2015, resultando na internação provisória pelo período aproximado de 40 (quarenta) dias, seguida para a internação definitiva. Após o cumprimento de um ano de internação, o A1, em setembro de 2016, progrediu para medida socioeducativa de semiliberdade.

O terceiro ato infracional, em janeiro de 2016, diz respeito a dano contra o patrimônio público, tendo ocorrido dentro do próprio estabelecimento (CASE) onde cumpria a internação definitiva referente ao seu segundo ato infracional. Em audiência, o adolescente relata que, juntamente com outros internos, planejou escapar do referido estabelecimento, não obtendo êxito. Foi concedida a remissão pelo Ministério Público, em audiência preliminar, cumulada com a medida socioeducativa de advertência.

Em abril de 2017, o A1 praticou o quarto ato infracional, composto por dois crimes, uma tentativa de homicídio e receptação. Foi internado provisoriamente, seguido da internação definitiva pelo período de três meses, aproximadamente. No final de setembro do mesmo ano, foi concedida a progressão para a medida socioeducativa de liberdade assistida.

O quinto ato infracional cometido ocorreu na cidade de São Francisco do Sul, em dezembro de

<sup>88</sup> OLIVEIRA, Andrey Cordeiro Manso Rezende; COSTA, João Paulo de Jesus Severo da. **Da reincidência da prática do ato infracional**. *Facisa On-line*, Barra do Garças, v. 3, n. 1, p.52-67, abr. 2014. p. 61-62. Disponível em: <<http://www.periodicos.faculdadecathedral.edu.br/revistafacisa/article/view/46/37>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

2017. O roubo praticado pelo A1 resultou em sua atual internação provisória no CASEP, convertida em definitiva no dia 28/02/2018.

#### ■ 4.2. Adolescente 02 (A2)

O A2 é reincidente na prática de atos infracionais, contando com dois processos, ambos originários na cidade de Joinville.

No tocante ao histórico e meio social, o próprio A2, atualmente com 17 anos, em audiências e PIA elaborado, relata que, por estar passando dificuldades financeiras, veio, sozinho, residir em Joinville. Conta que mora com um primo, sendo este integrante da facção Primeiro Comando da Capital (PCC), e que possui, portanto, o mesmo grupo de amigos, estes, em sua grande maioria, envolvidos em atividades ilícitas. Relata, ainda, que é usuário de substâncias psicotrópicas e abandonou os estudos quando completou o nono ano, no ano de 2016.

O primeiro delito, praticado em janeiro de 2018, refere-se a porte e venda de drogas, tendo sido extinto, sem aplicação de medida socioeducativa, em decorrência do adolescente já se encontrar internado por outro processo posterior.

O segundo ato infracional, praticado apenas oito dias após a primeira infração, diz respeito a um roubo majorado, com emprego de arma de fogo, o qual sucedeu a atual internação provisória.

#### ■ 4.3. Adolescente 03 (A3)

O A3 apresenta reincidência penal, contando com dois processos de apuração de atos infracionais. Possui atualmente 18 anos, logo, mesmo maior de idade se encontra cumprindo medida socioeducativa referente a ato infracional cometido enquanto menor, reside somente com seu pai e é usuário da substância cannabis sativa, popularmente conhecida como maconha.

Em outubro 2014, foi detido por porte de drogas, constituindo seu primeiro ato infracional. Em março de 2015, teve concedida a remissão cumulada com a medida socioeducativa de advertência.

Pouco menos de dois anos depois, em junho de 2016, praticou a segunda infração, ora mais gravosa, envolvendo roubo, receptação e adulteração de sinal identificador de veículo. Ao A3, em outubro de 2016, foi concedida novamente a remissão, embora desta vez cumulada com as medidas socioeducativas de prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida. No entanto, após a verificação de não estava cumprindo nenhuma das medidas aplicadas, teve estas convertidas na atual internação sanção, pela qual se encontra recolhido.

#### ■ 4.4. Adolescente 04 (A4)

O A4 é considerado um dos casos mais graves no que concerne à reincidência, possuindo nove apurações de atos infracionais na cidade de Joinville e outras cinco em São Francisco do Sul, das quais não foi possível o acesso. Contando com apenas 17 anos, o adolescente afirma ser morador de rua e, ainda, usuário de substâncias psicotrópicas.

A prática de seu primeiro ato infracional foi decorrência de um furto, do qual foi concedida a remissão cumulada com a medida socioeducativa de advertência.

O segundo ato, em janeiro de 2015, decorreu de uma receptação, sendo, da mesma forma, concedida a remissão cumulada com a medida de advertência.

Em julho do mesmo ano, por estar portando drogas, o A4 teve apurado seu terceiro ato infracional, concedida também a remissão cumulada com a advertência. Ainda em setembro do referido ano, após a prática de um furto, foi apurado a quarta infração do adolescente e por esta última, não houve aplicação de medida, em razão da suspensão do processo, para aguardar julgamento de outra apuração.

A quinta infração, refere-se novamente a uma receptação, ocorreu em março de 2016, acarretando a internação provisória do A4. Em outubro de 2016, a internação foi convertida em definitiva, havendo, entretanto, recurso por parte do adolescente, o qual foi provido, extinguindo o processo em março de 2017.

Pouco mais de um mês depois, em abril de 2016, o A4 cometeu novo furto, constituindo-se o sexto ato infracional, não havendo aplicação de medida socioeducativa, em razão da suspensão do processo.

Cerca de 15 (quinze) dias depois, em maio do ano supracitado, houve a prática de outro furto, ensejando a apuração da sétima infração do adolescente, a qual foi extinta em decorrência de internação por outro processo.

Por fim, em abril de 2017, foram apurados os dois últimos atos infracionais do A4, sendo que o período de tempo entre a prática de um para o outro foi apenas de dez dias. Ambos se trataram de furtos, dos quais o primeiro processo foi suspenso e o segundo acarretou a internação provisória atual do adolescente.

#### ■ 4.5. Adolescente 05 (A5)

O A5 reincidente na prática de atos infracionais, porém conta apenas com dois processos de apuração.

No que diz respeito ao meio social, o A5, atualmente com 16 anos, relata que mora apenas com sua genitora, que estuda e nunca fez uso de substâncias psicotrópicas.

O primeiro ato se deu em virtude de um roubo, ocorrido recentemente, em janeiro de 2018. Ao A5 foi concedida remissão, juntamente com as medidas socioeducativas de prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida. Entretanto, o cumprimento encontra-se suspenso, aguardando julgamento do segundo processo.

Este, por sua vez, trata-se de um segundo roubo, ocorrido pouco menos de um mês da primeira infração, o qual acarretou a atual internação provisória do adolescente no CASEP.

#### ■ 4.6. Adolescente 06 (A6)

O A6 possui uma quantidade considerável de autuações no que concerne a questão da reincidência. São sete atos infracionais cometidos pelo mesmo.

Trata-se de uma situação um tanto quanto delicada, considerando que o próprio adolescente relata, em audiências e PIA que, em decorrência de seu profundo envolvimento no mundo do crime, vem sofrendo ameaças, havendo, inclusive, sofrido uma tentativa de homicídio. Relata, ainda, que apesar de matriculado, não frequenta a escola por receio de sair de sua própria residência.

O A6 cometeu o primeiro ato infracional, um furto, quando tinha apenas 12 anos (atualmente com 16), sendo concedida a remissão cumulada com advertência.

A segunda infração se deu por estar portando drogas, em setembro de 2015. Também lhe foi concedida a remissão, desta vez juntamente com as medidas socioeducativas de prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida. O cumprimento das mesmas, todavia, encontra-se suspenso, em razão de ocorrência de outra infração.

Ainda no mesmo ano, no mês de novembro, o A6 foi detido novamente por porte e venda de drogas, sendo-lhe concedida a remissão cumulada com a advertência.

O quarto ato infracional, um furto, ocorreu em fevereiro de 2016, não havendo medida aplicada em razão da suspensão do processo.

Já em 2017, especificamente nos meses de março e agosto, o A6 foi autuado portando drogas para consumo pessoal, constituindo-se o quinto e sexto ato infracional cometido. O primeiro, após a decorrência do prazo de suspensão, foi extinto, enquanto o segundo acarretou, novamente, a concessão da remissão, bem como a aplicação da medida de advertência.

Posteriormente, o mais grave ato infracional, um roubo, ocorreu em fevereiro do corrente ano, acabando por resultar na aplicação da medida de internação provisória, motivo pelo qual o A6 encontra-se recolhido atualmente.

#### ■ 4.7. Adolescente 07 (A7)

O A7 foi o primeiro dos adolescentes estudados que, excepcionalmente, não apresenta reincidência, possuindo apenas uma apuração de ato infracional.

Este se constituiu em virtude de um roubo, praticado em fevereiro de 2018, resultando na aplicação da internação provisória do adolescente.

O A7, atualmente com 16 anos, justificou, em audiência, que somente praticou a infração por “desespero”, uma vez que necessitava ajudar financeiramente sua genitora. Afirmou, ainda, que nunca fez uso de drogas e que estuda e trabalha.

Posteriormente, foi-lhe concedida a remissão em audiência, revogando a internação provisória aplicada anteriormente.

#### ■ 4.8. Adolescente 08 (A8)

O A8 foi o último adolescente estudado e não é reincidente, possuindo apenas um processo de apuração de ato infracional.

Quanto ao seu meio social, o A8, atualmente com 15 anos, afirma que reside apenas com sua genitora, não trabalha e parou de estudar no sexto ano. Relata ainda que fazia uso da substância *cannabis* sativa, popularmente conhecida como maconha, mas que não mais o faz.

O ato em questão é decorrente da prática de um roubo, em fevereiro do presente ano, havendo sido decretada sua internação provisória, motivo pelo qual se encontrava recolhido nos dias da realização da pesquisa.

Segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT, 2006), o Brasil foi uma das primeiras nações do mundo a reconhecer oficialmente a existência de trabalho em condição análoga a de escravo em seu território, em 1995.

A partir de então o País começou a tomar medidas para erradicá-lo. Naquele ano foram criados o Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM) e o Grupo Especial de Fiscalização Móvel do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), com equipes que atuam principalmente no atendimento de denúncias.

As denúncias são recebidas diretamente pela Secretaria de Inspeção do Trabalho, pelas Superintendências Regionais do Trabalho e Emprego ou por instituições parceiras como Comissão Pastoral da Terra, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Federal, Departamento de Polícia Federal e Polícia Rodoviária Federal (BRASIL, Manual de Combate..., 2011, p. 8).

Segundo o documento (BRASIL, Manual de Combate..., 2011, p. 8), a presença da Inspeção nas atividades em que se verifica maior incidência de irregularidades, “estimula o cumprimento voluntário da legislação trabalhista e contribui para inibir a prática de reduzir trabalhadores à condição análoga à de escravo”.

Dados surpreendentes do programa “Escravo, nem pensar!”, coordenado pela ONG Repórter Brasil e do MPT, apontam que de 1995 até 2017, mais de 50 mil trabalhadores foram libertados de situações análogas à escravidão. Estes resgates geraram indenizações aos trabalhadores que ultrapassaram 94 milhões de reais (de 2000 a 2016), de acordo com Ministério do Trabalho e Previdência Social. Diante destes números surgiu o interesse de pesquisar o tema.

Por meio de pesquisa bibliográfica e análise de dados, este trabalho traça um breve perfil da escravidão contemporânea, a partir do Observatório Digital do Trabalho Escravo no Brasil (2017), trazendo informações sobre operações e resgates de trabalhadores em condições análogas à escravidão e perfil da vítima (raça, gênero, instrução, idade, ocupação, naturalidade, residência).

O estudo ainda traz uma breve abordagem sobre o trabalho escravo contemporâneo e a legislação relacionada, sem pretender esgotar o tema, mas abrir caminho para novas pesquisas.

**Gráfico 01 - Crimes de maior incidência entre os adolescentes**

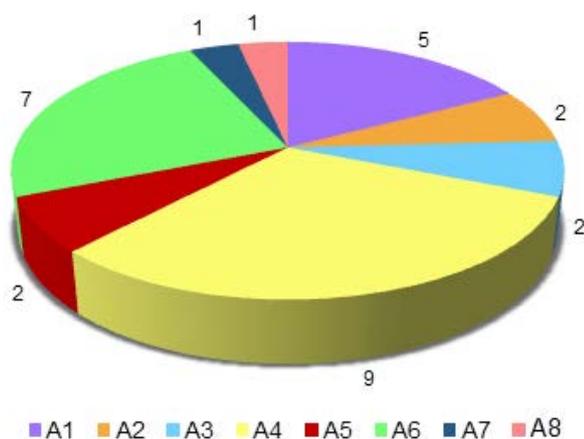


Fonte: Adaptação da pesquisadora referente aos dados dos processos da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Joinville/SC.

Além disso, verificou-se que, dentre as medidas socioeducativas aplicadas, a advertência foi aplicada no total de oito vezes. As demais medidas, quais sejam, de prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida e semiliberdade, foram aplicadas três, duas e uma vez, respectivamente. Quanto às medidas socioeducativas de internação, em caráter provisório foi aplicada onze vezes e em caráter definitivo apenas duas vezes. Destaca-se a quantidade de remissões aplicadas, foram concedidas doze vezes, associadas às medidas socioeducativas aplicadas.

Já no que concerne a reincidência, constatou-se que dentre os oito adolescentes analisados, seis deles possuíam pelo menos dois processos (gráfico 02), ao passo que apenas dois, o A7 e o A8, tratavam-se de “réus primários”.

**Gráfico 02 - Quantidade de processos por cada adolescente**



Fonte: Adaptação da pesquisadora referente aos dados dos processos da Vara da Infância e Juventude da Comarca de Joinville/SC.

Não obstante, nota-se que, diante de informações prestadas pelos próprios adolescentes, seja em audiências ou Planos Individuais de Atendimento, cinco deles, especificamente o A1, A2, A3, A4 e A8, admitem ser usuários ou, então, ter um histórico de uso de substâncias psicotrópicas. O A6, apesar de não haver relato próprio, possui quatro processos relacionados a drogas, sendo dois deles, inclusive, de porte para consumo pessoal. Portanto, pelo menos seis, dos oito adolescentes, apresentaram envolvimento com drogas.

Ademais, ao delimitar o meio social em que cada adolescente esteve inserido, denotou-se que pelo menos sete deles vêm de uma família desestruturada, residindo com apenas um dos genitores ou avós, ou, por exemplo, no caso específico do A4, este se rotula como morador de rua. Oportuno salientar, ainda, que quatro dos oito adolescentes afirmam não estar frequentando a escola atualmente.

Por fim, no que diz respeito à idade na prática do primeiro ato infracional, pode-se depreender que a mais recorrente entre os adolescentes, se deu aos 14 e 15 anos de idade. Já quanto à idade atual dos mesmos, a média foi em torno de 16 e 18 anos.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente artigo possibilitou a demonstração e apuração da eficácia, na cidade de Joinville/SC, da aplicação das medidas socioeducativas previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, considerando seu caráter pedagógico e ressocializador. Ademais, também contribuiu significativamente para atestar o importante aspecto, no que diz respeito à efetividade das medidas, da reincidência no cometimento de atos infracionais.

Desta feita, no que concerne à pesquisa bibliográfica, constatou-se a ineficácia das medidas socioeducativas, posto que, muito embora, teoricamente, o texto do Estatuto seja considerado próspero e inovador, na prática não se obtém o mesmo êxito. Isso ocorre, principalmente, em virtude da má aplicação das medidas, seja pela falta de subsídios e estabelecimentos competentes ou até mesmo de profissionais

capacitados para melhor atender as necessidades do adolescente como pessoa em desenvolvimento e vulnerabilidade.

Já quanto à pesquisa documental produzida, foi possível averiguar que dos oito adolescentes analisados, seis deles possuíam, pelo menos, dois processos de apuração, estabelecendo-se um índice de reincidência de 75% na amostra analisada.

Outrossim, denota-se que há, também, um grave problema em relação ao uso de substâncias entorpecentes, que acabam por introduzir, ainda mais, os adolescentes ao mundo crime de maneira demasiadamente precoce.

Não obstante, percebe-se um constante histórico de desestruturação familiar entre os adolescentes, o que demonstra que estes não contam com o apoio familiar devido, tanto no caráter educacional, quanto afetivo.

Portanto, pôde-se constatar que, ao analisar os processos dos adolescentes internados no CASEP, na semana do dia 25/02/2018 ao dia 03/03/2018, as medidas socioeducativas, não atingem a finalidade com que foram instituídas, uma vez que, mesmo depois de aplicadas diversas vezes aos adolescentes, estes voltaram a reincidir na prática de atos infracionais. Resta, pois, evidenciada a ineficácia das medidas na cidade de Joinville, posto que estas, após aplicadas, não reeducaram, ressocializaram e reinseriram o adolescente no meio social.

Destarte, resta claro que a pesquisa documental, em casos concretos na cidade, foi de suma importância para o levantamento de dados e características de cada um dos adolescentes sujeitos à aplicação das medidas socioeducativas, viabilizando, assim, que os objetivos propostos inicialmente fossem efetivamente alcançados.

Por fim, dada à importância do assunto e considerando o resultado obtido, torna-se necessário e fundamental o desenvolvimento de políticas e programas que, além de tornarem as medidas socioeducativas plenamente eficazes, de modo a garantir o tratamento e crescimento saudável de crianças e adolescentes, também previnam o envolvimento inicial destes com o mundo do crime, assegurando, portanto, que não se vejam em conflito com a lei, não somente na adolescência, como pelo resto das fases da vida.

## 6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**: Lei federal nº 8069, de 13 de julho de 1990. Rio de Janeiro: Imprensa Oficial, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 26 ago. 2017.

BRASIL. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase)**: Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Brasília: Imprensa Oficial, 2012.

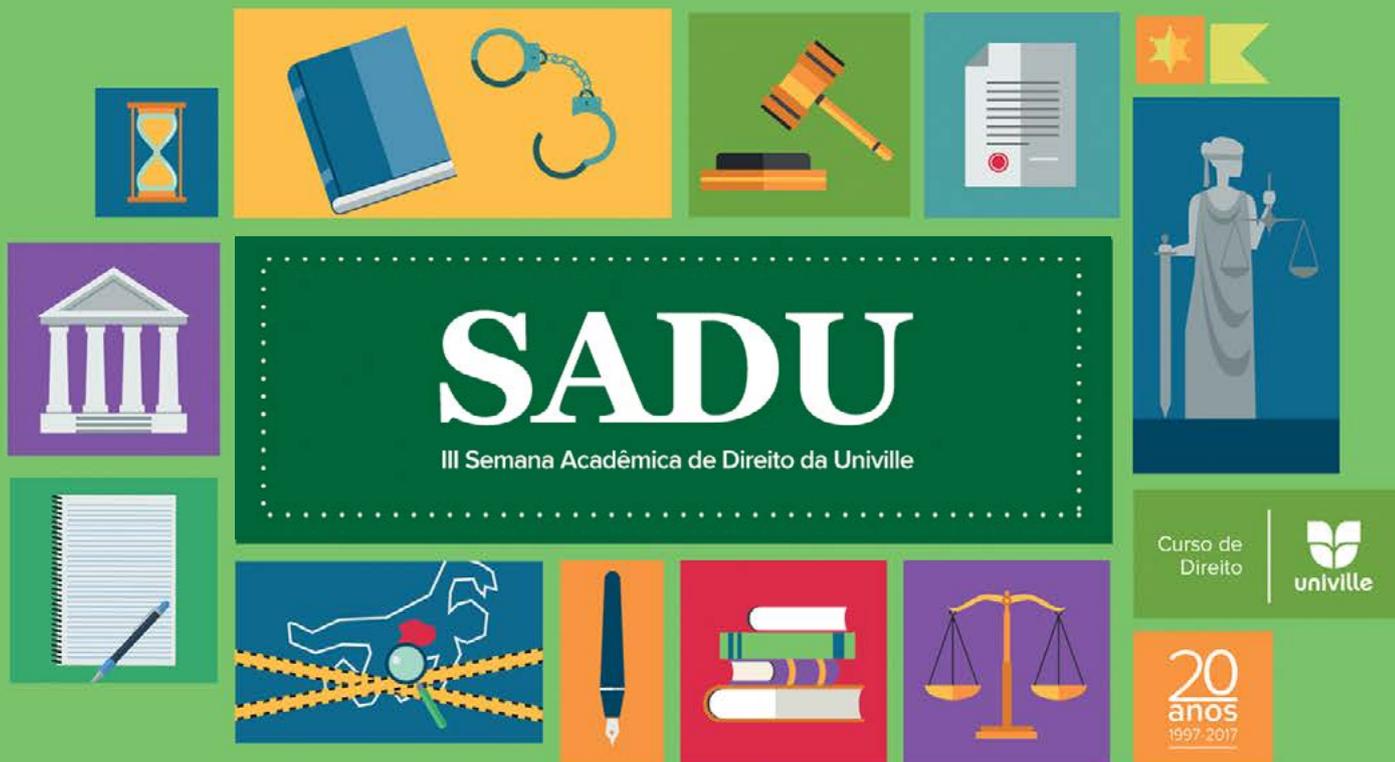
DIGIÁCOMO, Murillo José. DIGIÁCOMO, Ildeara Amorim. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado**. Ministério Público do Estado do Paraná Curitiba: Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2010.

FILHO, Milton C. F., FILHO, Emílio J. M. A. **Planejamento da pesquisa científica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Malheiros, 2012.

OLIVEIRA, Andrey Cordeiro Manso Rezende; COSTA, João Paulo de Jesus Severo da. **Da reincidência da prática do ato infracional**. Facisa On-line, Barra do Garças, v. 3, n. 1, p.52-67, abr. 2014. Disponível em: <<http://www.periodicos.faculdadecathedral.edu.br/revistafacisa/article/view/46/37>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

SILVA, Débora Frizzo Macagnan da. **O desenvolvimento das trajetórias do comportamento delinquente em adolescentes infratores**. 2002. 113 f. Tese (Doutorado) - Curso de Psicologia, Instituto de Psicologia, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/2101/000364196.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 25 set. 2017.



## GRUPO DE TRABALHO: SEGURANÇA PÚBLICA

## **APONTAMENTOS ACERCA DA ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: CASO BRASILEIRO**

Nelson Nogueira Amorim Filho<sup>89</sup>

### **RESUMO**

O presente estudo tece apontamentos sobre a atividade de inteligência no Estado Democrático de Direito, retratando especialmente o caso brasileiro. Apesar de sua importância para a defesa, a Inteligência de Estado é pouco contemplada como objeto de estudo no campo acadêmico dos estudos estratégicos no Brasil, o tema traduz sua relevância na medida em que busca demonstrar que o controle das atividades de Inteligência deve ser parte essencial da agenda de discussões políticas e jurídicas do Estado brasileiro, vez que, o Estado Democrático de Direito determina que suas estruturas realizem ações transparentes e baseadas na lei, inclusive os serviços de Inteligência. A metodologia é qualitativa, do tipo bibliográfica. O método é dedutivo com nível de aprofundamento descritivo. Os resultados obtidos demonstram que a atividade de inteligência de Estado no Brasil vem progredindo no sentido de respeitar o Estado Democrático de Direito, apesar de choques em determinados momentos com os direitos e garantias fundamentais, o que merece amplo debate político, ficando a legalidade sua demarcação e a ideia de controle da legalidade das atividades de inteligência de Estado, a ser desenvolvida, seguindo por óbvio os preceitos constitucionais, balizados pelo Poder Judiciário.

**PALAVRAS-CHAVE:** Atividade de Inteligência, Estado Democrático de Direito, Legalidade.

### **1. INTRODUÇÃO**

Na contemporaneidade o Estado-nação encara amplamente outras formas de ameaças, formas essas que precisam ser compreendidas pelos atores políticos dirigentes, em geral os ocupantes do poder executivo, e para esses devem voltar-se o serviço de inteligência sempre visando à proteção da sociedade. Essas novas situações, segundo Roratto (2012), colocam em risco o estado democrático de direito e podem ser encontradas na crescente criminalidade organizada, no comércio ilegal de armas, no tráfico de seres humanos, no terrorismo internacional, na destruição do meio ambiente e até na própria atuação desregrada da atividade de inteligência, realidades até pouco tempo distantes do que se esperava que compreendesse a atividade de inteligência de Estado.

Concomitantemente à necessidade de resguardar o Estado, bem como a progressiva efetivação dos direitos humanos com fito do pleno desenvolvimento da pessoa humana, emerge o debate acerca da legalidade e dos limites da atividade de Inteligência no Brasil, pois sendo a sociedade algo dinâmico, há que se atentar aos novos fatos sociais. Como ocorre em outras nações democráticas, no Brasil, a atividade de inteligência deve ser exercida com foco na segurança da sociedade e do Estado, respeitando-se os direitos e garantias fundamentais, de acordo com o sistema jurídico vigente. Dessa forma, se tratará a atividade de inteligência de Estado sob o enfoque de que é possível a coexistência da atividade de inteligência com os direitos e garantias fundamentais.

Percebe-se uma ascensão importante da Atividade de Inteligência de Estado nos últimos anos, como leciona Ugarte (2012), no momento em que a sociedade brasileira, por meio de seus representantes, reconhece e respalda esta importante atividade de Estado. Todavia, nos dias atuais, o desconhecimento da atividade, assim como preconceitos, discriminações e paixões têm levado pessoas a criticarem as ações de Inteligência.

Conforme indaga Ferro (2011, p. 30):

<sup>89</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: nelson-nogueira2@hotmail.com.

No momento em que a atividade de Inteligência no Brasil ultrapassa oitenta anos de existência e a Agência Brasileira de Inteligência (Abin) vive sua década, surgem questões: Quais as prerrogativas e os limites legais das ações de Inteligência no Brasil? Em que medida a sociedade brasileira e os legisladores concedem competências e atribuições aos servidores públicos encarregadas do exercício da atividade de Inteligência? Qual deverá ser o equilíbrio entre o exercício da atividade de Inteligência e a observância de preceitos constitucionais como a inviolabilidade da intimidade e da privacidade?

De forma que é importante registrar, como aduz Carnielli (2005), o momento em que são levantadas as questões acima elencadas, visto que a ciência do Direito, sendo dinâmica, acompanha a evolução da sociedade e adapta-se aos novos tempos, aos novos fatos sociais, às novas tecnologias, etc.

Nesse diapasão, como se extrai do exposto por Cepik (2003), as dificuldades de se entender o que é legal e o que seria excesso nas ações de Inteligência tendem a diminuir. Uma breve avaliação da evolução da produção legislativa na área de Inteligência nos últimos quinze anos mostra que, aos poucos, tem sido construída uma teia legislativa que respalda as necessárias ações de Inteligência no país.

Ainda há uma carência de leis mais específicas que definam claramente até onde a Inteligência pode ir, que tragam segurança à população e aos agentes exercem seu mister.

Dito isso, o artigo procurará descrever o que é a Atividade de Inteligência de Estado, ressaltando-se que se usará como sinônimos do termo as expressões atividade de inteligência, serviço de inteligência e serviço secreto, traçar um breve histórico da atividade no Brasil, bem como pautar o conjunto legislativo brasileiro que disciplina o serviço de inteligência.

## 2. A ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA DE ESTADO

O processo de produção de conhecimentos que ocorre no âmago de nossa mente (inteligência) também pode ser verificado na vida em sociedade.

A atividade de inteligência, como evento social, tem como propósito a obtenção (apreensão), a análise (organização e compreensão) e a disseminação de conhecimentos para o tomador de decisão. Ampliar um negócio, conduzir uma guerra, estabelecer uma estratégia de governo, evitar ingerências de outras nações, etc., em todos esses eventos a atividade de inteligência se faz presente.

### ■ 2.1 Conceitos de Atividade de Inteligência de Estado

A expressão Inteligência é correlacionada por pesquisadores a relações e entendimentos secretos que normalmente ocorrem dentro do território de determinado país ou fora dele. Segundo Roratto (2012, p. 36):

Derivado da palavra inglesa 'intelligence', passou a designar, dependendo do enfoque que se queira dar, serviço de Informações, serviço de Inteligência, serviço secreto, serviço de segurança. Em todos os casos, é uma instituição do Estado colocada à disposição dos governantes dos países para que eles se informem antes de tomar decisões. A origem do termo Inteligência está relacionada a uma das mais importantes funções da Secretaria de Estado na Inglaterra no reinado de Elizabeth I, qual seja o controle interno e externo de informações, que era chamado então de 'The intelligence'.

Denota-se que o termo possui muitas significantes, mas apesar disto a forma como a atividade de inteligência é desenvolvida desde seus primórdios possui inúmeros pontos de convergência, não importando qual seja o país que a desenvolva, variando em questões pontuais e de aparatos. O termo histórico, clarificado por Cepik (2003, p. 83),

[...] não significava apenas a provisão de informações extraordinárias sobre potências inimigas (especialmente sobre a frota espanhola antes de 1587) ou conspiradores internos (como os jesuítas e outros perseguidos com base no *Treason Act* de 1351), mas incluía também um suprimento regular de notícias internacionais e informações sobre o mundo. A maior parte dessas notícias era relativamente rotineira e não provinha de fontes secretas,

embora isto deva ser relativizado, porque a própria distinção moderna entre domínio público e secreto não era clara naquele período.

Bobbio (1995 apud Roratto, 2012), no Dicionário de Política, define os serviços de segurança como “órgãos do Estado encarregados de coletar informações políticas, militares e econômicas sobre os demais Estados, particularmente sobre os Estados rivais, inimigos ou tidos potencialmente como tais.” Estes serviços têm também a função de impedir a atividade de espionagem estrangeira onde quer que seja possível, também denominado contra-inteligência<sup>90</sup>.

## ■ 2.2 Surgimento da Atividade de Inteligência de Estado

Economia e política sempre exigiram informações privilegiadas que apresentassem particularidades sobre o que se pretendia explorar, dominar ou manter a salvo. Os detentores desses dados sempre buscam protegê-los, bem como os terceiros interessados sempre buscam obtê-los.

Conforme a ABIN (2018, web):

Esse jogo de interesses gerou ambiente propício para a atuação de serviços secretos. No século XV, as cidades-estados italianas abriram embaixadas no exterior, das quais os enviados obtinham informações estratégicas e em cujas bases estabeleceram-se redes regulares de espionagem. A iniciativa italiana foi reproduzida por outras sociedades nos séculos seguintes. A partir do século XVI, no contexto da formação dos Estados nacionais, tais informações passaram a ser processadas em organizações permanentes e profissionais, inseridas na burocracia estatal, dando origem ao que se denomina Atividade de Inteligência.

A Atividade de Inteligência, como parte da burocracia do Estado, segundo Cepik (2003), originou-se de quatro matrizes institucionais e históricas: economia, guerra, diplomacia e polícia. A aquisição de informações, a elaboração de conhecimentos, o ato de espionar alvos específicos, o plano de se antecipar à ação alheia a fim de se obter vantagem e de se evitar desvantagem e, ainda, de se garantir a ordem social caracterizaram, juntamente com o recurso do segredo, o desempenho estratégico da Atividade nessas quatro áreas, em diversas culturas.

No início das relações entre os Estados, já havia certo regramento do que os funcionários do corpo diplomático deveriam coletar sobre o país onde trabalhavam. Duroselle (2000, p. 122) estudou como ocorreu a evolução das formas diplomáticas nos Estados modernos e seus efeitos na política externa desses Estados e apresentou um fragmento escrito, datado de 1561, e que se mostra ainda atual nos dias de hoje, onde revela o que de importante o corpo diplomático sediado nos países estrangeiros deveria pesquisar. Os pontos mais reveladores indicavam a pesquisa sobre:

[...] a natureza do país, seus limites, sua fertilidade ou esterilidade, a indústria, o comércio, sua inclinação para as armas ou para as artes, sua boa ou má disposição em relação ao seu príncipe. As forças terrestres ou marítimas, quais chefes comandam, naturais, estrangeiros, seu valor e reputação, as próprias forças de que o príncipe pode fazer uso em tempo de guerra ou por qual estrangeiro ele pode ser assistido, seja pelo interesse comum entre eles ou subvencionando-o. Qual sua disposição em relação aos países vizinhos ou outros e a destes em relação a ele. O fundamento e as ocasiões que uns e outros pode ser bem ou mal combinados, o rendimento e o gasto corrente deste príncipe; seu tesouro e quanto ele pode crescer por ano. Quais são os seus ministros e conselheiros, suas qualidades pessoais, sua união ou desunião, seus objetivos e interesses particulares, suas oportunidades e a falta delas, se eles são de uma probidade sólida e de uma

<sup>90</sup> A Contra-inteligência tem como atribuições a produção de conhecimentos e a realização de ações voltadas para a proteção de dados, conhecimentos, infraestruturas críticas – comunicações, transportes, tecnologias de informação – e outros ativos sensíveis e sigilosos de interesse do Estado e da sociedade. O trabalho desenvolvido pela Contra-inteligência tem foco na defesa contra ameaças como a espionagem, a sabotagem, o vazamento de informações e o terrorismo, patrocinadas por instituições, grupos ou governos estrangeiros. CONTRAINTELIGÊNCIA. ABIN, 2018. Disponível em: <<http://www.abin.gov.br/atividadeinteligencia/inteligenciaecontrainteligencia/contrainteligencia/>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

fidelidade que nenhuma corrupção possa ocorrer, se o lugar que eles ocupam no governo foi alcançado por mérito ou por favor, que parte os grandes têm nos negócios e qual o apreço que o príncipe dispensa a eles. Finalmente, a honra e o gênio desse príncipe, sua capacidade, seus exercícios, inclinações, virtudes, vícios, tanto quanto o conhecimento de todas essas particularidades, pode proporcionar uma grande luz a todos os que com ele tiverem negociado. Essa categorização ampla de pesquisa dirigida aos diplomatas dessa época passou a ser usual e até mesmo admitida no conserto da diplomacia, além do que, muitos dados hoje podem ser facilmente obtidos numa simples pesquisa na rede mundial de computadores. Duroselle (2000, p. 122).

Foi nesse contexto de conhecer com profundidade aspectos de outros Estados que emergiram os serviços de Inteligência modernos. Ao estudar as origens dos sistemas nacionais de Inteligência, Cepik (2003, p. 79):

Percebeu que a Inteligência Competitiva é mais antiga do que se supõe, e que ela foi o embrião dos serviços de Inteligência, pois já no período moderno da história, [...] os reis e ministros dos Estados europeus modernos, em seu processo de competição com outros governantes e no esforço de implementar sua dominação sobre territórios e populações cada vez mais amplos, mobilizaram recursos e fundaram organizações especializadas na obtenção de informações. A criação de serviços secretos (mais tarde conhecidos como serviços de inteligência) foi uma das respostas às necessidades mais gerais dos governantes em termos de redução dos custos de transação associados à obtenção de informações... o surgimento dos sistemas nacionais de Inteligência está associado ao lento processo de especialização e diferenciação organizacional das funções informacionais necessárias às decisões que levavam à sobrevivência de um povo.

Com a especialização dos serviços de Inteligência, a obtenção de dados e informações protegidas passou a ser feito por pessoas especializadas dos serviços de Inteligência. Preceitua a ABIN (2018, web) em seu caderno de inteligência, que:

As relações de concorrência política e econômica e os contextos e as matérias de sensibilidade impõem procedimentos ocultos para a garantia de vantagem. O chamado “fator surpresa” é recurso frequentemente usado para tanto. Os ataques surpresa nos conflitos bélicos são uma manifestação desse fator. Não só na guerra, mas também nas outras matrizes (economia, diplomacia e polícia) de desenvolvimento da Atividade de Inteligência, fez-se, sobejamente, aplicação de ações furtivas, desconhecidas pela outra parte. Nessas matrizes, a dinâmica dessas ações, qualificadas como ações de operações de modo típico, era determinada pela propriedade da sensibilidade e da furtividade.

E ainda, por mais paradoxal que possa parecer, dentro dessa mesma especialização da atividade de Inteligência, os países admitem no seu território, conforme expôs Roratto e Carnielli (2006), os ‘adidos de Inteligência’<sup>91</sup>, num processo de intercâmbio de informações necessárias no contexto global de grande complexidade e de ameaças crescentes, como criminalidade organizada, os delitos financeiros, o tráfico internacional de drogas ilícitas, de pessoas. Percebe-se que o surgimento dos sistemas nacionais de Inteligência está associado ao lento processo de especialização e diferenciação organizacional das funções informacionais necessárias às decisões que levavam à sobrevivência de um povo, de um Reino ou de um Estado, melhores oportunidades de negócios, a ciência e a arte de fazer a guerra, atender aos anseios de consolidação e expansão dos estados modernos por meio da diplomacia. No entender de Carnielli (2006), mais tarde passou a servir também à manutenção da ordem interna nos Estados nacionais como pode ser visto, inclusive, no caso da evolução da atividade de Inteligência no Brasil.

<sup>91</sup> A ABIN tem representações em quatorze países da América do Sul, América do Norte, África e Europa. Oficiais de Inteligência da Agência atuam nesses países exercendo a função de adidos civis. Eles fazem o intercâmbio de informações e produzem conhecimentos sobre temas de interesse do Estado brasileiro. ADIDOS de Inteligência. ABIN, 2018. Disponível em: <<http://www.abin.gov.br/institucional/estrutura/>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

### 3. ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA BRASILEIRA E O CONJUNTO LEGISLATIVO BRASILEIRO QUE DISCIPLINA A ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA DE ESTADO

Em um país onde se adota o Estado Democrático de Direito, os serviços de inteligência e segurança recebem poderes extraordinários para contribuir na salvaguarda desse sistema e na defesa dos interesses nacionais. Precisamente por causa desses poderes, tais serviços (bem como as polícias e as forças armadas que formam com eles o núcleo coercitivo do estado) são capazes de causar danos a esse mesmo Estado Democrático de Direito. Os riscos envolvidos são inúmeros. Num polo está a instrumentalização dos serviços de inteligência por parte de um governo contra seus oponentes políticos internos, enquanto no outro polo está a autonomização dos serviços e sua transformação em centros de poder independentes no sistema político.

Há risco também no uso de meios intrusivos de obtenção de informações no exterior, que pode contribuir para uma espiral de reações que termina por aumentar a insegurança nacional ao invés de a reduzir. Por tudo isso, o tema do controle sobre as atividades de inteligência é essencial, devendo o país ter um conjunto legislativo que delinea os limites, bem como respalda a atuação dos agentes que fazem parte do serviço de inteligência.

#### 3.1 Atividade de Inteligência de Estado no Brasil

A história da atividade de Inteligência no Brasil, dos seus primórdios na década de 1920 aos dias atuais, teve momentos de ascensões e quedas. Conforme se extrai do caderno de inteligência, ABIN (2018, web):

O emprego da Atividade de Inteligência no Brasil como instrumento de assessoria às ações estratégicas do Poder Executivo teve início em 1927, no governo do Presidente Washington Luís, com a criação do Conselho de Defesa Nacional (CDN), por meio do Decreto nº 17.999, de 29 de novembro daquele ano. No entanto, o CDN era composto por colegiado de ministros sem corpo técnico próprio, o que limitava sua ação. O foco da Atividade à época recaía sobre a atuação de movimentos que surgiam no contexto da tensão entre classe média urbana e oligarquias agrárias.

A participação do Brasil na Segunda Guerra Mundial foi marco para a estruturação da Atividade de Inteligência brasileira. Do exposto nos cadernos de inteligência, ABIN (2018, web):

O Conselho de Defesa Nacional passou a ser previsto constitucionalmente em 1937, denominando-se Conselho de Segurança Nacional. Dessa data até 1964, o Conselho foi alterado por diversos decretos, tendo como o de maior destaque o Decreto nº 44.489-A, que instituiu o Serviço Federal de Informações e Contra Informações (SFICI), com a competência de coordenar a atividade de inteligência no âmbito nacional.

O apogeu da Inteligência brasileira ocorreu com a criação do Serviço Nacional de Informações (SNI), em 1964, pela Lei nº 4.341, posteriormente todos os outros decretos relativos ao Conselho de Segurança Nacional foram revogados e o SNI tornou-se a agência central de inteligência havendo, inclusive, o Circular n. 12 que recomendava estreita e permanente ligação entre as agências de inteligência dos Ministérios com o SNI. Em 1971, fora criada a Escola Nacional de Informações (EsNI), subordinada ao SNI, por meio de decreto. No ano seguinte, a primeira turma estava sendo formada pela escola.

Após o fim do SNI, desde 1990, quando o Brasil vivia uma forte ruptura política sobre o marco do Estado Democrático de Direito, a Inteligência caiu em um limbo jurídico, tendo como última inovação a criação do Sistema Brasileiro de Inteligência (SISBIN) e a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) como agência central, em 1999, mas de forma muito tímida e ambígua no cenário nacional. O SISBIN é o sistema de inteligência no qual diversas agências das mais variadas áreas estão integradas, somando-se 31 órgãos de 15 Ministérios distintos, visando o planejamento e execução das atividades de inteligência no país.

Integra ainda o SISBIN o Subsistema de Inteligência de Segurança Pública (SISP), tendo como agência central a Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP, Ministério da Justiça), conforme Decreto 3695/2000. Os Estados da federação, por meio de convênio, poderão integrar o SISP com seus

órgãos de inteligência, visando produzir conhecimentos para identificar, acompanhar ou avaliar ameaças reais ou potenciais de segurança pública, coibindo e neutralizando crimes de qualquer natureza, suprindo o governo federal e os estaduais em suas tomadas de decisão. A lei assevera ainda que os órgãos responsáveis pela defesa externa, segurança interna e relações exteriores integrem necessariamente o Sistema.

A Lei nº 9.883 de 7 de dezembro de 1999 deixou a cargo da Presidência da República fixar os órgãos do Poder Executivo Federal que compõem o SISBIN, o que foi feito por meio do Decreto Presidencial nº 4.376, de 13 de setembro de 2002 (conhecido como o Decreto do SISBIN). O parágrafo 2º do art. 2º da mesma lei admite, ainda, que unidades da Federação podem compor o Sistema mediante ajustes específicos e convênios, desde que ouvido o órgão de controle externo da Atividade de Inteligência, a Comissão Mista de Controle das Atividades de Inteligência do Congresso Nacional (CCAI).

Diferentemente do que ocorria com o SISNI, nem todos os integrantes do SISBIN são órgãos de Inteligência. Ademais, a composição do SISBIN é variável e determinada por injunções conjunturais. Segundo Cepick (2003), a inclusão de órgão independente ou de outro poder, por meio de ato do Executivo, configuraria violação da independência entre os poderes da República. Desse modo, nem o Poder Judiciário, nem o Legislativo, nem o Ministério Público integram o SISBIN. Contudo, podem ser efetivados acordos de cooperação entre órgãos desses poderes e a ABIN, na qualidade de órgão central do Sistema, a fim de que se busquem objetivos comuns. Estabelece o art. 5º do Decreto nº 4.376/2002 que o:

“funcionamento do Sistema Brasileiro de Inteligência efetivar-se-á mediante articulação coordenada dos órgãos que o constituem, respeitada a autonomia funcional de cada um e observadas as normas legais pertinentes a segurança, sigilo profissional e salvaguarda de assuntos sigilosos”.

Já no art. 6º são definidas as competências dos órgãos e entidades que compõem o Sistema, entre as quais se podem destacar a de produzir conhecimentos e a de planejar e executar ações relativas à obtenção, integração e intercâmbio de dados e conhecimentos. Consoante o art. 10 do mesmo decreto, a ABIN, como órgão central do Sistema, tem como atribuições:

[...] estabelecer as necessidades de conhecimentos a serem produzidos pelos demais órgãos, coordenar a obtenção de dados e a produção de conhecimentos, promover a necessária interação, desenvolver recursos humanos e tecnológicos e a doutrina de Inteligência, e representar o SISBIN perante o órgão de controle externo da Atividade de Inteligência.

Para atendimento da finalidade legal do Sistema, a ABIN pode solicitar dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal dados, conhecimentos e documentos necessários. Todavia, a atribuição da ABIN de coordenar a Inteligência não se aplica no caso de atividade de Inteligência operacional necessária ao planejamento e à condução de campanhas e operações militares das Forças Armadas (Decreto nº 4.376/2002, art. 10, parágrafo único).

Observa-se do exposto a evolução histórica dos serviços de inteligência, recebendo legitimação legal, distanciando-se de seu passado autoritário, violador de direitos e de uso para interesses obscuros.

### ■ 3.2 Legislação brasileira que disciplina a Atividade de Inteligência de Estado

Ainda há uma carência de leis mais específicas que definam claramente até onde a Inteligência pode ir e que tragam segurança a população e aos servidores que trabalham nesta **área. Todavia, a base legal atual, comparada com a base legal existente há quinze anos, mostra que já houve uma grande evolução.**

Na atual Constituição da República, não há nenhuma referência quanto à atividade de inteligência. O título V da Constituição refere-se à Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, sendo o capítulo II dedicado às Forças Armadas e o capítulo III, à Segurança Pública, mas não há nenhuma menção aos serviços secretos. Como explica Gonçalves:

Enquanto as Forças Armadas e as autoridades de segurança pública são expressamente referidas na Carta de 1988, nenhuma menção é feita aos serviços secretos e muito menos ao papel da atividade de inteligência para a defesa do Estado e da sociedade. No que concerne a processo legislativo, isso pode ser interpretado de duas maneiras: simples desinteresse no assunto; ou vontade de legá-lo a segundo plano, não lhe atribuindo importância constitucional e deixando uma ampla possibilidade de se lidar com o tema infraconstitucionalmente. Sem respaldo constitucional, a atividade de inteligência acabaria enfraquecida (GONÇALVES, 2011, p. 10).

Resumidamente, a base legal para as ações da atividade de Inteligência no Brasil é infraconstitucional, e se traduz em:

- Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983 - Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências.
- Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 - Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.
- Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999 - Institui o Sistema Brasileiro de Inteligência, cria a Agência Brasileira de Inteligência – ABIN e dá outras providências.
- Decreto nº 3.505, de 13 de junho de 2000 - Institui a Política de Segurança da Informação nos órgãos e entidades da Administração Pública Federal.
- Decreto nº 3.695, de 21 de dezembro de 2000 - Cria o Subsistema de Inteligência de Segurança Pública, no âmbito do Sistema Brasileiro de Inteligência, e dá outras providências.
- Decreto nº 4.376, de 13 de setembro de 2002 - Dispõe sobre a organização e o funcionamento do Sistema Brasileiro de Inteligência, instituído pela Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999, e dá outras providências.
- Decreto nº 4.553, de 27 de dezembro de 2002 - Dispõe sobre a salvaguarda de dados, informações, documentos e materiais sigilosos de interesse da segurança da sociedade e do Estado, no âmbito da Administração Pública Federal, e dá outras providências.
- Decreto nº 4.801, de 6 de agosto de 2003 - Cria a Câmara de Relações Exteriores e Defesa Nacional, do Conselho de Governo. Lei nº 10.826 - de 22 de dezembro de 2003
- Dispõe sobre o porte, registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição e sobre o Sistema Nacional de Armas - SINARM, define crimes e dá outras providências.

#### 4. ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

O presente artigo se pautou em alguns objetivos, que foram identificar conceitos sobre o que é a atividade de inteligência de Estado, descrever a atividade de inteligência no Brasil e a legislação brasileira que disciplina a atividade de inteligência de Estado e demonstrar o campo de atuação da atividade de inteligência no estado Democrático de Direito.

Viu-se que não há conceito definido para o serviço de inteligência e sim vários, mas que em geral são órgãos do Estado encarregados de coletar informações políticas, militares e econômicas sobre os demais Estados, particularmente sobre os Estados rivais, inimigos ou tidos potencialmente como tais. Estes serviços têm também a função de impedir a atividade de espionagem estrangeira onde quer que seja possível, também denominado contra-inteligência.

Demonstrou-se que a história da atividade de Inteligência no Brasil, dos seus primórdios na década de 1920 aos dias atuais, teve momentos de ascensões e quedas e que atualmente vigora o Sistema Brasileiro de Inteligência (SISBIN), tendo a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) como agência central, desde 1999. E que SISBIN é o sistema de inteligência no qual diversas agências das mais variadas áreas estão integradas, somando-se 31 órgãos de 15 Ministérios distintos, visando o planejamento e execução das atividades de inteligência no país.

Inferiu-se que a atividade de inteligência de Estado no Brasil vem progredindo no sentido de respeitar o Estado Democrático de Direito, apesar de choques em determinadas vezes com os direitos e garantias fundamentais, o que merece amplo debate político, ficando a legalidade sua demarcação, e a ideia de controle da legalidade das atividades de inteligência de Estado, a ser desenvolvida, seguindo por óbvio os preceitos constitucionais, balizados pelo Poder Judiciário

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Discorrido sobre a atividade de inteligência sob a ótica dos direitos e garantias fundamentais, extrai-se que a escassez de publicações jurídicas a respeito da atividade de inteligência foi um dos grandes obstáculos a serem vencidos na realização deste artigo. As relações jurídicas que surgem entre indivíduo, Estado e atividades sigilosas ainda não se mostram claras e levam a necessidade de formulação de uma nova perspectiva da atividade, frente à Constituição, em especial ao respeito dos direitos e garantias fundamentais.

A Atividade de Inteligência de Estado é vital para própria existência deste, do poder, da soberania e da segurança, nos termos dos arts. 1º e 6º, da CRFB/1988.

É certo que a administração deve ser guardiã dos direitos fundamentais. E face de atos violadores destes, impõe-se-lhe o dever de controle e de rejeição. Significa dizer que a administração, por meio de suas agências de inteligência, deve buscar ações preventivas, buscando autorização judicial de suas ações que, em tese, poderiam ferir direitos e garantias fundamentais.

Ao judiciário cabe analisar o direito e o seu núcleo essencial e seu espaço de configuração legal, frente à medida interventiva do serviço de inteligência, proibindo excessos, a limitação requerida em juízo de um direito fundamental precisa ter respaldo jurídico-social para alcançar os valores a que se destina, ou seja, a segurança, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, previstos no art. 1º, 6º, 142 e 144, da CRFB/1988. Não pode o Estado simplesmente pleitear monitorar um indivíduo por meios efetivamente desrespeitosos a direitos e garantias fundamentais se poderia lançar mão de diligências que não fossem tão dolorosas. Mais além, para ser proporcional, cabe também ao juízo definir se tal medida seria a menos gravosa possível nos exatos termos do caso concreto que lhe foi apresentado.

## 6. REFERÊNCIAS

ABIN. Atividade de inteligência no Brasil. **Cadernos de Legislação da Abin**. Brasília, v. 5, n. 3, 2018.

ADIDOS de Inteligência. ABIN, 2018. Disponível em: <<http://www.abin.gov.br/institucional/estrutura/>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de política**. Brasília: EdUnB, 2008. 1330p.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 05 de setembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Congresso. Senado. Lei 12.527, de 2011, Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2011.

\_\_\_\_\_. Congresso. Senado. Lei 4.341, de 1964. Cria o Sistema Nacional de Informações. Brasília: Senado Federal, 1964.

\_\_\_\_\_. Congresso. Senado. Lei 9.883, de 1999. Institui o Sistema Brasileiro de Inteligência, cria a Agência Brasileira de Inteligência - ABIN, e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 1999.

\_\_\_\_\_. Congresso. Senado. Decreto 3.695, de 2000. Cria o Subsistema de Inteligência de Segurança Pública, no âmbito do Sistema Brasileiro de Inteligência, e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2000.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 4.376, de 13 de setembro de 2002. Dispõe sobre a organização e o funcionamento do Sistema Brasileiro de Inteligência, instituído pela Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 13 set. 2002. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>. Acesso em: 05 de setembro de 2017.

\_\_\_\_\_. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Resolução Nº 1, de 2009, regulamenta o Subsistema de Inteligência de Segurança Pública - SISP, e dá outras providências. Brasília: Secretaria Nacional de Segurança Pública, 2009.

CARNIELLI, Beatrice Laura; RORATTO, João Manoel. A INTELIGÊNCIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO: soluções e impasses. **Revista Brasileira de Inteligência**, Brasília, n. 6, p. 7-14, abr. 2011. Disponível em: <<http://file:///C:/Users/HP/Downloads/revista6.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2017.

CEPIK, Marco Aurélio Chaves. **Espionagem e Democracia**: agilidade e transparência como dilemas na institucionalização de serviços de inteligência. Rio de Janeiro: FGV, 2003.

CONDEIXA, Fábio de Macedo Soares Pires. Espionagem e Direito. **Revista Brasileira de Inteligência**, Brasília. n. 10, p. 103, dez. 2015.

CONTRAINTELIGÊNCIA. ABIN, 2018. Disponível em: <<http://www.abin.gov.br/atividadeinteligencia/inteligenciaecontrainteligencia/contrainteligencia/>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

FERRO, Alexandre Lima. Direito aplicado à atividade de inteligência: considerações sobre a legalidade da atividade de inteligência no Brasil. **Revista Brasileira de Inteligência**, Brasília. n. 6, p. 104, abr. 2011.

GONÇALVES. Joannisval Brito. **Atividade de Inteligência e legislação correlata**. 3ª ed. São Paulo: Impetus. 2013. 323 p.

NOVELLINO, Vicente Nicola. **Cidadania e Limites Jurídicos da Atividade de Inteligência de Estado no Brasil**. 2017. 175 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2018.

OLIVEIRA, Marcel C. **A democratização tardia da Inteligência na Argentina e no Brasil**. 2010. Dissertação (Mestrado em relações Internacionais) – Instituto de Relações Internacionais, Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

OLIVEIRA, Marcel. As teorias das relações internacionais e a inteligência de estado. **Revista Brasileira de Inteligência**, Brasília. n. 7, p. 114, jul. 2012.

RORATTO, João Manoel. Acepção e Conceitos de Inteligência de Estado. **Revista Brasileira de Inteligência**, Brasília, n. 7, p. 31-40, jul. 2012. Disponível em: <<http://www.abin.gov.br/conteudo/uploads/2015/08/revista7.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2017.

UGARTE, José Manuel. Controle Público da Atividade de Inteligência: a procura de legitimidade e eficácia. In: BRASIL, Congresso Nacional. **Anais do Seminário Atividades de Inteligência no Brasil: Contribuições para a soberania e a democracia**, de 6 a 7 de novembro de 2002. Brasília: ABIN, 2003.

# PARADIGMAS CRIMINOLÓGICOS: DO PARADIGMA ETIOLÓGICO E DA REAÇÃO SOCIAL AO PARADIGMA DE UTILIDADE

Reinaldo Denis Viana Barbosa<sup>92</sup>

## RESUMO

O artigo apresenta os paradigmas etiológico e da reação social a partir de referências aos principais teóricos. Em seguida, depois de apresentar as bases da Análise Econômica do Direito, sugere a explicação para o crime a partir do paradigma de utilidade, segundo o qual a decisão pela prática do ato pernicioso dependerá da influência dos motivos corruptores ou demoventes sobre o indivíduo. Desta forma, o criminoso será qualquer um para quem o benefício gerado pelo crime, na sua percepção, supere os custos produzidos. Trata-se de pesquisa bibliográfica e documental para a exposição da teoria e dos dados levantados, utilizando o método qualitativo e a análise explicativa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Criminologia. Paradigma Etiológico. Paradigma da Reação Social. Análise Econômica do Direito. Teoria Econômica do Crime. Paradigma de Utilidade.

## 1. INTRODUÇÃO

Há na criminologia pelo menos dois paradigmas de reflexão do problema criminal, os quais alteram sensivelmente o foco de estudo do pesquisador. O primeiro deles, o paradigma etiológico, tem na antropologia criminal de Cesare Lombroso e na sociologia criminal de Enrico Ferri as suas principais bases. Caracterizado pelo movimento do final do século XIX na Europa que procurava dar o status de ciência à disciplina, os teóricos concebiam a criminalidade como um fenômeno natural, causalmente determinado e identificável segundo um método experimental e estatístico, o que possibilitava a eleição de soluções de combate. Desta forma, o trabalho dos pesquisadores era identificar o que o homem mau teria de diferente do homem bom.

O segundo paradigma, que marca uma mudança considerável na forma de identificação e, portanto, combate ao comportamento desviante, é iniciado pelo *labelling approach* e mais energicamente combatido pela criminologia crítica. Trata-se do paradigma da reação social. Para os autores dessa corrente, um comportamento não é criminoso por si só, nem o desviante é alguém cujos traços de sua personalidade ou influência do meio social justificam o comportamento criminoso. Diferentemente, a criminalidade é uma qualidade atribuída por um duplo processo de seleção.

Propõem-se, a partir de autores como Jeremy Bentham e Gary Becker, a existência de um “novo” paradigma: o paradigma de utilidade. Defende-se que o comportamento criminoso é determinado pela ponderação dos custos e benefícios da conduta criminosa ou, conforme Bentham, pela força de influência dos motivos corruptores e demoventes. Desta forma, o criminoso é todo mundo e qualquer um para quem os benefícios esperados sejam maiores do que os prejuízos calculados.

## 2. PARADIGMAS CRIMINOLÓGICOS: DO CONSENSO AO CONFLITO

Podem ser identificados na criminologia dois paradigmas que trazem, em alguma medida, respostas a questionamentos com “se, quando, como e por que puni”, os quais alteram sensivelmente o foco de estudo do pesquisador.

O primeiro deles, o paradigma etiológico, tem na antropologia criminal de Cesare Lombroso (1883) e na sociologia criminal de Enrico Ferri (1931) as suas principais bases. Caracterizado pelo movimento do

<sup>92</sup> Mestrando em Direito pela UFSC, especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Escola do Ministério Público de Santa Catarina. Graduado em Direito pelo CESUSC. Advogado. E-mail: [reinaldo@advocaciabarbosa.adv.br](mailto:reinaldo@advocaciabarbosa.adv.br)

final do século XIX e início do século XX na Europa, que procurava dar o status de ciência à criminologia, os teóricos concebiam a criminalidade como um fenômeno natural, causalmente determinado e identificável segundo um método experimental e estatístico, o que possibilitava a eleição de soluções de combate.

Conforme observa Alessandro Baratta (2002, p. 29), essa novidade teórica que propunha a identificação de sinais antropológicos da criminalidade e a observação do sujeito “diagnosticado” contribuiu para o surgimento de uma nova disciplina científica com universo de discurso autônomo. Desta forma, por esse viés positivista, característico do paradigma etiológico, a criminalidade é um fenômeno patológico e clínico.

O segundo paradigma, que marca uma mudança considerável na forma de concepção do comportamento desviante, é desenvolvido pela teoria do *labelling approach* e mais especificamente pela criminologia crítica<sup>93</sup>. Trata-se do paradigma da reação social, cujos primeiros apontamentos podem ser identificados em pressupostos da escola liberal clássica, embora com ela não se confunda.

Para a escola liberal clássica o criminoso não é mais um diferente dos demais. A atenção é, portanto, deslocada do indivíduo para o delito, tomado como um conceito jurídico e resultante da livre manifestação de vontade do sujeito.

A criminologia do conflito atingiu o seu momento de maior evidência no final da década de 1950 e início da década de 1960 com a construção, nos EUA, da teoria denominada *labelling approach*, tendo como precursores Horold Garfinkel, Aaron Cicourel, Howard Becker, Thomas Scheff, entre outros. Dentre os autores exemplificativamente citados, destacou-se Howard S. Becker por meio do livro *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*, em 1963.

Nascendo como crítica à criminologia positivista, o *labelling approach* considera a interdependência entre “conduta desviada” e “reação social” para formular a sua tese central. Por essa vertente, o desvio e a criminalidade não são intrínsecos à conduta, tampouco são anteriores à reação social e penal. Diferentemente, são o resultado de processos formais e informais de definição e seleção. (ANDRADE, 1995, p. 5).

Os questionamentos dos autores da criminologia tradicional podem ser identificados como aqueles que se lançaram a investigar quem é o criminoso, como ele se torna criminoso etc., tudo isso para que se encontre meios que possibilitem o exercício do controle sobre eles.

Os autores do *labelling approach*, diferentemente, preocupam-se em indagar quem é definido como criminoso, em que condições ocorre esta definição, quais as consequências da utilização de tal definição para o sujeito e, finalmente, quem define quem. Ou seja, o olhar dos autores está muito mais para o processo de construção e aplicação dos “rótulos” do que para a aplicação dos conceitos jurídicos já positivados.

Para esta teoria o comportamento criminoso é definido pela resposta negativa recebida pelos membros da sociedade. Assim, uma conduta não é criminosa por si só, tampouco o criminoso recebe essa qualificação por traços da sua personalidade, do seu meio social de convívio ou qualquer determinante da criminologia positivista. A criminalidade se revelará pela definição legal de crime e pelo etiquetamento de um sujeito como criminoso dentre todos os que praticam as mesmas condutas. (ANDRADE, 1995, p. 5).

Certos comportamentos serão considerados incorretos, sem que necessariamente a lei se preocupe em reprimi-los (BECKER, 2008, p. 13). Alguns deles serão apenas violações a regras de etiqueta, considerados incomuns, mas nenhuma providência será tomada. O autor faz esse destaque para informar que o caráter desviante de um comportamento não está em si mesmo, mas na reação social gerada.

Desta forma, a criminologia do *labelling approach* propõe a ruptura com a criminologia tradicional, substituindo o modelo estático de abordagem do comportamento humano por um dinâmico (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 55), concentrando-se nos processos sociais que resultam na escolha de alguns comportamentos como ilegais, transformando o seu executor em criminoso.

Assim, o delito “é nada mais do que um ponto de vista sobre o antissocial que logrou impor-se sobre outros pontos de vista, em dado momento e lugar” (LARRAURI, 2000, p. 65). Exatamente por isso não é algo inerente à ação ou a uma pessoa, mas é uma qualidade que se atribui ao ato e a quem o realizou.

<sup>93</sup> Na literatura a teoria do *labelling approach* aparece, a depender do enfoque, como sinônimo de interacionismo simbólico, etiquetamento, rotulação e, ainda, reação social. Aqui se optou por utilizar estas como expressões independentes por entendermos que interacionismo simbólico, rotulação, e as demais expressões, são bases sobre as quais se desenvolveu a crítica da nova criminologia. Nesse sentido, Andrade (2003, p. 215).

Sem desconsiderar as construções teóricas formuladas pelos diversos autores em cada paradigma criminológico, a Análise Econômica do Direito Criminal apresenta-se como ferramenta interpretativa para a leitura do problema penal, sem pretender ser a razão última para questão tão complexa.

### 3. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO CRIMINAL: PARADIGMA DE UTILIDADE

O discurso de aproximação do Direito e da Ciência Econômica foi propiciado, em grande medida, pelo contexto intelectual do Século XX, que proporcionou uma nova visão do Direito denominada Realismo Jurídico. Sobre o tema, a lição de Ivo Gico (2011, p. 7) é bastante esclarecedora.

Para o autor, o Realismo Jurídico tinha por principais funções demonstrar que: i) o direito é de caráter indeterminado, ou seja, não é possível oferecer a mesma resposta para casos análogos; ii) as decisões judiciais não resultam da aplicação mecânica da lei, sobretudo quando consideradas as externalidades que influenciam os juízes; iii) a partir deste reconhecimento, o juiz deveria ser mais pragmático na aplicação do direito, a fim de alcançar a plena eficácia social da norma jurídica.

Nos Estados Unidos, com um ambiente propício ao neoliberalismo, em meados de 1960, o discurso ganha força a partir de estudos realizados, principalmente, nas escolas de Chicago e Yale.

Neste período, o economista Ronald H. Coase (1960), partindo da análise de *The Economics of Welfare*, escrito por Arthur Cecil Pigou em 1920, apresentou o que ficou conhecido como “Teorema de Coase” no artigo denominado *The problem of social cost*, concluindo que quando as transações ocorrem sem custo, tanto faz para quem o direito vai ser adjudicado, uma vez que as decisões não terão efeito na alocação dos recursos. Contudo, quanto os custos das transações forem altos, é importante que os direitos das partes estejam bem definidos, tornando as decisões judiciais previsíveis.

A análise do Direito a partir da Ciência Econômica, como proposta por Coase, considera a necessidade de se fazer operações de custo e benefício das decisões a serem tomadas, considerando que estas terão consequências. O resultado dessa ponderação se comporta como incentivos ou desincentivos. A análise é necessária devido à finitude dos recursos dos quais depende a satisfação dos interesses das pessoas<sup>94</sup>, ou, no dizer dos economistas, devido à sua escassez.

Desta forma, a Ciência Econômica<sup>95</sup> é definida como a “ciência da eleição racional em um mundo onde os recursos são limitados em relação às necessidades humanas.” (POSNER, 2010, p. 25); ou, na leitura de Lafayete Josué Petter (2005, p. 30), a Economia estuda a melhor alocação possível dos recursos escassos entre usos alternativos e fins competitivos. De forma objetiva, Nusdeo (2001, p. 28) a define como a administração da escassez.

Segundo a teoria econômica clássica, o homem buscará maximizar seu bem-estar, e se inclinará a ponderar os custos envolvidos nas decisões a serem tomadas e os benefícios delas decorrentes. Chama-se custo de oportunidade o inevitável preço a ser pago por toda escolha. (RODRIGUES, 2014, p. 63).

Estes conceitos foram igualmente aproveitados para a análise do problema penal. Embora não formulados como teoria criminológica, em Cesare Beccaria e Jeremy Bentham, ainda no fim do século XVIII, é possível identificar a atuação destes fundamentos nas proposições de sua época.

No Século das Luzes era característica a buscar por mitigar a discricionariedade dos juízes, para tanto, a Lei deveria servir como limite à atuação do julgador. A incriminação, assim, dependeria exclusivamente da Lei, regente de um processo que aplicaria uma pena útil, proporcional e humana. (MECCARELLI, 2009, p. 473).

Esse caráter utilitarista confere às leis e às penas certa instrumentalidade: as primeiras servem para a construção de uma ordem social, funcionando como formatação moral dos indivíduos, garantindo a ordem e possibilitando o exercício dos direitos civis; já as penas são úteis para a correção individual (função reformadora), e para a prevenção geral, o que é claro com a visibilidade que Bentham pretende dar à sua execução.

<sup>94</sup> Richard Allen Posner (2007, p. 25) afirma que o homem procura sempre de forma racional aumentar ao máximo o que chama de “*interés próprio*”.

<sup>95</sup> Aqui se faz uma advertência que, embora conceitual, é importante para o posicionamento do tema no correto campo do conhecimento. Adverte-se para o fato de que, para fins didáticos, a Ciência Econômica costuma ser dividida em Microeconomia e Macroeconomia. A Microeconomia é a parte da Ciência Econômica destinada a investigar a tomada de decisão entre os indivíduos, firmas e setores específicos, sendo seu método o de interesse no estudo da Análise Econômica do Crime. A Macroeconomia, por sua vez, diz respeito ao estudo dos fatores que acarretam crescimento econômico, geração de emprego e estabilidade de preços.

Ademais, comumente tem-se na expressão Economia a (errônea) vinculação exclusiva ao dinheiro. Os postulados da Economia são aplicáveis a diversos tipos de recursos, dentre os quais o dinheiro é apenas um exemplo. A decisão de casar, ter um filho, tratar bem as pessoas, não ultrapassar o sinal vermelho, enfim, são, em alguma medida, econômicas, uma vez que envolvem escolhas racionais, a partir da escassez dos recursos envolvidos. Essa advertência é mais bem formulada por Ivo Gico Júnior (2011, p. 12).

Segundo o princípio da utilidade, as penas legais são males que devem recair acompanhados de formalidades jurídicas sobre indivíduos convencidos de terem feito algum ato prejudicial, proibido pela lei, e com o fim de se prevenirem semelhantes ações para o futuro. (Bentham, 2002, p. 20)

A base das propostas reformadoras de Bentham está no uso do princípio da utilidade, entendido como “aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo.” (BENTHAM, 1974, p. 10).

Para Bentham, há dois “senhores” que governam os homens: a dor e o prazer.<sup>96</sup> A esses dois sentimentos que está submetido o comportamento humano, sendo o princípio da utilidade construído sobre tais alicerces. Assim, utilidade representa a característica em virtude da qual o objeto tende a produzir “benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade” ou impedir que aconteça “o dano, a dor, o mal ou a infelicidade para a parte cujo interesse está em pauta”. (BENTHAM, 1974, 10).

Bentham assevera, então, que os motivos que influenciarão as pessoas a praticar, ou não, um ato pernicioso são chamados de *sedutores* ou *preservadores*. Ao final, a decisão pela prática do ato pernicioso dependerá da ponderação entre o prazer ou a vantagem obtidos com o crime e o incômodo e perigo que, ao seu juízo, acompanham o ato.

Quase dois séculos depois, na Universidade de Chicago, o economista Gary Becker se utiliza de pressupostos evidenciados por Bentham e Beccaria para formular a sua Teoria Econômica do Crime, sendo ao professor estadunidense atribuída a sistematização do pensamento que tem no criminoso um “empresário”. (OLSSON, 2014, p. 72).

A partir de Becker, o criminoso, assim como o não criminoso, reage racionalmente a incentivos; estes incentivos decorrem da avaliação de custo e benefício do crime a ser praticado. Assim, o criminoso será qualquer pessoa para quem a utilidade esperada com o crime (a qual não se limita ao proveito econômico<sup>97</sup>) supera a utilidade que poderia obter usando o seu tempo e recursos para a prática de atos lícitos.

Segundo Becker (1968, p. 177), “algumas pessoas se tornam ‘criminosas’, não porque sua motivação básica seja diferente das de outras pessoas, mas porque seus benefícios e custos diferem.”<sup>98</sup>

Exatamente nisso se propõe a identificação de mudança de paradigma criminológico, uma vez que se compreende o criminoso como um sujeito igual sobre quem os motivos corruptores ou demoventes exercem maior ou menor influência. Assim, não se buscará identificar as características definidas pelo positivismo criminológico, tampouco as reflexões ideológicas da criminologia crítica.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A interação entre Direito e Ciência Econômica tem se mostrado útil como ferramenta auxiliadora na previsibilidade do comportamento desviante. Longe de pretender ser a solução última para o problema da criminalidade, oferece-se como mais uma lente possível de enxergar o problema penal, com a diferença de pretender mensurar o comportamento humano, atividade fundamental à adoção de políticas públicas de segurança.

Considerável mudança proporcionada pela Análise Econômica do Direito Criminal refere-se à proposta de novo paradigma para a explicação do crime, em substituição aos paradigmas etiológico ou da reação social. Por este prisma, o crime não é mais determinado por características que os “homens maus” possuem, ausentes nos “homens bons”. Igualmente, diminui-se a força da criminologia crítica para explicação da criminalidade pela seleção de comportamentos e pessoas para serem perseguidas.

Apresenta-se o paradigma de utilidade, segundo o qual a decisão pela conduta criminosa estará em função da força exercida pelos motivos corruptores e demoventes, tratando-se de simples relação de mercado caracterizada pela ponderação custo x benefício.

<sup>96</sup> Embora colocado desta forma por Bentham, a ideia já pode ser vista em Epicurio, na Grécia (IV a.C).

<sup>97</sup> Nesse sentido, Olsson (2014, p. 75) alerta que “custos devem ser entendidos não unicamente em seu sentido econômico, mas como algo que a sociedade perde, deixa de ganhar, ainda que exclusivamente em relação ao bem-estar”.

<sup>98</sup> No mesmo sentido, Foucault (2008, p. 346): “O criminoso não é mais que absolutamente qualquer um. O criminoso é todo o mundo, quer dizer, ele é tratado como qualquer outra pessoa que investe numa ação, que espera lucrar com ela e aceita o risco de uma perda.”

Não se desconsidera a crítica apresentada a este modo de leitura da criminalidade. Contudo, a clareza dos pressupostos e a confirmação empírica têm dado cada vez maior relevância para esta teoria.

Certamente ainda há longo caminho a ser desbravado como a identificação daquilo que não é racional na tomada de decisão, uma vez que o *homo economicus* não habita com exclusividade a mente humana. Há freios morais, identificados inicialmente como a família, religião e educação. Estes, sem dúvida, são ponderados na tomada de decisão pelo comportamento criminoso e talvez identificar o poder de atuação exercido seja o próximo desafio.

## 5. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 24-36, jan. 1995. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15819>. Acesso em: 09 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do desvio penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BECKER, Gary. **Crime and punishment: na economic approach**. *Journal of Political Economy*, v. 76, p. 169-217, 1968.

BECKER, Howard. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. São Paulo: Abril S. A. Cultural e Industrial, 1974.

\_\_\_\_\_. **Teoria das penas legais**. São Paulo: Bookseller, 2002.

COASE, Ronald H. **The Problem of Social Cost**. *Law & Econ*, v. 3, p. 1-44, oct. 1960. Disponível em: <http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2018.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena**. 2. reimpr. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

FERRI, Henrique. **Princípios de direito criminal**. Luiz Lemos D'Oliveira (trad.). São Paulo: Saraiva, 1931.

FOUCAULT, Michel. **O nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979)**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes: 2008.

GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, p. 1-33, 2011.

LARRAURI, Elena. **La herancia de la criminología crítica**. 2. ed. Madri: Siglo vientiuno de España, 2000.

LOMBROSO, Cesare. **O homem criminoso**. Maria Carlota Carvalho Gomes (trad.). Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1983.

MECCARELLI, Massimo. El proceso penal como lugar de determinación de la justiça. Algunas aproximaciones teóricas en la época del ius commune. In MADERO, Marta. **Processos, inquisiciones, pruebas**. Homenaje a Mario Sbriccoli. Buenos Aires: Manantial, 2009, p. 307-323.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLSSON, Gustavo André. **Análise econômica do direito penal e teoria sistêmica**. Curitiba: Juruá, 2014.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

POSNER, Richard Allen. **El análisis económico del derecho**. Eduardo L. Suárez (trad.). 2ª ed. México: FCE, 2007.

\_\_\_\_\_. **A economia da justiça**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

RODRIGUES, Fellipe Azevedo. **Análise econômica da expansão do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

## A IRRACIONALIDADE SISTÊMICA DA POLÍTICA CRIMINAL CONTEMPORÂNEA

José Edilson da Cunha Fontenelle Neto<sup>99</sup>

Waldemar Moreno Junior<sup>100</sup>

### RESUMO

O presente trabalho tem por escopo demonstrar, de forma breve, porém séria, a irracionalidade que permeia a política criminal contemporânea, mormente dentro do âmbito processual penal, tendo este como espaço de poder efetivo e crescente, que faz, sim, papel de agência de criminalização e, portanto, de agência interna à política criminal. Nesse sentido, buscar-se-á através das lições doutrinárias, principalmente de Eugênio Zaffaroni, Lênio Luiz Streck e Luigi Ferrajoli, se perquirir acerca das questões críticas envolvendo a matéria. Ademais, buscar-se-á perquirir acerca da matéria que se propõe no que tange as decisões jurisprudenciais, a fim de se perquirir uma análise de casos julgados. Portanto, com o presente trabalho busca-se evidenciar a importância da racionalidade (ideológica) democrática dentro do âmbito processual penal, enquanto ferramenta de evolução civilizatória e enquanto meio de garantia individual (teórico) e espaço de poder (por vezes abusivo – prático), por meio da análise da doutrina e da jurisprudência acerca do tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Penal do Inimigo, Política Criminal, Processo Penal, Espaço de Poder.

### 1. INTRODUÇÃO

A atual fase global caminha, a passos largos, para um direito penal de cunho autoritário e inquisitório, mormente em virtude dos processos de globalização das relações e do poder efetivo (mercadológico)<sup>101</sup>, que impõe uma agenda neoliberal, por vezes incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Assim, as agências de controle (oficiais e não oficiais) vem desconstruindo as garantias penais e processuais penais, mediante o populismo penal, que se utiliza das propagandas Völkisch (ZAFFARONI, 2011, p.15) e pela standardização da informação (manipulada e seletiva) – não do conhecimento, o que é bem diferente.

Desconstrução esta que vem sendo operada pela instituição de uma política criminal, implantada por meio do Direito Penal e, principalmente, do Processo Penal, de exceção permanente e, para isso, nada melhor, e mais trivial, do que a criação de inimigos públicos e de uma política criminal contra estes inimigos (atualmente, corruptos e terroristas).

O ponto nevrálgico é estas políticas, de cunho utilitarista para aqueles que manejam com o Poder, não são outra coisa senão um embuste, uma retórica dissociada de qualquer dado empírico e de qualquer finalidade prática para as finalidades que, formal e declaradamente, se pretende.

Ademais, estas políticas, não geram consequências somente para os *inimigos*, mas, sim, para todos os jurisdicionados, que lidam com um direito mais irracional, onde a legalidade dá lugar à *vontade de poder*.

<sup>99</sup> Mestrando em Ciências Jurídicas na Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI, Pós-graduando em Direito Penal e Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal/UNINTER, Bacharel em Direito Pela Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. Advogado.

<sup>100</sup> Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALLI, Mestre em direito processual e cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR, Delegado Federal Aposentado, professor de Direito na Universidade da Região de Joinville, advogado

<sup>101</sup> Nota do Autor: Sobre o assunto: ZAFFARONI. Eugênio Raul. O inimigo no direito penal. 3.ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 15: “É impossível ignorar que a atual situação mundial constitui um fator determinante do escândalo que parece atingir a discussão no campo penal e político criminal. (...) Os Estados nacionais são débeis e incapazes de promover reformas estruturais; os organismos internacionais tornam-se raquíticos e desacreditados; a comunicação de massa, de formidável poder técnico está empenhada em uma propaganda völkisch e vingativa sem precedentes; a capacidade técnica de destruição pode arrasar a vida; guerras são declaradas de modo unilateral e com fins claramente econômicos, e para culminar, o poder planetário fabrica inimigos e emergências – com os consequentes Estados de exceção – em série e em alta velocidade”. BAUMAN, Zygmunt. *Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar 2013. “O poder já é global; a política, por lástima, permanece local. Os Estados-nação territoriais são delegacias de polícia locais no estilo ‘lei e ordem’, assim como latas de lixo, cortadores de grama e usinas de reciclagem locais para riscos e problemas globalmente produzidos”.

Nesse sentido, se faz sobremaneira importante a análise das questões que envolvem os discursos e ideologias aplicadas (por vezes até de forma inconsciente) nas políticas criminais, no caso em específico deste trabalho, por meio do processo penal.

## 2. POLÍTICA CRIMINAL ENQUANTO GESTÃO POLÍTICA DOS DIREITOS PENAL E PROCESSUAL PENAL

Antes de adentrar precisamente ao tema central do trabalho, qual seja, a irracionalidade, no sentido de ausência de qualquer cunho ideológico, ou mesmo qualquer senso lógico<sup>102</sup>, na construção da política criminal, seja na sua elaboração legislativa, seja na sua aplicação prática, é mister se traçar algumas premissas no tocante ao que vem a ser a política criminal e a quem ela ordinariamente vem servindo.

Pois bem. A política criminal nada mais é do que o *modus operandi* de o Estado utilizar, de modo formalmente – ainda que nem sempre materialmente – legítimo o seu poder coercitivo contra seus cidadãos, para fins de controle social por meio da repressão criminal.

Sobre o assunto, dispõe Oldoni (2014, p. 26/27), quando afirma ser a política criminal mais um dos muitos meios de controle social, senão vejamos:

Podemos compreender o sistema de controle social como um conjunto de sistemas normativos (religião, ética, costumes, usos, terapêutica do direito [aqui compreendido a lei, a polícia, o judiciário e o Ministério Público]) cujos portadores, através de processos seletivos (estereotipia e criminalização) e estratégias de socialização (primária e secundária ou substantiva), estabelecem uma rede de contenção que garantem a fidelidade das massas ao sistema de dominação, o que, por motivos inerentes aos potenciais tipos de conduta dissonante, se faz saber destinatários sociais diferencialmente controlados segundo a classe a que pertencem.

Nesse talvegue, é importante que fique claro que a política criminal é um meio de controle social, que se faz imprescindível em um estado democrático – ao menos a nosso entender, haja vista não sermos adeptos do abolicionismo.

Então, a conclusão que se pode chegar, e este é o ponto nevrálgico, é que se uma dada sociedade vive se uma determinada forma é porque existe uma de controle social, entre elas a própria política criminal, que lhe dá sustentação.

Sobre o assunto, não é diverso o entendimento de Pierre Boudier, que assenta que o poder ideológico é utilizado com fito de implementação e legitimação de um modelo ideológico e social que legitime a dominação pelo capital econômico.

Conforme dito, colhe-se das palavras de Pierre Bourdier (1989, p 12):

As frações dominantes, cujo poder assenta no capital econômico, tem em vista impor a legitimidade da sua dominação quer por meio da própria produção simbólica, quer por intermédio dos ideólogos conservadores, os quais só verdadeiramente servem aos interesses dos dominantes.

Nesta vertente, os exemplos históricos são inúmeros, sendo mais facilmente percebidos nos períodos de maior autoritarismo, como o fascismo, o nazismo, as ditaduras militares e stalinista e a *santa* inquisição.

Nesse sentido, tendo em vista que o Direito e o Processo Penal não são outra coisa senão um modo de operacionalização e racionalização do poder coercitivo e até mesmo violento do Estado, ou seja, são meios de aplicação da política criminal adotada, imperioso que se faça a análise da política criminal prática (por vezes velada) através dos institutos penais e processuais penais.

<sup>102</sup> No sentido de íntegro a seus precedentes, aos pensamentos pretéritos, eis que atualmente, principalmente no âmbito legislativo, vigora um completo *non sense*, onde se elaboram leis contraditórias entre si, de forma frontal ou parcial.

### 3. O PROCESSO PENAL COMO ESPAÇO DE PODER DE FATO

Pode-se extrair das diversas concepções jurídicas de *processo penal*, ser este conceituado, em apertada síntese, pelas diversas correntes doutrinárias, como uma relação jurídica de direito público, envolvendo acusador (estado ou particular), acusado (particular) e julgador (estado), onde se desenvolve a atividade estatal típica de aplicação das legislações penais e processuais penais.

Nesse talvegue, é nítida a presença de um espaço de utilização de parcela do poder estatal acusatório e punitivo (LOPES JR, 2012, p. 164) (*jus postulandi* – acusador – e *jus puniendi* – julgador), assim inequívoco se tratar o processo penal de um espaço típico de aplicação de parcela do poder estatal, por excelência, o Poder Jurisdicional, decorrente da soberania.

A grande questão, muitas vezes deixada de lado, é que o Processo Penal é um espaço de poder até mesmo maior do que o Direito Penal, porquanto todos os afetados pelas punições decorrentes do Direito Penal, necessariamente, passaram pelo processo penal, enquanto a recíproca não é verdadeira, afinal, nem todos os indivíduos processados são, efetivamente, punidos com sanções criminais, o que é uma resposta válida, afinal o processo não visa exclusivamente a punição (é bom repetir o óbvio).

Apenas para se ter uma ideia da importância dos institutos processuais, é bom destacar o número de presos processuais, que, na América Latina, é de aproximadamente  $\frac{3}{4}$  do número total de presos (ZAFFARONI, 2011, p. 170) e, no Brasil, tal número cai para aproximadamente 40% (ZAFFARONI, 2011, p. 170), o que ainda é alarmante. Portanto, o destaque é para o fato de que o processo penal pune tanto quanto, senão mais, do que o direito penal, tornando atual e relevante a máxima carneluttiana de que a maior miséria do processo penal é punimos para saber, somente ao final, se devemos ou não (é sempre uma hipótese válida e legítima, também) punir (LOPES JR, 2012, p. 194).

Nesse sentido, é possível se colher da jurisprudência casos de prisões, inclusive de ofício, demonstrando o tamanho do espaço de poder exercido existente dentro de um processo penal.

Sobre o assunto, é da jurisprudência do TJSC:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS [ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06]. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PRISÃO PREVENTIVA. INSURGÊNCIA. I-ALEGADA NULIDADE DA DECISÃO QUE CONVERTEU A PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA. DESNECESSIDADE DE PRÉVIA PROVOCAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO OU DA AUTORIDADE POLICIAL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 310, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRECEDENTES. TESE AFASTADA. “Não é nula a decisão do Juízo singular que, de ofício, converte a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos e fundamentos para a medida extrema, mesmo sem prévia provocação/manifestação do Ministério Público ou da autoridade policial. Exegese do art. 310, II, do CPP. Precedentes deste STJ [...] (Recurso em Habeas Corpus n. 46.903/MG, rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, j. 5.6.2014).” (TJSC, Habeas Corpus n. 4006071-48.2016.8.24.0000, de Brusque, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencour Schaefer, j. 08-09-2016).

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTS. 33, CAPUT, E 35, CAPUT, AMBOS DA LEI 11.343/2006). PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. INSURGÊNCIA DO IMPETRANTE. CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STJ. INTELIGÊNCIA DO ART. 310, II, DO CPP. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. Não é nula a decisão do Juízo singular que, de ofício, converte a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos e fundamentos para a medida extrema, mesmo sem prévia provocação/manifestação do Ministério Público ou da autoridade policial. Exegese do art. 310, II, do CPP. Precedentes deste STJ [...] (RHC 46.903/MG, Rel. Ministro Jorge Mussi, QUINTA TURMA, julgado em 05/06/2014, DJe 20/06/2014). SUSTENTADA A AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUANDO DA PRISÃO EM FLAGRANTE REALIZADA PELA AUTORIDADE POLICIAL. INOCORRÊNCIA. AUTORIDADE JUDICIAL QUE, AO TOMAR CONHECIMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE E CONVERTÊ-LA EM PREVENTIVA, NO MESMO ATO, DETERMINOU A REMESSA DOS AUTOS AO

REPRESENTANTE DO ÓRGÃO MINISTERIAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO, SEQUER APONTADO PELO IMPETRANTE. VÍCIO NÃO CONFIGURADO. NULIDADE AFASTADA. Na hipótese, ao tomar conhecimento da prisão em flagrante, no dia imediatamente posterior à sua ocorrência, verifica-se que a autoridade judiciária de primeiro grau, no mesmo ato, converteu-a em preventiva e determinou a remessa dos autos ao representante do Ministério Público, inexistente, portanto, afronta ao disposto no art. 306 do CPP, cumprindo destacar a ausência de prejuízo reflexo à defesa, sequer descrita pelo impetrante, razão pela qual afasta-se a nulidade aventada. ORDEM CONHECIDA EM PARTE E DENEGADA. (TJSC, Habeas Corpus n. 4007222-49.2016.8.24.0000, de Brusque, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 25-08-2016).

Portanto, deduz-se que o processo penal é um grande espaço de poder, onde o discurso (por vezes repleto de idiosincrasias e de visões políticas (in)conscientes (MORAIS DA ROSA, 2004)) se mostra sobremaneira relevante, haja vista a necessidade de ser este (processo) uma (fonte de) garantia (ZAFFARONI, 2011, p. 173) e, para tanto, é necessário que se observe certa racionalidade neste instituto (processo), seja no seu desenvolvimento (legislativo), quanto na sua aplicação (judiciário).

Nesse sentido, são as lições de Luigi Ferrajoli (2010, p. 102):

O direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza.

Sendo assim, tendo como norte o fato de que o processo penal é um espaço de efetivo exercício de poder, é que devemos lançar o olhar sobre os diversos institutos que o cercam, dotando-os de maior racionalidade e garantias.

#### 4. A PRAXIS HODIERNA: POLÍTICA DE HOSTILIZAÇÃO E A CRIAÇÃO DE INIMIGOS PÚBLICOS

A atual fase global caminha, a passos largos (diga-se de passagem), para um direito penal de cunho autoritário e inquisitório, mormente em virtude dos processos de globalização das relações e do poder efetivo (mercadológico) (ZAFFARONI, 2011, p. 15), que impõe uma agenda neoliberal, por vezes incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Assim, as agências de controle (oficiais e não oficiais) vem desconstruindo as garantias penais e processuais penais, mediante o populismo penal, que se utiliza das propagandas Völkisch (ZAFFARONI, 2011, p. 15) e pela standardização da informação (manipulada e seletiva) – não do conhecimento, o que é bem diferente.

Desse modo, o populismo penal e a panpenalização vem ganhando força, criando um estado inquisitório, ditatorial e genocida<sup>103</sup>, por meio da prática, já conhecida, de se utilizar o medo e o preconceito da população (ZAFFARONI, 2011, p. 34) para se criar inimigos (públicos), transformando-os em um *ente perigoso, não humano* e, portanto, destituído de direito básicos.

Nesse sentido, são as lições de Zaffaroni (2011, p. 34):

Na medida em que se trata um ser humano como algo meramente perigoso e, por conseguinte, necessitado de pura contenção, dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa, ainda que certos direitos (por exemplo, fazer testamento, contrair matrimônio, reconhecer filhos, etc.) lhe sejam reconhecidos. Não é a quantidade de direitos que alguém é privado que anula a sua condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um *ente perigoso*.

A rigor, todo o direito penal do século XX, na medida em que teorizou admitindo que alguns seres humanos são perigosos e só por isso devem ser segregados ou eliminados, *coisificou-os* sem dizê-lo e com isso passou de deixar considera-los *pessoas*, ocultando

<sup>103</sup> Posto que os processos de criminalização das drogas, por exemplo, no Brasil matam mais do que guerras declaradas.

esse fato com racionalizações. O certo é que desde 1948 esse direito pena que admite as medidas de segurança – ou seja, as penas ou algumas penas como mera contenção de um ente perigoso viola o artigo 1.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Conforme dito, é importante destacar que esta é uma prática reiterada na história das políticas criminais, como aponta o próprio Eugênio Zaffaroni (2011, p. 34):

Com efeito, os perigosos ou inimigos foram *parasitas* para os soviéticos, *subalternos* para os nazistas e *inimigos do Estado* para os fascistas, todos submetidos ao *sistema penal paralelo*, composto por tribunais especiais inquisitórios/policiais. (...).  
Ao revisarmos o exercício real do poder punitivo, verificamos que este sempre reconheceu um *hostis*, em relação ao qual operou de modo diferenciado, com tratamento discriminatório, neutralizante e eliminatório, a partir da negação da sua condição de pessoa, ou seja, considerando-o basicamente em função de sua condição de *coisa* ou *ente perigoso*.

Dessa forma, mediante políticas de *hostilização* dos inimigos, criam-se e aumentam-se institutos processuais de contenção, que se constituem em verdadeiras penas antecipadas e sem culpa formada<sup>104</sup>.

É de se destacar que esta lógica parte do argumento (retórico) de que existe, no caso, uma situação extraordinária que, assim, precisa de um direito e de uma legislação extraordinária, de exceção.

Porém, conforme o passar do tempo, esta extraordinariedade ganha contornos de ordinariade, e os procedimentos ditos de exceção passam a se constituir em regra alastrando-se, ainda, para os demais setores da população. Ou seja, a lógica da hostilização que se pauta na ideia do direito de guerra (nós contra eles, bons contra maus) transforma-se o extraordinário em ordinário, criando-se um estado de exceção permanente (ZAFFARONI, 2011, p. 145).

Todavia, a doutrina crítica destaca, há muito, que estas medidas *cautelares*, apesar de serem classicamente tratadas meramente como processuais, possuem nítido caráter penal (sim, de pena), e não somente processual, como se prega de forma acrítica, desconsiderando-se os efeitos práticos do exercício (efetivo) de poder e o sofrimento que tais medidas geram nos indivíduos que as sofrem.

Sobre o assunto, são as lições de Eugênio Zaffaroni (2011, p. 110):

Essas racionalizações, na realidade, não são *processuais* mas sim *penais*, porque ignorar doutrinariamente que elas *regulam todo um sistema penal que opera antes da condenação*, que faz parte do sistema penal oficial, pois não é paralelo nem subterrâneo. O sistema penal oficial se divide em dois segmentos: um *cautelar* ou *pré-condenatório*, e outro *definitivo* ou *de condenação*, sendo o primeiro muito mais importante que o segundo, sendo que a reação penal praticamente se esgota na delinquência média e leve, que é, com folga, a mais numerosa.

Ora, sob o título de medidas de contenção cautelares, cria(aram)-se verdadeiras possibilidades de punições *inaldita altera parte* e violadoras da presunção de inocência, transformando o indivíduo, a sua liberdade e o seu patrimônio em objeto de disposição muitas vezes de um único juiz (qualquer semelhança com a *Operação Lava-Jato* não é mera coincidência<sup>105</sup>).

Note-se que tal prática não é novidade na história das políticas criminais, pois “*a mesma ideia foi*

<sup>104</sup> Medidas cautelares (art. 319 do CPP) e prisões processuais (art. 312 e seguintes do CPP)

<sup>105</sup> E em operação deste porte, ainda, existe o problema da elevada exposição (e processo de heroização) midiática das operações e dos agentes, que faz com que o discurso punitivista (majoritário, *cool*) ganhe espaço, afastando, muitas vezes, os debates críticos tão caros a um Estado de Direito Democrático, haja vista a possível estigmatização dos juízes que vão contra este sendo comum (p. ex., os protestos ocorridos na frente a residência do Ministro Teori Zavaski). Sobre o assunto: “Os juízes, por sua vez, também se encontram submetidos à pressão do discurso único publicitário dos meios de comunicação de massa. Toda sentença que colide com o discurso único corre o risco de ser estigmatizado e o magistrado, de acordo com as circunstâncias, pode envolver-se em sérias dificuldades e até mesmo acabar destituído, processado ou condenado, como aconteceu em vários países da região”. (ZAFFARONI, Eugênio Raul. O inimigo no direito penal. 3.ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 80) e “Não é à toa que as autoridades públicas que se colocam no contrafluxo histórico do poder punitivo são constantemente estigmatizadas e até mesmo criminalizadas. Sublinhe-se que tal afirmação não é mero exercício retórico ou figura de linguagem. Os casos são absolutamente reais! Citem-se os inúmeros delegados de polícia que foram (e ainda são) ameaçados de responsabilização civil, administrativa e criminal pela não lavratura de auto de prisão em flagrante nas hipóteses de bagatela”. (MACHADO, Leonardo Marcondes. Delegados na contramão do espetáculo são garantias da liberdade. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2015-set-22/academia-policia-delegados-contramao-espetaculo-sao-garantia-liberdade> > Acesso em 17-7-2016).

*acolhida pelo nazismo, que transformou toda a regulamentação do sistema penal cautelar*” (ZAFFARONI, 2011, p. 112).

Afinal, como é cediço, a lógica autoritária e punitivista sempre se pautou pela mesma estrutura discursiva, de exploração do medo, do pânico e do caos sociais, vendendo suas soluções autoritárias, tão ilusórias e simbólicas quanto os contos infantis, modificando, apenas, o pretense *inimigo*.

Porém, este discurso ignora ou omite o fato de que a sociedade tem mais a temer do carrasco do que do assassino, posto que aquele possui todo aparato estatal por detrás, sendo a sua arbitrariedade um ato de covardia sobremaneira maior do que o próprio delito que visa reprimir (FERRAJOLI, 2010, p. 317).

Dessarte, é possível afirmar que a práxis brasileira caminha no sentido de transformar o processo penal em um instituto autoritário, de caráter inquisitivo, mediante a criação e eleição de inimigos públicos, na já conhecida lógica dos bons *versus* maus.

## 5. A CRIAÇÃO DO INIMIGO PELA IRRACIONALIDADE CONTEMPORÂNEA

Infelizmente, conforme assenta Zaffaroni, atualmente vivemos em tempo de irracionalidade legislativa, de arbitrariedade judicial e de práticas inquisitórias, que são fruto da necessidade de se manter a popularidade e de se buscar a manutenção de benefícios inerentes ao Poder Estatal (interesses).

Este período ficará conhecido como o mais degradante da história penal; sua decadência sequer pode ser comparada às legislações autoritárias do entreguerras, que sancionavam leis frontalistas para a propagação e complacência de seus autocratas, nem com os momentos de legislação repressiva das frequentes ditaduras do nosso passado, porque os legisladores atuais o fazem apenas por termos à publicidade contrária ou por oportunismo<sup>106</sup>, ou seja, sua conduta não está orientada por um autoritarismo ideológico, como o fascista, o nazista ou o stalinista, nem tampouco pelo autoritarismo conjuntural das ditaduras militares, ela é simplesmente *cool*, o que a torna mais decadente, considerando-se a perspectiva institucional. O presente desastre autoritário não responde a nenhuma ideologia, porque não é regido por nenhuma ideia, e sim justamente pelo extremo oposto: é o *vazio do pensamento* (ZAFFARONI, 2011, p. 174).

Porém, a criação do inimigo, do hostil, não é nada mais do que um artifício retórico, tanto por ser falacioso o argumento de que este afetará apenas os supostos inimigos, quanto pela pretensa eficácia em relação a estes. Ora, a única finalidade real dos discursos de hostilização é a legalização e legitimação da barbárie (inclusive genocida – haja vista que na “guerra às drogas”, p. ex, morrem mais pessoas do que em guerras declaradas) contra os *outsiders* do sistema de (re)produção de riqueza vigente.

Sobre o assunto (ZAFFARONI, 2011, p. 123):

Não só é ilusória a afirmação de que o direito penal do *inimigo* afetará unicamente as garantias destes, como também é ilusória a sua suposta eficácia contra os *inimigos*. (...). Uma crua e correta tradução do *eficientismo penal* em termos reais permite defini-lo – livre de suas máscaras – como uma *tácita reclamação de legalização da tortura*.

Assim, sobressai as lições de Juarez Cirino (2012, p. 76), quando afirma que o discurso latente (real e eficaz) do direito penal como ramo jurídico de controle social, também se aplicam ao processo penal, mormente por meio dos institutos cautelares de repressão, punição (antecipada) e controle daqueles que são estigmatizados, ainda que não sejam necessariamente desviantes, posto que uma ulterior absolvição não tem o condão de devolver o tempo de prisão processual experimentada.

<sup>106</sup> No Brasil, muito mais frequente.

## 6. CONCLUSÃO

Ao concluir o presente artigo, após análise da situação processual penal brasileira e latino americana, é irrefutável a visão do processo penal como um espaço de *poder de fato*.

Sendo assim, levando em conta e a sério as lições de Luigi Ferrajoli, até porque existem constatações empíricas que dão subsídio a tese, de que todo poder tende ao abuso e, portanto, deve ser limitado (sob a forma d) e racionalizado.

O ponto nevrálgico é que, infelizmente, a política vem cada vez mais se distanciando de qualquer racionalidade ideológica, motivo pelo qual a seara legislativa tornou-se uma verdadeira anarquia incongruente, gerando insegurança jurídica e culminando em ativismo judicial (por vezes também anárquico e voluntarista).

Nesse cerne, as garantias constitucionais e processuais, pouco a pouco são rasgadas uma a uma (e a *Operação Lava-Jato*<sup>®</sup> está aí para provar), gerando uma verdadeira aflição naqueles que entendem o Direito como algo sério, como um espeço de poder que, de fato, muda e transforma a vida das pessoas.

Esta aflição, que sentimos de forma psicológica, aumenta sobremaneira quando se vê que, enquanto discutimos o obvio, existem pessoas, de verdade, de carne e osso, sofrendo aflições muito maiores decorrentes de prisões ilegais<sup>107</sup>.

Porém, quanto ao que concerne ao presente trabalho, restou problematizado que a (ausência de uma) teoria (racional) dos princípios jurídicos é um fator preocupante no direito brasileiro, eis que, devido a equivocadas recepções, criou-se uma abertura, em que, com um mínimo de esforço retórico, se legitima qualquer decisão (STRECK, 2012), o que foge, completamente, da finalidade epistemológica do direito, que é, em síntese, fornecer garantia de previsibilidade aos jurisdicionados (FERRAJOLI, 2010, p. 98).

Em uma Democracia é necessário que as instituições vinculem-se as suas finalidades, sendo a do Poder Judiciário a tutela do mais débil, e não a persecução criminal, motivo que o torna terceiro imparcial, não podendo, portanto, produzir provas ou fazer presunções contra o réu, eis que o mister probatório incumbe ao acusador<sup>108</sup>.

Por mais que o Direito e o Processo Penal sejam vistos por muitos como meios de se imputar sanções, é necessário se ressaltar que a verdadeira finalidade do Direito e do Processo Penal é a de impor limitações ao Poder Punitivo<sup>109</sup>, por meio de racionalização dos processos de imputações de sanções (cautelares ou definitivas).

Desse modo, é imperioso que o processo e as medidas cautelares, mormente a prisão, sejam levadas a sério, haja vista que geram sérias consequências na vida dos que sofrem tais restrições a sua liberdade.

## 7. REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BOURDIER, Pierre. *O poder simbólico*. Lisboa: Difusão Editorial, 1989.

<sup>107</sup> Nota do Autor: E aqui não me refiro tão somente aos decretos prisionais que são fundamentados em pseudo-princípios ou em interpretação legal que viole a Constituição da República ou os tratados internacionais de Direitos Humanos que o Brasil é signatário, mas também aos que estão recolhidos aos ergástulos públicos que desrespeitam a Lei de Execução Penal e, quiçá, a Lei de Proteção dos Animais, violando frontalmente os direitos humanos.

<sup>108</sup> Nota do Autor: Aos que possuem opinião diversa, acreditando que é possível o juiz produzir prova sem qualquer vinculação finalística, importa destacar que tal práxis pode conduzir a uma impressão de parcialidade ao acusado – muitas vezes juridicamente leigo. Assim, entendo incabível a produção de provas pelo órgão jurisdicional primeiro porque a Constituição prevê a presunção de inocência e, na ausência de provas, incumbe ao juízo absolver, e não fazer as vezes de acusação; segundo pela lição que aprendi em meu primeiro dia de estágio no Gabinete do 1.º Juizado Especial Cível da Comarca de Joinville, com o juiz Fernando de Castro Faria, sempre muito cauteloso e diligente na prestação jurisdicional, quando ele, em conversa com os três novos estagiários, afirmou a importância de sempre se manter uma postura imparcial, eis que, como ele mesmo afirmou, “*não basta que a mulher de César seja honesta, é preciso, também, que ela pareça honesta*”.

Ademais, impescinde frisar que a sentença se dirige a parte que *perdeu*, haja vista que quem ganhou, normalmente não se importa com as razões, apenas comemora seu êxito, sendo de todo incorreto a máxima de que o réu é vencido mas nunca convencido, eis que havendo legitimação racional o mesmo pode, sim, ser convencido.

<sup>109</sup> BRANDÃO, Paulo de Tarso. *In vídeo a (im)possibilidade de in dubio pro societate*. 10 min. a 12 min. e 16 seg. Disponível em <<http://www.youtube.com/watch?v=PeMEDzyNn40>> Acesso em 5-11-2014.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *In vídeo a (im)possibilidade de in dubio pro societate*. 10 min. a 12 min. e 16 seg. Disponível em <<http://www.youtube.com/watch?v=PeMEDzyNn40>>;

CHAVES JUNIOR, Airto; OLDONI, Fabiano. *Para que(m) serve o direito penal?: Uma análise criminológica da seletividade dos segmentos de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014;

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito penal parte geral*. 5.<sup>a</sup> edição. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN). *Levantamento Nacional de informações penitenciária INFOPEN – Dezembro de 2014*. Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>>;

FERRAJOLI. Luigi. *Direito e razão*. 3.<sup>a</sup> ed. – São Paulo, Revista dos Tribunais, 2010;

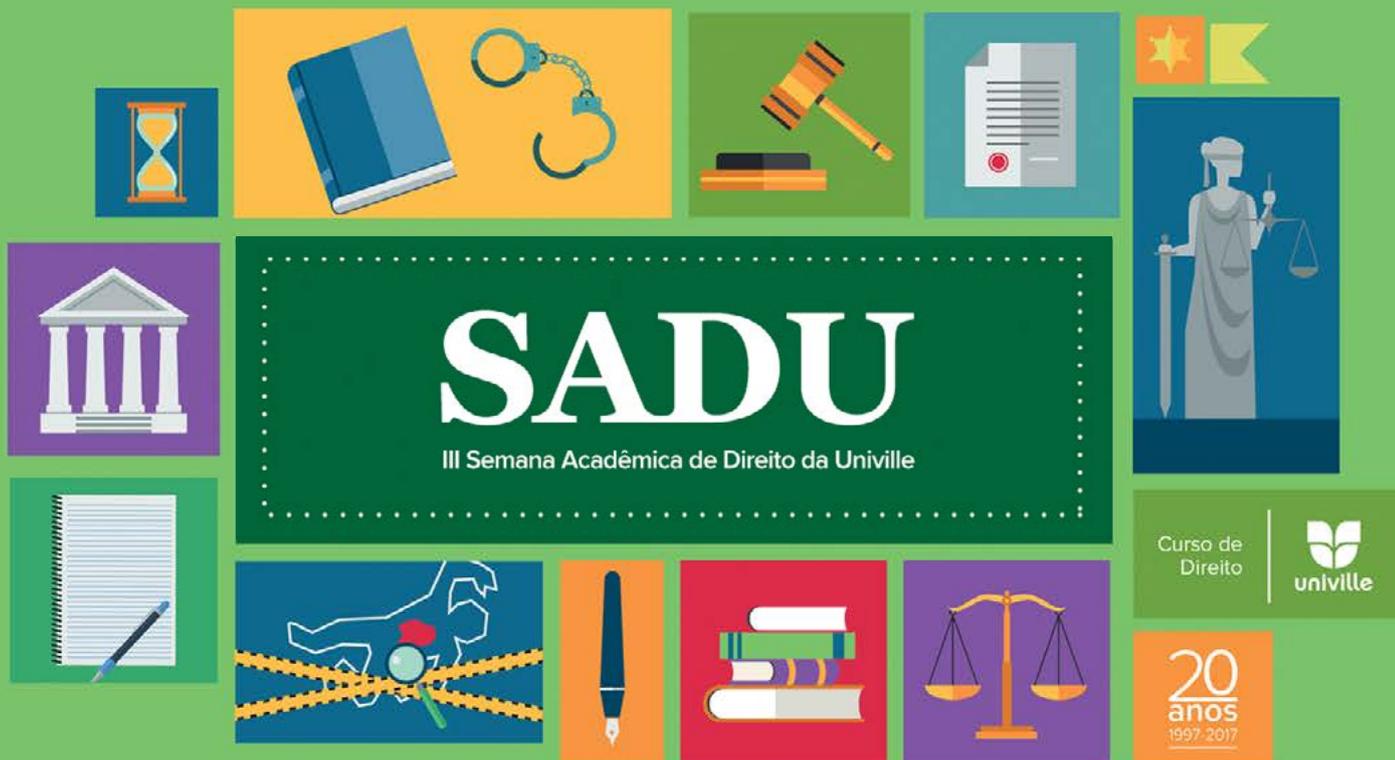
LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 9.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

MACHADO, Leonardo Marcondes. *Delegados na contramão do espetáculo são garantias da liberdade*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-set-22/academia-policial-delegados-contramao-espetaculo-sao-garantia-liberdade>>;

MORAIS DA ROSA. Alexandre. *Decisão no processo penal como bricolagem de significantes*. Curitiba: UFPR, 2004. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2004.

STRECK, Lênio Luiz. *Verdade e consenso*. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

ZAFFARONI. Eugênio Raul. *O inimigo no direito penal*. 3.<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: Revan, 2011.



# GRUPO DE TRABALHO: DIREITO DO TRABALHO E PREVIDENCIÁRIO

# A REFORMA TRABALHISTA À LUZ DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA: UM ESTUDO ACERCA DO INSTITUTO DA HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL DE TRABALHO

Ana Carolina Torres Gonçalves<sup>110</sup>

Janaína Silveira Soares Madeira<sup>111</sup>

## RESUMO

A presente pesquisa trata da análise do instituto da homologação de acordo extrajudicial de trabalho, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro a partir da Reforma Trabalhista, operada pela Lei nº 13.467/2017, a luz da boa-fé objetiva. A importância do tema está na imprescindibilidade de se pautar a aplicação das novas disposições legais advindas da Reforma Trabalhista ao princípio da boa-fé objetiva, a fim assegurar a ausência de vícios de vontade, mormente em relação à formação do acordo extrajudicial para quitação do contrato de trabalho, diante da perspectiva de ausência de intervenção do Estado no que tange ao conteúdo estipulado pelas partes. Os objetivos específicos são: a) discorrer sobre o princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais; b) apresentar a homologação de acordo extrajudicial como instrumento de quitação do contrato de trabalho e c) discorrer sobre a aplicação do princípio da boa-fé objetiva como regulador da formação e execução do instituto da homologação de acordo extrajudicial de trabalho. A pesquisa é do tipo bibliográfica, com abordagem qualitativa e método dedutivo. A expectativa do artigo é contribuir para a aplicação regular das novas disposições inseridas na CLT a partir da Lei nº 13.467/2017, a fim de evitar negociações que possam desvirtuar, impedir ou fraudar as disposições de proteção ao trabalho, nos exatos termos do art. 9º da CLT.

**PALAVRAS-CHAVE:** Boa-Fé Objetiva, Homologação de Acordo Extrajudicial, Reforma Trabalhista.

## 1. INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro, as relações contratuais, dentre os outros princípios fundamentais para sua regência, são norteadas pelo princípio da boa-fé, positivado no art. 442, do Código Civil de 2002. Esse princípio, considerado como integrante das cláusulas gerais contratuais, possui as funções de interpretação, controle e integração das relações contratuais (TATURCE, 2018). A boa-fé objetiva pode ser conceituada como uma exigência de conduta leal dos contratantes, que está relacionada com os deveres anexos de qualquer negócio jurídico, sem sequer necessitar de previsão no instrumento contratual (MARTINS-COSTA, 1999 *apud* TATURCE, 2018). Não obstante, nas relações processuais, por sua vez, o princípio da boa-fé objetiva também se faz presente, podendo ser observado expressamente no art. 5º, do Código de Processo Civil de 2015.

Com o advento da Reforma Trabalhista de 2017, por meio da Lei nº 13.467/2017, o ordenamento jurídico trabalhista foi inovado, tendo sido acrescentados ao texto da CLT, os artigos 855-B a 855-E, que tratam da possibilidade de homologação de acordo extrajudicial no âmbito da Justiça do Trabalho. Diante deste novo procedimento, a auto composição que for realizada nos ditames dos artigos citados, terá o condão de quitar as verbas oriundas da execução e extinção do contrato de trabalho.

Esses termos, em regra, não poderiam extrapolar os limites do Princípio da Irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas, o qual deverá ser observado sob a ótica da boa-fé, na análise material, mesmo que com a juntada de material probante das verbas trabalhistas de quitação dispostas no instrumento, sendo a boa-fé objetiva o princípio norteador dessa análise.

Isso se justifica na completa ausência, no texto legal inserido na CLT, da forma de análise a ser realizada pelo magistrado ao apreciar um pedido de homologação de acordo extrajudicial. A lei menciona apenas que no prazo de quinze dias, contados da distribuição da petição inicial, o juiz poderá designar

<sup>110</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: caroltgoncalves@gmail.com.

<sup>111</sup> Professora Mestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE). E-mail: janaina.madeira@univille.br.

audiência se entender necessário. Dessa forma, defende-se que na análise do acordo, o magistrado possui o poder de estabelecer mecanismos para que seja verificado se a transação realizada pretende desvirtuar, impedir ou fraudar as disposições de proteção ao trabalho, imperativo do art. 9º da CLT.

Diante da nova perspectiva de possibilidade de acordos elaborados diretamente entre empregado e empregador, é de extrema importância considerar os riscos trazidos por este instituto, como a existência de lides simuladas ou acordos realizados sem a ciência do trabalhador e, por consequência, o enfraquecimento dos princípios da proteção, da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas e da hipossuficiência, já positivados nas legislações vigentes. Logo, sendo a boa-fé objetiva caracterizada como integrante das cláusulas gerais contratuais, se faz imperativa a discussão acerca de sua análise como um requisito formal a ser observado na elaboração dos acordos, bem como seu papel como regulador da execução dos mesmos.

Assim, a pesquisa objetiva a contribuição acadêmica para que sejam encontradas formas de regulamentar-se as disposições inseridas na CLT a partir da Lei n. 13.467/2017. A finalidade é impedir negociações realizadas ao arrepio dos ditames do princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais e processuais, que de qualquer forma objetivem à fraude das disposições constitucionais e celetistas de proteção ao trabalho, preservando os interesses legítimos das partes que as compõem.

## **2. O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS E SUA APLICAÇÃO NOS CONTRATOS DE TRABALHO**

O princípio da boa-fé objetiva se traduz, de maneira geral, na boa conduta das partes ao elaborar um instrumento contratual, bem como, se faz um regulador de comportamento das partes nas relações processuais eventualmente decorrentes desse instrumento. O princípio existe de maneira expressa no Código Civil, no art. 422, que preceitua que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. No direito processual civil, cujo Código de Processo Civil se faz fonte subsidiária do direito do trabalho, o princípio é expresso nos artigos 5º e 6º, os quais determinam que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé” e ainda que “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

No direito do trabalho, a Consolidação das Leis do Trabalho exprime o sentido do princípio da boa-fé nas disposições do art. 9º, que impõe que “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”, ou seja, são nulos os atos praticados de má-fé com relação aos preceitos de proteção do trabalho. A fundamentação constitucional do princípio pode ser observada na cláusula geral de tutela da dignidade da pessoa humana, expressa no art. 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa de 1988, além do próprio art. 5º, inciso XIV do texto constitucional assegurar a todos o direito à informação, inclusive no plano contratual (NEGREIROS, 2003).

No direito contratual, a boa-fé objetiva impera como cláusula geral, que segundo Taturce (2018, p. 53), são “conceitos legais indeterminados, janelas abertas deixadas pelo legislador para serem preenchidas pelo aplicador do Direito caso a caso”. Além de cláusula geral, é um dever anexo dos contratantes, sendo a conduta leal destes entendida como uma obrigação inerente a qualquer negócio jurídico, que sequer necessita de previsão escrita no instrumento contratual. Couto e Silva (1976, p. 113) leciona que esses deveres anexos “consistem em indicações, atos de proteção, como o dever de afastar danos, atos de vigilância, da guarda de cooperação, de assistência”, ou ainda, se exprimem no dever de respeito, dever de informar a outra parte quanto ao conteúdo negocial, dever de lealdade e probidade (TATURCE, 2018), sendo a violação desses deveres considerada como uma violação positiva do contrato, com a consequente responsabilização da parte que não cumpriu com o dever da boa-fé.

A boa-fé objetiva é também entendida majoritariamente pela doutrina como um preceito de ordem pública, sendo que a parte que se sentir lesada nesse sentido, está somente obrigada a demonstrar a existência da violação, gerando assim responsabilidade civil objetiva (BARRETO, 2006). Entende-se que isso também pode ser aplicado ao direito processual, na hipótese de uma das partes sentir lesão a direito em decorrência de má-fé processual.

A doutrina ainda considera que o princípio da boa-fé objetiva possui três funções essenciais, dispostas de maneira expressa no Código Civil. Primeiramente, existe a função de interpretação que

o princípio possui. Essa função pode ser denotada no art. 113 do diploma legal, que dispõe que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

A segunda função da aplicação do princípio nas relações contratuais, está relacionada ao controle que exerce sobre o comportamento das partes, como se extrai do art. 187, do Código Civil, que ao caracterizar o abuso de direito, enuncia que “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Já a terceira função, é da de integração do contrato, consagrada pelo já citado art. 422, do Código Civil.

Ainda há de ser considerada a estrita correlação que existe entre o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da função social do contrato, sendo que da lição de Melo (2015, p. 89), entende-se que,

há uma relação muito grande entre a boa-fé objetiva e a função social do contrato [...]. Nenhum contrato em que haja desrespeito à função social será reputado de boa-fé objetiva, assim como a má-fé na condução do contrato afeta a função social para o qual o mesmo foi celebrado.

Partindo para uma explanação do princípio da boa-fé objetiva no plano específico do direito do trabalho, sustenta-se sua aplicação nessa esfera, uma vez que o contrato de trabalho é o que vincula empregado e empregador. Nessa seara, explana Delgado (2016, p. 83): “A matriz de origem do Direito do Trabalho é o Direito Civil, em especial, seu seguimento regulatório das obrigações. Em consequência, permanecem inevitáveis as relações entre os dois campos do direito”. Sendo essa uma relação puramente contratual, incide sobre ela todas as regras e princípios de direito privado compatíveis com o direito do trabalho, entre eles, a boa-fé objetiva e os deveres anexos contratuais.

Logo, citando Krost (2013, p. 251-252), tem-se que:

o princípio da boa-fé objetiva, cuja importância transcende a esfera acessória dos negócios jurídicos, exercendo papel de verdadeiro norte aos contratantes, por um agir diligente e livre de vícios [...], passando pela influência em todas as fases do contrato de trabalho.

Dessa forma, entende-se que sim, é aplicável o princípio nas relações decorrentes do contrato de trabalho, em todas as suas fases, inclusive em sua extinção. Sendo a homologação de acordo extrajudicial uma possibilidade de substituição de reclamatória trabalhista ao término de um contrato de trabalho, é perfeitamente possível a aplicação deste princípio na sua formação, como um instrumento contratual, e em sua análise pelo magistrado para homologação.

### **3. A HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO EXTRAJUDICIAL DE TRABALHO E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA COMO REGULADOR DE SUA FORMAÇÃO E EXECUÇÃO**

Com a instituição da Lei n. 13.467/2017, conhecida como “Reforma Trabalhista”, que realizou profundas alterações no texto da Consolidação das Leis do Trabalho, surgiu, no ordenamento jurídico trabalhista, a competência da Justiça do Trabalho para realizar a homologação de acordos extrajudiciais entre partes integrantes do contrato de trabalho. Essa possibilidade surge por meio da alteração do art. 652, da CLT, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 652. Compete às Varas do Trabalho:

[...]

f) decidir quanto à homologação de acordo extrajudicial em matéria de competência da Justiça do Trabalho.

Dessa forma, o texto legal inovou no ordenamento jurídico, viabilizando a resolução de conflitos pela composição das partes, e não mais exclusivamente pela via da intervenção estatal (SILVA e FERREIRA, 2018). Em complemento, foram adicionados ao texto legal da CLT, ainda, os artigos 855-B a 855-E, que elucidam o procedimento da homologação de acordo extrajudicial:

Art. 855-B. O processo de homologação de acordo extrajudicial terá início por petição conjunta, sendo obrigatória a representação das partes por advogado.

§ 1º As partes não poderão ser representadas por advogado comum

§ 2º Faculta-se ao trabalhador ser assistido pelo advogado do sindicato de sua categoria

Art. 855-C. O disposto neste Capítulo não prejudica o prazo estabelecido no § 6º do art. 477 desta Consolidação e não afasta a aplicação da multa prevista no § 8º art. 477 desta Consolidação

Art. 855-D. No prazo de quinze dias a contar da distribuição da petição, o juiz analisará o acordo, designará audiência se entender necessário e proferirá sentença

Art. 855-E. A petição de homologação de acordo extrajudicial suspende o prazo prescricional da ação quanto aos direitos nela especificados

Parágrafo único. O prazo prescricional voltará a fluir no dia útil seguinte ao do trânsito em julgado da decisão que negar a homologação do acordo.

Anteriormente a essa nova disposição, empregado e empregador não poderiam requerer a chancela da justiça trabalhista caso pretendessem celebrar acordo extrajudicial, que não possuiria qualquer validade como título executivo, em virtude do entendimento outrora predominante a respeito do Princípio da Indisponibilidade de Direitos Trabalhistas. Se, anteriormente à Reforma Trabalhista, os procedimentos de jurisdição voluntária eram inaplicáveis por uma entendida incompatibilidade com as características das relações de trabalho (desvantagem na relação empregado-empregador), hodiernamente, a Reforma incentivou a aplicação desses procedimentos.

Ocorre que a medida, constantemente vem sendo alvo de conflitos ideológicos a seu respeito, considerando ainda todo o viés político por trás da Reforma Trabalhista. De um lado, tem-se os adeptos das teses que repudiam o instituto, argumentando que poderá vir a representar a regulamentação de lides simuladas e em consequência, acarretar o enfraquecimento dos princípios da Proteção e da Hipossuficiência. De outro lado, existem os que defendem que tal medida potencializará a cultura da conciliação, além de fomentar o ‘desafogamento’ do judiciário trabalhista (SILVA e FERREIRA, 2018).

Aqui, sustenta-se a razão para ambos os lados, utilizando-se como balizador das condutas a observância do Princípio da boa-fé objetiva das partes ao levarem ao judiciário os instrumentos de acordo a serem homologados, para que se previna condutas que pretendam desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na CLT (art. 9º) e garantir a aplicação, ainda, do Princípio da Irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas, nos limites da auto composição e solução amigável de conflitos entre as partes. Assim, passa-se a traçar algumas considerações a respeito do art. 9º, da CLT e sua correlação com a boa-fé e a irrenunciabilidade de direitos trabalhistas.

O art. 9º, plenamente vigente, mesmo após a Reforma Trabalhista, pressupõe que o status de subordinação que pesa sobre o empregado, implica na presunção de nulidade de qualquer ato seu de renúncia a direitos trabalhistas. Sendo qualquer ato que vise desvirtuar o fraudar a legislação trabalhista nulo de pleno direito, reconhecida a fraude, o resultado será o afastamento do empecilho pretendido e a consequente incidência de todas as normas de proteção em favor do empregado, que fará jus a todas as suas garantias estipuladas em lei (MACHADO e ZAINAGHI, 2018).

Tal instituto legal possui estreita correlação com o Princípio da Irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas, que para Delgado (2016, p. 205), “traduz a inviabilidade técnico-jurídica de poder o empregado despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e contrato”. O princípio é o principal método do Direito do Trabalho para a tentativa de igualizar, no plano jurídico, a discrepância socioeconômica entre empregado e empregador. Dentro desse princípio, também plenamente vigente mesmo após a Reforma Trabalhista, tem-se que não são válidas as renúncias a qualquer direito que importe objetivamente em prejuízo ao empregado.

O fundamento para a proibição de transação de direitos quem importem em prejuízo ao empregado, como aponta Cassar (2013, p. 204) é a

natureza das normas trabalhistas, que são de ordem pública, cogentes, imperativas, logo, irrenunciáveis e intransacionáveis pelo empregado. O art. 9º da CLT declara como nulo todo ato que vise desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos direitos trabalhistas previstos na lei. Da mesma forma, o art. 468 da CLT, que considerou nula toda alteração contratual

que cause prejuízo ao trabalhador. Reforçando o entendimento, o art. 444 da CLT autoriza a criação de outros direitos pela vontade das partes, desde que não contrariem aqueles previstos na lei e nas normas coletivas.

Diante deste quadro, a melhor doutrina entende que somente são passíveis de transação (não de renúncia), os direitos patrimoniais trabalhistas de caráter privado. Convém destacar que a transação é um ato bilateral que recai sobre um direito duvidoso, tendo como efeito principal a prevenção de um litígio. Importante destacar também que os direitos transacionáveis são apenas os direitos disponíveis, conforme o art. 841, do Código Civil (CASSAR, 2013).

Entende-se por direitos patrimoniais aqueles que são suscetíveis de avaliação em pecúnia, e são disponíveis os direitos os quais versam sobre interesses particulares. Destaca-se que de acordo com Silva (1999, p. 124-126) “há direitos patrimoniais absolutamente indisponíveis e tal é o caso dos benefícios previdenciários”. Ocorre que o Direito do Trabalho, sob a égide da Constituição da República Federativa de 1988, tornou muito mais intenso o caráter de indisponibilidade dos direitos trabalhistas, daí a existência dos artigos 9º, 444 e 468, da CLT, já supracitados, que podem forçar a conclusão de que todos os direitos trabalhistas previstos em lei são indisponíveis e imperativos, somente não o sendo quando a lei assim autorizar. Dentro desse contexto, a doutrina expõe que existem direitos de ‘disponibilidade relativa’ que de acordo com Cassar (2013, p. 207) “referem-se a direitos de natureza privada, criados pela vontade das partes, acima do mínimo legal, podendo ser alterados ou transacionados, desde que não causem prejuízo ao trabalhador”.

Como o instituto da homologação de acordo extrajudicial, entende-se por uma certa mitigação dessa irrenunciabilidade e intransacionabilidade dos direitos trabalhistas, abrangendo apenas os direitos de ‘disponibilidade relativa’, de maneira que se depreende que quando o direito objeto de ajuste for de interesse estritamente privado, a transação será possível, desde que não causa prejuízo ao trabalhador. Logo, compreende-se que todo direito transacionado em sede de acordo extrajudicial que se tratar de direito patrimonial considerado pela legislação como indisponível, entende-se como transação de má-fé, nos termos do art. 9º, da CLT. Para esclarecer de maneira mais eficaz o raciocínio, eis o texto de Romita (2004, p. 11-12), que em período muito anterior à Reforma Trabalhista, já entendia a possibilidade de transação de certos direitos trabalhistas:

O que a Consolidação das Leis do Trabalho, no art. 9º, declara é que são nulos os atos tendentes a desvirtuar, fraudar ou impedir a aplicação das normas de proteção ao trabalho. Nenhum preceito legal estabelece, de antemão, a indisponibilidade dos direitos do trabalhador. Caso contrário, seriam automaticamente fulminados pela nulidade todos os acordos celebrados pela Justiça do Trabalho nas reclamações trabalhistas. [...] O art. 9º da CLT não declara indisponíveis os direitos do trabalhador, apenas priva de eficácia o ato do empregador tendente a inviabilizar o gozo dos direitos assegurados por lei ao trabalhador. Se o empregado decide dispor de um direito não coberto pela proteção da indisponibilidade absoluta, a lei não veda o acesso à via arbitral. [...] Os direitos patrimoniais são plenamente disponíveis após o término da relação de emprego e apenas relativamente indisponíveis durante a vigência do contrato.

Os já citados artigos 855-B a 855-E, que regulamentam o procedimento da homologação de acordo extrajudicial, não trazem em seu escopo maiores detalhes procedimentais, além de a) petição conjunta entre advogados das partes; b) as partes devem ser assistidas por advogados distintos; c) prazo de 15 dias para análise do acordo e d) possibilidade de designação de audiência. Se tal omissão é proposital ou não passa de simples má técnica legislativa, não se pode saber. O que se pode fazer, como operadores do direito, e o que se pretende com a presente pesquisa, é a construção de uma análise da boa-fé das partes como requisito para sua validação.

Essa análise passaria, primeiramente, pela observância da natureza dos direitos transacionados, em razão do acima discorrido a respeito do Princípio da Irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas. Deste modo, a verificação da boa-fé passaria pelo crivo do direito ser transacionável ou não, ou seja, deve ser analisado se esse direito é de natureza patrimonial e disponível, e ainda, se não possui empecilho em lei para sua disponibilidade e transação, verificando-se ainda se há prejuízo ao trabalhador.

Outra matéria a ser analisada, seriam provas básicas a serem levadas em juízo pelas partes na audiência a ser designada, ou anexas à petição inicial, a fim de que seja comprovada a boa-fé objetiva das partes ao transacionarem seus direitos, comparando o estipulado no instrumento de acordo e o direito material dele decorrente, com a apresentação de prova documental referente ao contrato de trabalho, cartões ponto, folhas de pagamento e termo de rescisão. Isso porque, sendo a boa-fé do instrumento de certa forma presumida, como disposto no capítulo 1, seria de extrema dificuldade que fosse avaliada pelo magistrado como requisito meramente formal do instrumento. Logo, para ser identificada a boa-fé, o conteúdo estipulado deve necessariamente ser analisado, nem que por simples verificação de prova documental em contrapartida com o texto do instrumento, para que seja verificada a razoabilidade, probidade e transparência das partes.

De toda forma, sustenta-se aqui uma análise necessária do conteúdo material do instrumento de acordo extrajudicial, para que seja preservada a efetivação dos artigos 9º e 468, da CLT, bem como do Princípio da Irrenunciabilidade dos Direitos Trabalhistas. Isso tudo, com vistas a resguardar a intenção válida da instauração desse procedimento de jurisdição voluntária no Direito do Trabalho, a fim de promover maior autonomia às partes na transação de seus direitos, possibilitando ao Poder Judiciário a prestação de um serviço mais qualificado, com a finalidade de melhorar o atendimento e o nível de satisfação dos seus usuários (VAZ e TAKAHASHI, 2012) e a redução no número de lides trabalhistas.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Diante de todo o exposto, observa-se que apesar de a Reforma Trabalhista ter criado a possibilidade de que as Varas do Trabalho possam homologar acordos extrajudiciais realizados entre as partes do contrato de trabalho, com o objetivo de possibilitar a auto composição das partes e conseqüentemente evitar a abertura de demandas judiciais, diante de uma omissão legislativa, há certo temor na realização irrestrita desses acordos. Isso porque a lei não traz em seu escopo possibilidades objetivas nas quais o magistrado, ao analisar o acordo, poderia se negar a validar o compromisso, julgando-o ilegal.

Logo, em razão da perspectiva de possibilidade de fraudes na realização dos acordos extrajudiciais, como a existência de lides simuladas, acordos realizados sem a ciência do trabalhador, inobservância desproporcional e não razoável do princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, transação irrestrita de direitos trabalhistas não transacionáveis e, com tudo isso, o conseqüente enfraquecimento do princípio da proteção no Direito do Trabalho. Para sanar este quadro de enfraquecimento principiológico trabalhista, o que se propõe é que a homologação dos acordos extrajudiciais seja realizada pelo magistrado pela ótica do princípio da boa-fé objetiva.

Dentro dessa perspectiva, a boa-fé objetiva seria o princípio balizador de condutas na análise do acordo extrajudicial, pois, coaduna perfeitamente com o art. 9º, da CLT, que dispõe acerca da nulidade de atos praticados no âmbito trabalhista, que tenham por objetivo a desvirtuação, impedimento ou de disposições constitucionais e da própria CLT que tratam da proteção do trabalho, considerados, portanto, executados de má-fé. Sugere-se, portanto, que nessa análise da boa-fé objetiva, que apesar de presumida nas relações contratuais, em razão da proteção ao trabalho deve-se voltar uma atenção especial para sua apreciação, o magistrado deva realizar uma análise atenta de alguns elementos do acordo. Esses elementos seriam, em primeiro lugar, a natureza dos direitos que estariam sendo transacionados ou eventualmente renunciados no acordo, e a proporcionalidade e razoabilidade dessa transação. Após, deveria a análise perpassar um escopo simples de provas documentais que ajudariam a determinar, aqui novamente, a razoabilidade e a proporcionalidade dos elementos constitutivos do acordo.

Dessa forma, objetiva-se que seja efetivado o novo instituto da homologação de acordo extrajudicial na justiça do trabalho, de maneira que permaneçam preservados os direitos e garantias ao trabalhador. Ainda, para que seja estimulada a auto composição para resolução de conflitos na Justiça do Trabalho, com vistas a gerar mais celeridade e qualidade processual com a redução de demandas trabalhistas que poderiam ser resolvidas sem necessariamente a intervenção estatal.

## 5. REFERÊNCIAS

BARRETO, Wanderlei de Paula. Enunciado n. 363 CJF/STJ. *In*. BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **IV Jornada de Direito Civil**. Brasília: 2006.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 8. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

MACHADO, Costa; ZAINAGHI, Domingos Sávio. **CLT interpretada**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 9. ed. Barueri: Manole, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: RT, 1999.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Curso de direito civil**. Direito dos contratos. Teoria Geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2015.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**. Novos Paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROMITA, Arion Sayão. *In*: SOUZA, Zoraide Amaral. **Arbitragem – conciliação – mediação nos conflitos coletivos trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2004.

SILVA, Murilo Reis; FERREIRA, Rafael Freire. A homologação de acordo extrajudicial trabalhista. **UNISUL, Unisul de fato e de direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina**. Palhoça: Unisul Virtual, v 1, n. 1 jul-dez. 2010. Disponível em: <[http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U\\_Fato\\_Direito/issue/download/274/42#page=62](http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/issue/download/274/42#page=62)>. Acesso em: 13 set. 2018.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **Principiologia do Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr: 1999.  
TATURCE, Flávio. **Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VAZ, Paulo Afonso Brum; TAKAHASHI, Bruno. Barreiras da conciliação na seguridade social e a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre: n. 46, fev. 2012. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao046/vaz\\_takahashi.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao046/vaz_takahashi.html)>. Acesso em 13 set. 2018.

## O PROGRAMA DE COMPLIANCE NA ÁREA DE GESTÃO DE PESSOAS

Danielle Dayane de Oliveira Dutra<sup>112</sup>

### RESUMO

Em um contexto evolutivo organizacional em que o compliance tem ganhado cada vez mais espaço, o presente artigo tem como finalidade apresentar a aplicabilidade do programa de compliance na área de gestão de pessoas. Para tanto, o trabalho aborda o conceito e o contexto histórico dos programas de compliance, aponta em que aspectos a valorização do profissional contribui para o crescimento das empresas e, por fim, analisa a aplicação das ações de compliance na área de gestão de pessoas. A metodologia terá abordagem qualitativa do tipo bibliográfica. O método será dedutivo com nível explicativo/descritivo. A expectativa deste artigo é demonstrar a importância da gestão de pessoas na aplicabilidade dos programas de ética e compliance, partindo da premissa de que colaboradores valorizados e motivados contribuem com a implementação da cultura da conformidade e, conseqüentemente, com a ascensão da organização.

**PALAVRAS-CHAVE:** Compliance, Gestão de pessoas, Metanoia.

### 1. INTRODUÇÃO

Diante de um cenário empresarial cada vez mais complexo, com a introdução de inovações tecnológicas no processo de produção e competitividade, o *compliance* se tornou uma tendência mundial entre as organizações. Originado do verbo inglês “*to comply*”, o termo *compliance* representa, de forma ampla, o ato de estar em conformidade com as normas internas e externas atribuídas às organizações.

Embora a expansão do programa seja recente, não se trata de um instituto novo, pois desde o início do século XX já se notavam práticas de *compliance* na história dos Estados Unidos. No Brasil, entretanto, as ações de *compliance* ganharam destaque somente após a publicação da Lei nº 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção. Desde então, as organizações têm buscado demonstrar o compromisso em evitar a ocorrência de fraude e corrupção.

Diante desse cenário, o presente artigo analisa a importância da aplicabilidade do programa de *compliance* na área de gestão de pessoas, a fim de demonstrar em quais aspectos a valorização dos empregados contribui para o crescimento das organizações.

Para tanto, em um primeiro momento, o trabalho apresenta o conceito de *compliance*, bem como sua evolução histórica em um contexto internacional e nacional. Após, o estudo se dedica à análise da dimensão afetiva no ambiente de trabalho e o papel da área de gestão de pessoas. Discorre-se sobre a filosofia da metanoia e a importância da adoção de um comportamento estratégico para transformação dos resultados da organização. Por fim, o trabalho aborda algumas das áreas de gestão de pessoas passíveis de implementação das ações de *compliance*.

### 2. O PROGRAMA DE COMPLIANCE

#### ■ 2.1 Conceito de compliance

O termo *compliance* é derivado do verbo inglês “*to comply*”, que significa cumprir, executar e realizar o que foi imposto, ou seja, é o ato de estar em conformidade e fazer cumprir as normas internas e externas atribuídas às organizações. Trata-se da adoção de um conjunto de ações voltadas ao controle dos riscos que se sujeitam as empresas, proporcionando maior segurança e proteção contra prejuízos<sup>113</sup>.

<sup>112</sup> Graduada em Direito pela Universidade da Região de Joinville - Univille. Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo Instituto de Estudos Previdenciários (IEPREV). E-mail: danielle.ddutra@gmail.com

<sup>113</sup> NEGRÃO, Célia Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos: a importância da área de gestão de pessoas**, p. 107.

Para consolidar o conceito de *compliance* dentro das organizações, há que se falar sobre a distinção entre ser *compliance* e estar em *compliance*:

O 'ser *compliance*' é ter um profundo conhecimento das normas da empresa, adotando os mecanismos sugeridos, baseados na ética e atitudes idôneas, enquanto o 'estar em *compliance*' nada mais é do que ser regular diante da legislação<sup>114</sup>.

Neste sentido, o programa de *compliance* é o instrumento que viabiliza que uma organização esteja continuamente em conformidade com os aspectos legais que a norteiam, o que importa observância às normas, diretrizes, regulamentos, legislação e procedimentos.

## ■ 2.2 Síntese histórica do compliance

No cenário internacional, as primeiras práticas de *compliance* estão associadas à criação do *Federal Reserve* (FED) ou Banco Central Norte Americano, no ano de 1913. Com o surgimento das grandes corporações e seus respectivos acionistas, tornou-se necessário implementar um sistema financeiro mais flexível, seguro e estável.

Mas foi a partir de 1960 que o *compliance* apresentou constante evolução. Na denominada "Era de *Compliance*", a *Securities and Exchange Commission* (SEC) ou Comissão de Valores Mobiliários Norte Americana iniciou a contratação de profissionais de *compliance* (*compliance officers*), com o objetivo de criar procedimentos internos de controle, treinar funcionários e monitorar o cumprimento de regras<sup>115</sup>.

Ainda que tardiamente, a chamada "Era de *Compliance*" se instalou no Brasil. Fortemente voltado à prevenção e combate da corrupção, o *compliance* ganhou destaque após os escândalos de corrupção oriundos da operação da Polícia Federal intitulada "Operação Lava Jato", envolvendo desvio e lavagem de dinheiro. Nesse contexto, foi publicada a Lei nº 12.846/2013, mais conhecida como Lei Anticorrupção, que dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira<sup>116</sup>.

Promulgada no dia 1º de agosto de 2013, a Lei Anticorrupção entrou em vigor no dia 29 de janeiro de 2014, com o objetivo de suprir uma lacuna na legislação brasileira, que apesar de possuir um amplo compilado de normas vigentes, não previa um mecanismo voltado ao combate dos atos de corrupção. Neste sentido, a Lei nº 12.846/2013 vai ao encontro do compromisso internacional assumido pelo Brasil na Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais e Internacionais, da OCDE, de coibir e combater a corrupção, suborno transnacional e lavagem de dinheiro<sup>117</sup>.

Posteriormente, a Lei Anticorrupção foi regulamentada pelo Decreto nº 8.420/2015, que instituiu um capítulo dedicado ao denominado Programa de Integridade, que consiste, de acordo com o art. 41:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade<sup>118</sup>.

De acordo com a Lei Anticorrupção, a existência desses programas de integridade é levada em consideração na aplicação das sanções às pessoas jurídicas. Assim, a Lei Anticorrupção e sua regulamentação estão fundamentadas na atuação preventiva, voltadas ao estímulo de práticas de *compliance* e transparência.

<sup>114</sup> CARNEIRO, Claudio; SANTOS JR, Milton de Castro. **Compliance e boa governança**: pública e privada, p. 24.

<sup>115</sup> FRANÇA, Jaíne Gouveia Pereira. **O compliance trabalhista como ferramenta para evitar ações judiciais**, p. 151.

<sup>116</sup> BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**.

<sup>117</sup> NEGRÃO, Célia Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos**: a importância da área de gestão de pessoas, p. 40.

<sup>118</sup> BRASIL. **Decreto lei nº 8.420, de 18 de março de 2015**.

Neste sentido, o Brasil deixou de ser um mero expectador diante da impunidade das empresas com grande poder econômico, político e organizacional e, ainda que moroso no cenário internacional, tomou consciência da necessidade de uma governança pautada em pilares como organização, transparência e comprometimento. O termo *compliance*, por si só, abrange todos estes conceitos<sup>119</sup>.

Por fim, mostra-se oportuno mencionar que embora tenha ganhado destaque com os escândalos da “Operação Lava Jato”, o *compliance* não se destina unicamente ao combate da corrupção. É um sistema integrado de combate às práticas inadequadas de forma geral, envolvendo, conseqüentemente, o instituto da corrupção.

### 3. A DIMENSÃO AFETIVA NO AMBIENTE DE TRABALHO E O PAPEL DA ÁREA DE GESTÃO DE PESSOAS

#### ■ 3.1 A filosofia da metanoia no contexto organizacional

Para se tornar progressista, é necessário que uma organização enfrente um processo de transformações. Esse discurso é embasado na teoria de Roberto Adami Tranjan, especialista em administração de empresas, educador, mentor e sócio fundador da metanoia, uma metodologia inovadora de gerenciamento e educação empresarial.

A metanoia é uma palavra de origem grega que representa a mudança de pensamento, arrependimento, conversão. Na abordagem empresarial se refere a uma nova filosofia organizacional ou um processo de educação, que tem como propósito buscar métodos eficazes para transformar empresas econômicas em empresas progressistas, mais éticas, humanas e prósperas<sup>120</sup>.

O método começou a ser desenvolvido no fim da década de 90, quando Tranjan passou a dar consultorias e percebeu que os impasses enfrentados pelas empresas eram maiores do que apenas ganhar dinheiro. Diante do dilema, o empresário adotou a abordagem “corpo, mente e alma” para demonstrar que uma empresa é um organismo vivo, dotado não só de corpo, mas também de mente e alma<sup>121</sup>.

Esse é um dos principais conceitos defendidos pela metanoia, usado ainda hoje, pois é imprescindível que uma empresa trabalhe em harmonia com o corpo, mente e a alma:

O corpo representa a parte visível de uma organização, como as máquinas os equipamentos, os estoques, as duplicatas, o caixa, o lucro, o produto e as instalações; a mente simboliza a relação com o mercado e com os clientes, como as estratégias, o negócio, os diferenciais e o foco; a alma reproduz os relacionamentos internos, como a comunicação, a motivação, o comprometimento, a liderança e o trabalho em equipe<sup>122</sup>.

Assim, o empresário percebeu a importância de transformar a ação de consultoria em uma ação de educação, pois a educação dos líderes na metanoia permite que eles percebam a realidade sob uma nova ótica, seja em relação aos seus funcionários ou clientes. O principal objetivo dos programas da metanoia, neste sentido, é desenvolver uma cultura capaz de despertar o compromisso emocional da equipe, elevando a fidelização dos clientes e transformando os resultados.

Ademais, Tranjan é categórico ao afirmar que liderança não guarda relação com autoritarismo e que o modelo de gerenciamento vertical, embora não seja o ideal, é o que facilita o exercício da liderança. Para o educador, o verdadeiro líder é aquele que ao invés de impor, conquista e influencia seu funcionário numa relação ombro a ombro. Isto porque é fácil conquistar a produtividade como chefe, amparado por normas e regulamentos, mas para conquistar a criatividade é preciso ir além. As pessoas criam por espontaneidade e motivação, e um colaborador motivado é aquele que tem um propósito maior do que o salário no fim do mês, o que é possível somente em um ambiente aberto à criatividade e ideias. Quanto mais horizontal for a estrutura organizacional, mais problemática é a condução da sua liderança, afirma Tranjan<sup>123</sup>.

<sup>119</sup> CARNEIRO, Claudio; SANTOS JR, Milton de Castro. **Compliance e boa governança: pública e privada**, p. 23.

<sup>120</sup> REVOREDO, Patrícia Gisele da Cruz; PARPINELLI, Tahiana Sanchez. **Metanoia no contexto organizacional e o papel do gestor de recursos humanos diante deste processo**, p. 3.

<sup>121</sup> TRANJAN, Roberto Adami. Metanoia: propósito nos negócios. **Revista atitude empreendedora**, p. 26.

<sup>122</sup> REVOREDO, Patrícia Gisele da Cruz; PARPINELLI, Tahiana Sanchez. **Metanoia no contexto organizacional e o papel do gestor de recursos humanos diante deste processo**, p. 4.

<sup>123</sup> TRANJAN, Roberto Adami. Metanoia: propósito nos negócios. **Revista atitude empreendedora**, p. 28.

### ■ 3.2 A valorização do profissional pela gestão de pessoas

Com a alta competitividade no mercado, o cenário empresarial se torna cada vez mais complexo, dando ensejo à busca de novas formas para uma organização aumentar sua produtividade e lucro. Nesse contexto, as ações voltadas ao desenvolvimento e aprimoramento dos processos de gestão de pessoas, do mesmo modo como ocorre no método da metanoia, vêm ganhando destaque.

A área de gestão de pessoas desempenha um papel cada vez mais relevante dentro das organizações, ao considerar a valorização profissional um importante aspecto para o crescimento das empresas. É uma área em constante transformação, e o que se observa é a transposição de um modelo em formato de departamento pessoal, seleção e treinamentos para um modelo mais dinâmico, criativo e flexível. Ou seja, em um contexto organizacional moderno, a gestão de pessoas tem uma preocupação com o desenvolvimento e valorização do profissional enquanto ser humano.

Sobre a mudança da abordagem de gestão mais tradicional e instrumental para outra mais inovadora, Prado *et al* explicam que:

No início do desenvolvimento da área de RH, o foco foi em garantir a motivação dos funcionários para alcançar objetivos organizacionais estabelecidos, bem como trabalhadores suficientes e com qualificações específicas para atender a necessidade da organização. Com a introdução da gestão estratégica de recursos humanos este foco mudou em direção as contribuições do capital humano, as capacidades estratégicas e desempenho competitivo de uma organização. Este cenário levou a uma mudança significativa no papel e influências de profissionais de recursos humanos e ajustou a lente usada para capturar as expectativas de atividades de recursos humanos nas organizações. A GRH argumenta que as organizações necessitam mais do que a técnica dos profissionais de GRH, mas também de suas competências administrativas<sup>124</sup>.

Isto posto, resta claro que gerir pessoas vai muito além de um fator sistêmico, metódico e técnico<sup>125</sup>. O comportamento estratégico é primordial para que uma organização tenha vantagem competitiva suficiente para enfrentar seus concorrentes. Este novo conceito pode, portanto, promover uma série de mudanças e transformações no âmbito organizacional.

## 4. APLICABILIDADE DAS AÇÕES DE COMPLIANCE NA ÁREA DE GESTÃO DE PESSOAS

Demonstrado o papel desempenhado pela área de gestão de pessoas, verifica-se que as organizações têm investido cada vez mais em políticas e diretrizes nesta área. O objetivo de tal preocupação decorre principalmente da necessidade em reduzir os passivos trabalhistas, relacionados não só ao descumprimento da legislação, mas também à falta de respeito com o empregado e inadequação das práticas de gestão de pessoas.

Nesse contexto, a valorização do empregado enquanto participante do desenvolvimento das atividades na organização desencadeia um processo de empoderamento, refletindo diretamente no aumento de sua produtividade e, conseqüentemente, nos lucros da organização. Além disso, a organização se beneficia com a nítida redução dos passivos trabalhistas.

Entender o impacto das necessidades humanas na vida das pessoas e em seus relacionamentos profissionais é imprescindível no contexto da implementação das ações de *compliance* dentro das organizações. O ser humano é um sistema complexo que interage com o meio no qual está inserido, razão pela qual seria ingênuo considerar possível isolar o pessoal do profissional. Assim, a gestão de pessoas assume papel relevante nas discussões, porque um sistema de conformidade não se restringe à adequação de normas ou ao combate à corrupção, mas busca também a inserção de uma cultura organizacional ética.

Dentre as tantas práticas de *compliance* existentes nas mais diversas áreas das organizações, o presente artigo se limitou à abordagem da aplicação das ações de *compliance* voltada para a área de

<sup>124</sup> PRADO, Eduardo Vieira do. **Propostas de um programa de compliance integrado com a gestão de pessoas**, p. 2.

<sup>125</sup> NEGRÃO, Célia Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos: a importância da área de gestão de pessoas**, p. 146.

gestão de pessoas, baseada nos ensinamentos de Negrão e Pontelo. De acordo com as autoras, as ações de *compliance* na área de gestão de pessoas ganham importância por estarem regulamentadas pela legislação trabalhista, além de serem responsáveis pelo atendimento aos acordos coletivos de trabalho e gerenciamento de pessoas<sup>126</sup>.

Nesse contexto de aperfeiçoamento das atividades da área de gestão de pessoas e sem a pretensão de limitar o assunto, a seguir estão dispostas algumas das áreas passíveis de implementação das ações de *compliance*.

#### ■ 4.1 Ética organizacional

Além dos regulamentos formais, um programa de *compliance* busca disseminar, reforçar, atualizar e acompanhar princípios de integridade e conduta ética em uma organização. Afinal, é com a criação de procedimentos e normas essencialmente éticas e comportamentais que o *compliance* se materializa<sup>127</sup>.

Muitos esforços são empreendidos pelas organizações para que todos os seus colaboradores trabalhem com ética e idoneidade no exercício de suas atividades. Para que isso seja possível, é necessária a elaboração de um código de ética, como sendo um conjunto de políticas, diretrizes e procedimentos baseados em valores como transparência, sustentabilidade, integridade, excelência, meio ambiente e respeito pelas pessoas<sup>128</sup>.

Para alcançar seus objetivos, é fundamental que o código de ética e conduta aborde, dentre outros, aspectos das relações internas e externas, desenvolvimento profissional, lealdade e respeito entre os integrantes da organização, saúde e segurança, entretenimento, assédio, alcoolismo, meio ambiente e propriedade da informação.

Ademais, é imprescindível que o código de ética seja estabelecido de forma clara e acessível a todos os envolvidos na organização, visto que procedimentos desconhecidos são equivalentes a procedimentos inexistentes. Isso pode ser feito com a distribuição de cartilhas, fixação de cartazes e *folders* sobre o código de ética, lembretes sobre os princípios éticos ou até mesmo por meio de formas lúdicas, como peças de teatro, apresentação de vídeos, palestras, etc<sup>129</sup>.

Com o objetivo de informar todos os envolvidos na organização (*stakeholders*), as organizações disponibilizam seu código de ética nas páginas da internet para qualquer pessoa, como é o caso do Banco do Brasil, que em relação aos seus funcionários e colaboradores estabelece:

(...) Zelamos pelo estabelecimento de um ambiente de trabalho saudável, pautando as relações entre superiores hierárquicos, subordinados e pares pelo respeito e pela cordialidade. 7. Repudiamos condutas que possam caracterizar assédio de qualquer natureza. 8. Respeitamos a liberdade de associação sindical e buscamos conciliar os interesses da Empresa com os interesses dos funcionários e suas entidades representativas de forma transparente, tendo a negociação como prática permanente. 9. Zelamos pela segurança no ambiente de trabalho e asseguramos aos funcionários condições previdenciárias, assistenciais e de saúde que propiciem melhoria da qualidade de vida e do desempenho profissional. 10. Asseguramos a cada funcionário o acesso às informações pertinentes à sua privacidade, bem como o sigilo destas informações, ressalvados os casos previstos em lei. 11. Orientamos decisões relativas à retribuição, reconhecimento e ascensão profissional por critérios previamente estabelecidos de desempenho, mérito, competência e contribuição ao Conglomerado. 12. Adotamos os princípios de aprendizado contínuo e investimos em educação corporativa para permitir o desenvolvimento pessoal e profissional. 13. Mantemos contratos e convênios com instituições que asseguram aos colaboradores condições previdenciárias, fiscais, de segurança do trabalho e de saúde. 14. Reconhecemos, aceitamos e valorizamos a diversidade do conjunto de pessoas que

<sup>126</sup> NEGRÃO, Célia Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos: a importância da área de gestão de pessoas**, p. 159.

<sup>127</sup> OLIVEIRA, Larissa de Brito. **Aplicabilidade do programa de compliance como mecanismo apto a garantir direito fundamental ao ambiente de trabalho digno**, p. 33.

<sup>128</sup> NEGRÃO, Célia Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos: a importância da área de gestão de pessoas**, p. 163.

<sup>129</sup> OLIVEIRA, Larissa de Brito. **Aplicabilidade do programa de compliance como mecanismo apto a garantir direito fundamental ao ambiente de trabalho digno**, p. 48.

compõem o Conglomerado. 15. Zelamos pela melhoria dos processos de comunicação interna, no sentido de facilitar a disseminação de informações relevantes aos negócios e às decisões corporativas. 16. Apoiamos iniciativas que resultem em benefícios e melhoria da qualidade de vida e da saúde do funcionário e de seus familiares. 17. Repudiamos práticas ilícitas, como suborno, extorsão, corrupção, propina, em todas as suas formas. 18. Orientamos os profissionais contratados a pautarem seus comportamentos pelos princípios éticos do BB<sup>130</sup>.

Nesse contexto, o *compliance* assume o papel de fazer valer esses códigos de ética e conduta, que embora adotados pelas organizações há muitos anos, nem sempre têm o alcance necessário. O *compliance* agrega valor ao instrumento, monitorando quaisquer ações que possam infringi-lo e protegendo a imagem da organização.

#### ■ 4.2 Comunicação e treinamento

A comunicação e o treinamento são grandes desafios do programa de *compliance*, mas fundamentais para atingir seus objetivos. Isto porque para a construção de um ambiente em conformidade e ético, no qual as pessoas se sintam respeitadas e envolvidas, é necessário que os empregados se comprometam com o programa.

Assim, diferentes estratégias podem ser adotadas pela organização para disseminar a cultura de *compliance*, a exemplo de treinamentos presenciais ou até mesmo *online*, bem como eventos anuais corporativos e demais estratégias dinâmicas. Com isso, é possível uma maior interação entre os empregados e esclarecimento de dúvidas acerca do programa<sup>131</sup>.

De acordo com Oliveira, a comunicação e o treinamento é uma via de mão dupla, visto que promove o empoderamento dos funcionários dos mais diversos níveis por meio do conhecimento de seus direitos e deveres, possibilitando, inclusive, que o empregado subordinado leve suas queixas ao setor de *compliance* através dos canais de denúncia, sendo o fato investigado e tomadas as devidas providências internamente<sup>132</sup>.

#### ■ 4.3 Canal de denúncias

Ao disseminar a cultura da conformidade na organização, surgem novos processos internos imprescindíveis para a garantia do cumprimento dos princípios e valores éticos estabelecidos, desde a revisão dos modelos de contratos até o canal de recebimento de dúvida e denúncias.

O canal de denúncias é um mecanismo de comunicação para que empregados possam reportar violações, inadequações, ocorrência de assédio moral ou sexual, fraudes ou sugestões. É fundamental que tais canais atuem de forma anônima, confidencial e que recebam denúncias de qualquer situação que possa afetar o clima ético da organização.

Dentre os principais objetivos do canal de denúncias para a área de gestão de pessoas, destacam-se a melhoria do clima organizacional e transparência do ambiente de trabalho, o suporte à difusão do código de ética, a redução de custos com erros, fraudes e condutas inadequadas, bem como a percepção do risco da realização de ações antiéticas, por meio de ações corretivas e responsabilização<sup>133</sup>.

Assim, existe a expectativa de que ao longo dos anos empresas de médio e grande porte adotem cada vez mais essa ferramenta, buscando aplicar ações de transparência e evitar impactos financeiros.

Finalmente, há que se falar que a implementação do canal de denúncia configura um importante passo de aproximação entre os empregados e a área de *compliance*. Todavia, é preciso adquirir confiança, por meio de um processo de comunicação eficiente.

<sup>130</sup> BANCO DO BRASIL. Código de ética do banco do brasil, p. 2.

<sup>131</sup> NEGRÃO, Célia Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos: a importância da área de gestão de pessoas**, p. 180.

<sup>132</sup> OLIVEIRA, Larissa de Brito. **Aplicabilidade do programa de compliance como mecanismo apto a garantir direito fundamental ao ambiente de trabalho digno**, p. 49.

<sup>133</sup> NEGRÃO, Célia Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos: a importância da área de gestão de pessoas**, p. 183.

#### ■ 4.4 Monitoramento e verificação normativa e legal

A etapa de monitoramento tem como objetivo confirmar se a organização está em conformidade, ou seja, trata-se do sucesso do programa de *compliance*. A elaboração de mecanismos para identificação de fragilidades e proposição de melhorias pode ser feita por meio da aplicação dos *checklist* de conformidade.

O *checklist* de conformidade é um método simples que pode ser aplicado por qualquer organização, visando analisar se a execução das atividades na área de gestão de pessoas está sendo executada de forma coerente. A grande vantagem reside no fato de que a postura preventiva demonstra resultados imediatos, pois quando identificado o problema é possível revertê-lo em resultados positivos para todos os envolvidos o mais breve possível

Ao perceber a importância da prevenção, as organizações buscam desenvolver práticas de controle para as atividades de gestão de pessoas, com foco, por exemplo, na admissão de pessoal, convenções coletivas de trabalho, encargos sociais, controle de documentação e arquivos, folhas de pagamento, jornada de trabalho, desligamento de empregados, gestão dos benefícios, segurança e medicina do trabalho, indenizações por danos morais e sexuais, etc.<sup>134</sup>.

Com efeito, o programa de *compliance* se preocupa não só em mapear e prevenir os riscos de uma organização, mas também em realizar ajustes constantemente. Conforme já exposto, a cultura da conformidade não é de aplicação temporária, devendo ser executada e monitorada periodicamente, para assegurar que as normas instituídas pelo programa sejam cumpridas.

Neste sentido, o *compliance* tem sido um dos mais relevantes mecanismos de proteção à imagem e reputação da organização perante os empregados envolvidos (*stakeholders*), bem como perante a comunidade em geral, em decorrência de sua postura ética e comprometimento com melhorias contínuas.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto é possível concluir que a implementação de um programa de *compliance* é um dos métodos mais eficazes quando se trata do combate aos malefícios organizacionais. Com a missão de assegurar o cumprimento das políticas e normas existentes na organização, o *compliance* busca mitigar os riscos e atuar na definição e verificação dos controles internos. Empresas que estão em conformidade evitam prejuízos advindos da falta de controle e certamente ganham destaque por demonstrarem ao mercado sua postura ética e comprometimento com a constante busca por melhoria.

Todavia, é necessária a implementação de um programa de *compliance* bem estruturado e de monitoramento contínuo, adequado às particularidades e processos internos de uma organização. Para tanto, é imprescindível que todos os empregados da organização estejam envolvidos na cultura da conformidade, executando suas tarefas sob o prisma da ética e da transparência e, nesse contexto, a área de gestão de pessoas exerce função primordial.

As políticas e práticas de gestão de pessoas estão intimamente ligadas ao êxito de um programa de *compliance* porque a simples existência de leis e normas, embora essenciais, não garantem o bom funcionamento da organização. Para que uma organização alcance o sucesso é necessário que conte com colaboradores qualificados, motivados e alinhados com a cultura organizacional, função exercida pela gestão de pessoas, que influencia no sentimento de pertencimento dos empregados à organização.

Assim, as organizações que adotam ações de *compliance* na área de gestão de pessoas e buscam pelo desenvolvimento simultâneo dos fatores humano e organizacional, com certeza serão conduzidas ao sucesso ao aumentar a produtividade e lucro dos negócios, bem como a consequente redução de passivos trabalhistas.

## 6. REFERÊNCIAS

BANCO DO BRASIL. Código de ética do banco do brasil. Disponível em: <<https://www.bb.com.br/docs/pub/inst/dwn/Codigodeetica.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

<sup>134</sup> NEGRÃO, Célia Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos: a importância da área de gestão de pessoas**, p. 185.

BRASIL. **Decreto lei nº 8.420, de 18 de março de 2015.**

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.**

CARNEIRO, Claudio; SANTOS JR, Milton de Castro. **Compliance e boa governança: pública e privada.** Juruá, 2018.

FRANÇA, Jaíne Gouveia Pereira. O *compliance* trabalhista como ferramenta para evitar ações judiciais. **Revista de Ciências do Estado – UFMG. REVICE**, 2018. Disponível em: <<https://seer.ufmg.br/index.php/revice/article/viewFile/11668/8676>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

NEGRÃO, Célia Lima; PONTELO, Juliana de Fátima. **Compliance, controles internos e riscos: a importância da área de gestão de pessoas.** 2. ed. Senac, 2017.

OLIVEIRA, Larissa de Brito. **Aplicabilidade do programa de compliance como mecanismo apto a garantir o direito fundamental ao ambiente de trabalho digno**, Trabalho de conclusão de curso, 2017. Disponível em: < <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Larissa%20de%20Brito%20Oliveira.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

PRADO, Eduardo Vieira do; CORRÊA, Dalila Alves; PADOVEZE, Clóvis Luís; NAZARETH, Luiz Gustavo Camarano; BERTASSI, André Luis. Propostas de um programa de *compliance* integrado com a gestão de pessoas. **XIX Seminário em Administração**, 2016. Disponível em: <<http://login.semead.com.br/19semead/arquivos/267.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

REVOREDO, Patrícia Gisele da Cruz; PARPINELLI, Tahiana Sanchez. **Metanoia no contexto organizacional e o papel do gestor de recursos humanos diante deste processo.** Disponível em: <[revista.unilins.edu.br/index.php/cognitio/article/download/41/43](http://revista.unilins.edu.br/index.php/cognitio/article/download/41/43)>. Acesso em: 23 nov. 2018.

TRANJAN, Roberto Adami. Metanoia: propósito nos negócios. **Revista atitude empreendedora**, 2015. Disponível em: <<http://robertotranjan.com.br/wp-content/uploads/Revista-Atitude-Roberto-Tranjan-Baixa.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

# O CONTRATO DO EMPREGADO MARÍTIMO E O CONFLITO DE COMPETÊNCIA TRABALHISTA NO ESPAÇO

Gustavo Barone Martins<sup>135</sup>  
Luis Felipe Moraes do Nascimento<sup>136</sup>

## RESUMO

O contrato do empregado marítimo e o conflito de competência trabalhista no espaço. O tema é importante devido ao empregado marítimo realizar funções em muitas localidades, as quais geralmente são diferentes do local onde foi contratado, e ainda, sendo contratado, muitas vezes, por empresas ou companhias estrangeiras, o que vem por ocasionar conflitos de competência trabalhista quanto ao local e ordenamento jurídico correto para analisar e julgar a relação de trabalho.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Trabalhista Marítimo, Conflito de Competência no Espaço, Empregado Marítimo.

## 1. INTRODUÇÃO

A crescente globalização acentuou a transferência ou contratação de empregados para laborarem no exterior sob ordens de companhias multinacionais. No setor marítimo esta questão não é diferente, vez que muitos trabalhadores são contratados para laborar dentro de navios estrangeiros ou realizam rotas no exterior. (MARTINS, 2013). Com isso, surgem as questões relativas ao ambiente de trabalho do empregado marítimo e suas dificuldades vivenciadas no dia a dia, mas predominantemente, a busca pela solução do conflito de competência trabalhista instaurado a partir da contratação deste trabalhador. (BAUER, 2008). Diante de todas as dificuldades vivenciadas pelos marítimos, resta a dúvida sobre a prevalência de seus direitos e qual local ou ordenamento jurídico seriam competentes para analisar e julgar suas causas.

## 2. EMPREGADO MARÍTIMO

### ■ 2.1 Métodos de contratação

Como fundamentado por alguns autores, dentre eles Carril Vázquez (1999), a prática de intercâmbio de informações, produtos e serviços por meio dos mares surgiu ainda na Idade Média, onde foram criadas as primeiras leis sobre este tema, como o *Rooles de Oléron* em 1160 e o *Llibre del Consolant del Mar* em 1320. Com isso, a ideia de globalização passou a ser aplicada no século XVI a partir das Grandes Navegações, e atingindo o seu esplendor, agora, durante o século XXI, onde a contratação de pessoas de nacionalidade diferentes, fora de seu país natal, por empresas transnacionais, tornou-se algo extremamente comum. Diante desta possibilidade, surgiu o contrato de trabalho com conexão internacional, onde em uma mesma relação contratual podem estar envolvidos dois ou mais ordenamentos jurídicos estrangeiros (SALIBA, 2013).

Os contratos internacionais de trabalho fundamentam relação jurídica de emprego com conexão internacional evidenciada pela presença de elementos estrangeiros na relação contratual. A presença de elementos estrangeiros ou de estraneidade nos contratos internacionais de trabalho remete à vinculação objetiva dos litígios internacionais a dois ou mais sistemas jurídicos internacionais, ao conflito de normas no espaço e às questões atinentes à competência jurisdicional internacional. (MARTINS, 2013, p. 430).

<sup>135</sup> Acadêmico do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille. E-mail: gustavo.barone.m@gmail.com

<sup>136</sup> Professor Doutor do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille. E-mail: lfmadv@terra.com.br.

O contrato internacional de trabalho marítimo possui um complexo método de contratação, sendo inclusive, a maior dificuldade suportada pelo trabalhador marítimo, conforme discutido anteriormente.

Esta complexidade se deve ao fato dos trabalhadores poderem ser contratados através do armador, que conforme se verifica com Tonial e Barbosa (2016, *apud* CAVALCANTE; VILLATORE, 2015) pode ser uma pessoa física ou jurídica, além de ser o responsável pela viagem, pelos empregados e pelas condições de trabalho.

Outra hipótese de contratação, sendo esta a mais comum, é por meio de agências de recrutamento, que no momento da contratação, podem ou não, estarem localizadas no país de origem do empregado. Este fato poderá aumentar as chances do contrato de trabalho, assinado pelas partes, conter legislações estrangeiras. (BAUER, 2008). Corroborando este entendimento, em relação às agências recrutadoras, Bauer (2008) retrata que:

Muitos trabalhadores marítimos são contratados através de agências de recrutamento que podem ou não ser localizadas em seu país natal, assim, serão altas as chances de introduzir legislações de outros países no momento da contratação do trabalhador.

Igualmente, é de responsabilidade do contratante, obedecer às normas constantes na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e subsidiariamente os preceitos emanados do Código Comercial (Lei 556/1850), ainda, devem ser analisadas as fontes formais específicas do direito do trabalho, ou seja, as convenções e acordos coletivos da categoria (MARTINS, 2013).

Ainda em relação ao contrato de trabalho do empregado marítimo, Martins (2013 *apud* ROCHA, *web*) ensina que:

O contrato de emprego marítimo tem por objeto a prestação de serviços a bordo. O contrato de emprego marítimo demanda a forma escrita, tendo em vista que para todo trabalhador marítimo exige-se a matrícula na correspondente Capitania dos Portos competente para o registro e a expedição da Caderneta de Trabalho, onde são lançadas as anotações de embarque e desembarque e respectivas causas. Chamadas de soldada, a remuneração do empregado marítimo tem sua fisionomia particular disciplinada no Regulamento de Trabalho Marítimo e goza de proteção peculiar, conforme salienta Martins Catharino, por “hipoteca especial” prevista no art. 565 do Código Comercial, sob a denominação de “hipoteca tácita no navio e fretes”.

Há de se observar ainda que as regras relativas ao contrato de trabalho marítimo podem não ser regidas apenas pela CLT, podendo ser estipuladas por outras normas específicas, legislações estrangeiras ou por resoluções da OIT, não havendo assim qualquer normativa que preveja o local correto da assinatura do contrato. (MARTINS, 2013). Devido a isso, existem casos em que os contratos são assinados na própria agência recrutadora ou durante os treinamentos realizados, como também, é possível que o contrato seja assinado dentro da embarcação, em alto-mar, local onde serão prestados os serviços contratados (BRASIL, 2017).

Esta prática vem sendo constante nos últimos anos para garantir que, caso haja conflitos de normas trabalhistas, a *Lex loci contractus* a ser respeitada será a lei da bandeira do navio, ou seja, será mantida a utilização da teoria da primazia da lei da bandeira (MARTINS, 2013).

### 3. CONFLITOS DE COMPETÊNCIA DE NORMAS TRABALHISTAS MARÍTIMAS NO ESPAÇO

Em uma lide trabalhista, existente entre duas ou mais partes, é necessário ter ciência sobre quais normas defendem seus interesses na demanda discutida. Nesta esteira, entende Saliba (2016 *apud* BARROS, 2013) que deve ser respeitado a aplicação do direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Assim, se verifica a importância do tempo para a aplicação do direito correto ao fato discutido, diferenciando o direito adquirido do direito consumado.

Depreende-se que, direito consumado é aquela relação que se encerrou, já finalizou antes do surgimento da nova norma, não sendo por ela atingido. E, no tocante ao direito adquirido, pode-se entender como aquele a que a pessoa faz jus por ter preenchido determinados requisitos ou elementos, na vigência de norma contemporânea. (SALIBA, 2016, p.2)

Ainda, além do fato temporal, é necessário observar qual ordenamento jurídico ou legislação será aplicável nos fatos discutidos em determinado território. Neste caminho, tem-se como possibilidade a aplicação de normas do local onde foram prestados os serviços contratados, do local da assinatura do contrato discutido, da nacionalidade ou do domicílio do empregado. (SALIBA, 2016). Estes conflitos de legislações ocorrem predominantemente em contratos trabalhistas com conexões internacionais, logo, diante da amplitude de normas capazes de reger um determinado contrato, tornou-se necessário encontrar um meio para definir qual ordenamento seria o correto aplicar, como será visualizado futuramente, em relação ao direito processual e material aplicado (MARTINS, 2013).

Nesta continuidade, para a solução dos litígios internacionais, os conflitos de normas existentes devem se submeter às regras de conexão estabelecidas pelo Direito Internacional Privado – DIPr, que por sua vez, encontram soluções aos casos envolvendo múltiplas nações (MARTINS, 2013). Com isso, as regras de conexão possuem capacidade de indicar qual direito será aplicável para interpretar o litígio em questão, além disso, estes elementos de conexão são instituídos pelos sistemas estatais de DIPr, e são aplicados para determinar qual direito material será aplicado ao contrato com conexão internacional. (MARTINS, 2013).

Neste sentido, Martins (2013) aponta os seguintes elementos de conexão balizados perante as nações:

- a) *lex loci contractus* (ou *Lex loci celebrationis*) – determina que a legislação aplicável é aquela do local da assinatura do contrato firmado;
- b) *lex loci solutionis* – determina que a legislação aplicável é aquela do local onde as obrigações principais do contrato devem ser cumpridas;
- c) *lex patrie* – determina que a legislação aplicável é a da nacionalidade das partes;
- d) *lex domicilii* – determina que a legislação aplicável é a do domicílio das partes;
- e) *lex fori* – determina que a legislação aplicável é a do Estado onde o litígio está sendo julgado;
- f) *lex loci executionis* – determina que a legislação aplicável é a do local onde foram prestados os serviços contratados.

Dadas estas particulares, nota-se que a tendência em relação ao sistema do direito internacional relacionado aos contratos trabalhistas, é pela aplicação da *Lex loci executionis*. Esta regra de conexão é determinada pela lei do local da prestação de serviços, e ainda, conforme a corrente majoritária é admissível a aplicação da teoria do centro de gravidade. (MARTINS, 2013).

Desta forma, torna-se necessário verificar a aplicação das regras de conexão em relação aos contratos de trabalho marítimos e, em especial, sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro. Ainda de acordo com a aplicação do DIPr brasileiro, os contratos internacionais de trabalho possuem natureza estritamente territorial, sendo assim, adotada a regra de conexão *Lex loci executionis*. (MARTINS, 2013).

Atualmente, o ordenamento jurídico nacional e o DIPr brasileiro são incorporados pelo Código de Bustamante de 1928, que foi ratificado e promulgado pelo Brasil através do Decreto nº 18.871/29, pelo artigo 651 da CLT, e pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), através do Decreto-Lei nº 4.657/42 (MARTINS, 2013). Notável mencionar, que o conflito de regras de conexão relacionadas aos contratos de trabalho marítimos, não é muito apreciada pela doutrina, como também, não há muitos precedentes jurisprudenciais, logo, não há como afirmar taxativamente qual é a atual prevalência da regra de conexão no Direito Brasileiro.

Todavia, conforme relata Martins (2013), é possível identificar que a tendência dos tribunais brasileiros tem sido pela aplicação do princípio da territorialidade, conforme dispõe nos artigos 651 da CLT e 198 do Código de Bustamante, bem como dispôs, com a utilização da Súmula nº 207 do Tribunal Superior do Trabalho – TST, ora cancelada.

Além da aplicabilidade, em regra, do princípio da territorialidade, a partir do cancelamento da Súmula 207 do TST, foi constatada a aplicação da Teoria do Centro de Gravidade, com base nos dizeres

da Lei 7.064/82 (ampliada pela Lei 11.962/2009), que se estabeleceu como sendo uma exceção à regra (ROSA, 2013).

Apesar da costumeira aplicação da *Lex loci executionis* e da teoria do centro de gravidade, torna-se necessário relatar que, atualmente, no Brasil, a aplicação da Teoria da Primazia da Lei da Bandeira passou a ser relativizada, devido ao fenômeno global conhecido como 'bandeiras de conveniência', que constitui no fato da embarcação ser registrada em países periféricos, com legislações frágeis e brandas em relação às normas trabalhistas, tributárias, entre outras. (ROSA, 2013).

Devido a este fenômeno, o registro do navio não condizia com a nacionalidade do proprietário do navio, o que demonstrava uma possibilidade de fraude as legislações, devido a isso, muitos países, incluindo o Brasil, passaram a relativizar essa teoria, em razão de sua aplicação, em muitas vezes, não ser favorável ao empregado. (MARTINS, 2013). Da mesma sorte, os tribunais nacionais não aplicam de forma unânime a *Lex loci contractus*, em razão da prestação de serviços ocorrer, geralmente, no mesmo local da assinatura do contrato, sendo utilizada assim a *Lex loci executionis* (MARTINS, 2013).

### ■ 3.1 A utilização do direito material e do direito processual

Diante da amplitude de normas capazes de reger um determinado contrato, tornou-se necessário encontrar um meio para definir qual ordenamento jurídico, tanto processual quanto material, seria o aplicável nos contratos trabalhistas com conexão internacional. (SALIBA, 2013)

Em relação a este conflito, Saliba (2016, p.22), em relação ao direito processual, explica que:

As discussões até então travadas permeiam o campo do direito material, já que, na seara processual, no que tange à competência para julgamento da lide, há nítida opção pela territorialidade, ao se definir que “a competência das Varas do Trabalho é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutro local ou no estrangeiro”, conforme expresso no *caput* do art. 651, da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Ainda no mesmo sentido, o mencionado artigo ratifica tal competência até para os dissídios ocorridos em agência ou filial no estrangeiro, quando o empregado for brasileiro e não existir convenção internacional dispendo em sentido contrário, o que é expresso no §2º do art. 651, CLT.

Destarte, se visualiza que o direito processual brasileiro do trabalho será aplicado quando a competência para julgar determinada ação pertencer às varas do trabalho nacionais, conforme as possibilidades constantes no *caput* do artigo 651 da CLT e no §2º deste mesmo artigo.

Logo, independente da relação existente entre o direito material e o direito processual, suas funções para a solução do processo são diferentes, sendo que, o direito processual brasileiro será aplicado, utilizando todas as suas normas, previsões legais e princípios, nas ações que tramitam no Brasil, ainda que a relação de trabalho tenha ocorrido no exterior ou que as partes sejam estrangeiras. (SALIBA, 2016)

Ainda, quanto à utilização do direito processual, Saliba (2016, p.22) ressalta “os requisitos formais, os tipos de ações, os prazos, a competência, os tipos de prova, recursos e limites de decisão são aplicáveis em conformidade com o ordenamento brasileiro, ou seja, pela CLT ou pelo CPC”.

Conforme será discutido nos capítulos a seguir, o direito material aplicado poderá ser o direito brasileiro quando se verificar alguma conexão entre o caso concreto e o Brasil, através de uma das regras do DIPr, como a *lex loci executionis*, ou até mesmo, quando o direito nacional for mais favorável que o estrangeiro (uso da teoria do centro de gravidade) (ROSA, 2013).

Em relação à aplicação do direito material estrangeiro, poderá ser utilizada por meio do princípio da territorialidade ou da Lei do Pavilhão, independente se a ação tramitar ou não no Brasil, sendo que nestes casos, as normas estrangeiras não poderão ofender a soberania brasileira, a ordem pública e os bons costumes, conforme o artigo 17 da LINDB (MARTINS, 2013). Enquanto que o direito processual brasileiro será aplicado quando houver conexão entre as ações e o Estado brasileiro, aplicando o princípio da territorialidade ou a teoria do centro de gravidade (SALIBA, 2018).

### ■ 3.2 O princípio da territorialidade e da *lex loci executionis* a partir da utilização do artigo 651 da CLT

Nas lides trabalhistas em que se verificam a existência de um conflito de normas no espaço, é comum a aplicação da legislação do local onde foram prestados os serviços, utilizando-se do princípio da territorialidade e da regra de conexão *lex loci executionis*. (MARTINS, 2013). Destaca-se que a adoção

do princípio da territorialidade e da regra de conexão *Lex loci executionis* é respaldado por institutos nacionais e internacionais, como o Código de Bustamante que inclusive é ratificado e aplicado, tanto pela jurisprudência quanto pela doutrina brasileira, juntamente com a regra de conexão *Lex loci executionis* nos casos de conflito de competência trabalhista. (SALIBA, 2016). Este entendimento ficou sedimentado, durante alguns anos, pela antiga Súmula 207 do TST que proclamava *in verbis*: “CONFLITOS DE LEIS TRABALHISTAS NO ESPAÇO. PRINCÍPIO DA “LEX LOCI EXECUTIONIS” A relação jurídica trabalhista é regida pelas leis vigentes no país da prestação de serviço e não por aquelas do local da contratação (MARTINS, 2013).

Por fim, considerando o entendimento fixado tanto na doutrina quanto na jurisprudência, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil – CF/88, foi acrescentado a CLT o artigo 651, que estabelece a competência das varas do trabalho como sendo da localidade onde o empregado prestar serviços ao empregador, ainda que no estrangeiro, logo, passou-se a utilização concreta do princípio da territorialidade (SALIBA, 2016).

### 3.2.1 A aplicação do princípio da territorialidade e da *lex loci executionis* com a utilização do artigo 651 da CLT nos contratos marítimos

Durante a vigência do contrato internacional de trabalho marítimo, nos casos em que há conexão internacional, há a possibilidade de o contrato ser regido por mais de um ordenamento jurídico, para que seja solucionado este conflito são utilizadas duas hipóteses (MARTINS, 2013):

- a) a teoria da primazia da lei da bandeira do navio, que vem sendo a regra para estes conflitos;
- b) a regra de conexão *lex loci executionis* utilizada conjuntamente com o princípio da territorialidade.

Quanto à utilização das duas hipóteses nos casos de conflitos internacionais, conforme preconiza o DIPr, disserta Martins (2013, p.450):

Na gênese do sistema de determinação do direito de regência substantivo dos contratos internacionais de trabalho marítimo, adotam-se, como regra, o princípio da extraterritorialidade e a primazia da lei da bandeira, mas tem-se considerado a intercorrência de regras variáveis decorrentes das circunstâncias fáticas específicas da relação laboral marítima e têm-se aceitado, por conseguinte, os princípios da *lex loci executionis* (ou *lex laboris*), da *lex fori* e da *lex loci contractus*, além dos princípios *favor laboris* e *the most significant relationship*, evoluindo a tendência de possível admissibilidade do princípio da autonomia da vontade e da *lex voluntatis*.

Utilizando a perspectiva do DIPr, a regra para a solução destes conflitos de competência com conexão internacional seria pela aplicação da teoria da primazia da lei da bandeira, todavia, no âmbito jurídico brasileiro esta hipótese não vem estando utilizada, sendo aplicado o princípio da territorialidade (MARTINS, 2013). Neste caso, a partir do entendimento brasileiro, é utilizado o princípio da territorialidade para solucionar os conflitos de normas internacionais decorrentes dos contratos dos trabalhadores marítimos, sendo aplicado o artigo 651 da CLT e, antes de seu cancelamento, também era utilizada a súmula 207 do TST. (SALIBA, 2016).

Ainda, quanto ao uso do princípio da territorialidade, conforme relata Martins (2013, p.451) será determinada a incidência da *lex loci executionis* nos contratos marítimos vigentes sobre a lei do local onde o serviço contratado for prestado, ou seja, sobre as zonas marítimas dos países em que o navio trafegar ou ancorar. Essa regra de conexão passou a ser aplicada também aos marítimos que mesmo laborando em navio de bandeira estrangeira, porém, prestando serviços em águas de jurisdição brasileira, será competente o ordenamento jurídico brasileiro para julgar essas causas (MARTINS, 2013).

Entretanto, considerando a possibilidade do contrato ser regido por mais de um ordenamento jurídico, surgiu uma terceira corrente para a solução deste conflito, sendo esta aplicada no caso do marítimo contratado no Brasil para exercer sua função no exterior. (ROSA, 2013). Esta corrente identifica os elementos de conexão existentes entre o caso concreto e os ordenamentos jurídicos relacionados, possibilitando ao empregado verificar qual norma, brasileiro ou estrangeira, torna-se mais favorável ao julgamento de sua lide. Corroborando este entendimento, Carril Vázquez (1999, p.164-166), disserta sobre estas três possibilidades e a sua aplicação na Europa:

Como singular coletivo inquestionável nesta base, e em claro paralelismo com a referida Lei da União Europeia, estes acordos gerais de segurança social - incluindo os estipulados pela Espanha e outros parceiros da União Europeia - geralmente têm, sempre em nome dos trabalhadores do mar, o seguinte: 1) em comparação com a regra geral de aplicação da lei do Estado em cujo território (águas territoriais possivelmente) está a trabalhar, a escolha da lei do Estado em que está sinalizado o navio e, portanto, pela lei da bandeira. 2) Quando os trabalhadores são empregados para determinadas operações de carga e descarga, reparação e saída de controlo, etc., que a lei aplicável é a do Estado em cujas águas territoriais do navio está localizado, e não o Estado de pavilhão do mesmo; e 3) quando o marítimo é remunerado por sua atividade por uma empresa ou uma pessoa que tem sua sede ou domicílio no território do Estado do qual ele é residente, que a legislação deste último Estado é aplicada.

Nesta mesma esteira, nos últimos anos vem sendo este o entendimento dos tribunais pátrios, como se verifica na ementa abaixo, colacionado do TRT da 6ª Região:

RECURSOS ORDINÁRIOS - 1. RECURSO DAS RECLAMADAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO EM RAZÃO DE TRABALHO REALIZADO NO EXTERIOR. APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO NACIONAL. Contratado o obreiro no Brasil, a relação de trabalho mantida entre as partes deve ser regida pela legislação brasileira, ainda que do labor preponderantemente realizado em alto-mar, em tributo ao princípio da norma mais favorável ao empregado. Trabalhador submetido a processo de seleção, treinamento e contratação em solo brasileiro enquadra-se no campo de incidência da Lei 7.064/82, aplicando-se a legislação brasileira de proteção ao trabalho. Precedentes desta Corte e do Tribunal Superior do Trabalho. Recurso conhecido e improvido. (BRASIL, 2018).

Assim, a conexão com a legislação brasileira pode ser reconhecida pela contratação ou pré-contratação do empregado em território nacional, sendo fator determinante para a não aplicação do princípio da territorialidade e, também, para a aplicação do ordenamento jurídico mais benéfico ao empregado, seja ele nacional ou estrangeiro (ROSA, 2013).

### 3.2.2 O cancelamento da Súmula 207 do Tribunal Superior do Trabalho

No período anterior a CF/88, nas lides envolvendo o contrato do trabalhador marítimo e conflitos de normas trabalhistas, o entendimento era pela competência e aplicação da legislação do local onde foram prestados os serviços pelo empregado, ou seja, a utilização do princípio da *Lex loci executionis*. (ROSA, 2013). A constante aplicação deste entendimento resultou na decisão do TST na criação do enunciado 207, o qual foi publicado no Diário Oficial em 11 de julho de 1985.

A CF/88 tem como base uma proteção maior aos direitos humanos, sendo conhecida como 'constituição cidadã'. (BRASIL, 1988). Devido a isso se iniciou uma evolução nos entendimentos dos tribunais nacionais, inclusive no TST, onde as jurisprudências apontavam para uma busca por maiores direitos e melhor qualidade de vida e de trabalho ao empregado. (BRASIL, 2011).

Entre os entendimentos alterados, verificou-se que a aplicação da *Lex loci executionis*, nos conflitos de competência trabalhista, não garantia a proteção completa exigida pelo empregado, corroborando essa ideia, Rosa (2013, p. 136) relata que "a solução da Súmula 207 do TST não resolvia todos os problemas jurídicos existentes por meio da aplicação da *lex loci laboris*".

Por mais que a utilização da Súmula 207 com o acompanhamento do princípio da territorialidade fosse desempenhada de forma satisfatória, havia um efeito negativo ao empregado, que tinha os seus direitos protetivos esquecidos (ROSA, 2013). Motivo pelo qual o TST buscou novos métodos para analisar e julgar os conflitos de normas, dentre estes os que diziam respeito aos trabalhadores marítimos (MARTINS, 2013). Nos últimos anos houve um aumento nos casos relacionados aos conflitos de competência sobre todas as categorias, inclusive sobre os empregados marítimos, motivo pelo qual alguns TRTs passaram a aplicar a Lei 7.064/1982 em detrimento da Súmula 207 e do princípio da territorialidade, devido ao fato da lei ser mais favorável ao trabalhador. (ROSA, 2013). Devido às decisões dos TRTs, foram interpostos recursos de revista ao TST, onde objetivando unificar as jurisprudências nacionais foi proferido acórdão, baseado na teoria do centro de gravidade, deferindo a aplicação da Lei 7.064/82 em detrimento da Súmula 207, como se verifica na ementa abaixo:

RECURSO DE REVISTA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NO EXTERIOR. APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. ARTIGO 3.º, INCISO II, DA LEI N.º 7.064/82. O Reclamante foi contratado no Brasil para prestar serviços em águas territoriais de Angola, restando incontroverso que a contratante integra grupo econômico do qual a PETROBRAS é a principal empresa. A contratação de trabalhador nestas circunstâncias atrai a incidência da Lei n.º 7.064/82, que dispõe sobre a situação de trabalhadores contratados ou transferidos para prestar serviços no exterior. O artigo 3.º, inciso II, do referido diploma legal assegura ao empregado a aplicação da legislação brasileira de proteção ao trabalho, sempre que for demonstrado ser esta mais favorável que a legislação territorial. (BRASIL, 2011)

Diante da publicação do acórdão anterior, o princípio da territorialidade passou a ser analisado com base no artigo 671 da CLT e, quando possível, junto ao Código de Bustamante, com o Enunciado 207 do TST sendo desaproveitável (MARTINS, 2013). Assim, no entendimento dos tribunais brasileiros, verificou-se a aplicação do princípio da *Lex loci executionis*, como sendo a regra para a análise e julgamento dos conflitos de competência existentes nos contratos dos empregados marítimos, e o advento da teoria do centro de gravidade como uma exceção a regra, como se verifica na ementa atual do TRT da 2ª Região:

LEI APLICÁVEL. PULLMANTUR. CONTRATAÇÃO NO BRASIL. TRABALHO EM NAVIO ESTRANGEIRO. A Lei 11.962/09 alterou o artigo 1º da Lei 7.064/82, que regulamenta a situação de trabalhadores contratados no Brasil ou transferidos por seus empregadores para prestar serviço no exterior, passando a aplicar de forma indiscriminada o princípio da norma mais favorável a todos os trabalhadores contratados ou pré-contratados no Brasil, ou transferidos ao exterior, e não mais somente aos profissionais de engenharia e afins. Dessa forma, em detrimento do princípio da territorialidade (*lex loci executionis*), passou a vigorar o princípio da norma mais favorável, com observância do conjunto de normas relativas a cada matéria, o que culminou, inclusive, com o cancelamento da Súmula 207 do C. TST. (BRASIL, 2018)

Assim, tendo o TST percebido a inaplicabilidade da Súmula 207, ante a constante aplicação da Lei 11.962/2009 e o uso do princípio da territorialidade apenas nos casos anteriores a esta lei, o enunciado foi cancelado por meio da Resolução 181 do TST de 23 de abril de 2012.

### ■3.3 A teoria do centro de gravidade ou o princípio da conexão mais significativa (*most significant relationship*)

O princípio da conexão mais significativa foi iniciado nos Estados Unidos em 1971, onde surgiu como alternativa para designar o direito aplicável ao caso concreto. (MARTINS, 2013). Sobre este princípio e sobre a teoria do centro de gravidade, Martins (2013, p.458) conceitua que:

O princípio estabelece que, evidenciado o conflito de normas no espaço, o juiz deverá determinar a lei de regência do contrato internacional em consonância com a “conexão mais significativa” ou a “relação mais significativa” com o caso concreto. Na designação do direito de regência, o princípio da proximidade considera o centro de gravidade ou o centro de interesses (*the center of gravity* ou *the most significant relationship*) da relação jusprivatista com conexão internacional, delegando ao juiz a faculdade de desconsiderar o sistema clássico de DIPr e determinar o direito de regência, com base na proximidade da conexão ou da relação.

No Brasil, desde os anos 70 é recomendada a utilização destas teorias quando, em uma relação trabalhista, for possível aplicar a norma mais benéfica ao empregado. Em 1982, antes mesmo da CF/88, a ideia de aplicação da norma mais favorável já se fazia presente no artigo 3º, inciso II da Lei 7.064/82, a qual poderia ser aplicada apenas aos trabalhadores contratados no Brasil ou transferidos por empresas prestadoras de serviços de engenharia, enquanto isso, aos demais trabalhadores, incluindo os marítimos, prevalecia a regra da súmula 207 do TST. Entretanto, diante do benefício ser apenas aos trabalhadores do setor de engenharia, em 2009, a Lei 7.064/82 foi editada para que seu artigo 3º, inciso II, fosse estendido, englobando todos os empregados brasileiros. (ROSA, 2013)

Com base nos institutos de manutenção da ordem pública, da ocorrência de fraude a legislação e em interpretações extensivas do princípio da territorialidade, iniciou-se uma tendência pelo afastamento

das regras clássicas de conexão e a aplicação da legislação brasileira nos processos julgados sob o crivo da jurisdição nacional. (MARTINS, 2013). Devido a isso, surgiram decisões paradigmas no TST que decidiam pela utilização da teoria do centro de gravidade ou do princípio da conexão mais significativa em detrimento da Súmula 207, como se verifica na ementa do acórdão do TST, que trata sobre o empregado marítimo.

TRABALHO EM NAVIO ESTRANGEIRO - EMPREGADO PRÉ-CONTRATADO NO BRASIL - CONFLITO DE LEIS NO ESPAÇO - LEGISLAÇÃO APLICÁVEL 1. O princípio do centro de gravidade, ou, como chamado no direito norte-americano, *most significant relationship*, afirma que as regras de Direito Internacional Privado deixarão de ser aplicadas, excepcionalmente, quando, observadas as circunstâncias do caso, verifica-se que a causa tem uma ligação muito mais forte com outro direito. É o que se denomina “válvula de escape”, dando maior liberdade ao juiz para decidir que o direito aplicável ao caso concreto. 2. Na hipótese, em se tratando de empregada brasileira, pré-contratada no Brasil, para trabalho parcialmente exercido no Brasil, o princípio do centro de gravidade da relação jurídica atrai a aplicação da legislação brasileira. MULTA DOS ARTIGOS 477 E 467 DA CLT - FUNDADA CONTROVÉRSIA Não se conhece do Recurso de Revista que não logra demonstrar divergência jurisprudencial específica e não aponta violação legal ou contrariedade a súmula. Recurso de Revista não conhecido. (BRASIL, 2009)

Conforme já dito *alhures*, com a utilização da Lei 11.962/09 e com a aplicação da teoria do centro de gravidade e do princípio da conexão mais significativa, o enunciado 207 foi cancelado, e neste sentido, Rosa (2013) relata que o entendimento do TST foi dividido em quatro possibilidades, sendo elas:

- a) aplicação da regra *lex loci executionis* para os casos ocorridos antes da promulgação da Lei 11.962/09, para trabalhadores contratado no Brasil para trabalhar no exterior;
- b) aplicação da Lei 7.064/82 para os trabalhadores contratados no Brasil e transferidos, ou contratados diretamente no exterior para o ramo da engenharia;
- c) aplicação do ordenamento jurídico brasileiro ou estrangeiro, sendo utilizado o que for mais favorável ao trabalhador contratado no Brasil, que aqui tenha laborado e após seja removido para país estrangeiro;
- d) nos casos após a promulgação da Lei 11.962/09, aplica-se a Lei 7.064/82 para todos os trabalhadores.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da globalização e da constante utilização do mar, o trabalho do empregado marítimo passou a ser ainda mais reconhecido a partir do fato da OIT legislar e apresentar novas convenções sobre o tema, buscando principalmente, melhorias quanto aos métodos de contratação dos empregados e as adversidades vivenciadas por estes (MARTINS, 2013).

Enquanto isso, em relação a principal dificuldade enfrentada pelos marítimos, os tribunais brasileiros já criaram entendimentos para definir de que forma devem ser solucionados os conflitos de competência existentes diante do contrato de trabalho. A partir do cancelamento da Súmula 207, o entendimento do TST passou a ser pela utilização da teoria do centro de gravidade, em especial nos casos em que restar claro a conexão da relação de trabalho com o Estado brasileiro, demonstrando uma evolução na jurisprudência do TST. Entretanto, considerando que a aplicação da Lei 7.064/82 é uma exceção a regra, o entendimento do TST não significa o fim da *Lex loci executionis*, tendo em vista que ela se manteve, e ainda se mantém, como uma solução para os conflitos de competência existentes, tanto que ainda é adotado em muitos países, dentre eles o Brasil, seja no foro de origem ou no 2º grau (ROSA, 2013).

Assim, ainda não há, taxativamente, um entendimento predominante sobre qual a solução para o conflito de competência trabalhista analisado sobre o contrato de trabalho do empregado marítimo, todavia, é de se perceber uma evolução na jurisprudência dos tribunais brasileiros pela aplicação de novas possibilidades de solução em detrimento do regramento clássico do DIPr.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUER, Paul J. The maritime labour convention: an adequate guarantee of seafarer rights, or an impediment to true reforms?. **Chicago Journal of International Law**, Chicago, vol.8, n 2, jan. 2008;

BRASIL. Casa Civil. **Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário**. Lei n. 9.537, de 11 de dezembro de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9537.HTM](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9537.HTM)>. Acesso em: 04 dez. 2018

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990;

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. Reclamatória Trabalhista. **Recurso Ordinário n. 0000071-44.2017.5.07.0015**. Recorrente: Igor Sampaio Moreira Lima; MSC Cruzeiros do Brasil Ltda; MSC Cruises S.A. Recorrida: Igor Sampaio Moreira Lima; MSC Cruzeiros do Brasil Ltda; MSC Cruises S.A. Relator Desembargador Claudio Soares Pires. Recife, 23 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://www3.trt7.jus.br/consultajuris/integra.aspx?opcao=379823>> Acesso em: 18 out. 2018;

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 219000-93.2000.5.01.0019**. Recorrente: Braspetro Oil Service Company - Brasoil Recorrido: Amado Rosa. Ministra Relatora Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Brasília, 09 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaDocumento/acordao.do?anoProcInt=2005&numProcInt=100739&dtaPublicacaoStr=18/12/2009%2007:00:00&nia=5022648>> Acesso em: 21 nov. 2018;

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. Recurso Ordinário n. 1001939-13.2017.5.02.0069. Recorrente: Ramses Cristhofer Fernandes Evangelista dos Santos. Recorrido: Pullmantur S/A e outros. Relatora Desembargadora Odette Silveira Moraes. São Paulo, 16 out. 2018. Disponível em: <<http://search.trtsp.jus.br/011&docId=7da48562199e7cb700d56c52fb506bdaec53d06b&fieldName=Documento&extension=html>> Acesso em: 18 nov. 2018;

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 12700-42.2006.5.02.0446**. Recorrente: Costa Cruzeiros Agência Marítima e Turismo Ltda. Recorrida: Natalie Lassalvia Vaz de Lorena. Ministra Relatora Maria Cristina Irigoyen Peduzzi. Brasília, 06 junho de 2009.

CARRIL VÁZQUEZ, Xosé Manuel. **La seguridad social de los trabajadores del mar**. Madrid: Civitas Ediciones S.L., 1999.

MENDES, Daniele. Sobrevivendo à marinha mercante. **Anamatra**. Brasília, ano XVIII, nº 52, p. 14-22, jan-jul. 2017

MARTINS, Eliane Maria Octaviano. **Curso de direito marítimo**, volume I: teoria geral. Barueri: Manole, 2013.

PEDROSO, Marcelo Fanfa. KÜMMEL, Marcelo Barroso. A proteção do trabalhador marítimo frente ao uso dos registros de bandeira de conveniência. **Meritum**. Belo Horizonte, v. 12, n. 1, p 15-42, jan-jul. 2017.

ROSA, Marília Zanchet. A materialização do direito internacional privado brasileiro: o cancelamento da súmula nº 207 do TST. Porto Alegre, ago.2013. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS**. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/35715/29866>. Acesso em: 21 nov. 2018.

SALIBA, Graciane Rafisa. Trabalhadores brasileiros transferidos para o exterior: a aplicação do direito nos contratos de trabalho com conexão internacional. Revista Científica Fagoc Jurídica, Ubá, jul-dez 2016. Disponível em: <<https://revista.fagoc.br/index.php/juridico/article/view/215/191>>. Acesso em: 06 set. 2018.

V SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA, 2017, Ijuí, **Anais**. TONIAL, Maria Angélica Dal Conte. BARBOSA, Euclécio. Contrato internacional de trabalho marítimo: a lei mais benéfica no conflito de leis do trabalho no espaço. Ijuí: UNIJUÍ, 2017.

# O EMPREGADO HIPERSSUFICIENTE NA RELAÇÃO DE EMPREGO: UMA ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA REFORMA TRABALHISTA

Suelen Cristine Podewils<sup>137</sup>  
Janaina Silveira Soares Madeira<sup>138</sup>

## RESUMO

O presente artigo pretende abordar o novo dispositivo introduzido pela Lei 13.467/2017, denominada de Reforma Trabalhista, estabelecido no parágrafo único, do artigo 444 da CLT, que permite a livre estipulação das condições contratuais do empregado, portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, tratando, assim, esse empregado como hiperssuficiente na relação de emprego. Trata-se de inovação relevante trazida pela Reforma Trabalhista ao ordenamento jurídico e que tem como propósito gerar um maior equilíbrio, sendo que as relações contratuais empregatícias podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas, com a mesma eficácia legal e preponderância dos instrumentos coletivos. Buscou-se com o trabalho esclarecer os principais requisitos para a aplicação desse novel instituto, sua compatibilidade com as demais disposições legais, mormente àquelas estabelecidas no texto Constitucional de 1988 e possíveis resultados acerca da utilização dessa faculdade à luz de princípios primordiais trabalhistas. A metodologia é qualitativa e o método é dedutivo, utilizando da pesquisa bibliográfica e documental, sendo que as referências baseiam-se em materiais já publicados sobre o assunto e na legislação. Os resultados demonstram que apesar da previsão legal de hiperssuficiente, o empregado não tem assegurado, somente pelos requisitos objetivos previstos, a igualdade de condições para negociar livremente com o empregador, ferindo, assim, o princípio da proteção, basilar da Justiça do Trabalho.

**PALAVRAS-CHAVE:** Empregado Hiperssuficiente, Liberdade Negocial, Reforma Trabalhista.

## 1. INTRODUÇÃO

Visando, em suma, conceituar o novel instituto do empregado hiperssuficiente na relação de emprego e elencando seus requisitos, bem como as possíveis consequências de sua utilização, esta pesquisa de cunho científico é desenvolvida à luz de princípios basilares do ordenamento jurídico trabalhista.

A novidade está disposta no parágrafo único do artigo 444, trazida à Consolidação das Leis Trabalhistas (Lei 13.467/17) pela Reforma datada em 13 de julho de 2017, a qual criou a possibilidade de livre estipulação das cláusulas contratuais na relação de emprego em que o hiperssuficiente é parte.

O empregado hiperssuficiente é aquele que preenche dois requisitos: a percepção de salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social e ser portador de diploma de nível superior.

Aquele que se enquadra nessa situação poderá acordar individualmente com o empregador as condições de trabalho e as cláusulas do contrato irão prevalecer sobre o legislado, tendo a mesma eficácia legal e preponderância dos instrumentos coletivos, como dispõe o legislador, quando faz menção ao artigo 611-A da Consolidação das Leis Trabalhistas, que elenca um rol de temas que podem ser objeto de negociação por meio de convenções e acordos coletivos.

Ressalta-se uma discussão acerca do tema, visto que historicamente a Justiça do Trabalho possui um viés protecionista em relação ao empregado, pois a relação de emprego o coloca em uma posição hierárquica de subordinação e esta nova disposição vai de encontro a esse sistema.

Serão analisados princípios que se relacionam ao tema através de conceitos doutrinários relevantes e ainda, buscar-se-á analisar os requisitos objetivos apresentados pelo legislador, a fim de ponderar acerca dos benefícios e/ou malefícios da utilização do dispositivo legal nas relações de emprego.

<sup>137</sup> Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille. E-mail: suelenpodewils@hotmail.com.

<sup>138</sup> Professora Mestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: janaina.madeira@univille.br.

## 2. MODIFICAÇÕES DA LEI 13.467/2017

Na concepção da Revolução Industrial, a ideia inicial era de que a força de trabalho era uma mercadoria, como outra qualquer. E, como mercadoria, deveria prevalecer a negociação entre as partes, a qual resultaria em um contrato. Este que estabeleceria, como um escambo, a troca da mercadoria e a contraprestação a ela, que se daria por uma determinada quantidade de dinheiro.

O Direito do Trabalho surgiu no início do século XIX, como uma necessidade de limitar a exploração da força de trabalho humana (limitando a quantidade de horas de trabalho, valor mínimo de remuneração, dentre outras), através da legislação e jurisdição do Estado.

A finalidade protetiva da Justiça do Trabalho, visa estabelecer uma paridade entre empregado e empregador, utilizando-se para tanto suas próprias leis, princípios, tratados, súmulas, decretos, dentre outros. A base teórica dessa seara é composta de preceitos que visam o real equilíbrio das relações regidas, visto que existe uma hierarquia causada pela dependência econômica imposta, entre o empregado e o empregador, em face do vínculo empregatício.

Como é sabido, a Consolidação das Leis Trabalhistas editada em 1943, seguia os moldes expostos e tratava o empregado como a parte hipossuficiente da relação empregatícia, isso porque o trabalhador é e sempre foi a parte vulnerável da relação capital *versus* trabalho.

Como já mencionado, inicialmente, não existia proteção ao trabalhador, ele não tinha a quem recorrer, ficando a mercê das vontades do detentor do capital. Para evitar os abusos e trazer equilíbrio nessa relação entre força de trabalho e o meio de produção, o Estado, estabeleceu regras na relação contratual, regras essas definidas por meio de leis e princípios.

A livre negociação e estipulação da vontade das partes nesta relação, resulta em um contrato de trabalho, no qual é importante salientar que seu objeto direto é a prestação de serviço subordinado e não eventual do empregado ao empregador, mediante pagamento de salário; seus requisitos essenciais são a continuidade, subordinação, onerosidade, pessoalidade e alteridade.

Já sobre a figura do empregado, dispõe o artigo 3º da CLT 'considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário'. Ou seja, para enquadrar-se no conceito de empregado, existem os requisitos impostos pela lei, de que deve se tratar de pessoa física, que presta pessoalmente um serviço de forma contínua, mediante o pagamento de um salário e que seja subordinado.

Sob a justificativa de modernizar as leis trabalhistas, a Lei nº 13.467, de 2017, amplamente reconhecida como reforma trabalhista, altera, cria e revoga inúmeras disposições da CLT de 1943 e inova completamente a lógica do Direito do Trabalho.

As alterações foram introduzidas tanto no âmbito material, quanto processual, do direito coletivo e individual do trabalho. Alguns pontos principais são, por exemplo, a introdução do parágrafo único do artigo 444, que cria a figura do empregado hiperssuficiente, vide:

Artigo 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no artigo 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (Brasil, 2017).

Essa inovação no direito material do trabalho permite que o empregado que possuir diploma de curso superior, conjugado com a percepção de salário igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral da Previdência, que em 2018, equivaleria a uma remuneração acima de R\$ 11.291,60 (onze mil, duzentos e noventa e um reais e sessenta centavos), são suficientes para que o empregado possa renunciar e transacionar os direitos previstos no artigo 611-A da CLT.

O referido artigo trata da prevalência dos acordos coletivos sobre a lei. Diz o artigo:

Artigo 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre

a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

- I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;
- II - banco de horas anual;
- III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;
- IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015;
- V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;
- VI - regulamento empresarial;
- VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;
- VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;
- IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;
- X - modalidade de registro de jornada de trabalho;
- XI - troca do dia de feriado;
- XII - enquadramento do grau de insalubridade;
- XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;
- XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;
- XV - participação nos lucros ou resultados da empresa. (Brasil, 2017).

A disposição supra dinamizou o artigo 7º, XXVI da Constituição Federal, garantindo que a convenção e o acordo coletivos de trabalho se sobreponham à lei. Portanto, é possível que a prevalência do negociado sobre o legislado nos casos arrolados neste artigo, admita ao empregado transacionar, ampliando, reduzindo ou até suprimindo seus direitos.

Neste diapasão, analisa-se o inciso V do artigo 611-A da CLT. Ele permite que este empregado identifique no seu contrato se sua função se enquadra entre as de confiança, mesmo que não exerça cargo de confiança? Poderá este trabalhador ajustar que, mesmo pertencendo de fato ao grupo 1, se enquadra no grupo 2? Ou ainda, renunciar aos valores que devam ser recebidos por conta da modalidade de sobreaviso? Bem como, renunciar ao direito à conservação de sua saúde física e corroborar com a imposição de trabalho insalubre de longa duração?

Existem aqueles que sustentam que esse artigo é inconstitucional em virtude de a Carta Magna prever apenas duas hipóteses passíveis de negociação coletiva no bojo desses pactos, a jornada de trabalho e a remuneração e, portanto, a ampliação destas iria de encontro a inconstitucionalidade.

Bem como, entendimentos doutrinários que defendem a validade da novel disposição e entendem que a renúncia é válida, pois a lei expressamente proibiu o Judiciário Trabalhista de examinar o conteúdo das normas coletivas.

Vólia Bomfim Cassar (2018, p. 235), explica que “as Sumulas 51, II, e 288, II, do TST consideram válida a renúncia na hipótese de o empregado optar por outro regulamento ou norma interna da empresa”. Pois entende-se que o acordado coletivamente constitui-se em regras autônomas e privadas, o que abre precedentes à transações e renúncias, de acordo com a vontade das partes.

Diante da novidade trazida pela Reforma, os direitos antes assegurados pela legislação, tornaram-se disponíveis e, portanto, poderá o empregado em estudo, pelo simples fato de ser portador de diploma e receber igual ou mais que o teto previdenciário em vigor, ajustá-los a sua realidade.

Analisando a disposição em comento e defendendo seu ponto de vista, de que o empregado hiperssuficiente tem a liberdade e as condições necessárias para negociar em pé de igualdade com seu empregador, Saad (2017) explica:

Esses trabalhadores possuem subordinação mais sutil e podem atuar com um pouco mais de liberdade na execução de suas atividades. Quando aumenta a intelectualidade dos serviços, também se intensifica a confiança funcional no empregado.

Portanto, concebendo essa ideia de que a subordinação desses empregados não se dá de forma

tão categórica quanto àquela aplicada aos empregados em geral, isto é, aqueles que não preenchem os requisitos de hiperssuficiência e, portanto, o mesmo possui aptidão suficiente para ajustar as condições do seu contrato de trabalho com mais independência.

Ainda, corroborando com entendimento de que a subordinação, elemento crucial da relação de emprego, se desvaloriza quando quem presta o serviço são os chamados ‘trabalhadores intelectuais’, Barros (2010, p. 282) aduz que “isso não significa, entretanto que a subordinação jurídica esteja ausente, mas, simplesmente, exige-se o respeito a certa autonomia do trabalhador”. Esta ‘autonomia’ seria possível diante da subordinação característica da relação trabalhista?

Vamos nos debruçar sobre o requisito da subordinação, segundo Martins (2018, p. 231):

Subordinação é a obrigação que o empregado tem de cumprir as ordens determinadas pelo empregador em decorrência do contrato de trabalho. É o estado jurídico em que se encontra o empregado em relação ao empregador. É o objeto do contrato de trabalho. Subordinação é a submissão do empregado ao poder de direção do empregador.

Pelo conceito acima evidenciado, é nítida a desigualdade hierárquica existente na relação de emprego, visto que o empregado depende economicamente do empregador, e, portanto, incide sobre ele um poder de mando, este que não se esvai pela objetividade do dispositivo posto em análise.

Já em sentido oposto, defendendo os princípios basilares da Justiça do Trabalho, o entendimento de que a autonomia da vontade desse trabalhador, enquadrado nos requisitos legislativos, não se concebe de forma justa, visto que a subordinação continua e pode até se intensificar à medida que o empregado cresce dentro da empresa empregadora. Silva Valle, juíza do trabalho e diretora de cidadania e direitos humanos da Amatras, manifesta:

Esse projeto modifica substancialmente a racionalidade do Direito do Trabalho, ignorando que o empregado, mesmo mais esclarecido culturalmente e recebendo remuneração maior, permanece subordinado ao empregador. Eu diria até que os hoje intitulados “hiperssuficientes” são até mais subordinados que os clássicos operários, pois detêm um padrão financeiro que é mais raro de ser encontrado no mercado e, para manter este dito padrão, suportam toda sorte de dissabores perpetrados pelo empregador. (VALE, 2017, *web*)

É inegável que as relações de trabalho se modificaram ao longo dos anos, seja em razão do desenvolvimento da tecnologia no ambiente laboral ou da intelectualidade dos empregados, porém mesmo que o empregado exerça uma atividade intelectualizada, percebe rendimentos maiores que a maioria do proletariado, isso não o faz menos subordinado que seus companheiros de labor. Por muitas vezes, aos olhos da experiência judicial, essa caracterização o faz ainda mais subordinado, visto que dele se esperam muito mais resultados qualitativos.

Ainda, Delgado (2016, p. 379) adverte que “a Constituição da República proíbe a distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos (art. 7º, XXXII, CF/88)”.

A afronta à Constituição, aos princípios do acesso à justiça, da primazia da realidade, da indisponibilidade de direitos e principalmente ao princípio da proteção, é nítida no que tange ao dispositivo em comento, visto que o simples enquadramento dentro dos requisitos escolar e de remuneração não transforma o empregado em um sujeito insubordinado e capaz de acordar igualmente com seu superior.

### **3. AS GARANTIAS LEGAIS PARA EQUILIBRIO DA RELAÇÃO DE EMPREGO**

A Constituição Federal de 1988 é conhecida como a Constituição Cidadã, ela consagrou inúmeros direitos aos cidadãos e rege o ordenamento jurídico do país, estabelecendo regras que regulam e pacificam os conflitos de interesse dos grupos que integram a sociedade.

Observa-se que a proteção ao labor se trata de uma construção histórica, e nesse diapasão, o legislador constituinte logrou uma grande preocupação com a mesma, fato que se observa até mesmo pela quantidade de dispositivos que tratam da matéria trabalhista.

Estão dispostos em sua maioria, entre os artigos 7º e 11 da CF/88, onde especificam-se diversos direitos trabalhistas. Além da Carta Maior proteger de forma equânime os trabalhadores, existem inúmeros princípios basilares da Justiça do Trabalho que não podem ser olvidados.

Nessa perspectiva, tem-se o princípio da proteção que ensina que “como regra, deve-se proporcionar uma forma de compensar a superioridade econômica do empregador em relação ao empregado, dando a esse último superioridade jurídica” (Galart Folch, 1936, p. 16 apud Martins, 2018, p. 134).

Esse princípio tem a finalidade de proteger o empregado, diante da sua inferioridade econômica e subordinação frente ao empregador e pode ser interpretado como uma forma de justificar a desigualdade.

Dissertando sobre o princípio da proteção, Delgado (2016, p. 201) é claro:

O princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, influenciando na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como direito. Efetivamente, há ampla predominância nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesses obreiros; seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradoras em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática. Na verdade, pode-se afirmar que sem a ideia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente.

O princípio protetor resguarda o empregado e não qualquer trabalhador. Ele tem a finalidade de manter a relação trabalhista mais justa e equilibrada. Podendo ser desmembrado em três: a) o *in dubio pro operário*; b) o da aplicação da norma mais favorável ao trabalhador; c) o da condição mais benéfica ao trabalhador.

O *in dubio pro operário* diz respeito a análise da legislação de forma a aplicar o que for mais favorável ao trabalhador, tentando estabelecer assim uma condição mais benéfica ao menos favorecido.

A regra da norma mais favorável está implícita no *caput* do artigo 7º da Constituição, quando escreve “além de outros que visem a melhoria de sua condição social”. O artigo 7º da Constituição estabelece direitos mínimos, que são contemplados ou melhorados pela legislação ordinária ou pela vontade das partes. O objetivo não é piorar, mas melhorar as condições de trabalho.

De outra sorte, é sabido que o processo civil é aplicado subsidiariamente ao trabalhista, algumas normas do direito material civil também são, como o que diz respeito aos contratos, porém existem algumas ressalvas, como explica Cassar (2018, p.235):

Pela ótica do Direito Civil, os direitos prescritos nas cláusulas contratuais são de natureza privada, logo, podem ser transacionados ou renunciados, de acordo com a vontade das partes. Entretanto, este entendimento não pode ser aplicado de forma tão objetiva no Direito do Trabalho, ante o óbice imposto no artigo 468 da CLT, que impede a alteração contratual, mesmo que bilateral, que cause prejuízo ao empregado. Ademais, de acordo com o princípio da condição mais benéfica, a supressão de uma benesse não seria possível.

Esse preceito imposto pelo artigo 468 da CLT não pode ser ignorado no momento em que o hiperssuficiente está acordando seu contrato de trabalho, visto que além deste, o princípio supramencionado é claro quando afirma que a supressão de um direito não é possível, pois pela sua característica pública, os direitos trabalhistas previstos em lei são indisponíveis, isto é, são irrenunciáveis e intransacionáveis.

Ainda, além dessas normas de ordem constitucional, material do direito trabalhista e do princípio já mencionado, existe também o princípio da irrenunciabilidade de direitos, também na esfera trabalhista, que deixa claro que o empregado não pode transacionar renunciando as garantias que lhe foram dadas através da legislação e das outras fontes de direito.

O ilustre doutrinador Sérgio Pinto Martins (2018, p. 136) explica o princípio da irrenunciabilidade de direitos:

Temos como regra que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis pelo trabalhador. Não se admite, por exemplo, que o trabalhador renuncie a suas férias. Se tal fato ocorrer, não terá qualquer validade o ato do operário, podendo o obreiro reclamá-las na Justiça do Trabalho.

É nítido que a faculdade ofertada pelo parágrafo único do artigo 444 da CLT abre precedentes à possibilidade de, durante a negociação com seu superior, o empregado renuncie a direitos que lhe são assegurados e por fim acabe por se tornar cada vez mais hipossuficiente na relação e não igual, como o legislador quis teorizar.

Ainda, infelizmente, há sempre uma certa presunção de que a renúncia de direitos por parte do empregado é fruto de coação. E, corroborando à opinião da magistrada mencionada nesta pesquisa, os empregados intitulados hiperssuficientes podem sofrer ainda mais com esse tipo de vício contratual, visto que para manter seu padrão salarial e até mesmo seu emprego, se mantem silentes e aceitam tudo aquilo que seu empregador impõe.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o escopo de tornar menos engessado o contrato de trabalho, ajustando-o a realidade social atual, a Lei 13.467/2017 alterou consideráveis dispositivos da Consolidação da Leis do Trabalho – CLT, introduzindo regramentos que se mostram questionáveis frente aos princípios constitucionais e a compreensão do direito trabalhista.

Nessa toada, passou a vigor a faculdade ao empregado de estipular as cláusulas de seu contrato de trabalho, com a mesma eficácia dos acordos coletivos, disposição que está prevista no parágrafo único do artigo 444 da CLT – que cria a figura do empregado hiperssuficiente. Essa nova figura de empregado, ancorada nos requisitos da remuneração e nível de escolaridade, permite que o mesmo transacione seus direitos trabalhistas, em uma teórica relação de igualdade com seu empregador, que deixa margem a dúvidas, se de fato terá condições de negociar um contrato equilibrado.

É inegável que as relações de trabalho se modificaram ao longo dos anos, seja em razão do desenvolvimento da tecnologia no ambiente laboral ou da intelectualidade dos empregados, porém, esse progresso não pode respingar de forma equivocada na legislação, visto que a autonomia dos ditos 'empregados intelectuais' frente aos empregadores, não dilui a subordinação característica da relação trabalhista.

Os inúmeros princípios comentados, bem como os dispositivos de natureza material do trabalho, refugiam-se à luz da Constituição Federal, que é clara no que tange à proteção do trabalhador e demonstram que o dispositivo em comento abre precedentes à inconstitucionalidade.

A prevalência do negociado pelo legislado, não pode, em hipótese alguma, suprimir direitos constitucionais e a análise teórica realizada, demonstra que apesar da previsão legal de hiperssuficiente, o empregado não tem assegurado, somente pelos requisitos objetivos previstos, a igualdade de condições para negociar livremente com o empregador, ferindo, assim, além dos princípios basilares da Justiça do Trabalho, a Carta Magna.

Destarte, a questão, acreditamos, será respondida no Judiciário, que nos casos práticos irá desvelar as situações controversas envolvendo o tema em questão.

#### 5. REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 6 ed. São Paulo: LTr, 2010.

BRASIL, Consolidação das Leis Trabalhistas. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm).

BRASIL, Consolidação das Leis Trabalhistas. Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1).

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)

CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do trabalho: de acordo com a reforma trabalhista Lei 13.467/2017. 15. ed. ver., e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho / Mauricio Godinho Delgado. – 15. ed. – São Paulo: LTr, 2016.

LOURO, Henrique da Silva. Reforma trabalhista – extensão e limites do negociado sobre o legislado. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI270379,71043-Reforma+trabalhista+extensao+e+limites+do+negociado+sobre+o+legislado> Acessado em: 14/11/2018.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do trabalho. 34. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SAAD, Eduardo Gabriel. Consolidação das Leis do Trabalho: comentada / Eduardo Gabriel Saad. – 50. ed., rev. e ampl. Por José Eduardo Saad, Ana Maria Saad Castello branco. – São Paulo: LTr, 2017.

VALE, Silvia Isabelle Ribeiro Teixeira. A reforma trabalhista e o hiperssuficiente. 2017. Disponível em: [http://www.amatra5.org.br/images/a/A%20REFORMA%20TRABALHISTA%20E%20O%20%20HIPERSSUFICIENTE\\_.pdf](http://www.amatra5.org.br/images/a/A%20REFORMA%20TRABALHISTA%20E%20O%20%20HIPERSSUFICIENTE_.pdf) Acessado em 14/11/2018.

# A NATUREZA INDENIZATÓRIA DOS PRÊMIOS E O RISCO PARA SAÚDE DO TRABALHADOR

Valdirene da Silva<sup>139</sup>  
Janaina Silveira Soares Madeira<sup>140</sup>

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a natureza indenizatória dos prêmios e os riscos para a saúde do trabalhador. Anteriormente a vigência da Lei nº 13.467/17, era pacífico o entendimento da jurisprudência trabalhista e tributária de que o valor pago habitualmente a título de prêmio teria natureza salarial, sendo contraprestação do trabalho (remuneração). As alterações promovidas pela Reforma Trabalhista, entre elas as modificações do art. 457 da CLT e do art. 28 da Lei 8.212/91, acarretaram a transformação da natureza salarial do prêmio, que passou a ter caráter indenizatório, não só para efeitos trabalhistas, mas, também, tributários. A mudança realizada permite ao empregador um melhor aproveitamento do labor de seus empregados, que podem ser incentivados a produzir mais, com o estabelecimento de incremento salarial, garantindo-se, a inexistência de incidência de reflexos do prêmio habitual nas demais verbas, tais como: 13º salário, horas extras, férias, FGTS, etc. Assim, essa modificação na natureza dos prêmios acarreta pontos positivos, porém também negativos, mormente à saúde do trabalhador, que vislumbrado certa recompensa acaba por aceitar condições laborais que podem prejudicar a sua saúde. O trabalho é o principal responsável pelo desenvolvimento humano, indispensável à vida em sociedade, havendo atualmente busca cessante por maior produtividade do trabalhador que por vezes tem ignorada a sua saúde física e mental. Dessa forma, é de extrema importância fazer um estudo mais aprofundado a respeito do tema, mormente em observância a mudança na legislação, analisando o possível impacto da mudança da natureza jurídica do prêmio, que facilita e incentiva a sua instituição, sobre as relações de emprego, eis que a qualidade de vida do trabalhador deve ser colocada em primazia aos lucros e “vantagens” oferecidos pelo seu trabalho.

**PALAVRAS-CHAVE:** Reforma Trabalhista, Natureza Indenizatória do Prêmio, Saúde do Trabalhador.

## 1. INTRODUÇÃO

Constituiu-se como objeto do presente trabalho o estudo acerca da natureza indenizatória dos prêmios como um risco para a saúde do trabalhador em relação aos novos ditames trazidos pela Reforma Trabalhista, especialmente, as alterações promovidas no art. 457 da CLT e art. 28 da Lei 8.212/91.

A natureza indenizatória do instituto ‘prêmio’ que até então se valia sobre as verbas salariais, décimo terceiro, FGTS, férias etc... Com a Reforma Trabalhista passou a ser considerada verba de natureza indenizatória, mesmo que habitualmente pago, não integrando e, tampouco, incorporando ao salário do empregado.

Desta maneira, após a vigência da Lei n. 13.467/17 o arcabouço normativo se modificou substancialmente, de forma que o empregador poderá premiar seu empregado quando o resultado for superior à média, sem o custo de encargos, e o empregado é estimulado a realizar suas funções, atingir metas cada vez superiores, com incremento salarial. Ocorre que, trabalhar com metas/resultados, historicamente, reflete na condição de saúde dos empregados.

Desde as épocas remotas a preocupação com a saúde e segurança do trabalho vem sendo abordada. Monteiro (2009) enfatiza que o tema recebeu maior atenção com a Revolução Industrial, na Inglaterra no final do século XVIII, principalmente devido o avanço tecnológico dos meios de produção.

Nesse sentido será desenvolvida uma análise doutrinária e jurisprudencial (qual ainda existe

<sup>139</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: val\_asg@hotmail.com.

<sup>140</sup> Professora Mestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: janaina.madeira@univille.br.

insegurança jurídica, da parte dos empregadores, pela inexistência de posicionamento jurisprudencial sólido sobre as alterações da reforma trabalhista, já que se trata de complexa e muito recente alteração legislativa), para assim demonstrar que a natureza jurídica do prêmio, que perdeu a natureza salarial e passou a ter caráter indenizatório, conforme o §2º, art. 457 da CLT, acabou por trazer mais interesse ao empregado de cumprir um desempenho superior ao esperado o que por consequência faz com que haja um desgaste ainda maior de sua saúde.

O trabalho pode ser determinante do processo saúde-doença do trabalhador, denota-se assim de extrema importância fazer um estudo mais profundo a respeito do tema em concordância a nova mudança trazida pela Reforma Trabalhista, principalmente sobre o viés do empregado afinal, é este que realiza o trabalho, é dele que se exige o empenho para fazer o trabalho; é ele quem analisa as condições que tem para realizá-lo, é ele que sofre o desgaste físico, mental e emocional, é ele que, por fim, que adoece.

## **2. MODIFICAÇÕES OPERADAS COM A LEI 13.467/2017 EM RELAÇÃO À NATUREZA INDENIZATÓRIA DOS PRÊMIO**

O conceito dado ao instituto prêmio pode assim ser definido, como estímulos oferecidos ao empregado para que ele inicie ou mantenha condutas positivas ao empreendimento e se caracteriza pelo caráter exemplar.

Os prêmios concedidos aos empregados estão diretamente relacionados a fatores de ordem pessoal deste, como produção ou assiduidade, sendo uma espécie de salário vinculado a certa condição, ou seja, é considerado salário condição, da mesma forma que os adicionais (insalubridade, hora extra, etc.), e depende de certas circunstâncias, subjetivas ou objetivas (Oliveira, 2018).

Por ser este vinculado a uma certa “condição” e o empregado cumprir o implemento da condição pactuada, não poderá ser suprimido unilateralmente pelo empregador. Entretanto, se não for verificada a condição que dá ensejo ao pagamento, não será devido o prêmio.

Martins (2018, p. 488) assim define:

São prêmios os pagamentos feitos por liberalidade do empregador em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro a empregado ou grupo de empregados, em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades (§4º, do art. 457 da CLT). Prêmio é um pagamento feito por liberalidade. Não é apenas liberalidade.

Ressalta-se também que os prêmios podem ser concedidos, entre outros, por assiduidade como estímulo a pontualidade, por produção para aumentar peças ou tarefas, por qualidade em virtude da excelência da peça produzida.

Cabe destacar também neste contexto que a Lei n. 13.467/2017 não trouxe alteração relativamente quanto à ajuda de custo, cuja feição indenizatória é parte intrínseca de seu conceito. Trata-se de verba paga ao empregado com finalidade de antecipar ou restituir- -lhe uma despesa que terá ou já teve com a prestação de serviços, daí porque a natureza indenizatória da parcela é irrecusável.

Anteriormente a Lei 13.467/17, era segmentado o posicionamento da jurisprudência trabalhista e tributária de que o valor que era pago habitualmente a título de prêmio teria natureza salarial, sendo contraprestação do trabalho (remuneração).

O prêmio de desempenho se enquadraria no conceito de gratificação ajustada paga com habitualidade e, portanto, integraria o salário do empregado, inclusive, para incidência das contribuições previdenciárias.

Entretanto, a Reforma Trabalhista modificou este cenário, o contribuinte que até então argumentava que quando não habitual, o valor pago a título de prêmio não integraria o salário de contribuição, estando abrangido pela previsão legal de que não são tributadas as importâncias recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário, (item “7”, da alínea “e”, do § 9º, do art. 28 da Lei 8.212/91).

A partir da Reforma Trabalhista houve a segmentação da percepção de natureza indenizatória dos prêmios assim discorrendo o art. 457 da CLT, precisamente em seu § 2º que então dispõe:

As importâncias, ainda que habituais, pagas a título de ajuda de custo, auxílio-alimentação, vedado seu pagamento em dinheiro, diárias para viagem, prêmios e abonos não integram a remuneração do empregado, não se incorporam ao contrato de trabalho e não constituem base de incidência de qualquer encargo trabalhista e previdenciário.

As mudanças trouxeram ao cenário jurídico trabalhista brasileiro uma segurança maior, assim defendem Cardoso e Cirilo (2018):

A alteração da norma de incidência das contribuições previdenciárias traz maior segurança, já que, apesar dos §§ 2º, 4º e 22 do art. 457 da CLT determinarem que os prêmios e abonos não integram a remuneração também para fins previdenciários, afasta-se a possibilidade de se arguir que, por ser matéria tratada por norma específica, a alteração da legislação trabalhista não produziria efeito no que se refere ao custeio previdenciário.

Antes da reforma o art. 457, §1º, assim dispunha “Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, porcentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagem e abonos pagos pelo empregador”. Já com a nova redação do art. 457, §4º da CLT enfatiza que são liberalidades concedidas pelo empregador pagas a ele devido a um desempenho superior ao esperado no exercício de suas atividades. Entretanto, os prêmios e abonos, ainda que habituais, não integram mais a remuneração do empregado e, portanto, incidem mais sobre outras verbas trabalhistas.

Entretanto cabe destacar de acordo com Cardoso e Cirilo (2018) que para que o valor recebido pelo empregado, a título de prêmio ou abono, não integre a sua remuneração para fins trabalhistas e previdenciários, devem ser atendidos os seguintes parâmetros:

- a) o pagamento do prêmio deve decorrer de liberalidade do empregador; b) independentemente da sua habitualidade, os prêmios poder ser pagos no máximo duas vezes por ano; c) o prêmio deve estar, comprovadamente, vinculado a “desempenho superior ao ordinariamente esperado” do empregado no exercício de suas atividades; d) o prêmio não pode ser substituto de parcela salarial prevista no contrato de trabalho.

Portanto, antes da reforma Trabalhista a interpretação sistemática a respeito do recebimento de prêmios pelo empregado, tanto a Justiça do Trabalho, na esfera trabalhista, quanto o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) e a Justiça Federal, no âmbito previdenciário, consolidavam o entendimento de que os bônus anuais compunham a remuneração de empregados e, portanto, deveriam integrar a base de cálculo de encargos trabalhistas e previdenciários.

Entretanto, com Reforma Trabalhista, não só foi eliminado do texto legal o termo “gratificação ajustada”, como também estabeleceu que não integram a remuneração para fins trabalhistas e previdenciários as importâncias, ainda que habituais, pagas a título de prêmios, assim entendidos como “as liberalidades concedidas pelo empregador em forma de bens, serviços ou valor em dinheiro a empregado ou a grupo de empregados, em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades”.

Assim, os valores pagos pelo empregador, por mera liberalidade, de forma espontânea e inesperada, “em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado”, não integram mais a remuneração para fins trabalhistas e previdenciários.

### **3. REFLEXOS DA REFORMA TRABALHISTA QUE TRANSFORMARAM A NATUREZA DO PRÊMIO EM INDENIZATÓRIA**

O conceito legal de prêmio constou da Lei n. 13.467/2017 e a intenção do legislador foi clara: estimular empregadores que pretendam pagar incentivos a seus empregados pelo desempenho superior ao ordinário a fazê-lo, sem o temor de majoração de custos trabalhistas e previdenciários. Era comum em muitos casos que vários empregadores deixassem de pagar tais incentivos por força desse receio.

Não há um meio específico para o pagamento dos prêmios, podendo ser feito, na forma da lei, em “bens, serviços ou valor em dinheiro”.

Como já suscitado acima o instituto do prêmio decorre de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício das atividades do empregado. Com a Reforma Trabalhista e a caracterização de natureza indenizatória do prêmio, que deixa de incidir aos reflexos previdenciários tributários há uma maior busca por essa compensação tanto pelo empregador como pelo próprio empregado. O empregado desta maneira tenta desenvolver de forma superior o seu desempenho nas atividades a ele empregadas, na busca pela “recompensa”.

Muito embora o tema ainda seja recente, os Tribunais Regionais do Trabalho já começaram a reconhecer a natureza indenizatória do prêmio, ante a expressa disposição legal estabelecida no §4º, do artigo 457 da CLT, reformado pela Lei nº 13.467/2017, como se percebe pelo julgado abaixo transcrito:

GANHOS EVENTUAIS DESVINCULADOS DOS SALÁRIOS - NATUREZA JURÍDICA NÃO SALARIAL - EXPRESSA DISPOSIÇÃO DE LEI. Diversamente do que entendeu a r. sentença recorrida, os benefícios “Cartão Presente Perfeito” e “Cartão Top Prêmio” não possuem natureza jurídica salarial, ainda que tenham objetivado o estímulo ao cumprimento de metas, uma vez que correspondem a ganhos eventuais (condicionado ao batimento de metas) e são expressamente desvinculados do salário, na forma da previsão legal do artigo 29, §9º, alínea “e”, nº 7, da Lei nº 8.212 de 24/07/1991. Assim o é por expressa disposição de lei, como medida de Política Pública de estímulo à produtividade, como já estava disposto no artigo 218, §4º, da Constituição Federal de 1998, e foi ampliado recentemente pela atual redação do §4º do artigo 457 da CLT (determinada pela lei nº 13.467, de 13/7/2017) (TRT da 3.ª Região; Processo: 0001121-71.2013.5.03.0140 RO; Data de Publicação: 11/12/2017; Órgão Julgador: Terceira Turma; Relator: Milton V.Thibau de Almeida; Revisor: Emilia Facchini).

Assim, podendo o empregador premiar seu empregado quando o resultado for superior à média, sem o custo de encargos, e o empregado é estimulado a realizar suas funções, atingir metas cada vez superiores, com incremento salarial.

Para que o valor qual o empregado venha receber a título de prêmio ou abono, não integre a sua remuneração para fins trabalhistas e previdenciários, devem ser atendidos alguns critérios, Cardoso e Cirilo (2018) destacam nesse sentido como sendo liberalidade do empregador em efetuar o pagamento do prêmio, além de pagamento deste gênero no máximo duas vezes por ano, o prêmio deve estar vinculado ao fator desempenhos superior do empregado e por fim, não há possibilidade de ser o prêmio substituição da parcela salarial ao qual convém ao empregado.

Assim, cumpridos estes critérios são admissíveis que o empregador pague ao empregado os prêmios que decorrerem de seu desempenho superior, sob quais pela égide da reforma trabalhista não mais incidem para fins trabalhistas e previdenciários, assim caracterizando-se como natureza indenizatória.

Neste sentido, já se pode verificar o reconhecimento jurisprudencial acerca do tema, conferindo-se plena eficácia as normas coletivas que instituem a natureza indenizatória ao prêmio, vejamos o que estabeleceu o julgado abaixo descrito:

PRÊMIO PRODUTIVIDADE. NATUREZA INDENIZATÓRIA. A cláusula convencional que prevê a natureza indenizatória do prêmio produtividade, estabelecido por mera liberalidade, produz plena eficácia, nos termos expressos no artigo 7º, XXXVI, da Constituição Federal, que reconhece e determina a fiel observância das convenções e acordos coletivos de trabalho, legitimamente firmados pelas entidades sindicais representativas das categorias econômicas e profissionais (TRT da 3.ª Região; PJe: 0010658-38.2016.5.03.0156 (RO); Disponibilização: 13/04/2018, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 787; Órgão Julgador: Quinta Turma; Relator: Convocada Maria Raquel Ferraz Zagari Valentim).

De acordo com Sales e Brito (2018) os prêmios são parcelas salariais que têm como finalidade recompensar o empregado pela maior responsabilidade pelo desempenho de sua função, pelo seu tempo de serviço ou pelo sucesso alcançado pelo empreendimento empresarial. Não são pagas por mera liberalidade, mas, sim, constam da lei ou foram expressa ou tacitamente ajustadas entre empregado e

empregador. Muito embora à vigência da Lei 13.467/17 ser recente, alguns tribunais já vem se manifestando acerca do tema e confirmando a natureza indenizatória do instituto prêmio.

Também importante frisar que não se concebe é a transmutação do salário em prêmio, o que implicaria precarização dos direitos trabalhistas, não se admitindo absolutamente que seja essa a intenção do legislador. Assim, é necessário conferir interpretação restritiva ao conceito, com atenção às possíveis fraudes que em tese podem ocorrer.

Como explicitado na lei, os prêmios deverão ser, em primeiro lugar, liberalidades concedidas pelo empregador, assim Sales e Brito (2018) discorrem:

Isso significa que obviamente não será classificado como prêmio o valor ajustado entre os sujeitos da relação de emprego como contraprestação pelo serviço desempenhado. Ainda que tal afirmação soe óbvia e até desnecessária, é preciso ter em conta que, se o empregado tem por certo o recebimento de tal valor, independentemente de quaisquer fatores ou desempenho, então não é de prêmio que se trata.

Ainda, será necessário, para justificar a classificação como prêmio e decorrente natureza indenizatória, que seu pagamento se dê em razão direta do atingimento de certa meta ou objetivo de consecução extraordinária. Se todos os empregados da empresa recebem habitualmente a parcela, sua caracterização como prêmio é presumivelmente equivocada.

Afinal, se todos os empregados apresentaram os mesmos resultados, ainda que extremamente satisfatórios, então esse é o padrão ordinário de desempenho, e os prêmios, na forma da lei, somente são devidos aos empregados “em razão de desempenho superior ao ordinariamente esperado no exercício de suas atividades”.

Desta maneira para Azevedo Neto e Fonseca (2018), o prêmio não pode ser genérico, destinado a todo um contingente indefinido de trabalhadores, antes deve ser conferido ao (s) empregado (s) ou equipe (s) que, na comparação com os (as) demais, tenham apresentado desempenho superior. O prêmio é uma recompensa pelo destaque, é um reconhecimento do mérito pelos resultados alcançados na comparação com a média entre os que detêm atribuições similares.

Para os autores Azevedo Neto e Fonseca (2018) ainda, podem ser dados como exemplos de prêmios na forma prevista em lei:

Empregador que pague certo valor ao empregado ou à equipe que atinja melhores números nas vendas em certo período, em relação aos demais; benefício concedido ao motorista que tenha apresentado melhor consumo de combustível por quilômetro percorrido na comparação com seus colegas, etc.

Ao se desbordar desses limites, a fim de conferir artificialmente natureza indenizatória a verbas que na verdade não as detêm, cabe novamente a declaração de nulidade, na forma do art. 9º da CLT.

A propósito, justamente com intuito de evitar o desvirtuamento da noção de prêmio, a MP 808/2017 limitou o seu pagamento a duas vezes ao ano, critério objetivo destinado a impedir a habitualidade no pagamento da parcela, o que descaracterizaria sua natureza indenizatória.

Logo, a partir da terceira ocorrência, o pagamento da parcela, ainda que atendidos os demais contornos legais, terá caráter salarial. De qualquer sorte, não se deve cogitar a priori que o empregador agirá de modo malicioso, cabendo, antes, presumir-lhe a boa-fé. É claro que existe o risco, em casos que esperamos e acreditamos que sejam pontuais, desse desvirtuamento de conceitos, e para a sua ocorrência a legislação já fornece os meios de atuação preventiva e cominatória. No entanto, esse perigo é largamente superado pelas vantagens decorrentes do aumento de premiações ofertadas pelos empregadores, estimulados pela nova regulamentação legal.

#### 4. AS CONSEQUÊNCIAS A SAÚDE DO TRABALHADOR X “SUPERIOR DESEMPENHO DO EMPREGADO”

Se por um lado parece tão simples e positivo para ambos as partes há uma grande preocupação em relação “superior desempenho do empregado”. Para que esse desempenho superior aconteça é necessário por parte do empregado um desgaste físico e mental ainda maior do que o normal.

Para Rosa (2014), o acirramento da concorrência e a busca por melhores resultados, as organizações passaram, de forma crescente, a cobrar a produção de seus funcionários por meio de metas, nas quais o seu alcance, por vezes, é reconhecido por premiações, bonificações e até mesmo pela ascensão profissional. Quando estabelecidas por meio do senso comum, com coerência em relação ao mercado, tangíveis, de forma que possam ser alcançadas e até mesmo superadas, as metas são estimuladoras e saudáveis ao desenvolvimento profissional e organizacional.

A rotina exaustiva de trabalhadores que atuam em atividades que exigem o desempenho superior muitas vezes favorece o surgimento de doenças ocupacionais e de distúrbios psicossomáticos, como por exemplo, a ansiedade e a dificuldade para dormir.

O cenário que expressa o processo de saúde e adoecimento do trabalhador tem sofrido constantes transformações relacionadas às novas modalidades de trabalho, à dinamização dos processos produtivos, às inovações tecnológicas e às atuais estratégias de organização e gestão do trabalho Mendes e Wunsch (2017).

A OIT afirma que é relevante o número de trabalhadores que acabam adoecendo devido as doenças relacionadas ao trabalho (OIT, 2015):

Conforme dados da OIT, anualmente 2,02 milhões de pessoas morrem por enfermidades relacionadas ao trabalho, 321 mil pessoas morrem por acidentes no trabalho, 160 milhões de pessoas sofrem de doenças relacionadas ao trabalho e ocorrem 317 milhões de acidentes laborais. Não obstante, a cada 15 segundos um trabalhador morre por acidentes ou doenças relacionadas ao trabalho e, nesse mesmo intervalo de tempo, 115 trabalhadores sofrem um acidente laboral.

De acordo com o Blog Ocupacional (2015) as empresas e bancos são os que mais exigem do trabalhador o cumprimento de metas, exigindo uma excessiva cobrança dos empregados:

As empresas e os bancos que exigem de seus funcionários o cumprimento de metas consideradas abusivas, são os principais responsáveis pelo agravamento do cenário no país. Muitas vezes, o trabalhador que atua nesse tipo de atividade é submetido a uma forte pressão e a cobranças excessivas, com o único propósito de atingir números cada vez mais elevados, que comprovem o seu rendimento no trabalho.

Conforme Araújo, Cartoni e Justo (2001), a reestruturação do sistema bancário brasileiro acentuou-se nos anos 1980, quando o país passou por uma forte crise econômica, vivenciando altos índices de desemprego. Na época, os bancos tiveram lucros significativos devido à alta inflação, o que facilitou o investimento em automação, que ocorreu em todo o setor. A reestruturação do setor refletiu-se diretamente no ambiente de trabalho. Elementos como a alta competitividade interna, o individualismo, o foco no cliente e no aumento constante da lucratividade passaram a caracterizar o trabalho bancário. Afinal, o trabalhador passou a ser incitado constantemente a cumprir as metas estabelecidas, buscando evitar demissões e sobreviver ao intenso ritmo de trabalho, Santos (2009).

Após essas transformações no setor bancário, Maciel et al. (2006) realizaram uma pesquisa com 2.609 bancários de todo o Brasil, que apontou resultados inquietantes referentes à saúde desses trabalhadores. No estudo, destaca-se o percentual de 60,72% de respostas positivas no item “sentir-se nervoso, tenso e preocupado”. No quesito “distúrbios de sono” também se nota um resultado significativo, sendo que 42,14% dos participantes relataram passar por esse tipo de disfunção.

Destaca-se desta maneira que o crescente processo de automação e informatização do trabalho bancário acarretou mudanças na organização, nas condições e nas relações de trabalho. A adoção das novas tecnologias e as novas formas de gestão da força de trabalho resultaram, dentre outras coisas, em intensificação do ritmo, em sobrecarga de tarefas, em diminuição de postos de trabalho, em aumento da pressão e controle sobre os trabalhadores, que refletiram na saúde dos trabalhadores.

Em um dos estudos que é referência sobre saúde do trabalhador bancário no Brasil, Silva e Navarro (2012) relataram que observa - se que à dor física dos trabalhadores acometidos pela LER/DORT são acrescidos sentimentos de perda da capacidade para o trabalho, que fornecem base para o surgimento de sofrimentos mentais nos trabalhadores bancários.

Tanto o processo de automação quanto as redefinições de perfil no modo de trabalhar bancário são responsáveis pelo processo de adoecimento dos trabalhadores. Não bastasse isso, a caracterização de natureza indenizatória em relação aos prêmios faz com que a procura por metas seja ainda maior não apenas no setor bancário, mas de foram mais aparente neste.

A incessante busca por atingir as metas impostas diariamente por parte das instituições financeiras, não atendem as reais necessidades dos clientes, como asseveram Marcolino e Carneiro (2010):

O objetivo principal de grande parte dos trabalhadores bancários é o cumprimento de metas de vendas de produtos financeiros com graus diferentes de sofisticação, mas sempre pré-formatados por áreas especializadas e ofertados de maneira ostensiva aos clientes como “soluções financeiras” às suas necessidades. Essas necessidades, entretanto, estão em geral mal avaliadas, já que a prioridade é realizar as vendas em um prazo determinado.

Daí a necessidade de apresentar as consequências, tanto na vida pessoal quanto na vida profissional do trabalhador, mediante a determinação das metas intangíveis. Para diversos sindicalistas, a imposição de metas abusivas aos funcionários de instituições financeiras é um assunto pautado como assédio moral, sendo que assiduamente a cobrança pelo alcance dessas metas associa-se às justificativas de estagnação profissional e até mesmo de demissões, Rosa (2014).

É de extrema importância perceber que a busca do lucro não pode acabar com a saúde de trabalhador, as metas abusivas no setor bancário são atualmente um dos fatores de maior risco à saúde e qualidade de vida de seus funcionários.

## 5. CONCLUSÃO

No desenvolvimento da pesquisa, buscou-se verificar a natureza indenizatória do prêmio à luz da Lei 13.467/2017, intitulada como Reforma Trabalhista. Anteriormente, era segmentado o posicionamento da jurisprudência trabalhista e tributária de que o valor que era pago habitualmente a título de prêmio teria natureza salarial, sendo contraprestação do trabalho (remuneração).

Com a pesquisa foi demonstrado que os prêmios concedidos aos empregados estão diretamente relacionados a fatores de ordem pessoal deste, como produção ou assiduidade, sendo uma espécie de salário vinculado a certa condição, ou seja, é considerado salário condição, da mesma forma que os adicionais (insalubridade, hora extra, etc.), e depende de certas circunstâncias, subjetivas ou objetivas.

Ocorre que com o advento da Reforma Trabalhista este cenário foi modificado, o contribuinte que até então argumentava que quando não habitual, o valor pago a título de prêmio não integraria o salário de contribuição, estando abrangido pela previsão legal de que não são tributadas as importâncias recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário, (item “7”, da alínea “e”, do § 9º, do art. 28 da lei 8.212/91).

Demonstrou-se com a presente pesquisa, que houve transformação na natureza jurídica do prêmio, que perdeu a natureza salarial e passou a ter caráter indenizatório, conforme o §2º, art. 457 da CLT, havendo dois requisitos para essa caracterização: a liberalidade por parte do empregador e o desempenho superior ao esperado pelo o empregado.

Há, nessa perspectiva, a exclusão completa do prêmio como parcela salarial da remuneração, passando a caráter indenizatório, conforme art. 457, mais especificamente no §2º e com a alteração da Lei 8.212/91. Os prêmios, assim, não integram a remuneração do empregado, além do mais não incorporarem ao contrato de trabalho.

Ocorre, entretanto com essa “brecha” cada vez mais ocorre a busca pelo prêmio tanto por parte do empregador como do empregado. Se por um lado parece tão simples e positivo para ambas as partes há uma grande preocupação em relação “superior desempenho do empregado”. Para que esse desempenho superior aconteça é necessário por parte do empregado um desgaste físico e mental ainda maior do que o normal. O fato acaba conseqüentemente desencadeando para o trabalhador doenças ocupacionais na busca pelo recebimento de prêmios.

O trabalho demonstrou que a rotina exaustiva de trabalhadores que atuam em atividades que

exigem o desempenho superior muitas vezes favorece o surgimento de doenças ocupacionais e de distúrbios psicossomáticos, como por exemplo, a ansiedade e a dificuldade para dormir. E tomando, por exemplo, foi demonstrada a situação de bancários que estão cada vez mais na busca por essas metas e que se tornam uma classe bastante suscetível para o recebimento de prêmios e também ao surgimento de doenças.

A bem verdade é que conforme ressaltou-se no presente trabalho as empresas e os bancos que exigem de seus funcionários o cumprimento de metas consideradas abusivas, são os principais responsáveis pelo agravamento do cenário no país. Muitas vezes, o trabalhador que atua nesse tipo de atividade é submetido a uma forte pressão e a cobranças excessivas, com o único propósito de atingir números cada vez mais elevados, que comprovem o seu rendimento no trabalho.

Assim, a pesquisa tratou de um importante estudo social trabalhista, tendo em vista que o tema discutido vai de encontro a saúde e ao dia a dia dos empregados e empregadores. É necessário também analisar que o tema é bastante recente e havendo poucos julgados, sendo necessário aguardar o desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário, para que se possa concluir se a modificação legislativa acarretou efetiva melhora nas relações e contratos de trabalho ou a precarização destes.

## 6. REFERÊNCIAS

Araújo, A. M. C., Cartoni, D. M., & Justo, C. R. D. M. Reestruturação produtiva e negociação coletiva nos 90. Revista Brasileira de Ciências Sociais. p. 16, 85-112. Ano 2001.

BLOG ACUPACIONAL. Pressão para cumprir metas. Ano 2015. Disponível em: <https://www.ocupacional.com.br/ocupacional/pressao-para-cumprir-metas-pode-causar-disturbios-e-serias-consequencias-para-a-saude-do-trabalhador/>.

Brasil: Editora Gráfica Atitude Ltda, 2010.

CARDOSO, CIRILO, Alessandro Mendes e Simone Bento Martins. Reforma trabalhista e a exclusão do prêmio do salário de contribuição. Disponível em: < <https://www.migalhas.com.br/447,71043Reforma+trabalhista+e+a+exclusao+do+premio+do+salario+de+contribuicao> desenvolvimento no Brasil: do plano Real à crise financeira. São Paulo, Publisher

Maciel, R. H., Cavalcante, R., Matos, T. G. R., Rodrigues, S.. Auto relato de situações constrangedoras no trabalho e assédio moral nos bancários: Uma fotografia. Psicologia & Sociedade. Ano 2007. p.19, 117-128.

MARCOLINO, Luiz Cláudio e CARNEIRO, Ricardo. Sistema financeiro e

Mendes, J. M. R., Wunsch, D. S. Serviço social e a saúde do trabalhador: Uma dispersa demanda. Serviço Social e Sociedade. p.107, 461-481. Ano 2017.

MONTEIRO, Luciano Fernandes. A importância da saúde e segurança no trabalho nos processos logísticos. Ano 2009. Disponível em: [file:///C:/Users/Home/Downloads/Monteiro\\_LF\\_A%20importancia%20da%20s%20\(4\).pdf](file:///C:/Users/Home/Downloads/Monteiro_LF_A%20importancia%20da%20s%20(4).pdf).

OLIVEIRA, Andrea. Gratificação e Prêmio na CLT. Ano 2018. Disponível em: <https://www.cpt.com.br/cursos-gestaoempresarial/artigos/gratificacao-e-premio-na-clt>.

ROSA. Talita Moraes. METAS ABUSIVAS NO SETOR BANCÁRIO E SUAS /CONSEQUÊNCIAS. Ano 2014.

SALES, BRITO, AZEVEDO NETO, DA FONSECA. Cleber Martins, Marcelo Palma de, Platon Teixeira, Rodrigo Dias. Reforma trabalhista comentada MP 808/2017: análise de todos os artigos/ Coordenador Rodrigo Dias da Fonseca. 1.ed. Florianópolis : Empório do Direito, 2018. 120p. Autores: ISBN 978-85-9477-141-4.

## AS NOVAS PERSPECTIVAS DA TERCEIRIZAÇÃO: MODERNIZAÇÃO OU PRECARIZAÇÃO DO MERCADO DE TRABALHO?

Ana Paula Backes<sup>141</sup>  
Janaína Silveira Soares Madeira<sup>142</sup>

### RESUMO

O presente estudo trata do instituto da Terceirização após o advento das alterações incorporadas na Lei n.º 6.019/74, por intermédio da Lei n.º 13.429/17 e, posteriormente, da denominada Reforma Trabalhista (Lei n.º 13.467/17). Para tanto, o trabalho aborda o contexto histórico e de evolução jurisprudencial no que diz respeito à Terceirização no Brasil, destacando a atual normatização da Terceirização no ordenamento jurídico brasileiro e, por fim, discutindo os pontos favoráveis e desfavoráveis das recentes alterações legislativas a fim de verificar se há modernização ou precarização no mercado de trabalho em decorrência dessas novas perspectivas para a Terceirização. A metodologia aplicada é qualitativa. O método é dedutivo, utilizando da pesquisa bibliográfica-documental e as referências baseiam-se em materiais já publicados sobre o assunto e documentos normativos. Os resultados mostram que há fortes argumentos que pendem para ambos os sentidos, tanto positivos, quanto negativos, a respeito da implementação da terceirização irrestrita. E por se tratarem de mudanças legislativas relativamente recentes, que buscaram ao menos dar um pontapé inicial voltado a implantar um diploma legal específico para a Terceirização, seus reflexos no mercado de trabalho ainda estão em percurso.

**PALAVRAS-CHAVE:** Terceirização, Reforma Trabalhista, Modernização do Mercado de Trabalho, Precarização do Mercado de Trabalho.

### 1. INTRODUÇÃO

Em meados do século XX, diante das alterações frequentes na economia e com o surgimento das inovações tecnológicas introduzidas pela globalização, passou-se a buscar por uma reestruturação no setor produtivo e na organização do trabalho, a fim de atender às demandas do capitalismo de modo eficiente e garantindo a competitividade, o que se estende até os dias atuais.

Nesse sentido, o tema do presente estudo se revela importante tendo em vista a crescente demanda de trabalhadores envolvidos na terceirização de serviços, principalmente após as recentes alterações legislativas que objetivaram regulamentar essa modalidade de relação contratual no país. De acordo com dados coletados pelo IBGE em 2015, os trabalhadores terceirizados perfaziam, à época, 18,9% do mercado formal de trabalho, totalizando 9,8 milhões de assalariados<sup>143</sup>. Sendo este número subestimado, levando em conta que parte considerável dos trabalhadores terceirizados atua na informalidade.

À vista disso, este trabalho analisa a Terceirização após o advento das alterações incorporadas na Lei n.º 6.019/74, por intermédio da Lei n.º 13.429/17 e da denominada “Reforma Trabalhista” (Lei n.º 13.467/17) a fim de verificar se há modernização ou precarização no mercado de trabalho em decorrência dessas novas perspectivas para a Terceirização.

Inicialmente o estudo traz um breve resgate histórico e de evolução jurisprudencial no que diz respeito à Terceirização no Brasil. Em seguida, passa a explanar o contexto atual da terceirização no ordenamento jurídico brasileiro, no que tange à previsão legislativa e jurisprudencial.

Por fim, discute os pontos favoráveis e desfavoráveis da Terceirização, bem como se as recentes alterações legislativas implicam na modernização ou precarização do mercado de trabalho.

<sup>141</sup> Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille. E-mail: anapbackes@gmail.com.

<sup>142</sup> Professora Mestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille. E-mail: janaina.madeira@univille.br.

<sup>143</sup> BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios**: aspectos das relações de trabalho e sindicalização. Disponível em <<https://goo.gl/ee8dpq>>. Acesso em 01 set. 2018, p. 28.

## 2. BREVE RESGATE HISTÓRICO E EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL DA TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

### ■ 2.1 Da necessária contextualização histórica

Por intermédio da primeira Revolução Industrial, tendo iniciado na metade do século XVIII, foram incorporadas mudanças profundas em toda a sociedade. Nesse período, consoante os ensinamentos de Krost<sup>144</sup> (2016, p. 39-40), “mais do que a proletarização dos trabalhadores, houve pela vigência da lei de ‘oferta e da procura’ uma verdadeira pauperização do sujeito despojado de capital”. Cumpre adiantar, todavia, que o contexto de terceirização de prestação de serviços eclode mais adiante, somente a partir da terceira Revolução Industrial.

Ademais, o surgimento da globalização trouxe consigo a necessidade de um rearranjo no setor produtivo, sendo que no contexto brasileiro, que até então adotava o Fordismo como sistema de produção, passou-se a praticar a partir das décadas de 60 e 70 o Toyotismo, com a conseqüente descentralização dos modos de produtividade, dando margem à flexibilização das relações trabalhistas e a introdução da “terceirização” das atividades consideradas acessórias.

### ■ 2.2 A Súmula 256 do TST

A consagrada Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) foi omissa em sua elaboração no que concerne à Terceirização, tornando as disposições que mais se assemelhavam a esse tipo de relação contratual as constantes em seus arts. 455 (subempreitada) e 652, ‘a’, III (pequena empreitada)<sup>145</sup>. Portanto, a Justiça do Trabalho acabava por utilizar os referidos dispositivos legais, somado a outros constantes em legislações esparsas, para embasar os fundamentos de suas decisões sobre a temática.

Em razão da ausência de regulamentação específica, em 30/09/1986 foi editada pelo Tribunal Superior do Trabalho a Súmula nº 256, buscando legalizar, ainda que de modo extremamente limitado, as hipóteses contratação de prestação de serviços. Desse modo, firmou-se entendimento no sentido de tornar lícita a terceirização sob a modalidade de locação de mão de obra, tão somente nos casos de trabalho temporário e vigilância.

### ■ 2.3 A Súmula 331 do TST

Posteriormente, em 21/12/1993, o colendo Tribunal Superior do Trabalho veio a editar a Súmula 331, que acabou por refletir no cancelamento da Súmula 256 e se consolidar como uma importante evolução jurisprudencial relativamente à terceirização de serviços, passando por importantes alterações no decorrer de sua vigência.

Em primeiro momento, houve a ampliação das hipóteses de admissão de terceirização até então existentes, passando a admitir-se a terceirização de serviços de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador dos serviços, desde que inexistentes elementos caracterizados da relação de emprego, quais sejam, a pessoalidade e a subordinação direta.

Nessa linha, a contratação da prestação de serviços para o exercício de atividade-fim da tomadora era até então considerada ilícita, sob pena de formar-se vínculo direto de emprego entre o terceirizado e o tomador. Cumpre destacar que, de acordo com Belmonte<sup>146</sup>, entende-se por atividade-fim aquela considerada “essencial ao desenvolvimento de uma atividade empresarial”, e por atividade-meio “a desenvolvida como meio, apoio ou suporte para o desenvolvimento da atividade principal”.

Além disso, o entendimento sumulado incluiu a possibilidade de terceirização no setor público, regulando, inclusive, como se procede à responsabilização da Administração Pública quando esta se utiliza do instituto em suas atividades. Sobre esse ponto específico, após adequações jurisprudenciais

<sup>144</sup> KROST, Oscar. **O lado avesso da reestruturação produtiva: a “terceirização” de serviços por “facções”**. Blumenau: Nova Letra, 2016, p. 39-40.

<sup>145</sup> FERREIRA, Davidson Malacco; JEHA, Maria Cecília De Moura Lima. **A subordinação estrutural e a terceirização trabalhista**. Disponível em: <<https://goo.gl/u5ZYCp>>. Acesso em 09 ago. 2018, p. 5.

<sup>146</sup> BELMONTE, Alexandre Agra. Aspectos jurídicos atuais da terceirização trabalhista. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, v. 74, n. 4, p. 26-52, out./dez. 2008.

ante o entendimento do STF na ADC 16-DF<sup>147</sup>, definiu-se que em caso de inadimplência dos direitos trabalhistas por parte da empresa terceirizada intermediadora da mão de obra, somente pode haver o reconhecimento da responsabilidade subsidiária subjetiva quando evidente a culpa “*in vigilando*” ou “*in elegendo*” do ente estatal tomador dos serviços.

### 3. CONTEXTO ATUAL DA TERCEIRIZAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

#### ■ 3.1 A Lei n.º 13.429/2017

A Lei n.º 13.429/17 acabou sendo aprovada pela Câmara dos Deputados em 22/03/2017 e foi sancionada no dia 31 do mesmo mês, nascendo como fruto do PL n.º 4.302/98. Observa-se que a aprovação da normatização se deu por meio de processo legislativo que perdurou quase vinte anos, o que se justifica em grande parte devido à troca da política econômica dos governos que comandaram o país durante esse período<sup>148</sup>.

Conforme bem observa Andersen<sup>149</sup> (2017, p. 56), “em verdade, a Lei n.º 13.429/17 não pode ser reconhecida como Lei da Terceirização”. Isso porque, em que pese insira importantes pontos acerca do instituto que eram até então inexistentes em um diploma legal propriamente dito, não o faz mediante a criação de uma legislação específica, introduzindo-as dentro de uma legislação já existente, a Lei n.º 6.019/74, que versa sobre o trabalho temporário.

Verifica-se que o PL n.º 4.330/04, proposta de lei que também objetivava a regulamentação da Terceirização, foi elaborada justamente visando excluir os dispositivos que tratavam sobre o trabalho temporário, limitando-se à prestação de serviços por terceiros. Entretanto, encontrava-se pendente de aprovação pelo Senado Federal e o então presidente da referida casa legislativa, tardou a sua introdução na pauta de julgamento tendo em vista o seu posicionamento desfavorável com relação à legalização da terceirização de atividade-fim, alegando que:

Ter pressa na regulamentação significa, em outras palavras, regulamentar a atividade-fim e isso é um retrocesso. É uma pedalada no direito do trabalhador. Não podemos regulamentar, sob hipótese nenhuma, a atividade-fim. Temos de regulamentar os terceirizados existentes. Isso é uma inversão, uma involução, significa revogar a Constituição<sup>150</sup>.

De todo modo, a Lei n.º 13.429/17 trouxe significativas alterações na Lei n.º 6.019/74, dentre elas os requisitos para o funcionamento da empresa de prestação de serviços e do contrato da prestação de serviços (art. 4º-B); a vedação à contratante a utilização dos trabalhadores em atividades distintas daquelas que foram objeto do contrato com a empresa prestadora de serviços (art. 5º-A, §1º) e a possibilidade dos serviços prestados serem executados nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes (art. 5º-A, §2º).

Determinou, ainda, ser de responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato (art. 5º-A, §3º). Ficando ao seu critério estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços o mesmo atendimento médico, ambulatorial e de refeição destinado aos seus empregados (art. 5º-A, §4º).

<sup>147</sup> Julgou constitucional o art. 71, parágrafo 1º, da Lei 8.666/93, o qual dispõe que “a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.”

<sup>148</sup> ANDERSEN, Paulo Octávio Hueso. **Aspectos jurídicos e socioeconômicos da terceirização no Brasil**. 2017. 109 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, p. 79.

<sup>149</sup> ANDERSEN, Paulo Octávio Hueso. Op. cit, p. 56.

<sup>150</sup> LIMA, Vandson. Renan diz que terceirização é “pedalada no direito do trabalhador”. **Valor Econômico**. Disponível em <<https://goo.gl/UyVHdK>>. Acesso em 25 ago. 2018.

Além disso, restou definida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante pelas obrigações trabalhistas referentes ao período em que ocorrer a prestação de serviços, e o recolhimento das contribuições previdenciárias observará o disposto no art. 31 da Lei n.º 8.212/91<sup>151</sup> (art. 5º-A, §5º).

Por fim, a Lei n.º 13.429/17 buscou conceituar no *caput* de seus arts. 4º-A e 5º-A<sup>152</sup> a empresa prestadora de serviços e empresa tomadora de serviços. Ocorre, entretanto, que referida introdução legislativa foi infeliz em sua redação, pois não determinou o que seria “serviços determinados e específicos”, inexistindo qualquer menção a atividades-meio e fim, embora tenha deixado implícito o seu intuito de legalizar as atividades finalísticas.

### ■ 3.2 A Lei nº 13.467/2017

Na noite do dia 11/07/2017, depois de conturbada votação no Senado Federal, foi aprovado o PL n.º 38/2017, sendo sancionada no dia 13/07/2017 e vindo a se tornar a Lei n.º 13.467/17 conhecida popularmente como “Reforma Trabalhista”. Referida normatização alterou inúmeros pontos da CLT, trazendo também importantes alterações à Lei de Trabalho Temporário (Lei n.º 6.019/74).

Desse modo, houve ampliação do conceito de empresa prestadora e tomadora de serviços, com a nova redação dada ao *caput* dos arts. 4º-A e 5º-A pela Lei nº 13.467, que já tinham sido objeto de previsão com a Lei n.º 13.429/17, vejamos:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante **da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal**, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

[...]

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de **prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal**. (grifos das autoras).

Portanto, as alterações vieram para tirar qualquer margem de questionamentos antes existentes, dando a sua chancela legislativa da prática de terceirização de quaisquer atividades, inclusive àquelas entendidas como essenciais ao desenvolvimento da empresa contratante, desde que exercidas por empresa prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

Ademais, veio a ser incluído um rol taxativo de direitos garantidos aos terceirizados no art. 4º-C da Lei 6.019/74, buscando assegurar aos empregados da empresa prestadora de serviços, quando e enquanto os serviços forem executados nas dependências da tomadora, as mesmas condições garantidas a seus empregados, relativas a: alimentação, quando oferecida em refeitórios; utilização de serviços de transporte; atendimento médico ou ambulatorial existente nas dependências da contratante ou local por ela designado; treinamento adequado, fornecido pela contratante, quando a atividade o exigir; e, sanitárias, de medidas de proteção à saúde e de segurança do trabalho e de instalações adequadas à prestação do serviço. Por outro lado, o §1º do art. 4º-C<sup>153</sup>, deixa bem o caráter facultativo da equiparação salarial entre terceirizados e empregados da contratante, além de outros direitos não previstos em lei.

Ainda, foram acrescentadas duas importantes determinações legais com o intuito de evitar a chamada “*pejotização*” ou “*merchandage*” (mercantilização do trabalho humano), que, caso não sejam observadas, acarretarão em nulidade das terceirizações pactuadas após a reforma<sup>154</sup>. Assim sendo, através da

<sup>151</sup> “Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5º do art. 33 desta Lei.”

<sup>152</sup> “Art. 4º-A. Empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos. (Incluído pela Lei 13.429/17).”

“Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços determinados e específicos. (Incluído pela Lei 13.429/17).”

<sup>153</sup> Art. 4º-C. [...] § 1º. Contratante e contratada *poderão* estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo.

<sup>154</sup> CALCINI, Ricardo Souza. **A nova lei da terceirização e a reforma trabalhista**. Disponível em: <<https://goo.gl/ZaWjfp>>. Acesso em 08 ago. 2018.

inclusão do art. 5º-C ficou definida a vedação de figurar como contratada, a pessoa jurídica cujos titulares ou sócios tenham, nos últimos 18 meses, prestado serviços à contratante na qualidade de empregado ou trabalhador sem vínculo empregatício, exceto se os referidos titulares ou sócios forem aposentados. E, do art. 5º-D, que o empregado que for demitido não poderá prestar serviços para esta mesma empresa na qualidade de empregado de empresa prestadora de serviços antes do decurso do prazo de 18 meses, contados a partir da data de sua demissão.

#### 4. PONTOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS DA TERCEIRIZAÇÃO: MODERNIZAÇÃO OU PRECARIZAÇÃO NO MERCADO DE TRABALHO?

O advento da Lei n.º 13.429/17 e da Reforma Trabalhista trouxeram consigo grandes discussões acerca do instituto da Terceirização, consistentes em argumentos favoráveis e desfavoráveis. Em primeiro momento, trataremos dos pontos considerados negativos, para, em seguida, elencar pontos considerados positivos sobre essa modalidade de contratação.

A princípio, cumpre ressaltar que dentre as disparidades entre os terceirizados e os empregados diretos das tomadoras de serviço, destaca-se a questão da remuneração, sendo que representa, em média, valor 11,5% inferior pago aos terceirizados assalariados quando comparado ao valor pago para assalariados diretos<sup>155</sup> e a permanência no trabalho inferior, que se justifica pela alta rotatividade dos terceirizados, cuja taxa chega a ser duas vezes maior à praticada por trabalhador não terceirizado<sup>156</sup>. Além do que, ante sua situação de maior vulnerabilidade, estão sujeitos a jornadas mais extensas e maior incidência em acidentes fatais no local de trabalho do que os trabalhadores contratados diretamente.

Outro fator tido como desfavorável é ligado ao afastamento dos trabalhadores das lutas sindicais, que sempre se fez presente no contexto de relações de trabalho terceirizado, pois no Brasil o enquadramento sindical é realizado a partir da categoria econômica preponderante na empresa empregadora ou pela categoria profissional dos trabalhadores, e na terceirização não importa, para fins de enquadramento, a atividade de fato por ele exercida, mas sim a condição de “prestador de serviços”. Somado a isso, há a questão de redução da base de cálculo de quotas de trabalhadores Aprendizizes, Portadores de Necessidades Especiais (PNE) e de membros da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), quotas que foram garantidas após muita luta, uma vez que são considerados no cálculo apenas os empregados diretos da empresa tomadora de serviços.

Um dos principais argumentos para justificar a terceirização de serviços, sendo lícita antes do advento da reforma legislativa apenas para as atividades-meio, era a busca de maior eficiência na sua finalidade original, e não apenas a diminuição de custos. Nesse sentido, segundo Fonseca<sup>157</sup> (2018, p. 98), “a terceirização permite que a tomadora de serviços se dedique apenas à atividade para a qual foi constituída e nela se aprimore”, com as recentes disposições legais, esse argumento cai por terra.

Com relação à tentativa do legislador de buscar coibir a prática de “pejotização”, embora possa ser considerada favorável, pode ter efeito inócuo no campo prático, se for observada a inclusão do art. 442-B<sup>158</sup> na CLT através da Lei n.º 13.467/17, o qual permite a contratação de trabalhador autônomo, sem o reconhecimento do vínculo empregatício<sup>159</sup>.

Por outro lado, adentrando na seara dos pontos positivos, vale lembrar que o legislador integrou no texto normativo através do §3º do art. 5º-A, da Lei n.º 6.019/74, o dever legal de a empresa tomadora de serviço assegurar ao empregado terceirizado a fruição de um meio ambiente de trabalho seguro, sadio e respeitoso, não importando se o trabalho é realizado em suas dependências ou em local por ela determinado.

<sup>155</sup> CAMPOS, André Gambier. **Impactos da terceirização sobre a remuneração do trabalho no Brasil**: novas evidências para o debate. Brasília: IPEA, 2016. Disponível em <<https://goo.gl/MwpgKu>>. Acesso em 01 set. 2018, p. 28.

<sup>156</sup> POCHMANN, Marcio. **SINDEEPRES**: as relações do trabalho terceirizado. Disponível em <<https://goo.gl/w7BaeB>>. Acesso em 01 set. 2018, p. 4.

<sup>157</sup> FONSECA, Vanessa Patriota Da. **Terceirizar atividade-fim é alugar trabalhador**. In: \_\_\_\_\_. Terceirização do Trabalho no Brasil: novas e distintas perspectivas para o debate. Brasília: IPEA, 2018. cap. 5, p. 95-111, p. 98.

<sup>158</sup> “Art. 442-B. A contratação do autônomo, cumpridas por este todas as formalidades legais, com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não, afasta a qualidade de empregado prevista no art. 3º desta Consolidação.”

<sup>159</sup> LOBO, Bárbara Natália Lages; SILVA, Regiane Pereira Da. “Reforma trabalhista” e a terceirização na Administração Pública: reflexões críticas. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, edição especial, p. 457-469, nov. 2017, p. 10.

Além disso, recentemente, por maioria de votos (7 a 4), o Supremo Tribunal Federal julgou constitucional a terceirização de atividades finalísticas no julgamento de dois processos, a ADPF 324<sup>160</sup> e o RE 958.252<sup>161</sup>. Permaneceu o entendimento dos relatores, ministros Luís Roberto Barroso e Luiz Fux. Para o ministro Barroso “este não é um debate entre progressistas e reacionários” e “num momento em que há 13 milhões de desempregados e 37 milhões de trabalhadores na informalidade, é preciso considerar as opções disponíveis sem preconceitos ideológicos ou apego a dogmas<sup>162</sup>”. Já o ministro Fux afirmou que “a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), que veda a terceirização nas atividades-fim, é uma intervenção imotivada na liberdade jurídica de contratar sem restrição<sup>163</sup>”. Ao final, como tese de repercussão geral, ficou estabelecido:

É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho em pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante.

Portanto, conforme exposto, há fortes argumentos que pendem para ambos os sentidos, e por se tratarem de mudanças legislativas relativamente recentes, que buscaram ao menos dar um pontapé inicial voltado a implantar um diploma legal específico para a terceirização, seus reflexos no mercado de trabalho ainda estão em percurso.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo exposto foi possível constatar que é imperioso admitir que as relações que envolvem empregados terceirizados possuem histórico permeado por condições adversas quando comparadas àquelas vivenciadas pelos empregados diretos das empresas tomadoras de serviços terceirizados, que antecede às mudanças legislativas que objetivaram regulamentar a Terceirização no Brasil.

Destarte, em que pese haja a presença de argumentos que pendem para ambos os sentidos, se analisarmos os pontos supracitados até então, os argumentos desfavoráveis mostram-se superiores aos favoráveis. O sistema capitalista e, por conseguinte, o setor produtivo, clama por novas maneiras de modernização a fim de atender as suas demandas e permitir avanços econômicos no país a todo o momento. Todavia, isso não pode ocorrer a custo de retrocessos sociais, burlando conquistas sindicais e enfraquecendo a organização de trabalhadores, de modo a recair seus efeitos na precarização do mercado de trabalho.

Por fim, ainda é cedo para chegarmos a conclusões concretas sobre as novas perspectivas da Terceirização, principalmente no que diz respeito à terceirização das atividades finalísticas, ficando a cargo de novas evoluções jurisprudenciais regularem os desdobramentos que estão em percurso e coibir os seus malefícios. Entretanto, cumpre ressaltar que as relações contratuais advindas dessa modalidade de contratação não devem se esquivar de estar em consonância com os preceitos fundamentais constantes na Constituição da República Federativa de 1988, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como às recomendações inseridas nos documentos da Organização Internacional do Trabalho (OIT), tais como o respeito ao trabalho decente e o princípio da não mercantilização do trabalho humano, tendo em vista ser o Brasil um de seus membros fundadores.

<sup>160</sup> Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ajuizada pela Associação Brasileira do Agronegócio – ABAG, objetivando a declaração da inconstitucionalidade do conjunto de decisões judiciais proferidas pela Justiça do Trabalho, que, segundo alega, importaria, na prática, na vedação absoluta e/ou em insuportável insegurança na contratação de serviços terceirizados, em violação aos princípios da legalidade, da livre iniciativa, da livre concorrência e do valor social do trabalho, dentre outros.

<sup>161</sup> No julgamento do RE 958.252, o relator, ministro Fux, votou pelo provimento do recurso da companhia Celulose Nipo-Brasileira e pela reforma da decisão de 2º grau que proibiu a terceirização das atividades da empresa.

<sup>162</sup> Anotações para voto oral do ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em <<https://goo.gl/xboE2C>>. Acesso em 03 set. 2018.

<sup>163</sup> Julgamento sobre terceirização será retomado na sessão plenária da próxima quarta-feira (29). **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <<https://goo.gl/eBhgD3>>. Acesso em 03 set. 2018.

## 6. REFERÊNCIAS

ANDERSEN, Paulo Octávio Hueso. **Aspectos jurídicos e socioeconômicos da terceirização no Brasil**. 2017. 109 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo.

BELMONTE, Alexandre Agra. Aspectos jurídicos atuais da terceirização trabalhista. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, Porto Alegre, v. 74, n. 4, p. 26-52, out./dez. 2008.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostragem de Domicílios**: aspectos das relações de trabalho e sindicalização. Disponível em <<https://goo.gl/ee8dpq>>. Acesso em 01 set. 2018.

BRASIL. **Lei de Trabalho Temporário**. Lei n. 6.019, de 03 de janeiro de 1974. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6019.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6019.htm)>. Acesso em: 31 out. 2018.

CALCINI, Ricardo Souza. **A nova lei da terceirização e a reforma trabalhista**. Disponível em: <<https://goo.gl/ZaWjfp>>. Acesso em 08 ago. 2018.

CAMPOS, André Gambier. **Impactos da terceirização sobre a remuneração do trabalho no Brasil**: novas evidências para o debate. Brasília: IPEA, 2016. Disponível em <<https://goo.gl/MwpkKu>>. Acesso em 01 set. 2018.

FERREIRA, Davidson Malacco; JEHA, Maria Cecília De Moura Lima. **A subordinação estrutural e a terceirização trabalhista**. Disponível em: <<https://goo.gl/u5ZYCp>>. Acesso em 09 ago. 2018.

FONSECA, Vanessa Patriota Da. **Terceirizar atividade-fim é alugar trabalhador**. In: \_\_\_\_\_. Terceirização do Trabalho no Brasil: novas e distintas perspectivas para o debate. Brasília: IPEA, 2018. cap. 5, p. 95-111.

KROST, Oscar. **O lado avesso da reestruturação produtiva**: a “terceirização” de serviços por “facções”. Blumenau: Nova Letra, 2016.

LIMA, Vandson. Renan diz que terceirização é “pedalada no direito do trabalhador”. **Valor Econômico**. Disponível em <<https://goo.gl/UyVHdK>>. Acesso em 25 ago. 2018.

LOBO, Bárbara Natália Lages; SILVA, Regiane Pereira Da. “Reforma trabalhista” e a terceirização na Administração Pública: reflexões críticas. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, edição especial, p. 457-469, nov. 2017.

POCHMANN, Marcio. **SINDEEPRES**: as relações do trabalho terceirizado. Disponível em <<https://goo.gl/w7BaeB>>. Acesso em 01 set. 2018.



# GRUPO DE TRABALHO: CONSTITUCIONALISMO E JUSTIÇA

# TRANSCONSTITUCIONALISMO NO BRASIL: UMA DISCUSSÃO À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

Camila Bertelli Kodric<sup>164</sup>

## RESUMO

O presente trabalho propõe uma análise sobre o conceito de transconstitucionalismo assim como sua aplicação no Estado Brasileiro, estabelecendo uma conexão interdisciplinar entre o direito constitucional e o direito internacional na esfera da proteção dos direitos humanos aplicado no direito doméstico. A teoria do transconstitucionalismo apresentada por Marcelo Neves, é baseada no diálogo entre os sistemas constitucionais e internacionais que permite um progresso nas legislações e jurisprudências internas e externas, assim como o enriquecimento jurídico ao proferir sentenças utilizando conceitos e princípios de outros Estados soberanos e Cortes Internacionais no âmbito dos direitos humanos. As normas de direito internacional incorporaram a concepção de direitos humanos de forma significativa após a publicação da Declaração Universal de Direitos Humanos<sup>165</sup>, em 1948. Em seguida, as concepções sobre direitos humanos passaram a ser codificadas tanto no direito interno quanto externo. Por meio desse processo se permitiu a formação de um sistema internacional de proteção, integrado por tratados e instrumentos internacionais que refletem a busca de parâmetros protetivos mínimos e necessários aos direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, explica Piovesan (2015). A questão problema é analisar de que forma o conceito do transconstitucionalismo vem sendo aplicado no Brasil no tocante aos direitos humanos, assim como estabelecer qual a influência dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário para os dias atuais. Para tanto, será utilizado o método de pesquisa bibliográfica, documental, com busca em legislações, livros e artigos acerca do tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Transconstitucionalismo, Direitos Humanos, Direito Constitucional, Direito Internacional.

## 1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é propor uma reflexão a respeito dos direitos humanos juntamente com a teoria transconstitucionalista, na ordem internacional contemporânea.

Para tanto, preliminarmente, será feita uma breve exposição da teoria transconstitucionalista trazida por Marcelo Neves, analisando os benefícios que o diálogo entre as cortes constitucionais pode trazer ao direito interno brasileiro. Em um segundo momento, será analisado a concepção contemporânea de Direitos Humanos, à luz do sistema internacional de proteção, que tem permitido a internacionalização dos direitos humanos e a humanização do Direito Internacional contemporâneo. Para tanto, foi utilizado o método de pesquisa bibliográfica, documental, com busca em legislações, livros e artigos acerca do tema.

## 2. DESENVOLVIMENTO

### ■ 2.1 Teoria do Transconstitucionalismo

No passado, tinha-se a visão que o direito constitucional originário era o interno, no entanto, após o fim do século passado com a entrada da contemporaneidade, a preocupação com os direitos humanos fez com que o âmbito jurídico também se voltasse para a comunidade internacional, argumenta ESCALANTE (1998).

O processo de internacionalização dos direitos humanos iniciou após criação das Nações

<sup>164</sup> Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Católica de Santa Catarina – Joinville. E-mail: camila.kodric@catolicasc.org.br

<sup>165</sup> ONU. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 20/08/2018.

Unidas em 1945 por meio da Carta da ONU, documento que criou a Organização e regulamentou seu funcionamento e princípios baseados na proteção dos direitos humanos, do progresso econômico e social e do mantimento da paz e da segurança internacional.

Em 1948, foi adotada e proclamada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela resolução 217 (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas. A Declaração Universal foi o primeiro documento internacional a definir o que eram os direitos humanos. Apesar da Declaração Universal não ser formalmente considerado um tratado por possuir caráter de *soft law*, e sim uma referência básica para garantia dos direitos humanos ao redor do mundo, ela possui uma grande importância dentro do seu contexto histórico considerando a influência que incidiu perante Constituições nacionais ao redor do mundo e a criação massiva de demais documentos internacionais em defesa dos direitos humanos no plano global posteriormente.

Essa série de tratados acordados e depois ratificados por Estados-membros incidiu diretamente na formulação de Constituições promulgadas durante e após esse processo de internacionalização dos direitos humanos, e em reformas constitucionais. O compromisso da comunidade internacional de defesa e garantia da dignidade da pessoa humana, afetou a refundação do Estado pressupõe um constitucionalismo de um novo tipo, diferente do constitucionalismo moderno que foi criado pelas elites políticas com objetivo de constituir um estado com características as quais as diferenças étnicas, culturais, religiosas ou regionais não são suprimidas

Com a maior integração da sociedade em níveis mundiais, os problemas relacionados a direitos humanos passam a assumir relevância internacional, exigindo dos Estados respostas para solucionar os problemas de forma transversal entre as ordens jurídicas.

É dentro dessa perspectiva de inclusão e diálogo entre as cortes constitucionais que NEVES (2014) introduz o conceito de Transconstitucionalismo como aquilo que aponta exatamente para o desenvolvimento de problemas jurídicos que perpassam os diversos tipos de ordens jurídicas, uma vez que surgem cada vez mais questões que poderão envolver instâncias estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca da solução de problemas tipicamente constitucionais.

A partir do diálogo transconstitucional, os Supremos Tribunais/Cortes Constitucionais invocam decisões, não somente de Cortes de outros Estados, mas também de Tribunais Internacionais. Contudo, este entrelaçamento não será concretizado se as ordens jurídicas (sobretudo as estatais) não estiverem dispostas a abrir-se para outras ordens a fim de que possam surpreender-se com a experiência do outro em sua auto compreensão acerca da abrangência e significado dos direitos e problemas constitucionais que estão sendo analisados no caso concreto (NEVES, 2009).

O autor ainda afirma que utilizando-se desse diálogo entre as Cortes, o enriquecimento é mútuo, uma vez que é possível analisar e dar maior garantia a proteção dos direitos humanos incorporando jurisprudências e princípios de outros Estados soberanos aplicado no direito interno demonstrando que o diálogo e o aprendizado recíprocos podem ser vistos como uma saída para a resolução de problemas constitucionais comuns que são enfrentados pelos Estados.

O diálogo entre os sistemas constitucionais permite que os Estados identifiquem seus potenciais assim como suas debilidades, ao passo que os processos de intercâmbio constitucional não consistem simplesmente em uma “cópia” ou “duplicação” de conteúdo. Embora, em algumas ocasiões, exista uma mera reprodução, em muitas outras se apresentam processos de adequação e contextualização, alteração e modificação (GARCÍA, 2010).

As ordens estatais, internacionais, supranacionais, transnacionais e locais, consideradas como tipos específicos, são incapazes de oferecer, isoladamente, respostas complexamente adequadas para os problemas normativos da sociedade mundial. (...) O transconstitucionalismo, como modelo de entrelaçamento que serve à racionalidade transversal entre ordens jurídicas diversas, abre-se a uma pluralidade de perspectivas para a solução de problemas constitucionais, melhor adequando-se às relações entre ordens jurídicas do sistema jurídico heterárquico da sociedade mundial” (NEVES, 2009, p. 131).

Ordens normativas dessa espécie exigem, quando entram em colisão com as instituições da ordem jurídica constitucional de um Estado, um “transconstitucionalismo unilateral” de tolerância e, em

certa medida, de aprendizado. Essa forma de transconstitucionalismo impõe-se, porque – embora as referidas ordens jurídicas, em muitas de suas normas e práticas, se afastem sensivelmente do modelo de direitos humanos e de limitação jurídica do poder nos termos do sistema jurídico da sociedade mundial – a simples outorga unilateral de “direitos humanos” aos seus membros é contrária ao transconstitucionalismo, (NEVES, 2014).

De acordo com entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RE 466.343-1/ SP, os tratados internacionais sobre direitos humanos que não sigam a EC 45/2004 teriam status supralegal: abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional.

Com a nova posição do Supremo, a configuração da pirâmide jurídica do ordenamento brasileiro foi modificada: na parte inferior encontra-se a lei ordinária; na parte intermediária encontram os tratados de direitos humanos – aprovados sem o quórum qualificado do artigo 5º, parágrafo 3º da CF – e no topo encontra-se a Constituição, juntamente com as emendas e os tratados aprovados nos termos do artigo 5, parágrafo 3º.

## ■ 2.2 Tratados internacionais dos Direitos Humanos

Com a integração dos Estados após a 2ª Guerra Mundial, surgiu a necessidade de elaborar documentos que viessem a proteger os cidadãos e a sociedade global. Dentre os documentos, está a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) que fundamentou a preocupação com o homem, sua existência, liberdade e dignidade.

A esse fenômeno Piovesan (2015) denomina como “Direito Internacional dos Direitos Humanos” sendo baseado na concepção de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e de que todas as nações e a comunidade internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar, se um Estado não cumprir suas obrigações. Ainda afirma que o Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste em um sistema de normas internacionais, procedimentos e instituições desenvolvidas para implementar esta concepção e promover o respeito dos direitos humanos em todos os países, no âmbito mundial. Com isso, fortalece-se a ideia de que a proteção aos direitos humanos não deve ser restrita a competência nacional, visto que o tema é de interesse internacional.

Mazzuoli também afirma que na perspectiva contemporânea, o direito internacional público, em razão dos direitos humanos, não pode ser visto como um direito completamente apartado do direito interno, segundo uma perspectiva tradicional puramente dualista. Ainda segundo o autor, direito internacional nos dias de hoje, refere-se às normas de regência, que perfeitamente interferem em matérias de alcance doméstico.

Segundo Piovesan (2015), a aprovação DUDH introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais

Ainda de acordo com a autora, a Constituição Brasileira de 1988, ao institucionalizar os direitos humanos no Brasil, expressa que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Atualmente, destacam-se quatro correntes interpretativas acerca da hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, que sustentam: a) a hierarquia supraconstitucional destes tratados; b) a hierarquia constitucional; c) a hierarquia infraconstitucional, mas supralegal e d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.

A Constituição de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a de norma constitucional, intensificando a interação e conjugação do Direito internacional e do Direito interno, que fortalece a sistemática de proteção dos direitos fundamentais, com uma principiologia e lógica próprias, fundadas no princípio da primazia dos direitos humanos. Testemunha-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional somado ao processo de constitucionalização do Direito

Internacional (PIOVESAN, 2015).

Esse tratamento jurídico diferenciado aos tratados de direitos humanos se justifica, na medida em que apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanto estes buscam o equilíbrio e a reciprocidade de relações entre Estados-partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes, tendo em vista que objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teoria do transconstitucionalismo é baseada no diálogo entre os sistemas constitucionais e internacionais que permite um progresso nas legislações e jurisprudências internas e externas, entretanto, o Supremo Tribunal Federal Brasileiro se demonstra ainda relutante na utilização de jurisprudência e tratados internacionais no sentido se efetivamente se reformar o entendimento do direito brasileiro.

O transconstitucionalismo só tende a agregar ao direito brasileiro, principalmente em relação a interpretação e aplicação dos direitos humanos no âmbito nacional. Entretanto, o diálogo entre Cortes e sistemas normativos não é possível enquanto a suprema corte não permitir a entrada de outras fontes jurídicas, ainda que internacionais, no ordenamento brasileiro.

A maior proteção jurídica aos tratados que versam sobre direitos humanos se justifica pois estes buscam um equilíbrio entre as sociedades e a efetivação dos direitos e deveres descritos nas Cartas Constitucionais.

### 4. REFERENCIAS

ESCALANTE, R. P. **El valor del Derecho y la Jurisprudencia Internacionales de Derechos Humanos**. In: FIX-ZAMUDIO. H. Liber Amicorum. v. 1. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998

GARCÍA, C. E. **Entre identidad e intercambio jurídico. El nuevo modelo de justicia y control constitucional en el Ecuador**. In: BOGDANDY, A. von; FERRER MAC-GREGOR, E.; MORALES ANTONIAZZI, M. (Coords.). **La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un lus constitucional commune en América Latina?** Distrito Federal: Universidad Autónoma de México, 2010

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso Internacional de Direito Internacional Público**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Marcelo. **Do Diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na America Latina**. Revista de Informação Legislativa. 2014.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ONU. **Declaração Universal de Direitos Humanos**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 20/08/2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 15.ed. São Paulo: 2015.

## APONTAMENTOS ACERCA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O REGISTRO DE CANDIDATURA (11532) N.º 0600903-50.2018.6.00.0000

Erika Louise Bastos Calazans<sup>166</sup>

Gabriel Eugênio Hass<sup>167</sup>

Nelson Nogueira Amorim Filho<sup>168</sup>

### RESUMO

O presente trabalho tece apontamentos sobre o controle de convencionalidade, fazendo paralelo com a decisão do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que indeferiu a candidatura de Luiz Inácio Lula da Silva e Coligação o Povo Feliz de Novo (PT/ PCdoB/PROS). Observa-se a importância de natureza prática da temática vez que a decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU, de conceder uma liminar para que Luiz Inácio Lula da Silva participasse das eleições, produziu um choque de versões sobre a efetividade da medida. Enquanto o órgão das Nações Unidas afirma ser uma exigência, capaz de violar um pacto internacional - o Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, reconhecido no Brasil por meio do Decreto Legislativo 311/2009 - o Itamaraty e o governo brasileiro sugerem ser apenas uma recomendação e o TSE, que em sede do registro de candidatura (11532) nº 0600903-50.2018.6.00.0000, por maioria de votos, entendeu que a decisão do Comitê não vinculava o referido tribunal. Assim, o objeto de estudo será a análise da decisão proferida pelo TSE no referido registro de candidatura com paralelo no controle de convencionalidade brasileiro, sob a perspectiva de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil - independentemente de aprovação com quórum qualificado - possuem nível supralegal. A presente pesquisa utilizou a metodologia qualitativa, por meio da análise bibliográfica direta, consistindo na análise de textos legais e decisões jurisprudenciais, e bibliográfica indireta, por meio da análise de obras jurídicas e artigos científicos publicados em periódicos, com recorte qualitativo de *qualis* B1, ou superior. A abordagem do conteúdo se deu de modo exclusivamente dedutivo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Controle de convencionalidade, Hierarquia normativa, Tratados Internacionais.

### 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o escopo de denúncia político-jurídica, como será analisado, seu objeto de estudo consiste em grave violação ao campo jurídico pois, com vistas ao que se denominou “jurisprudência dos interesses”, o Superior Tribunal Eleitoral brasileiro atuou no sentido de desconsiderar a literatura jurídica e a jurisprudência, ambas fortemente consolidadas. Observando o caráter terminativo da decisão proferida pela Corte, é papel da academia denunciar a incoerência executada.

Neste caso, submerge a seguinte hipótese a ser a ser comprovada, como dito, a demonstração de incoerência da decisão adotada pela maioria dos Ministros no Julgamento do registro da candidatura de Luiz Inácio Lula da Silva. Para tal, a pesquisa irá abordar os pontos de defasagem da decisão. Verificada a hipótese, a pesquisa deve prosseguir para a problemática do controle de convencionalidade.

Com vista no rigor científico, a presente pesquisa utilizou a metodologia qualitativa, por meio da análise bibliográfica direta, consistindo na análise de textos legais e decisões jurisprudenciais, e bibliográfica indireta, por meio da análise de obras jurídicas e artigos científicos publicados em periódicos, com recorte qualitativo de *qualis* B1, ou superior. A abordagem do conteúdo se deu de modo exclusivamente dedutivo.

<sup>166</sup> Professora Doutora do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: erikacalazans@gmail.com.

<sup>167</sup> Acadêmico do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: gabrielhass12@gmail.com.

<sup>168</sup> Acadêmico do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: gabrielhass12@gmail.com.

## 2. NOÇÕES PRELIMINARES

Para uma adequada explanação do problema, faz-se necessário tecer alguns apontamentos preliminares como: (i) o conceito de controle de convencionalidade adotado; (ii) o panorama geral do processo n.º 0600903-50.2018.6.00.0000; e (iii) breves apontamentos acerca do parecer consultivo *g/so 215/51 BRA* proferido pelo Comitê Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas - ONU.

### ■ 2.1. Controle de Convencionalidade

Para o presente trabalho, tomaremos como significado ao conceito de controle de convencionalidade, sem detrimento de outros, o adotado pelo Professor Valério Mazzuoli, para quem o *“controle de convencionalidade tem por finalidade compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, lato sensu, vigentes no país) com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional”*.<sup>169</sup>

Segundo Valério Mazzuoli<sup>170</sup>, o controle de convencionalidade das leis independe de autorização internacional, sendo que qualquer juiz ou tribunal poderá se manifestar sobre o assunto. Os tratados internacionais incorporados ao direito brasileiro passam a ter eficácia paralisante (para além de derogatória) das demais espécies normativas domésticas, cabendo ao juiz coordenar essas fontes (internacionais e internas) e escutar o que elas dizem.

### ■ 2.2. Panorama Geral do Processo

Quanto ao objeto de trabalho, devemos lançar mão de alguns apontamentos gerais acerca do processo n.º 0600903-50.2018.6.00.0000 (Registro da Candidatura 11532), em trâmite perante o Tribunal Superior Eleitoral, pela relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, em que constaram como Requerentes o Sr. Luiz Inácio Lula da Silva e a Coligação o Povo Feliz de Novo (PT/PCdoB/PROS). Houve impugnação ao registro de candidatura interpostas pela Procuradoria Geral Eleitoral, Coligação Brasil Acima de Tudo, Deus Acima de Todos 17-PSL/28-PRTB, Jair Messias Bolsonaro, Pedro Geraldo Cancian Lagomarcino Gomes, Ernani Kopper, Partido Novo (NOVO) - Nacional, Marcos Aurélio Paschoalin, Wellington Corsino do Nascimento, Alexandre Frota de Andrade, Kim Patroca Kataguiri e Marco Vinicius Pereira de Carvalho. Também foram registradas diversas notícias de causa de inelegibilidade.

Apto ao julgamento, sobreveio decisão em 1º de setembro de 2018<sup>171</sup>, da qual extrai-se que a Corte considerou não vinculativa a decisão proferida pelo comitê das Nações Unidas, bem como taxou-a desprovida de fundamentação e que o protocolo adicional que daria jurisdição ao comitê, não estaria em vigor no Brasil. Vejamos trecho da ementa:

7. A medida cautelar (interim measure) concedida em 17 de agosto pelo Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) no âmbito de comunicação individual, para que o Estado brasileiro assegure a Luiz Inácio Lula da Silva o direito de concorrer nas eleições de 2018 até o trânsito em julgado da decisão criminal condenatória, não constitui fato superveniente apto a afastar a incidência da inelegibilidade, nos termos do art. 11, § 10, da Lei nº 9.504/1997. Em atenção aos compromissos assumidos pelo Brasil na ordem internacional, a manifestação do Comitê merece ser levada em conta, com o devido respeito e consideração. Não tem ela, todavia, caráter vinculante e, no presente caso, não pode prevalecer, por diversos fundamentos formais e materiais.

7.1. Do ponto de vista formal, (i) o Comitê de Direitos Humanos é órgão administrativo, sem competência jurisdicional, de modo que suas recomendações não têm caráter vinculante; (ii) o Primeiro Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional, que legitimaria a atuação do Comitê, não está em vigor na ordem interna brasileira; (iii) não foram esgotados os recursos internos disponíveis, o que é requisito de admissibilidade da própria comunicação

<sup>169</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro**. Revista dos Tribunais: Revista de informação legislativa, São Paulo, v. 181, n. 46, p.105-147, jan. 2009. Trimestral. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194897>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

<sup>170</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. Coleção Direito e Ciências Afins V.4./coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, Willian Terra de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

<sup>171</sup> Publicado em 10 de outubro de 2018.

individual; (iv) a medida cautelar foi concedida sem a prévia oitiva do Estado brasileiro, por apenas dois dos 18 membros do Comitê, em decisão desprovida de fundamentação. No mesmo sentido há precedente do Supremo Tribunal de Espanha que, em caso semelhante, não observou medida cautelar do mesmo Comitê, por entender que tais medidas não possuem efeito vinculante, apesar de servirem como referência interpretativa para o Poder Judiciário. O Tribunal espanhol afirmou, ainda, que, no caso de medidas cautelares, até mesmo a função de orientação interpretativa é limitada, sobretudo quando as medidas são adotadas sem o contraditório.

7.2. Do ponto de vista material, tampouco há razão para acatar a recomendação. O Comitê concedeu a medida cautelar por entender que havia risco iminente de dano irreparável ao direito previsto no art. 25 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que proíbe restrições infundadas ao direito de se eleger. Porém, a inelegibilidade, neste caso, decorre da Lei da Ficha Limpa, que, por haver sido declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal e ter se incorporado à cultura brasileira, não pode ser considerada uma limitação infundada ao direito à elegibilidade do requerente.<sup>172</sup>

Neste ponto, houve divergência levantada pelo Ministro Edson Fachin, que votou em reconhecer validade e jurisdição à medida cautelar deferida pelo Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas.

Foi interposto Recurso Extraordinário contra a referida decisão, ocorrendo juízo de admissibilidade procedente em 10 de setembro de 2018. Porém, perdeu seu objeto com a substituição da candidatura de Luiz Inácio Lula da Silva por Fernando Haddad. O trânsito em julgado foi certificado em 04 de dezembro de 2018.

### ■ 2.3. Conteúdo da Recomendação Proferida pelo Órgão da ONU

Em relação ao conteúdo decisório da recomendação proferida pela Comissão de Direitos Humanos da ONU tem-se o seguinte:

O Comitê, através de seu Relator Especial sobre Novos Comunicados e Pedidos por Medidas Provisionais, avaliou as alegações do autor datadas de 27 de julho de 2018 e concluiu que os fatos relatados indicam a existência de possível dano irreparável aos direitos do autor previstos no artigo 25 do Pacto. Portanto, estando o comunicado do autor sob exame pelo Comitê, conforme a regra processual no. 92, o Comitê requisita ao Estado-Parte a adoção de todas as medidas necessárias para assegurar que o requerente usufrua e exerça todos os seus direitos políticos enquanto está na prisão, na qualidade de candidato nas eleições presidenciais de 2018, o que inclui o acesso adequado à imprensa e aos membros de seu partido político; requisita também que o Estado-Parte não impeça o autor de concorrer nas eleições presidenciais de 2018 até que todos os recursos impetrados contra a sentença condenatória sejam julgados em processos judiciais justos e a sentença esteja transitada em julgado.<sup>173</sup>

Destarte, temos que, em síntese, o comitê requisitou ao Estado brasileiro que tomasse as devidas medidas a fim de, em caráter antecedente, evitar violação de disposição expressa do Pacto.

Feitos estes apontamentos preliminares, cabe agora uma progressão ao passo de interpretar a conjuntura fática com as disposições do ordenamento jurídico interno e externo.

## 3. DIREITO BRASILEIRO (*STRICTO SENSU*)

No cenário interno, há que se observar existência de norma específica, utilizada como fundamento

<sup>172</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Acórdão nº 0600903-50.2018.6.00.0000**. Requerente: Luiz Inácio Lula da Silva e Outro. Impugnante: Procurador-Geral Eleitoral e Outros. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. Brasília, DF, 01 de setembro de 2018. Psess: Mural eletrônico. Brasília, 05 set. 2018.

<sup>173</sup> Tradução autoral.

para o indeferimento da candidatura, qual seja, a existência de causa de inelegibilidade. Senão vejamos:

Lei Complementar n.º 64 de 18 de Maio de 1990:

Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo:

[...]

e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010).

1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010).

[...]

6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010).<sup>174</sup>

Há que ser observada a redação dada pela Lei Complementar n.º 135/10, dispõe que são inelegíveis para qualquer cargo os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de oito anos após o cumprimento da pena.

No caso em questão, houve a juntada de certidão de comprovação do julgamento por órgão colegiado nos crimes supramencionados.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e 30, bem como na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578/AC, reconheceu a constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/10. Portanto, nestes termos a decisão proferida pelo TSE é plenamente coerente. Porém, não nos parece adequado acatar, desde logo, esta conclusão, sendo necessário antes um maior aprofundamento temático.

#### 4. PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS

Em âmbito constitucional, é necessário destacar atenção as seguintes disposições constitucionais acerca dos tratados internacionais: (i) competência exclusiva do Congresso Nacional para resolver definitivamente sobre tratados e similares que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional;<sup>175</sup> e (ii) competência privativa do Presidente da República para celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.<sup>176</sup>

Ainda, quanto aos direitos políticos, devem ser observadas as seguintes disposições constitucionais: (i) em relação ao direito de votar e ser votado, a Lei Complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação;<sup>177</sup> e, por fim (ii) quanto aos direitos fundamentais, os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados

<sup>174</sup> BRASIL. **Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990**. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Brasília, DF: Planalto, 21 maio 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp64.htm)>. Acesso em: 01 dez. 2018.

<sup>175</sup> Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: I - resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; [...]

<sup>176</sup> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; [...]

<sup>177</sup> Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante; [...] §9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

internacionais em que o Estado brasileiro seja parte.<sup>178</sup>

Do exposto, percebe-se que a Constituição Federal atribui competência ao Presidente da República para firmar tratados internacionais, os quais, em razão de relevância temática, deverão passar pela ratificação do Congresso Nacional. Ainda, outorga à legislação complementar a função de regular exceções ao direito de votar e ser votado, observando as disposições de caráter constitucional, assim como as de status constitucional por força do art. 5º, §2º.

## 5. PRESSUPOSTOS DE CONVENCIONALIDADE

Por outro lado, em âmbito externo, três instrumentos devem ser observados, quais sejam: (i) a Convenção de Viena, em especial as disposições contidas nos arts. 16 e 27, que dispõe, respectivamente que: (i.i) “Ser parte”, significa que um Estado consentiu em se obrigar pelo tratado. Nos termos do Artigo 16, é o depósito do instrumento de ratificação que estabelece consentimento de um Estado em vincular-se pelo tratado; e (i.ii) que um Estado-parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado; (ii) o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, especialmente seu art. 25<sup>179</sup>; e, por fim, (iii) o protocolo facultativo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, especificamente no que dispõe sobre a vinculação do órgão consultivo, responsável pelo requerimento ora analisado.<sup>180</sup>

Destarte, percebe-se que a fundamentação de não vinculação da recomendação proferida pelo Comitê de Direitos Humanos em decorrência de contradição com disposição normativa interna não é eficaz em âmbito externo, pois, para tal, basta o depósito do instrumento de ratificação, o que, no caso em questão ocorreu, tornando o Estado brasileiro, para efeitos externos, submetido à jurisdição do Comitê de Direitos Humanos da ONU.

## 6. DA SUPERAÇÃO DE ENTENDIMENTO

Na literatura jurídica, a orientação acolhida pelo Tribunal remonta à primeira Constituição Republicana. Ela decorre de uma interpretação de seus arts. 48, n. 16, e 34 que dispunham ser da competência privativa do Congresso Nacional “resolver definitivamente sobre os tratados e convenções com as nações estrangeiras” e do Presidente da República “entabular negociações internacionais, celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre ad referendum do Congresso”.

Ocorre que, com o advento da Constituição Federal de 1988, a literatura atual vem se pautando em novos paradigmas.

O ponto central da divergência residia na singela constatação de que o texto constitucional não contém nenhuma das palavras que pudesse autorizar a redução de uma competência congressual que é privativa e definitiva. Ademais, o ato de aprovação pelo Congresso Nacional é, nos termos da Constituição de 1988, uma verdadeira espécie legislativa e, ao contrário do que se dava em experiências constitucionais anteriores, é promulgado no Diário Oficial da União. Em outras palavras, se é para conhecer do ato internacional, o Decreto Legislativo satisfaz essa exigência. No caso do Decreto 311, de 17 de junho de 2009, em particular, foi precisamente, o que ocorreu.

<sup>178</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

<sup>179</sup> art. 25. Toda cidadã terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2º e sem restrições infundadas: a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos; b) de votar e de ser eleito em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igualitário e por voto secreto, que garantam a manifestação da vontade dos eleitores; c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

<sup>180</sup> ARTIGO 1º - Os Estados Partes do Pacto que se tornem partes do presente Protocolo reconhecem que o Comitê tem competência para receber e examinar comunicações provenientes de indivíduos sujeitos à sua jurisdição que aleguem ser vítimas de uma violação, por esses Estados Partes, de qualquer dos direitos enunciados no Pacto. O Comitê não receberá nenhuma comunicação relativa a um Estado Parte no Pacto que não seja no presente Protocolo.

Há que se observar que a aprovação dos tratados obedece ao mesmo processo de elaboração de lei, com a observância de idênticas formalidades de tramitação. A competência do Congresso, porém, como advertiu o Relator, é definitiva, o que significa que a sanção presidencial é dispensável, pois, quando celebra um tratado e o submete à aprovação legislativa, o Presidente obviamente manifesta sua concordância.

A analogia com o projeto de lei pretendida é, portanto, maléfica para tentar investigar a razão que justifica a elaboração de um Decreto Presidencial para promulgar os tratados.

De fato, a prática constitucional brasileira sempre utilizou para o depósito das cartas de adesão a aprovação congressual, não o Decreto Presidencial. Ou seja, o Decreto Presidencial dá publicidade não ao tratado, mas à notícia do depósito do instrumento de ratificação.

Essa publicidade é importante para que os que estão no território brasileiro saibam que, a partir do depósito, o Estado passa a ser parte em um determinado tratado. No âmbito internacional, a publicidade interna não é condição para a produção de efeitos. Não é difícil de imaginar, no entanto, que, se a publicação for condição para a produção de efeitos no âmbito doméstico, haverá casos em que um tratado é válido internacionalmente, mas não é internamente exigível. Em casos tais, o próprio Comitê de Direitos Humanos, em seu Comentário Geral n. 31, afirma que, em caso de inconsistência entre o Pacto e o direito interno dos Estados, o artigo 2º exige que a lei ou a prática doméstica sejam alteradas para atender às exigências impostas pelas garantias substanciais do Pacto.

Nesse sentido, valendo-se novamente das lições do Professor Mazzuoli, temos que:

[...] a vigência de um tratado no plano interno prescinde do decreto presidencial de promulgação. Ora, a Constituição de 1988 diz competir privativamente ao Presidente da República sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, não se referindo aos tratados celebrados pelo Brasil. E se a Carta silenciou a respeito, é porque achou desnecessária a promulgação interna do compromisso internacional que, tecnicamente, já começou a vigorar no País – desde que já em vigor no plano internacional – a partir da troca ou depósito de seus instrumentos de ratificação (se outra data não tiver sido prevista pelo tratado). Seria um contrassenso admitir que um Estado seja obrigado a executar um tratado no plano internacional, desde a sua ratificação, e que esse mesmo tratado não possa ser aplicado internamente por faltar-lhe a promulgação executiva.<sup>181</sup>

Em relação à competência, é o próprio Comitê que esclarece o seu sentido quando do exame de comunicações individuais. No Comentário Geral n. 33 (CCPR/C/GC/33), de 25 de junho de 2009, a opinião do Comitê acerca do Protocolo Facultativo representa uma determinação autorizada do órgão encarregado pelo próprio Pacto Internacional da interpretação deste instrumento.

## 7. CONCLUSÕES

Portanto, observando novamente o caráter terminativa que obteve a decisão ora denunciada, conclui-se que sua fundamentação é incoerente, pois, conforme demonstrado o Comitê de Direitos Humanos da ONU é órgão integrante do sistema de proteção internacional, responsável pelo monitoramento e fiscalização do cumprimento pelos Estados do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, e suas decisões são de observância obrigatória, não estando o Estado brasileiro desvinculado formalmente por inobservância de norma interna, que, como visto, sequer existe.

O descumprimento de uma decisão do Comitê representa uma violação em si do Pacto de Direitos Civis e Políticos e gerará responsabilidade internacional do Estado brasileiro e, para constrangimento de todos, uma situação internacional de não compliance com o Pacto de Direitos Civis e Políticos.

O Brasil poderá vir a sofrer responsabilização internacional pelo descumprimento dessas obrigações erga omnes relacionadas aos direitos políticos fundamentais de Luiz Inácio Lula da Silva e oriundas de tratados internacionais ratificados.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

<sup>181</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direito dos Tratados. São Paulo: Editora RT, 2011, p. 380-381.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. **Acórdão nº 0600903-50.2018.6.00.0000**. Requerente: Luiz Inácio Lula da Silva e Outro. Impugnante: Procurador-Geral Eleitoral e Outros. Relator: Ministro Luis Roberto Barroso. Brasília, DF, 01 de setembro de 2018. PSESS: Mural eletrônico. Brasília, 05 set. 2018.

BRASIL. **Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990**. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Brasília, DF: Planalto, 21 maio 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp64.htm)>. Acesso em: 01 dez. 2018.

Corte Interamericana de Direitos Humanos: **Caso Petro Urreg**. Presidente Diego García-Sayán. 2007. Disponível em: <[http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_233\\_esp.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf)>. Acesso em 09 nov. 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. Coleção Direito e Ciências Afins V.4./coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, Willian Terra de Oliveira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro**. Revista dos Tribunais: Revista de informação legislativa, São Paulo, v. 181, n. 46, p.105-147, jan. 2009. Trimestral. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194897>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Direito dos Tratados**. São Paulo: Editora RT, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional de Direitos Humanos**. V. II. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A Interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno na Proteção dos Direitos Humanos**. 2. ed. San José: IIDH, 1996.

## CLÁUSULAS PÉTREAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA SUCINTA ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE CONSIDERAR OS DIREITOS SOCIAIS CLÁUSULAS PÉTREAS

Jean de Freitas<sup>182</sup>

### RESUMO

O presente estudo busca promover uma análise das cláusulas pétreas (ou cláusulas de intangibilidade) e dos direitos fundamentais sociais, especialmente no sentido de analisar, compreender e determinar a possibilidade de considerar esta espécie de direito fundamental sob a égide da cláusula de intangibilidade. Parte-se da perspectiva que as cláusulas pétreas são aplicadas aos direitos individuais, os quais são considerados intangíveis por expressa previsão constitucional, consoante inc. IV, §4º, art. 60, da Constituição de 1988. Assim, a análise pautar-se-á nos diversos argumentos trazidos pela doutrina sobre a abordagem do tema, utilizando-se da metodologia qualitativa e do método dedutivo, com a reunião dos fundamentos em livros, artigos, decisões judiciais, conteúdos reproduzidos na *internet* e afins. Desde já, há que se anotar a importância que a referida proposição temática detém no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no âmbito de discussão das matérias de ordem constitucional, tendo em vista haver demasiada divergência doutrinária no que se refere à consideração dos direitos fundamentais sociais como protegidos pela cláusula de intangibilidade, assim como os direitos individuais. Por fim, a partir da análise e compreensão empregada à pesquisa, mostrou-se que há que se considerar com cautela a adoção dos direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas, pois há autores que consideram tal possibilidade e há aqueles que não consideram esta possibilidade, havendo, inclusive, autores moderados, os quais somente propõe a discussão, mas sem adentrar ao seu mérito.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Constitucional, Cláusula Pétreas, Direitos Fundamentais Individuais e Sociais.

### 1. INTRODUÇÃO

A escolha da temática pautou-se na importância que a proposição da pesquisa detém no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no âmbito das discussões quanto às matérias de ordem constitucional, tendo em vista que há divergência doutrinária no que se refere à incidência das cláusulas pétreas nos direitos fundamentais, especialmente quanto aos direitos sociais positivados no texto constitucional vigente ou em tratados internacionais de direitos humanos.

Os direitos fundamentais positivados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estão contidos no título II, compreendendo a sequência de capítulos I, II, III, IV e V do referido título, além daqueles espalhados pela Constituição, bem como aqueles não positivados na Constituição em si, mas que decorrem do regime, dos princípios e dos tratados em que a República Federativa do Brasil faça parte, consoante determinação contida no §2º, do art. 5º, ou, ainda, aqueles integrantes do “bloco de constitucionalidade”, nos termos do §3º, do art. 5º, ambos da Constituição de 1988 (na redação dada pela EC nº 45/2004).

Ocorre que, textualmente, somente os direitos e garantias individuais, por força do inc. IV, §4º, art. 60, da Constituição de 1988, são considerados cláusulas pétreas pela ordem constitucional vigente, não podendo em hipótese alguma serem abolidos ou suprimidos da Constituição, tendo em vista que os direitos fundamentais contidos no art. 5º, da Constituição de 1988, são tidos como inerentes a todo ser humano em razão do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, princípio este que fundamenta a própria República – inc. III, art. 1º, da Constituição de 1988 (SILVA, J. A., 2018).

Com base no dito acima, bem como analisando a redação do texto constitucional, que considera os direitos e garantias individuais como sendo cláusulas pétreas (inc. IV, §4º, do art. 60, da Constituição

<sup>182</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: jean.jf@icloud.com.

de 1988), é forçoso questionar se o Poder Constituinte Originário promoveu uma má redação do diploma constitucional referido, porquanto não fez constar como cláusula pétrea outras espécies de direitos fundamentais. Ou, ainda, concluir pela hermenêutica literal da cláusula de intangibilidade frente aos direitos individuais, levando em consideração que o legislador constituinte de 1988 optou, por mera liberalidade, em comportar apenas esta espécie direitos fundamentais como cláusula pétrea.

Assim, com estes questionamentos, abre-se margem a diversas interpretações divergentes em consideração a quais direitos fundamentais podem ser considerados intangíveis, haja vista esta lacuna (ou imprecisão) existente no ordenamento constitucional.

Como cediço, os “direitos individuais” são espécie do gênero “direitos fundamentais”. Outras espécies enquadram-se nos direitos fundamentais, tais como os direitos sociais, políticos, da nacionalidade e dos partidos políticos, tendo em vista a divisão trazida no título II, da Constituição de 1988.

Sob esta ótica, o problema abordado no presente trabalho diz respeito à determinar a possibilidade de se considerar os direitos sociais sob a égide da cláusula de intangibilidade, partindo-se da perspectiva que é aplicada aos direitos individuais.

Como dito, se pode afirmar categoricamente que os direitos individuais são cláusulas pétreas por expressa opção do constituinte originário contida na Constituição de 1988, mas a dúvida persistente é quanto às demais espécies de direitos fundamentais, em especial quanto aos direitos sociais (isto é, se estes estariam ou não abrangidos por esta proteção constitucional especial). Quanto a isso, há discussão no âmbito da bibliografia especializada e, mais discretamente, no âmbito jurisprudencial.

Assim, sob este prisma, resta analisar, compreender e determinar se os direitos sociais, uma vez sendo espécie de direito fundamental, bem como por estarem no mesmo patamar quanto aos direitos individuais, podem ser considerados cláusulas pétreas, estando assim abrangidos pela proteção constitucional dada aos direitos individuais, consoante o que dispõe o artigo 60, § 4º, IV da Constituição Federal.

Nesta perspectiva, resta-nos, também, responder a seguinte questão da pesquisa: os direitos sociais podem ser considerados cláusulas pétreas, assim como os direitos individuais?

Portanto, para cumprir os objetivos e responder a questão da pesquisa, o presente trabalho divide-se de forma objetiva, primeiramente discute-se as limitações ao poder de reforma da Constituição e os preceitos enunciativos das cláusulas pétreas, e, sequencialmente, os direitos fundamentais e a possibilidade de considerar os direitos sociais cláusulas pétreas, e, ao final, pontua algumas considerações finais.

## **2. LIMITAÇÕES AO PODER CONSTITUINTE REFORMADOR E PRECEITOS ENUNCIATIVOS DAS CLÁUSULAS PÉTREAS**

Primeiramente, há que se dizer que a cláusula pétrea ou cláusula de intangibilidade é acima de tudo uma construção proveniente da Constituição, tendo em vista que as matérias que estão sob a égide da proteção desta cláusula constam no texto da Constituição de 1988, bastando verificar o respectivo dispositivo que determinam as cláusulas pétreas.<sup>183</sup> Evidencia-se, com isso, que fazem parte das ditas limitações materiais ao poder de reforma da Constituição, comportando as matérias que não podem ser objetos de emenda constitucional com a intenção de abolir ou suprimir os preceitos enunciados no art. 60, §4º, da Constituição de 1988 (SARLET, 2018; SILVA, J. A., 2018).

Da leitura do texto constitucional pode-se verificar que as limitações ao poder de reforma constitucional são condições postas pela própria Constituição quanto ao procedimento de elaboração de emendas constitucionais e sob quais matérias e circunstâncias elas podem ser elaboradas. Aliás, se o poder constituinte originário é tradicionalmente considerado ilimitado, o poder constituinte reformador encontra limitações expressas na Constituição.

As limitações ao poder constituinte reformador classificam-se de forma tripartida, comportando as limitações formais, as temporais e as materiais na classificação aqui adotada (SARLET, 2018).

Contudo, cumpre referir que há divergência doutrinária no que se refere à classificação das limitações ao poder de reforma constitucional. No posicionamento de José Afonso da Silva (2018), por

<sup>183</sup> Da Constituição de 1988 retira-se as cláusulas pétreas, sendo elas: (i) a forma federativa do Estado (inc. I, §4º, art. 60); (ii) o voto direto, secreto, universal e periódico (inc. II, §4º, art. 60); (iii) a separação dos poderes (inc. III, §4º, art. 60); e, (iv) os direitos e garantias individuais (inc. IV, §4º, art. 60).

exemplo, classificam-se as limitações como sendo temporais, circunstanciais e materiais. Embora a classificação das limitações ao poder constituinte reformador varie, a doutrina, obviamente, admite a existência de tais limitações em uníssono, sem despontar do texto contido no art. 60, da Constituição de 1988.

As limitações formais determinam as regras procedimentais que devem ser observadas pelo poder constituinte derivado para a elaboração e aprovação de emenda constitucional, tais como a competência de proposição, competência de promulgação, quórum de aprovação, número de ordem, dentre outras regras de procedimento, sem as quais a emenda havida por aprovada estaria eivada de vício formal, o que a tornaria inconstitucional, porquanto feriria diretamente a Constituição (SARLET, 2018).

Por sua vez, as limitações temporais enunciam que a Constituição vigente não poderá ser reformada enquanto a República Brasileira estiver sob a vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de sítio, consoante §1º, art. 60, da Constituição de 1988 (SARLET, 2018). Além disso, por esta limitação inadmitte-se a reapresentação, na mesma sessão legislativa, de emenda constitucional reprovada ou havida por prejudicada (SARLET, 2018).

A justificativa às limitações temporais é a de que em situações de anormalidade, haveria certa fragilidade de manifestação e decisão do poder constituinte reformador em inserir emenda à Constituição, haja vista que em cenários como estes imperaria a instabilidade institucional, o que poderia de certa forma trazer prejuízos à Constituição e a própria ordem constitucional (SARLET, 2018).

A seu turno, as limitações materiais enunciam as cláusulas pétreas propriamente ditas, as quais ditam matérias de extremo relevo e importância à República Brasileira, sendo que na visão de Silva, D. P. (2014, p. 299), a “cláusula pétrea pode ser definida como uma limitação material ao poder de reforma ou revisão da Constituição e que pode ser explícita ou implícita”. E prossegue da mesma forma ao determinar exemplos de limitações materiais ao poder de reforma e revisão, quando anuncia que “as cláusulas pétreas são exemplo de limitação material explícita [...], a titularidade e o exercício do poder constituinte são exemplos de limitação material implícita.” (SILVA, D. P., 2014, p. 299).

De fato, partindo-se deste pressuposto de que a cláusula pétrea é limitação material aos poderes de reforma e revisão, retira-se do texto constitucional de 1988, (especificamente do §4º, art. 60) também uma conceituação de cláusula de intangibilidade, tendo em vista o que dispõe o referido dispositivo constitucional ao determinar matérias que não podem ser objeto de emenda constitucional que seja tendente a abolir ou suprimir os ditames ali dispostos, inclusive no que tange ao núcleo essencial dos preceitos elencados neste rol de matérias intangíveis.

Para Silveira (1995, p. 207 apud SARLET, 2018, p. 431), ao referir-se às limitações materiais ao poder constituinte reformador, averba de maneira diáfana que estas limitações justificam-se “em face da necessidade de preservar as decisões fundamentais do Constituinte, evitando que uma reforma ampla e ilimitada possa desembocar na destruição da ordem constitucional [...]”.

Assim, ainda que a emenda constitucional comporte os requisitos e respeite as outras limitações, mas verse sobre as matérias às quais há vedação de abolição ou supressão, seria, por óbvio, considerada inconstitucional.

Neste sentido, as cláusulas pétreas limitam o poder do constituinte derivado, anunciando que a Constituição não está a sua completa disposição modificativa, não podendo alterar o texto constitucional a seu bel prazer, por simples questão de conveniência ou composição política (SARLET, 2018).

No que comporta à função de cláusula pétrea é imperioso trazer à baila a visão de Mendes e Branco (2017, p. 122), os quais acompanham o de Ingo Wolfgang Sarlet, na medida em que as cláusulas pétreas visam prevenir a própria destruição da Constituição, além de prescreverem a “função de inibir a mera tentativa de abolir o seu projeto básico”. Com isso, “pretende-se evitar que a sedução de apelos próprios de certo momento político destrua um projeto duradouro.” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 122).

Ora, analisando o pensamento doutrinário quanto ao conceito e função das cláusulas pétreas verifica-se que a sua existência visa limitar materialmente o poder de reforma da Constituição, permitindo que algumas decisões do poder constituinte originário permaneçam no ordenamento constitucional de forma duradoura, não sendo permitido, por força de expressa previsão constitucional, que determinadas matérias contidas neste texto sejam abolidas ou suprimidas, dada a sua importância à ordem constitucional.

Vale destacar que o rol de espécies contidas no texto constitucional constitui os limites materiais explícitos ao poder constituinte reformador, matérias sobre as quais este poder não poderá sequer deliberar. Em um cenário em que proposta de emenda seja tendente a abolir ou suprimir alguma destas matérias, as casas legislativas do Congresso Nacional não poderão deliberar sobre tal proposta, seja por

intermédio das comissões ou das sessões legislativas, sob pena de afronta ao §4º, art. 60, da Constituição de 1988.

Ainda sob este prisma, Sarlet (2018) observa, ao discorrer sobre os limites ao poder constituinte reformador, que a existência das limitações não impõe apenas limites à este poder como também buscam preservar a própria Constituição, conquanto Lei Fundamental Suprema da República, evitando assim a sua destruição.

Em contrapartida, há que se ressaltar que as limitações materiais não ditam a intangibilidade total e literal das matérias elencadas no §4º, art. 60, da Constituição de 1988, tendo em vista que permite-se a sua respectiva modificação ou acréscimo, pois o que veda-se por completo é a abolição ou supressão dos preceitos contidos nas cláusulas pétreas, haja vista determinarem a identidade da Constituição (FERREIRA FILHO, 2014; SARLET, 2018).

Outra questão que se levanta e que revela ser de extrema importância, vez que está estritamente relacionada às cláusulas pétreas é a que diz respeito às limitações materiais implícitas ou também comumente denominadas de núcleo essencial das matérias do §4º, art. 60, da Constituição de 1988.

Estas limitações preceituam que a essência das cláusulas pétreas explícitas também não podem ser objetos de emendas constitucionais que tendam a aboli-las ou suprimi-las, pois estar-se-ia ferindo indiretamente as cláusulas pétreas e por via de consequência a própria Constituição (FERREIRA FILHO, 2014; SARLET, 2018).

Exemplificando, esta compreensão doutrinária quanto à essência das limitações materiais explícitas ao poder constituinte reformador traduz-se no julgamento da medida cautelar da ADI n. 2.024-2/2000, momento no qual o então Ministro Relator do STF, Sepúlveda Pertence, proferiu, no seu voto de denegação da medida, as seguintes palavras:

I. Ação direta de inconstitucionalidade: seu cabimento – afirmado no STF desde 1926 – para questionar a compatibilidade de emenda constitucional com os limites formais e materiais impostos pela Constituição ao poder constituinte derivado: precedente. II. Previdência social (CF, art. 40, §13, cf. EC 20/98): submissão dos ocupantes exclusivamente em cargos de comissão, assim como os de outro cargo temporário ou de emprego público ao regime geral de previdência social: arguição de inconstitucionalidade do preceito por tendente a abolir a “*forma federativa do estado*” (CF, art. 60, §4º, I): implausibilidade da alegação: medida cautelar indeferida.

[...] as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, §4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege. (BRASIL, 2000, p. 85, grifo do autor).

Portanto, apesar da divergência quanto à classificação dos limites ao poder constituinte reformador, destaca-se que as cláusulas pétreas estão no âmbito das limitações, fazendo parte das limitações materiais, sendo consideradas explícitas as expressamente previstas na Constituição de 1988 e as implícitas as decorrentes destas, exprimindo o seu núcleo essencial, como descrito pelo ex-ministro do STF, Sepúlveda Pertence, no seu voto de denegação da medida cautelar na ADI n. 2.024-2/2000. Além disso, frisa-se que as limitações visam evitar que o constituinte reformador possa modificar prejudicialmente a Constituição, ainda que de forma mascarada, na medida em que se protege, inclusive, a essência das cláusulas pétreas.

### **3. DIREITOS FUNDAMENTAIS: TERMINOLOGIA, CONCEITO, DEFINIÇÃO, CARACTERÍSTICAS, HISTORICIDADE E GERAÇÕES**

O(s) conceito(s) de direito fundamental é aqui objeto de análise, pois está estritamente relacionado com a problemática proposta para o presente estudo. Na medida em que se busca analisar, compreender e determinar se os direitos sociais podem ser considerados cláusulas pétreas, parece claro que se deva tecer algumas considerações quanto ao gênero do qual aqueles são espécie.

Dito isto, cumpre observar que no campo doutrinário há grande dificuldade em traçar um conceito concreto do que seja o direito fundamental, dada a sua complexidade. Soma-se a isso, ainda, a dificuldade

em determinar até mesmo a terminologia correta para designar direito fundamental, pois, segundo leciona Sarlet (2018, p. 27) há muitos equívocos de expressão para referir-se ao direito fundamental, a exemplo de “direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais e direitos humanos fundamentais.”

Para elucidar esta questão terminológica, utiliza-se a diferenciação trazida pelo Sarlet (2018, p. 29), que descreve haver diferença nos termos utilizados como sinônimos para referir-se ao direito fundamental, sendo este o termo correto a ser utilizado, o qual, inclusive, vem exposto na própria Constituição Federal de 1988, utilizando como exemplo a diferença com os direitos humanos, pois “em que pese os dois termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) sejam comumente utilizados como sinônimos”, não haveria como considerar que ambos os termos designam o mesmo objeto, haja vista que as próprias nomenclaturas são distintas, ao passo que a motivação é a “explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional [...]”.

Ainda neste sentido, Bonavides (2018, p. 574), ao iniciar as discussões quanto à teoria dos direitos fundamentais, anuncia como a primeira questão a ser esclarecida é a terminologia para referir-se ao direito fundamental, ao questionar se “podem as expressões direitos humanos, direitos do homem e direitos fundamentais ser usadas indiferentemente?”. O autor explica que os termos direitos humanos e direitos do homem são comumente usados por autores anglo-americanos e latinos, enquanto que o termo direito fundamental fica adstrito aos autores alemães (BONAVIDES, 2018).

Assim, apesar da divergência terminológica no plano dos direitos fundamentais, o termo correto a ser empregado é “direito fundamental”, até mesmo por ser o termo utilizado pela própria Constituição de 1988.

Superada a problemática terminológica dos direitos fundamentais, cumpre passar a análise do conceito. Para isto, há que esclarecer que novamente existe demasiada divergência doutrinária para determinar o conceito de direitos fundamentais, cabendo aqui tão somente abordar algumas das discussões trazidas pela doutrina.

Para Silva, J. A. (2018, p. 180, grifo do autor), a concepção de direitos fundamentais dá-se sob duas vertentes, uma vez que os referidos direitos se tratam de “situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”, e de que tais direitos são “fundamentais *do homem* no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados.”

Sarlet (2018, págs. 75 e 78), ao discorrer sobre o que ele denomina de “nota da fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais na Constituição de 1988”, traz o seguinte conceito de direitos fundamentais:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integrados ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).

De forma mais concisa, os direitos fundamentais sob o enfoque material detêm como referência o conteúdo de proteção de referidos direitos, isto é, o âmbito de aplicação propriamente dito, para além da estrutura textual. Sob este prisma, “serão direitos fundamentais as normas que tem por escopo proteger a dignidade da pessoa humana em seus mais variados sentidos.” (TRINDADE, 2015, p. 84).

Assim, independentemente da norma jurídica em que se encontrarem, seja em tratados internacionais ou mesmo na Constituição, os direitos serão considerados materialmente fundamentais na medida em que tenham ligação com a dignidade da pessoa humana.

Em contrapartida ao conceito material de direito fundamental está a concepção formal, a qual determina que “somente os direitos elencados na constituição são considerados fundamentais.” (TRINDADE, 2015, p. 85).

Desta feita, sob esta ótica, somente os direitos fundamentais positivados no título II, da Constituição de 1988, são considerados fundamentais, o que faz excluir, por via de consequência, a fundamentalidade

de outros direitos que não sejam reconhecidos na própria Constituição ou em tratados internacionais de direitos humanos.

Ocorre que, não são somente os direitos fundamentais positivados no título II, da Constituição de 1988 que são considerados fundamentais, tendo em vista o que dispõe o §2<sup>o</sup><sup>184</sup>, art. 5<sup>o</sup>, da mesma Constituição.

Por esta razão, há outros direitos fundamentais espalhados pela Constituição de 1988 e por tratados internacionais que são considerados fundamentais, os quais receberam a denominação de direitos fundamentais “fora do catálogo” (TRINDADE, 2015). Ou seja, o título II da Constituição representaria o “catálogo” de direitos fundamentais, mas haveria também direitos fundamentais para além deste rol.

Portanto, desta análise conceitual pode-se observar a existência de duas vertentes teóricas para conceituar os direitos fundamentais, sendo elas a material e formalmente fundamental. Esta última é identificada com a limitação aos direitos fundamentais previstos no título II da Constituição, enquanto a primeira seria mais ampla, abrangendo todos os direitos que tenham relação com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Apesar de toda a discussão doutrinária quanto à conceituação e definição de direitos fundamentais, existem características que auxiliam o intérprete ao analisar a fundamentalidade de tais direitos. Estas características são a “historicidade, universalidade, limitabilidade, concorrência e irrenunciabilidade.” (LENZA, 2017, p. 1104). Ainda, simplificadamente, na forma determinada por Silva, J. A., (2018, p. 183, grifo do autor) os direitos fundamentais comportam quatro características, que são a “*historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e a irrenunciabilidade*.”. Posto isto, uma vez que determinado direito comporte referidas características, será o mesmo considerado fundamental.

Além disso, discute-se com abundante fundamentação a historicidade dos direitos fundamentais. Há autores que descrevem os direitos fundamentais como sendo o “resultado de um processo de conquistas de alforrias humanitárias, em que a proteção da dignidade humana prosseguia ganhando, a cada momento, tintas mais fortes.” (ARAUJO; NUNES JÚNIOR, 2012, p. 142). A partir daí passaram a ser inerentes ao homem, sendo que “isto pode ser verificado pelo fato de que muitos dos direitos fundamentais acompanharam o próprio homem desde o seu surgimento.” (TRINDADE, 2015, p. 85).

A historicidade dos direitos fundamentais é um tanto quanto peculiar, pois ela remonta a longos anos atrás, desde meados da antiguidade, período no qual inexistiam os referidos direitos, até meados da pós-segunda guerra mundial, período em que foi dominante no que concerne ao reconhecimento dos direitos fundamentais dos povos e do ser humano (MORAES, 1997).

Durante os períodos de formação e constituição dos direitos fundamentais, são duas as principais declarações de direitos consideradas as precursoras na declaração e positivação dos direitos fundamentais do ser humano no decorrer da história, para além da *Magna Charta Libertatum*, sendo as primeiras da era moderna (MORAES, 1997).

Trata-se da “Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia”, de 1776, que culminou um mês depois na “Declaração de Independência dos Estados Unidos da América”, e da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, datada de 1789, que eclodiu em 1791, no bojo da Constituição Francesa (MORAES, 1997).

Referidas declarações enunciaram uma “série de direitos fundamentais, tais como a liberdade, a propriedade, a segurança, o direito de resistência à opressão e os direitos políticos.” (MORAES, 1997, p. 50).

Na segunda metade do século XX, verificou-se um movimento de positivação dos direitos fundamentais conquistados pelo ser humano durante a história, especialmente após os acontecimentos históricos das duas grandes guerras mundiais (MORAES, 1997).

Não bastasse a positivação, algumas constituições contemplaram algumas espécies de direitos fundamentais como sendo cláusulas pétreas, intangíveis negativamente, impedindo a sua abolição ou supressão, a exemplo do que ocorre com a Constituição de 1988.

Ainda em relação ao aspecto histórico, registra-se na doutrina a discussão acerca das denominadas “gerações” ou “dimensões” dos direitos fundamentais. Há consenso no entendimento de que existem três gerações dos referidos direitos, mas há questionamentos da existência de direitos fundamentais

<sup>184</sup> Referido dispositivo constitucional determina que os direitos e garantias expressos na Constituição de 1988 não excluem outros direitos e garantias que sejam provenientes de tratados internacionais de direitos humanos em que a República faça parte ou até mesmo os decorrentes do regime ou dos princípios adotados também pela República para a instituição de novos direitos fundamentais na ordem constitucional vigente.

de quarta e quinta gerações, o primeiro correspondente aos direitos à democracia e o segundo dizendo respeito ao direito à paz (BONAVIDES, 2018; SARLET, 2018).

No que corresponde aos direitos de primeira geração, estes dizem respeito aos direitos de liberdade, comumente denominados de direitos fundamentais *negativos*, pois determinam direitos de defesa em face ao Estado, onde este deve se abster nas relações com o ser humano, anunciando ao Estado uma obrigação de não fazer (MORAES, 1997).

Já no que concerne aos direitos de segunda geração, estes equivalem aos direitos sociais, os quais impõem ao Estado um *dever de prestação* aos seus titulares, isto é, lhe impõe uma obrigação de fazer, com o fim de propiciar bem-estar social aos titulares dos direitos sociais (MORAES, 1997).

Os direitos fundamentais de terceira geração equivalem aos direitos difusos, tais como o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente saudável, dentre outros (MORAES, 1997).

Para além disso, as espécies de direitos fundamentais podem decorrer dos termos positivados na Constituição de 1988, contidos no título II, compreendendo a sequência de capítulos I, II, III, IV e V. Além disso, concorrem aqueles espalhados pela Constituição, bem como aqueles não positivados que decorrem do regime, dos princípios e dos tratados em que a República Federativa do Brasil faça parte, consoante determinação contida no §2º, art. 5º, da mesma Constituição.

Ademais, apesar de toda a divergência doutrinária que permeia sobre o aspecto conceitual dos direitos fundamentais, cumpre asseverar que referidos direitos são inerentes ao ser humano, como o demonstra a análise histórica de luta em conquistá-los (TRINDADE, 2015). Tais direitos começaram a ser efetivamente reconhecidos a partir do século XVIII, com as primeiras declarações após a *Magna Charta Libertatum*, e difundidos com o advento das constituições a partir do século XX (MORAES, 1997).

#### 4. POSSIBILIDADE DE CONSIDERAR OS DIREITOS SOCIAIS CLÁUSULAS PÉTREAS

A discussão central da problemática resume-se a determinar a possibilidade de considerar os direitos sociais pétreos, isto na perspectiva doutrinária, tendo em vista que no presente trabalho propôs-se discutir referida problemática na perspectiva dos constitucionalistas brasileiros que se dispõe a escrever sobre o tema, até porque no âmbito jurisprudencial a discussão não é tão abrangente quanto é na doutrina.

Na perspectiva do presente estudo, ou seja, para se considerar os direitos sociais como cláusulas pétreas, deve ser empregada ao regramento constitucional uma proposta hermenêutica que contemple referidos direitos como pétreos, na medida em que somente quanto aos direitos individuais é que contém expressa previsão constitucional de intangibilidade.

Partindo-se da exegese do texto constitucional em que constam como cláusulas pétreas os *direitos e garantia individuais*, consoante inc. IV, §4º, art. 60, da Constituição de 1988, não haveria dúvidas em rechaçar a ideia de que os direitos sociais estariam inclusos neste contexto.

Ocorre que, levando-se em consideração o que já fora exposto no presente trabalho, pode-se concluir, de um lado, que há uma má redação do texto constitucional, por não comportar os direitos sociais no rol de cláusulas pétreas, ou, de outro lado, argumentar que o texto contido no dispositivo constitucional (inc. IV, §4º, art. 60, da Constituição de 1988) foi um opção por mera liberalidade do Constituinte de 1988, o que, apesar disso, deixa a confusão quando da interpretação da Constituição, haja vista que deixar de considerar os direitos sociais indignos ou não merecedores da proteção concedida aos direitos individuais, seria, nesta perspectiva, inconcebível.

Levando-se em conta as diversas discussões trazidas pela doutrina, especialmente no que tange à hermenêutica a ser empregada para interpretar os dispositivos constitucionais mencionados haveria que se considerar pétreos os direitos sociais, porquanto fazem parte da própria essência da Constituição, constituindo a identidade do diploma constitucional (MORAES, 1997).

Assim, a interpretação que melhor expressa essa ideia é a de considerar a locução “direitos e garantia *individuais*” como sendo “direitos e garantias *fundamentais*”, ainda que não haja o constituinte o feito expressamente, o que pode ser explicado pela divisão dos direitos fundamentais contida no título II, da Constituição de 1988, bem como porque a Constituição é eminentemente cidadã, conquanto comporta como fundamento a dignidade da pessoa humana, e como objetivos construir uma sociedade livre, justa e solidária, erradicando a pobreza e as desigualdades sociais, sendo os direitos sociais os meios de efetivação do fundamento e dos objetivos do Estado Social e Democrático de Direito Brasileiro, razão

pela qual haveria que se afastar qualquer sorte de interpretação restritiva ao inc. IV, §4º, art. 60, da Constituição de 1988 (MORAES, 1997).

No mesmo sentido é a compreensão de Bonavides (2018, págs. 670-671) quando inicia a discussão sobre a exclusão categórica dos direitos individuais do âmbito de incidência do poder constituinte reformador, a partir da qual “levanta-se uma questão interpretativa da mais subida importância, porquanto envolve círculo daquela garantia suprema os direitos sociais”, questão esta que vem a ser “em saber se esses direitos entram ou não naquela esfera de proteção absoluta.”. Para o autor, a resolução interpretativa da questão problemática dá-se de duas formas, a primeira sob a perspectiva histórica e a segunda sob olhares interpretativos.

Aplicar a interpretação literal neste ponto afastaria qualquer possibilidade de considerar os direitos sociais cláusulas pétreas, o que somente seria possível interpretando-se “mediante conceitos jurídicos de aplicação rigorosa que estampam a face de um constitucionalismo desde muito abalado e controvertido em suas fontes materiais, bem como nas suas antigas bases de sustentação e legitimidade.” (BONAVIDES, 2018, p. 672). Assim, é imperioso verificar que referida aplicação restritiva mostra-se falha, por desconsiderar as evoluções históricas dos direitos fundamentais, que remontam à períodos em muito pretéritos.

Desta feita, sob esta perspectiva histórica, deve-se levar em consideração que o conceito de tais direitos “não abrange apenas o teor material dos direitos da primeira geração, herdados pelo constitucionalismo contemporâneo, senão que se estende por igual aos direitos da segunda dimensão, a saber, os direitos sociais.” (BONAVIDES, 2018, p. 674).

Noutra perspectiva, deixar de considerar os direitos sociais sob a égide da cláusula de intangibilidade preceituada na Constituição de 1988 seria, a bem da verdade, contrariar a própria Constituição, na medida em que esta anuncia categoricamente que a República Brasileira detém como objetivos construir uma sociedade justa, livre e solidária, sem contar que fundamenta-se no princípio da dignidade da pessoa humana, um dos quais é basilar à toda ordem constitucional (BONAVIDES, 2018).

Soma-se a isso, ainda, que os direitos individuais não são hierarquicamente superiores aos direitos sociais, razão pela qual não haveria como considera-los indignos de igual proteção de intangibilidade (BONAVIDES, 2018).

Ainda, Bonavides (2018, págs. 678-679) faz a ponderação quanto a hermenêutica constitucional a ser empregada ao interpretar-se a Constituição sobre a problemática, sendo nobre as suas palavras:

Enfim, só uma hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais em harmonia com os postulados do Estado Social e democrático de Direito pode iluminar e guiar a reflexão do jurista para a resposta a alternativa acima esboçada, que tem por si a base de legitimidade haurida na tábua dos princípios gravados na própria Constituição (arts. 1º, 3º e 170) e que, conforme vimos, fazem irrecusavelmente inconstitucional toda a inteligência restritiva da locução jurídica “direitos e garantias individuais” (art. 60, §4º, IV), a qual não pode, assim, servir de argumento nem de esteio à exclusão dos direitos sociais.

Nesta senda, ao aplicar-se a interpretação extensiva a fazer considerar os direitos sociais cláusulas pétreas, Bonavides (2018, p. 676) é enfático em preceituar a inconstitucionalidade de lei ou emenda constitucional que visem afetar referidos direitos fundamentais:

Tanto lei ordinária como a emenda à Constituição que afetarem, abolirem ou suprimirem a essência protetora dos direitos sociais, jacente na índole, espírito e natureza do nosso ordenamento maior, padecem irremissivelmente da eiva de inconstitucionalidade, e como inconstitucionais devem ser declaradas por juízes e tribunais, que só assim farão, qual lhes incumbe, a guarda bem-sucedida e eficaz da Constituição.

Sarlet (2018, p. 444) não destoa das razões esposadas. Muito pelo contrário, vai além para incluir como cláusula pétrea não somente os direitos sociais, mas também outros direitos, asseverando que “os direitos e garantias individuais referidos no art. 60, §4º, inc. IV, da nossa Lei Fundamental incluem, portanto, os direitos sociais e os direitos da nacionalidade e cidadania (direitos políticos).”

O autor prossegue, ponderando que “apenas por meio de uma interpretação sistemática se poderá encontrar uma resposta satisfatória no que concerne ao problema da abrangência do art. 60, §4º, inc. IV, da CF.” (SARLET, 2018, p. 443).

Assim, é razoável considerar os direitos sociais sob a mesma área protetiva aplicada aos direitos individuais, haja vista que ambas as espécies detêm a mesma importância, apesar de prescreverem matérias diversas, sendo que para alcançar tal afirmativa, a hermenêutica deve comportar todo o contexto dos direitos fundamentais.

Para além da possibilidade de poder considerar pético os direitos fundamentais sociais, e que, por óbvio detêm plena relação com a questão, é a concernente à essencialidade das cláusulas pétreas, que também é amplamente debatida em conjunto com os direitos fundamentais.

Na medida em que se consideram os direitos sociais como cláusulas pétreas, o mesmo segue quanto ao seu núcleo essencial, pois os direitos fundamentais, como um conjunto, são considerados a identidade da própria Constituição de 1988, e, por conseguinte, constituem “valores basilares de um Estado social e democrático de Direito”, sendo que a “sua abolição acabaria por redundar na própria destruição da nossa ordem constitucional, o que, por evidente, se encontra em flagrante contradição com a finalidade precípua das cláusulas pétreas.” (SARLET, 2018, págs. 446-447).

Portanto, para evitar todo e qualquer perigo de destruição da Constituição de 1988, curva-se a doutrina em considerar os direitos fundamentais como um conjunto identificador da própria Constituição, e em aplicar uma interpretação a fazer com que estejam todos sob a égide da cláusula de intangibilidade (SARLET, 2018).

Cuida-se, como já dito anteriormente, dos limites materiais ao poder constituinte reformador (SARLET, 2018). Mas, há que se ponderar neste viés, que a Constituição “não impede ajustes e restrições, mas impede a supressão de direitos fundamentais como tais consagrados pelo Constituinte.” (SARLET, 2018, p. 446).

Por outro lado, há aqueles que não concordam com os posicionamentos acima enunciados, como é o caso de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2014), o qual acredita numa interpretação das cláusulas pétreas tão somente restritiva, argumentando que não foi opção do Constituinte de 1988 abarcar outras espécies de direitos fundamentais senão os individuais como limitadores ao poder constituinte reformador, até porque há diversos direitos atribuídos ao título II da Constituição que não são considerados verdadeiros direitos fundamentais, não sendo, assim, merecedores de proteção de intangibilidade.

Assim, segundo Ferreira Filho (2014, p. 196), “a limitação material ao Poder Constituinte não é a regra, mas a exceção, como tal há de ser interpretada restritivamente.”

Contudo, ainda que aplicável uma interpretação restritiva ao disposto no art. 60, §4º, da Constituição de 1988, o núcleo essencial dos preceitos ali enunciados deve ser preservado, considerado assim pético, imodificável por intermédio de emenda constitucional, por determinar a identidade da própria Constituição de 1988 (FERREIRA FILHO, 2014).

Paralelamente à contrariedade de posicionamentos, Ferreira Filho (2014, p. 344) ainda assim compreende que as cláusulas pétreas não são de toda intangíveis, porquanto anunciam limitações materiais ao poder constituinte reformador de abolição ou supressão dos preceitos nelas enunciados, mas “evidentemente pode reequacioná-los, modificá-los, alterar suas condições ou efeitos, pois isto não é vedado pelo Texto Constitucional.”

De forma mais moderada, Mendes e Branco (2018) trazem os posicionamentos favoráveis e contrários sobre a possibilidade de considerar os direitos sociais como sendo pétreos. Argumentam sobre a perspectiva dos adeptos de uma interpretação restritiva do inc. IV, §4º, art. 60, da Constituição de 1988, no sentido de que foi opção do Constituinte de 1988 garantir tal proteção aos direitos individuais (portanto não extensivo aos direitos sociais), e argumentando, em sentido contrário, que não seria razoável aplicar a interpretação restritiva, na medida em que a Constituição detém como fundamento e objetivos a dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, respectivamente (MENDES; BRANCO, 2017).

Apesar disso, na visão dos autores, “o que explica a consagração destas cláusulas de perpetuidade é o argumento de que elas perfazem um núcleo essencial do projeto do poder constituinte originário.” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 120). E como tais, as cláusulas pétreas permitem alterações, inclusive no que tange a sua redação, sem, contudo, implicar em inconstitucionalidade por violação da Constituição, haja vista que o objetivo principal da cláusula de intangibilidade é proteger a essência dos preceitos nelas exprimidos, evitando, assim, a destruição da identidade da Constituição (MENDES; BRANCO, 2017).

Portanto, doutrinariamente, esta discussão é acirrada, tendo autores que adotam posicionamentos favoráveis, contrários e moderados, quanto à possibilidade de considerar os direitos sociais como sendo cláusulas pétreas. A doutrina propicia, inclusive, vasta argumentação para sustentar os posicionamentos.

Levando-se isto tudo em conta, há que se considerar com cautela a adoção dos direitos de segunda geração como cláusula pétrea, pois esta possibilidade não é unânime.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como alhures exposto, propôs-se com a temática analisar, compreender e determinar se os direitos sociais podem ser considerados também pétreos, assim como os direitos individuais, bem como responder a seguinte questão da pesquisa: os direitos sociais podem ser considerados pétreos, assim como os direitos individuais?

Autores não faltam na defesa da possibilidade de considerar os direitos sociais como sendo cláusulas pétreas, defendendo a aplicação de uma hermenêutica constitucional que possa dar viés a esta possibilidade. O mesmo diga-se em sentido contrário, com autores defendendo a impossibilidade de aplicação deste viés interpretativo, fiéis de uma hermenêutica restritiva do texto constitucional que determina as cláusulas pétreas. Por demais, há ainda os moderados, que não se dispõem em adentrar nesta seara, mas tão somente pincelam os posicionamentos postos por aqueles que discutem a temática mais a fundo.

Na medida em que foi reunida a bibliografia restou claro que o presente tema não se esgota numa discussão superficial, haja vista que os autores que se propõem a escrever sobre o tema trazem profunda argumentação à discussão, cada qual para fundamentar o seu respectivo posicionamento.

Vê-se, também, que não há unanimidade doutrinária sobre a possibilidade de considerar pétreos os direitos sociais, inclusive havendo doutrinadores que sequer buscam aprofundar-se no tema, trazendo somente a discussão posta pela doutrina, sem, contudo, adentrar ao mérito.

Assim, mostra-se respondida a questão da pesquisa, porquanto pode-se considerar os direitos sociais cláusulas pétreas, assim como os direitos individuais, ainda que a resposta à questão retira-se apenas da visão de alguns autores.

Ademais, restou satisfatório a análise e a compreensão da temática e de forma parcial quanto a possibilidade de determinar os direitos sociais como cláusulas pétreas, tendo em vista que tal possibilidade não é completamente acolhida pela doutrina, não sendo, portanto, um consenso unânime no meio doutrinário.

Portanto, cabe ao leitor se filiar a um sentido doutrinário quanto a problemática e com isso firmar seu respectivo posicionamento, tendo em vista que há autores que consideram pétreos os direitos sociais, tendo, em contrapartida, autores que não concordam com tal possibilidade, pois a temática proposta é demasiadamente discutida na doutrina nacional, porquanto fazem parte da Constituição de 1988.

Por fim, verifica-se que a problemática detém grande abrangência para ser satisfatória a sua exposição num simples artigo científico como este, razão pela qual sugere-se que sejam propostos e produzidos novos estudos neste sentido, inclusive por intermédio de grupos de estudo, com o intuito de compreender de forma mais satisfatória e ampla a problemática envolvida em torno dos direitos sociais e das cláusulas pétreas.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988. BRASÍLIA, DF, 05 out. 1988.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. I. Ação Direta de Inconstitucionalidade: seu cabimento – afirmado no STF desde 1926 – para questionar a compatibilidade de emenda constitucional com os limites formais e materiais impostos pela constituição ao poder constituinte derivado: precedente. II. Previdência social (CF art. 40, §13, cf. EC 20/98): submissão dos ocupantes exclusivamente em cargos de comissão, assim como os de outro cargo temporário ou de emprego público ao regime geral de previdência social: arguição de inconstitucionalidade do preceito por tendente a abolir a “forma federativa do estado” (CF, art. 60, §4º,

i): implausibilidade da alegação: medida cautelar indeferida. ADI nº 2.024-2/2000. Governador do Estado de Mato Grosso do Sul. Congresso Nacional. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 27 de outubro de 1999. **Diário da Justiça**. Brasília, DF, 01 dez. 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347393>>. Acesso em: 20 abr. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **O poder constituinte**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. **Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria: parte geral**. São Paulo: LTr, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARCONI, Maria de Andrade. **Metodologia Científica: para o curso de direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2. ed. Nova Hamburgo: Feevale, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico** / atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Aeficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

TRINDADE, André Fernando dos Reis. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva 2015.

## A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ ATRAVÉS DO CONSTITUCIONALISMO PÓS- MODERNO

Thainara Nascimento dos Santos<sup>185</sup>

### RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar as influências de constitucionalismo sobre Constituição brasileira, realizando em um primeiro momento uma contraposição histórica de como se originou o Constitucionalismo do Brasil? Houve ou não influência externa? Os critérios utilizados foram os mesmos para a Constituinte? Nos dias atuais, o que segue a Carta Magna brasileira? Existe um modelo a ser seguido? Essas e outras indagações são pertinentes para o tema por meio do estudo do constitucionalismo nacional. A metodologia utilizada para o presente estudo foi o método hipotético-dedutivo, tendo como alicerce do problema de pesquisa o seguinte questionamento: “pode-se afirmar que a Constituição do Brasil, por meio do seu rol de direitos fundamentais recebeu influências de outras Cartas Magnas ou observa-se também a influência de declarações de direitos humanos?”. Como hipótese, propõem-se que a atual constituição brasileira e recebeu forte influência portuguesa, possuindo, portanto, entre si diversos direitos e garantias fundamentais semelhantes.

**PALAVRAS-CHAVES:** Constitucionalismo brasileiro, Direitos Humanos, Direito Constitucional.

### 1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é analisar as influências de constitucionalismo sobre Constituição brasileira, realizando em um primeiro momento uma contraposição histórica de como se originou o Constitucionalismo do Brasil? Houve ou não influência externa? Os critérios utilizados foram os mesmos para a Constituinte? Nos dias atuais, o que segue a Carta Magna brasileira? Existe um modelo a ser seguido? Essas e outras indagações são pertinentes para o tema por meio do estudo do constitucionalismo nacional. A metodologia utilizada para o presente estudo foi o método hipotético-dedutivo, tendo como alicerce do problema de pesquisa o seguinte questionamento: “pode-se afirmar que a Constituição do Brasil, por meio do seu rol de direitos fundamentais recebeu influências de outras Cartas Magnas ou observa-se também a influência de declarações de direitos humanos?”. Como hipótese, propõem-se que a atual constituição brasileira e recebeu forte influência portuguesa, possuindo, portanto, entre si diversos direitos e garantias fundamentais semelhantes.

Observou-se que no atual contexto mundial, em que tanto se fala de direitos humanos, as declarações de direitos humanos também tiveram influência sobre a constituições brasileira. Portanto, a base do objeto deste estudo está pautada no capítulo I do livro “As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa” de Jorge Bacelar de Gouveia, no qual se encontram inconsistências com as análises realizadas afirmadas no referido material de pesquisa e, que no decorrer de diagnósticos mais profundos, identifica-se dessemelhante do que fora alegado pelo autor. Com isso, percebe-se que não é só uma guisa pelas quais deve o presente ser tema de estudo, mas que se recomenda levar em consideração outros eventos ocorridos na história e no universo jurídico, que não o foram, ou seja, um recorte maior que justifica e qualifica como se deu a criação de inúmeras cartas magnas de distintos idiomas, como se observará a seguir.

Assim, o presente artigo dividiu-se da seguinte forma: em um primeiro momento estudar-se-á historicamente como se deu o constitucionalismo português, o qual a influenciou diretamente a primeira carta magna brasileira, e se foi instituído um modelo constitucional para que fosse reproduzido no futuro. Posteriormente será apresentada uma análise sobre o papel dos Direitos Humanos no que concerne aos Direitos fundamentais, que se encontra no corpo de numerosas cartas constitucionais.

<sup>185</sup> Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Católica de Santa Catarina - Joinville. E-mail: thainara.santos@catolicasc.org.br.

## 2. DESENVOLVIMENTO

### ■ 2.1 As Influências nos Constitucionalismos Português e Brasileiro

O Brasil foi o segundo país de matriz lusófono a ter uma Constituição escrita. O primeiro foi Portugal. Por ordem, iniciaremos pela antiga metrópole. Segundo Bonavides (2004)<sup>186</sup>, o prelúdio da primeira Carta Magna de Portugal deu-se no período de dois séculos, os quais são marcadas por momentos distintos, a Revolução Francesa e a Americana, que tiveram grande influência sobre o Constitucionalismo Português, dado que ambas tinham por escopo fundamental a emancipação e a organização dos povos.

O primeiro estágio ocorre no início das primeiras décadas do século XIX. De acordo com Bonavides, a França napoleônica era o radicalismo empírico da insurreição francesa com formato imperial, que refutava o povo ao antigo regime, “do poder absoluto, dos feudos, da tradição, e dos privilégios, uma nova ordem de coisas que fazia antever no pergaminho das Cartas outorgadas a aurora constitucional da liberdade”<sup>187</sup>. Sendo assim, percebia em Napoleão (ainda que um rei invasor) a esperança de uma carta constitucional a Portugal.

Pretendia-se, a partir do novel modelo deliberar, através de modificação ou restauração dos princípios sociais, a aliança existente entre a realeza e o feudo, que se diga de antemão já estava ultrapassada. Nesse instante, empregava a Corte de Lisboa uma política ambígua e contradita, de forma agonizante. Em decorrência disso, estava o Brasil dependente da metrópole em derrocada com o sistema colonial que fora eleito pela casa grande portuguesa, que antecipava o arremate secessionista.

Portugal tinha o Brasil como extensão do sistema monárquico, que se encontrava prestes a cair: a colônia estava pronta a despir essa roupagem arcaica e trajar vestes constitucionais, mas que se deparava com bloqueios absolutistas de ambos os países. O país dominador e metrópole do Brasil lutava fortemente contra o movimento que este e aquele estavam empenhando-se para aderir ao constitucionalismo liberal, e que não foi o suficiente para Portugal triunfar. O qual, sobrevivendo a caída do Império e a proclamação da República, em que esse perfez o segundo estágio constitucional, que aderiu ao modelo americano republicano, presidencialista e federativo, modelo esse distinto do português.

Por fim, menciona-se o terceiro estágio, do qual se observa já a queda da influência europeia, em razão de conduzir-se a um percurso distinto, o qual anteriormente mencionado denominava-se presidencialista, republicano e federativo, e que já demonstrava o término do movimento europeu com a inserção do modelo de controle de constitucionalidade difuso (distinto do modelo concentrado da velha Europa). Após inúmeros confrontos, Portugal, que passava vexatória situação de ser conhecida como a colônia da colônia, então conseguira sua primeira carta constitucional de 23 de dezembro de 1822, essa que foi logo em seguida da proclamação da Independência do Brasil às margens do Ipiranga no dia 7 de setembro do mesmo ano, proclamada por D. Pedro I. A mesma carta constitucional não se manteve pura como se desejava inicialmente e sofreu influências, como é o caso da carta espanhola de Cádiz que “quando rebentou a revolução de Espanha, as atenções dos conspiradores concentraram-se num pensamento único transplantar para Portugal a constituição democrática dos nossos vizinhos”<sup>188</sup>. A qual em outros momentos também sofrera influências de Cádiz, é o caso:

Três vezes a Constituição espanhola de Cádiz, monumento do liberalismo monárquico, teve ingresso efêmero no constitucionalismo luso-brasileiro.

A primeira vez em Portugal, ao ensejo da rebelião popular de 11 de setembro de 1821 apoiada por forças do exército; houve porém um recuo, de tal sorte que, segundo Aurelino Leal, passaram a vigorar, tão somente, “disposições da Constituição espanhola que se referiam ao sistema e processo eleitoral, e com a condição de que as Côrtes Constituintes e Extraordinárias convocadas não alterassem na constituição futura de Portugal as suas boas essências e nem admitissem princípios menos liberais”; Leal, Aurelino, “História Constitucional do Brasil”, op. cit., pp. 17e 18.

A segunda vez, na Bahia, em 10 de fevereiro de 1821, de maneira provisória e nos mesmos termos de sua adoção em Portugal, conforme assinala o sobredito historiador (Leal Aurelino, op. cit., p. 18). A seguir, pela terceira vez, no Rio de Janeiro, por apenas 24 horas.

Decretada no dia 21 de abril foi revogada no dia seguinte, por dois decretos de D. João VI,

<sup>186</sup> BONAVIDES. Paulo. **As Nascentes do Constitucionalismo Luso-Brasileiro, uma análise comparativa**. 2004. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1510/9.pdf>. Acesso em: 25.07. 2018. p. 197 e ss.

<sup>187</sup>

<sup>188</sup> BONAVIDES. Paulo. **As Nascentes do Constitucionalismo Luso-Brasileiro, uma análise comparativa**. p. 217 e ss.

que escreveu assim, como rei, a página que melhor lhe biografia o carácter, a irresolução e principalmente a covardia de personalidade<sup>189</sup>.

Ainda, a propósito disso, Miranda comenta sobre a influência de Cádiz e a Constituição napoleônica na primeira Constituição portuguesa e outros aspectos do Constitucionalismo do Brasil e Portugal:-

A Constituição de 1822 tem por base a Constituição de Cádiz (1812) e as Constituições francesas de 1791 e 1795, com procura do equilíbrio entre poder do Estado e os direitos individuais. Surge na sequência da Revolução de 1820 e transmite a ideia de ruptura com o Antigo Regime e a emergência de valores universais. Da Revolução saiu uma Junta Provisional do Reino, que mandou proceder à eleição de deputados às “Cortes Gerais Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa”. Em fevereiro de 1821 as Cortes discutiram um projecto de “bases da Constituição” (37 princípios de orientação para os trabalhos da Assembléia), afirmando-se que a comissão se tinha cingido aos “bons e antigos usos e costumes” (de facto, não se rompeu totalmente com as tradições nacionais: no preâmbulo, refere-se o “restabelecimento e a reforma das leis fundamentais da monarquia”, invoca-se a Santíssima Trindade, o estatuto da religião católica e a manutenção da Casa de Bragança). Em 1822, D. João VI, que se encontrava exilado no Brasil desde 1807, devido às invasões napoleônicas, jurou a Constituição, mesmo sem a conhecer, após esta ter sido aprovada pela Assembleia Constituinte e sujeita a longa discussão. Todavia, desde a sua chegada ao Brasil, D. João havia criado ou transferido todo um conjunto de instituições próprias de uma estrutura estatal. A elevação do Brasil à categoria de Reino, em 1815, levou ao surgimento do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves. Mas esta união real revelava-se imperfeita, por faltar, pelo menos, uma assembleia electiva que funcionasse junto dos órgãos do poder executivo brasileiro, emergindo, assim, divergências de entendimento sobre a união.<sup>190</sup>

No Brasil, D. Pedro I desobedece ao comando de retorno a Portugal e instala a primeira Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, mas que fora dissoluto em 12 de novembro de 1823 por decreto de D. Pedro I, pois queria esse que a constituição brasileira fosse “uma constituição sábia, justa, adequada e executável, ditada pela razão e não pelo capricho”.<sup>191</sup>

Ainda, segundo Bonavides (2004), com diversos contratempos encarados que dificultaram a outorga da primeira carta magna, essa sobreveio através do Conselho de Estado por intervenção de Carneiro de Campos, que criou o projeto da Constituição outorgada, que foi a base da Constituição que foi outorgada em 24 de março de 1824, mas que D. Pedro I levou o bônus de produzi-la. Posteriormente, o embaixador da Inglaterra no Brasil, amigo de D. Pedro I, levou a carta outorgada para a velha metrópole para que pudessem copiá-la. Sendo assim, D. Pedro I assinou a carta portuguesa em 29 de abril de 1826.

Dessa forma, D. Pedro I cumpriu o que prometera que era a liberdade constitucional de ambos os países e, por ser o criador dessas premissas, trouxe perceptível aproximação entre elas, conforme expõe Bonavides:

As duas Cartas outorgadas - a do Brasil, em 1824 e a de Portugal em 1826 - tinham muitos pontos em comum, porquanto partiram da mesma forja constituinte, da mesma nascente liberal, da mesma autoridade régia o Imperador D. Pedro I, que perante a história, sem embargo do atavismo autocrático que lhe corria nas veias com o sangue dos Braganças, soube, todavia, constitucionalizar dois reinos, em meio às tormentas do absolutismo. E assim, honrou o seu nome e as suas promessas de fundar a liberdade constitucional no Brasil e em Portugal.<sup>192</sup>

À vista disso, é a partir desse momento que se pode ser arguir a proximidade entre as constituições, pois nasceram do mesmo genitor, que, naquele momento, os Estados eram muito próximos, mas que se tornaram distintas com a outorga de posteriores cartas e com o desmembramento de Brasil e Portugal

<sup>189</sup>

<sup>190</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional Tomo I – O Estado e os sistemas constitucionais**. 2004. Disponível em: <http://www.resumos.net/ficheiros/ensino-superior/direito/fdul/direito-constitucional-i/tomo-1-o-estado-e-os-sistemas-constitucionais.doc>. Acesso em: 25. 07.2018. p. 28.

<sup>191</sup> BONAVIDES. Paulo. **As Nascentes do Constitucionalismo Luso-Brasileiro, uma análise comparativa**. p. 225 e ss.

<sup>192</sup> BONAVIDES. Paulo. **As Nascentes do Constitucionalismo Luso-Brasileiro, uma análise comparativa**. 2004. p. 230.

que já havia ocorrido há tempos, e logo se tornaram estranhas uma a outra, mas que possuem a história e o idioma como cordão umbilical ligando-as. Para Canotilho, “as constituições correspondem à sociedade em que se vive não ao Estado”<sup>193</sup>. Portanto, em um diagnóstico raso verifica-se que a Constituição da República de 1976 e a Constituição Federal de 1988 são distintas, ao passo que o modelo de sociedade e até mesmo é muito distinto daquele de D. Pedro I, e uma não é modelo da outra. Como explicita Gouveia, cada uma tem sua história, forma de estado, de governo, entre outros.

Ainda sobre a Constituição de 1988, além das desigualdades expostas no quadro comparativo acima, é notável evidenciar que a referida Carta foi elaborada e promulgada em plena democracia, logo após a ditadura militar, entre 1964 a 1985, ou seja, apenas três anos depois do término do evento que foi o grande opressor dos direitos fundamentais e direitos humanos. Todavia, observa-se o valoroso ponto entre as cartas que é o referencial que estas e aquelas seguem, que é a recepção formal da Declaração Universal dos Direitos do homem.

## ■ 2.2 A Ascendência dos Direitos Humanos nos Demais Constitucionalismos

Como demonstrado anteriormente, o Constitucionalismo pode sofrer influências como no caso do Brasil e Portugal na concepção de suas primeiras cartas. Mas, segundo Law e Versteeg (2012), não é correto aduzir que esse ou aquele é exclusivamente modelo de Constitucionalismo, sendo que os respectivos expõem:

The notion that certain prominent constitutions influence the adoption and revision of constitutions elsewhere presupposes that there are, in fact, discernible patterns to the content of the world's constitutions. If constitutional content varies at random, it becomes difficult to argue that there exist widespread constitutional practices, much less that any particular constitution is responsible for shaping those practices<sup>194</sup>.

Consequentemente, não faz se lógica a existência de “um modelo de Constitucionalismo de Língua Portuguesa”<sup>195</sup>, ou seja, em análise pode-se afirmar que no Mundo as constituições não seguem um modelo específico de Constitucionalismo. Nesse modelo de Constitucionalismo português, ao qual arguiu Gouveia, denota-se que um dos elementos é “a existência de Constituições escritas”, e novamente um equívoco, visto que a primeira constituição escrita foi a dos Estados Unidos da América de 17 de setembro de 1787 (talvez o que queira expor o autor, é que a Constituição de 1822 de Portugal foi a primeira de matriz lusófono a ser escrita, nesse sentido estaria correto). Portanto, hipoteticamente se existe um modelo de Constitucionalismo e que elenque a escrita como elemento, esse feito deve-se ao Americano e não ao Português, visto que o último foi posterior, e não foi constituído logo em seguida da americana. Houve outros eventos constitucionais que também foram escritos, antes do desentranhar de 1822, ao exemplo da Constituição Francesa, de Cádiz, etc.

Law e Versteeg expõem que, historicamente, antes do término da Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos internacionalmente eram totalmente ausentes. Então, em 1948, com a adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos, notava-se apenas uma porção de tratados internacionais de direitos humanos, mas que eram soluções *ad hoc*, isto é, específico para o caso. À época, políticas de colonialismo impediam que se desse a propagação dos direitos humanos em âmbito internacional, não obstante, outra vertente importante, entretanto, não havia pacificação clara sobre a noção universal dos direitos humanos, pois esse, foi frustrado pelo domínio colonial. O mundo estava horrorizado com as atrocidades da Segunda Guerra Mundial. Então, nesse período, foi estabelecida uma espécie de regime internacional de direitos humanos. Em 1945, houve o estabelecimento da Nações Unidas, que elaborou a Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio em 1948. Após esse marco, expandiu significativamente o número de tratados internacionais de direitos humanos.

<sup>193</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7º ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 88.

<sup>194</sup> S. LAW, David; VERSTEEG, Mila. **The declining influence of the united states constitution**. 2012. Disponível em: [http://www.nyulawreview.org/sites/default/files/pdf/NYULawReview-87-3-Law-Versteeg\\_0.pdf](http://www.nyulawreview.org/sites/default/files/pdf/NYULawReview-87-3-Law-Versteeg_0.pdf). Acesso em: 01.08.2018. p. 772. “A noção de que certas constituições proeminentes influenciam a adoção e revisão de constituições em outros lugares pressupõe que há, de fato, padrões discerníveis para o conteúdo das constituições do mundo. Se o conteúdo constitucional varia aleatoriamente, torna-se difícil argumentar que existem práticas constitucionais generalizadas, muito menos que qualquer constituição particular seja responsável por moldar essas práticas.”

<sup>195</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. **As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa**. 4º ed. Coimbra: Almedina, 2014, p.51.

Law e Versteeg mencionam, ainda, que existe um rol de “direitos genéricos” que aparecem em mais de 70% das constituições, e que esses direitos são ligados aos direitos fundamentais e humanos, como, por exemplo, liberdade religiosa, liberdade de imprensa e/ou expressão, garantia de igualdade, direito à propriedade privada, direito à privacidade, proibição de prisão arbitrária e detenção, direito de reunião, direito de associação, direitos das mulheres, entre outros. Sobre os direitos constitucionais genéricos, expressam os autores:

#### A. Generic Constitutional Rights

A significant number of constitutional provisions are so ubiquitous that they might fairly be called generic. This fact is immediately evident from Table 1, which ranks the components of the rights index according to their global popularity in 2006 and documents the growth in their popularity over the last six decades. The most popular, or generic, rights in the world are freedom of religion, freedom of expression, the right to private property, and equality guarantees. Each of these rights can be found in no less than 97% of all constitutions in force as of 2006. In addition, privacy rights, the prohibition of arbitrary arrest and detention, the rights to assembly and association, and women’s rights are all found in over 90% of the world’s constitutions. Nor are these the only rights that might fairly be described as generic: Each of the twenty-five most popular constitutional provisions appears in over 70% of all constitutions. The existence of a corpus of constitutional provisions that are shared by a wide majority of the world’s constitutions can fairly be said to define a shared, or generic, global practice of rights constitutionalism. In other words, over 40% of the components of our rights index are relatively generic.<sup>196</sup>

Identifica-se então que possivelmente esse seja um modelo de Constitucionalismo que possa ser seguido, ou talvez a existência de um meio norteador para as demais constituições, a partir dos tratados de direitos humanos, da Declaração Universal de Direitos Humanos, e outros do seguimento que não só defendem os direitos humanos, mas que são resultados da incivilidade humana que foi o fator gerador para que houvesse algo que resguardasse a humanidade de seus próprios atos, como já dizia Thomas Hobbes “o homem é o lobo do homem”. Hoje, as barreiras do passado quanto aos direitos humanos foram superadas, com a criação de institutos que fiscalizam e protegem esses direitos. Veja-se um exemplo:

Today, there exist over one hundred multilateral treaties on human rights, which are in turn supplemented by a host of international declarations, comments, interpretations, decisions, and pronouncements that enjoy “soft law” status and further specify treaty norms. The prospects for monitoring compliance and enforcing this expanding corpus of law, meanwhile, have brightened thanks to the proliferation of such mechanisms as human rights committees, optional protocols, individual complaint procedures, and special rapporteurs. These efforts at the global level have also been paralleled at the regional level, in the form of detailed rights regimes specific to Europe, the Americas, Africa, and the Caribbean.<sup>197</sup>

Tendo em vista que a partir de 1948, com o surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, houve um movimento da maioria das constituições no mundo em empenhar-se com a garantia

<sup>196</sup> LAW; VERSTEEG. **The declining influence of the united states constitution**. p. 773. “Um número significativo de dispositivos constitucionais é tão onipresente que pode ser chamado de genérico. Esse fato é imediatamente evidente na Tabela 1, que classifica os componentes do índice de direitos de acordo com sua popularidade global em 2006 e documenta o crescimento de sua popularidade nas últimas seis décadas. Os direitos mais populares ou genéricos do mundo são a liberdade religiosa, a liberdade de expressão, o direito à propriedade privada e as garantias de igualdade. Cada um desses direitos pode ser encontrado em nada menos que 97% de todas as constituições em vigor a partir de 2006. Além disso, os direitos de privacidade, a proibição de prisão e detenção arbitrárias, os direitos de reunião e associação e os direitos das mulheres mais de 90% das constituições do mundo. Esses não são os únicos direitos que podem ser descritos como genéricos: cada uma das vinte e cinco disposições constitucionais mais populares aparece em mais de 70% de todas as constituições. A existência de um conjunto de disposições constitucionais que são compartilhadas por uma ampla maioria das constituições do mundo pode ser razoavelmente definida como uma prática global compartilhada ou genérica de constitucionalismo de direitos. Em outras palavras, mais de 40% dos componentes do nosso índice de direitos são relativamente genéricos”.

<sup>197</sup> LAW; VERSTEEG. **The declining influence of the united states constitution**. p. 834. “Hoje, existem mais de cem tratados multilaterais sobre direitos humanos, que por sua vez são complementados por uma série de declarações internacionais, comentários, interpretações, decisões e pronunciamentos que desfrutam do status de “soft law” e especificam as normas do tratado. As perspectivas de monitorar o cumprimento e aplicar este corpus de lei em expansão, por sua vez, foram intensificadas graças à proliferação de mecanismos como comitês de direitos humanos, protocolos opcionais, procedimentos de reclamação individuais e relatores especiais. Esses esforços em nível global também foram acompanhados em nível regional, na forma de regimes detalhados de direitos específicos para a Europa, as Américas, a África e o Caribe”.

desses direitos, observado a tragédia da Segunda Guerra Mundial e o horror que foi o holocausto. Isto posto, é quase que seguramente afirmar que existe um movimento constitucional *in the world* (no mundo) que segue os direitos humanos internacionalmente para que no presente ou no futuro, a humanidade volte a cometer os erros do passado.

Contudo, a simples existência de normas garantidoras de direitos fundamentais não impede que os direitos humanos possam ser violados, embora a sua violação implique em punição ao infrator. No mais, a certeza do resguardado dos direitos humanos intrínsecos a cada cidadão daquele pacto contratual confere a ele uma sensação de segurança e liberdade.

Alegam os autores que alguns países são mais suscetíveis ou não a influências internacionais advinda dos Direitos Humanos, mas que isso vai se delineando segundo a democracia de cada país.

For example, a country that revises its constitution frequently might be expected to have a constitution that is more in sync with the latest human rights treaties. Likewise, there are several reasons why a country that has actually ratified a treaty might be more inclined to incorporate the provisions of that treaty into its constitution than a country that has not ratified the treaty. The constitutional impact of human rights instruments may also depend upon deeply rooted characteristics of a country's legal and political system. Scholars have suggested, for example, that democracies may be more likely to incorporate their treaty commitments into their constitutions than non-democratic countries. Similarly, whether a country possesses a common law system may affect its susceptibility to the influence of human rights treaties.<sup>198</sup>

Para encerrar, em diagnóstico desse tópico, percebe-se, no geral, que as constituições foram se moldando através da “Carta Internacional dos Direitos Humanos” que é composta pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e o Pacto Internacional sobre Direitos Sociais e Culturais, também pelos tratados de direitos humanos, e outras garantias que versem sobre o tema.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise obtida pela leitura dos autores do qual foi possível a idealização desse trabalho, é notável que embora historicamente uma constituição tenha influenciado na outra em vários momentos. Na atualidade é difícil que ocorra, ao modo que no primórdio das constituições não se tinha uma noção do que seguir e como essa se daria, não se tinha até noções de direitos que hoje são pacificadas, por isso a existência de influências, ou até mesmo o que chamamos hoje de *ipsis litteris*, é o caso da constituição do Brasil de 1824 que foi levada para Portugal para que fosse copiada no ano de 1826, como exposto no item 2.1.

Ressalta-se que são notórios os argumentos expostos por Gouveia em relação aos pontos de convergência do constitucionalismo de língua portuguesa, que são: “o procedimento constituinte, a hiper-rígidez do texto constitucional, a proteção dos direitos fundamentais e o funcionamento da economia social de mercado”<sup>199</sup>. Todavia, pode-se afirmar que outros documentos influenciaram as constituições, como as Declarações de Direitos Humanos, bem como o Brasil adotou diferente forma de governo e de Estado, o que inviabiliza que siga um ‘modelo’ distinto.

<sup>198</sup> LAW; VERSTEEG. **The declining influence of the united states constitution**. p. 840. “Por exemplo, pode-se esperar que um país que revise sua constituição frequentemente tenha uma constituição que esteja mais em sintonia com os mais recentes tratados de direitos humanos. Da mesma forma, existem várias razões pelas quais um país que realmente ratificou um tratado pode estar mais inclinado a incorporar as disposições desse tratado em sua constituição do que um país que não ratificou o tratado. O impacto constitucional dos instrumentos de direitos humanos também pode depender de características profundamente enraizadas do sistema legal e político de um país. Os estudiosos sugeriram, por exemplo, que as democracias podem ser mais propensas a incorporar seus compromissos de tratado em suas constituições do que os países não democráticos. Da mesma forma, se um país possui um sistema de direito comum pode afetar sua suscetibilidade à influência dos tratados de direitos humanos”.

<sup>199</sup> GOUVEIA, Jorge Bacelar. **As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa**. p. 48.

Analisou-se ainda que, em todos os momentos, sempre houve em algum tipo de conflito, seja no absolutismo da época de D. Pedro I, no obscuro período escravocrata, ou na Segunda Guerra Mundial, se alerta que esses foram apenas três momentos. Portanto, neste breve artigo não se consegue pesquisar demais constituições, mas averiguou-se que diversas constituições do mundo são influenciadas pelas Declarações de direitos humanos. No Brasil, por exemplo, a Constituição promulgada em 1988 foi uma carta criada após mais de duas décadas vividas sob o regime militar, que dentre outros fatores gerou supressão de direitos fundamentais, cenários de torturas, perseguições políticas, entre outros fatores lastimáveis que, mesmo após anos da cessação têm-se repercussões negativas. Logo, no início dos ensaios da criação da atual Constituição brasileira, lembrou-se o período sombrio da ditadura, e o então texto Constitucional foi elaborado sob a democracia, em que a carta magna se atentou a todo histórico vivido há poucos anos antes de sua promulgação, bem como o período escravocrata, e através do seu conteúdo ficou conhecida como Constituição cidadã. Sendo assim, utilizou-se desses mecanismos (Direitos Humanos) para que não ocorram erros como do passado, e assim zelando pelos direitos de cada cidadão contra ação arbitrária do Estado.

Por fim, as cartas brasileiras (1924 – 1988) possuem aspectos semelhantes de constitucionalismo com o português, contudo, não se molda apenas na influência constitucional de Portugal, bem como, unicamente sob a influência dos Direitos Humanos. Sendo assim, ainda que observado mais uma influência do que outra, a Constituição cidadã de 1988 foi influenciada por ambos.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONAVIDES, Paulo. **AS NASCENTES DO CONSTITUCIONALISMO LUSO-BRASILEIRO, UMA ANÁLISE COMPARATIVA**. 2004. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1510/9.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

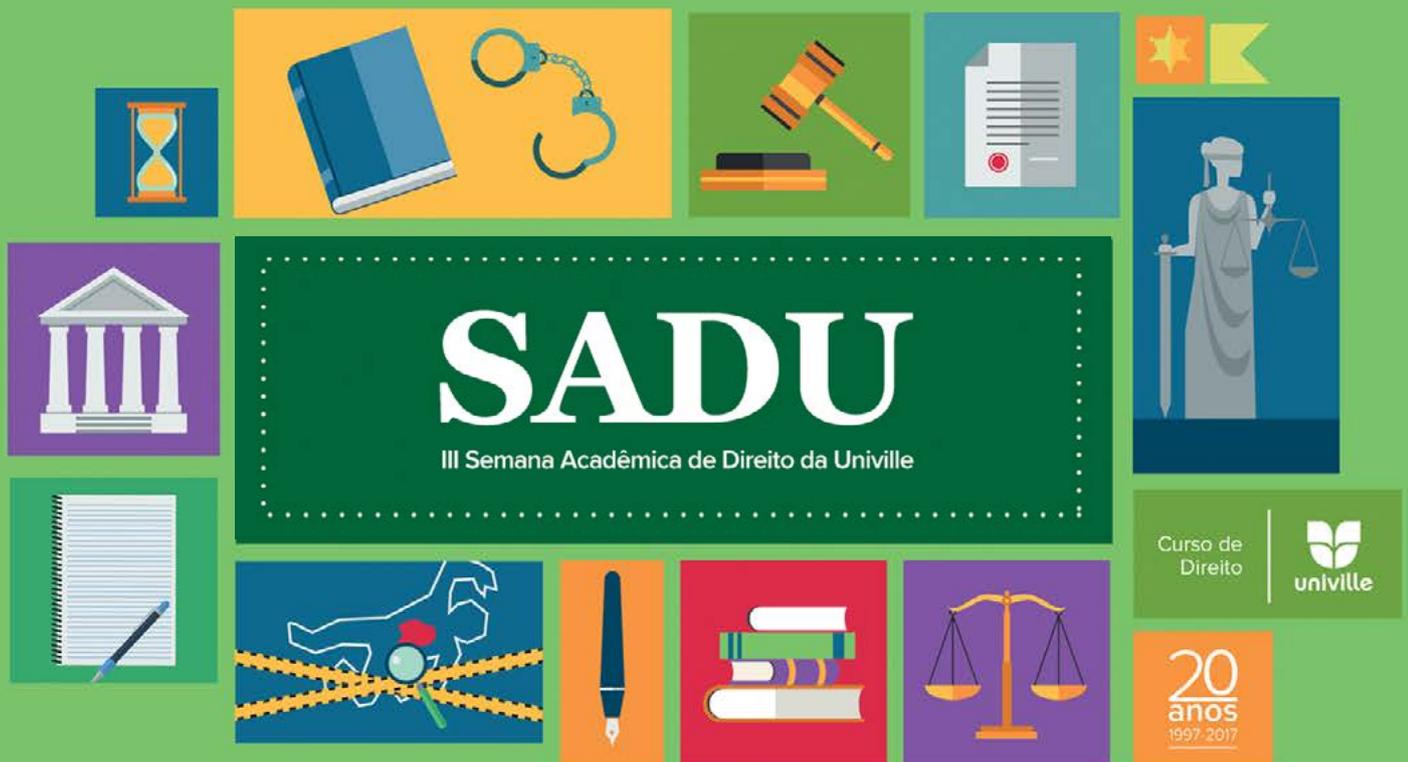
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional Tomo I – O Estado e os sistemas constitucionais**. 2004. Disponível em: <<http://www.resumos.net/ficheiros/ensino-superior/direito/fdul/direito-constitucional-i/tomo-1-o-estado-e-os-sistemas-constitucionais.doc>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

S. LAW, David; VERSTEEG, Mila. **The declining influence of the united states constitution**. 2012. Disponível em: <[http://www.nyulawreview.org/sites/default/files/pdf/NYULawReview-87-3-Law-Versteeg\\_0.pdf](http://www.nyulawreview.org/sites/default/files/pdf/NYULawReview-87-3-Law-Versteeg_0.pdf)>. Acesso em: 04 ago. 2018.



**GRUPO DE TRABALHO:  
DIREITOS CULTURAIS,  
CRIMINOLOGIA E  
JUSTIÇA SOCIAL**

## FEMININO E A VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Aline Perussolo<sup>200</sup>

Micheline Ramos de Oliveira<sup>201</sup>

Eduardo Guerini<sup>202</sup>

### RESUMO

Este artigo foi elaborado a partir de um fragmento de uma dissertação defendida no Programa de Mestrado Profissional em Gestão de Políticas Públicas na Universidade do Vale do Itajaí em meados de março de 2018. A metodologia utilizada nessa pesquisa foi a etnografia do tipo qualitativa, um método de investigação científica que foca no caráter subjetivo da situação analisada, estudando as suas particularidades e experiências individuais, como também a experiência e intuição pessoal dos pesquisadores no campo os quais trabalharam juntos para compor a pesquisa, visto o período de dois anos de investigação, leitura e frequência no presídio feminino. As narrativas biográficas que são as entrevistas livres com as mulheres em foco investigaram os percursos e trajetórias individuais e sociais de cada uma delas, a partir de suas próprias falas e do indispensável diário de campo, instrumento de registro e análise de dados de cada visita realizada no presídio. O objetivo geral deste estudo foi investigar o cotidiano de um berçário, num presídio feminino, por meio de uma etnografia, utilizando as narrativas biográficas das interlocutoras, a fim de relacioná-las num discurso crítico, revelando direitos fundamentais violados por esse mundo murado, proporcionando a expansão da pesquisa para a discussão de políticas públicas e legislações humanizadas. A problemática desta pesquisa revelou o encarceramento de mães e crianças numa cruel realidade violenta que vai de encontro aos direitos legítimos da integralidade da criança e da maternagem, impossibilitando o acesso de direitos fundamentais e revelando a violação dos direitos humanos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Crianças, Direitos Fundamentais, Mulheres, Presídio.

### 1. INTRODUÇÃO

Este artigo foi elaborado a partir de um fragmento de uma dissertação defendida no Programa de Mestrado Profissional em Gestão de Políticas Públicas na Universidade do Vale do Itajaí em meados de março de 2018.

A metodologia utilizada nessa pesquisa foi a etnografia do tipo qualitativa, um método de investigação científica que foca no caráter subjetivo da situação analisada, estudando as suas particularidades e experiências individuais, como também a experiência e intuição pessoal das pesquisadoras no campo (STAKE, 2011, p.11)<sup>203</sup>, os quais trabalharam juntos para compor a pesquisa, visto o período de dois anos de investigação, leitura e frequência no presídio feminino.

Fizemos uso da etnografia, compreendida aqui, como uma descrição densa da realidade (GEERTZ, 1978, p.28)<sup>204</sup>, na proposição de explanar a produção de sentido das interlocutoras e a própria subjetividade das pesquisadoras, compondo o processo arquetônico da pesquisa e seus resultados.

As narrativas biográficas que são as entrevistas livres com as mulheres em foco (DINIZ, 2015,

<sup>200</sup> Mestre em Gestão de Políticas Públicas (2018) e Bacharel em Direito (2013) pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Professora, consultora jurídica e pesquisadora do CNPq na linha de pesquisa Dinâmicas Institucionais. Brasil, Araquari-SC. E-mail: perussoloaline@gmail.com

<sup>201</sup> Doutora (2009) e Mestre (2002) em Antropologia Social pela Universidade Federal de Santa Catarina. Graduada em Psicologia. Professora titular no Mestrado Profissional em Gestão de Políticas Públicas na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Brasil, Itajaí-SC. E-mail: micheantr@hotmail.com

<sup>202</sup> Mestre em Sociologia Política (2000) e Graduado em Ciências Econômicas (1992) pela Universidade Federal de Santa. Professor titular da Universidade do Vale do Itajaí, nos cursos de Direito e Engenharia de Produção, Professor colaborador no Programa de Mestrado Profissional em Gestão de Políticas Públicas. Brasil, Itajaí-SC. E-mail: eguerini@terra.com

<sup>203</sup> STAKE, R.E. Pesquisa qualitativa: estudando como as coisas funcionam. Penso: Porto Alegre, 2011.

<sup>204</sup> GEERTZ, C. **A Interpretação das Culturas**. Zahar: Rio de Janeiro, 1978.

p.21)<sup>205</sup>; (KOFES, 2001, p.56)<sup>206</sup>; (VARELLA, 2017, p.15)<sup>207</sup>, investigaram os percursos e trajetões individuais e sociais de cada uma delas, a partir de suas próprias falas e do indispensável diário de campo (MALINOWSKI, 1989, p.75)<sup>208</sup>, instrumento de registro e análise de dados de cada visita realizada no presídio.

O objetivo geral deste estudo foi investigar o cotidiano de um berçário, num presídio feminino, por meio de uma etnografia, utilizando as narrativas biográficas das interlocutoras, a fim de relacioná-las num discurso crítico, revelando direitos fundamentais violados por esse mundo murado, proporcionando a expansão da pesquisa para a discussão de políticas públicas e legislações humanizadas.

A problemática desta pesquisa revelou o encarceramento de mães e crianças numa cruel realidade violenta que vai de encontro aos direitos legítimos da integralidade da criança e da maternagem, impossibilitando o acesso de direitos fundamentais.

As consequências da vida no cárcere já foram relatadas por alguns pesquisadores e pesquisadoras, a exemplo de Varella (2017, p.16), Diniz (2015, p.63), Queiroz (2015, p.11-19)<sup>209</sup>, Foucault (1987, p.118)<sup>210</sup>, Goffman (1987, p.89)<sup>211</sup>, mas os estudos acerca do aprisionamento de crianças com suas mães que estão cumprindo pena em presídios femininos são quase inexistentes ou escassos (VIEIRA; VERONESE, 2016, p.23-59)<sup>212</sup>.

A importante função de desconectar do pré-conceito advindo de vários conhecimentos, fez nossa pesquisa fugir da rotina na sua natividade com o comum que é relatado em periódicos, livros, entrevistas, imergindo no mundo alheio em certo plano. Fez-nos refém de tudo isto que foi omitido, mas em inúmeras vantagens abrindo nossos olhos ao novo paradigma de pesquisar e descobrir o que é etnografar, para depois tentar a habilidade de descrever aquilo que foi visto, sentido, ouvido e falado.

Em muitos dos pressupostos antropológicos a “proximidade-distanciamento” estão imersos nos sentidos dos outros, como o ético incorporando no êmico, percebendo que através dos sujeitos se realiza um encontro etnográfico, uma explicação com interpretação. Assim, boa parte dos pressupostos da antropologia repousa sobre este estar refém, Kofes (2001, p.52) frisa isso como parcialmente refém, já que o desafio é não estar confinado na proximidade nem na distância.

Num país regulado por legislações arcaicas, leis penais ultrapassadas e uma gestão prisional decadente, buscamos refletir com alguns clássicos, como Foucault (1987, p.9-87) e Goffman (1987, p.14-64), as inúmeras problemáticas que ocorrem constantemente no Brasil, e essa discussão foi norteadada pela maternidade no cárcere (BADINTER, 1980, p.31-49)<sup>213</sup>, ou seja, mulheres que estão encarceradas no presídio feminino, juntamente com seus filhos e filhas em idade de amamentação.

## 2. A VIOLÊNCIA DESVELADA

Em pesquisas realizadas com mulheres grávidas, Boiteux (2015, p.22)<sup>214</sup> chama a atenção para a violência cometida a essas detentas. Xingamentos, falta de água, comida ruim, desrespeito, são algumas situações relatadas por essas encarceradas entrevistadas. O perfil dessas mulheres em situação de maternidade na prisão é de uma maioria jovem, entre 18 e 22 anos, delas a maioria são negras e solteiras, com baixa escolaridade, possuindo no máximo o ensino fundamental completo, sendo que 9,8% ainda declararam não saber ler ou escrever.

A metade delas estava trabalhando em empregos sem carteira assinada na época em que foram

<sup>205</sup> DINIZ, D. **Cadeia**: Relatos Sobre Mulheres. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

<sup>206</sup> KOFES, S. **Uma trajetória, em narrativas**. São Paulo: Mercado de Letras, 2001.

<sup>207</sup> VARELLA, D. **PRISIONEIRAS**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

<sup>208</sup> MALINOWSKI, B. Um diário no sentido estrito do termo. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Record, 1989.

<sup>209</sup> QUEIROZ, N. **Presos Que Menstruam**: A brutal vida das mulheres tratadas como homens nas prisões brasileiras. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

<sup>210</sup> FOUCAULT, MI. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

<sup>211</sup> GOFFMAN, E. **Manicômios, prisões e conventos**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1987.

<sup>212</sup> VIEIRA, C. M. C. A.; VERONESE, J. R. P. **Crianças Encarceradas**: A Proteção Integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

<sup>213</sup> BADINTER, E. **Um amor conquistado**: O mito do amor materno. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

<sup>214</sup> BOITEUX, L. **Mujeres y Encarcelamiento por Tráfico de Drogas**: Colectivo de Estudios Droga y Derecho. Rio de Janeiro: Ladh, 2015. Disponível em: <[http://www.drogasyderecho.org/publicaciones/pub-priv/Luciana\\_v08.pdf](http://www.drogasyderecho.org/publicaciones/pub-priv/Luciana_v08.pdf)> Acesso em: 03 jan 18.

presas, sendo grande parte responsável pelo sustento do lar, a maioria era ré primária condenada a penas entre 5 e 9 anos. Situações que se repetem na pesquisa realizada no presídio feminino de Itajaí e outras já citadas, como alguns dados do Infopen (BRASIL, 2014)<sup>215</sup>.

A grande maioria dessas mulheres foi enquadrada no crime de tráfico de drogas, mas acima de tudo essas detentas são mulheres pobres que não ocupam destaque no mercado ilícito, gerando um triste impacto e consequências irreparáveis para seus filhos e filhas quando encarceradas.

Não escrevemos aqui para defender a liberdade dessas detentas, mas sentimos a obrigação de revelar essas histórias de um contexto punitivo e caótico que vem há muito tempo violando essas mulheres marginalizadas, que não tiveram oportunidade para escolher uma vida melhor. Muitas nasceram na favela e cresceram vendo essa rotina de violência e tráfico de drogas (ZALUAR, 1985, p.87)<sup>216</sup> e hoje estão sendo presas com pequenas quantidades de drogas, pois precisam sobreviver e criar sua prole.

Reafirmar garantias constitucionais é o mínimo que nós pesquisadoras e pesquisadores podemos fazer a respeito dessa marginalização feminina. O que está previsto na Constituição Federal (BRASIL, 1988)<sup>217</sup> como a dignidade da pessoa humana, bem como os direitos fundamentais na construção de uma sociedade livre, justa e solidária, são pressupostos que devem sair do papel e serem cumpridos, pois a erradicação da pobreza e a marginalização, bem como a redução das desigualdades sociais e regionais, a promoção do bem de todos, sem preconceito de cor, origem, sexo, raça, idade, precisam ser cumpridas.

Bem como expõem Rangel e Bacila (2015, p.76)<sup>218</sup> é necessário repensar as formas e atitudes que podem ser relevadas e aplicadas para erradicar a marginalização que essas mulheres sofrem. Utilizar meios jurídicos é a primeira ação que cabe às instituições públicas ou privadas que desejam a redução do encarceramento feminino.

Reduzir a prisão de detentas no Brasil, mediante concessão de algum instrumento de meio jurídico como um habeas corpus coletivo, não irá beneficiar grandes traficantes, mas sim fazer justiça para milhares de mulheres presas por delitos de menor periculosidade. A exemplo destes o tráfico de drogas, não sendo novidade que muitas vezes essas mulheres não comercializavam a droga, apenas viviam com os companheiros que faziam o tráfico, maneira encontrada por elas para ter uma vida menos miserável.

É preciso fazer a sociedade entender que essas pessoas presas não apodrecerão na cadeia, como é o desejo de muita gente hipócrita. É necessário ter o entendimento que será melhor termos um tratamento digno ou um relaxamento de prisão, do que ver essas pessoas saindo pior do que entraram no cárcere, humilhadas, estigmatizadas e marginalizadas por um sistema corrupto que prende quem é pobre.

### 3. PERCUSSORES DE ALÍVIO: UM REMÉDIO JURÍDICO

Em meados de fevereiro de 2018, um remédio jurídico foi deliberado pelo Supremo Tribunal Federal em favor de mulheres grávidas ou mães de menores de até doze anos, que estejam cumprindo prisão preventiva, ou seja, esperando seu julgamento, (HC 143641) o habeas corpus coletivo (BRASIL, 2017)<sup>219</sup>.

Essa decisão substitui a prisão preventiva pela domiciliar, o que foi considerado um marco histórico na justiça para as instituições que pleiteavam esse recurso. Como sabemos, a justiça brasileira é morosa, e dados da EBC Agência Brasil (PONTES; MARTINS, 2017, p.8)<sup>220</sup> solicitados por um dos ministros que procederam o relatório, demonstraram que quase a metade das mulheres encarceradas estão à espera do

<sup>215</sup> BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. **Infopen Mulheres**. 2014. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/relatorio-infopen-mulheres.pdf>> Acesso em: 03 jan. 2018.

<sup>216</sup> ZALUAR, A. **A máquina e a Revolta**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

<sup>217</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 19. mar. 17

<sup>218</sup> RANGEL, P., BACILA, C. R. **Lei de Drogas: comentários penais e processuais. 3a. ed. São Paulo: Atlas, 2015.**

<sup>219</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 143.641**, da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>> Acesso em: 29. Fev. 18.

<sup>220</sup> PONTES, F.; MARTINS, H. **População carcerária feminina cresce 700% em dezesseis anos no Brasil**. EBC Agência Brasil. Ago. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-08/populacao-carceraria-feminina-cresce-700-em-dezesseis-anos-no>> Acesso em: 09 jan. 2018.

juízo. Esse HC foi fundamental para aliviar as penitenciárias da superlotação, mas principalmente dar liberdade provisória para muitas dessas detentas que têm filhos e filhas à espera de seus cuidados.

Essa decisão esclarece que não terão direito ao benefício as presas que tenham cometido crime de grave ameaça ou com emprego de violência, além dos casos especiais que terão as diligências individuais de cada juiz. Assim, os ministros determinaram para os tribunais federais e estaduais cumprirem a decisão em até 60 dias, e ainda o HC se estende a mães adolescentes em medida socioeducativa e a mães que tenham sob sua guarda pessoas deficientes, independentemente da idade.

Esse instrumento jurídico foi um acalento em meio a tanta caoticidade política e econômica. O sistema jurídico conceder direitos às minorias vulneráveis foi um sinal de que naqueles tribunais ainda existem pessoas humanas e que refletem as consequências que um cárcere traz a uma mãe com filhos e filhas. O ministro relator pediu coragem aos demais ministros e ainda falou “temos mais de dois mil brasileiros que estão atrás das grades com suas mães, sofrendo indevidamente, contra o que dispõe a Constituição” (BRASIL, 2017).

Por mais que essa decisão seja positiva para muitas mulheres, ela prevalece somente na situação de prisão preventiva, caso ela venha a ser condenada será encaminhada para a penitenciária mais próxima de sua cidade. Sendo assim, é um alívio para alguns dias, por mais morosa que seja a justiça, o dia do julgamento chegará e aquela marginalização de mulheres e crianças voltará a ser estabelecida num sistema punitivo impiedoso.

Nesse contexto político e caótico que vivenciamos, o descaso do Estado com mães, gestantes e crianças no cárcere continua a desvelar históricos punitivos similares à obra *Vigiar e Punir* de Michael Foucault (1987, p.27). Naquela época a punição advinha de um show na praça, inimagináveis torturas eram realizadas, havia plateia para assistir à purgação, já no sistema carcerário atual, pouca mudança ocorreu, nosso Código de Processo Penal (CPP) ainda é da década de 40, e da:

privação de liberdade à punição vai-se tornando, a parte mais velada do processo penal, provocando várias consequências: deixa o campo da percepção quase diária e entra no da consciência abstrata, sua eficácia é atribuída à sua fatalidade não à sua intensidade visível, a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro, a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens. Por essa razão, a justiça não mais assume publicamente a parte de violência que está ligada a seu exercício.

Essa violência norteia a obscuridade nas entrelinhas do cárcere, a cruel realidade é vista internamente, as longas metragens, notícias e livros revelam o mínimo ocorrido nesses lugares. Nossa pesquisa revela algumas problemáticas num âmbito maternal, que nos espanta e nos emociona tristemente com o descaso e abandono do Estado para com essas mulheres e sua prole. Este estudo e tantos outros ainda estão longe de mostrar a verdadeira performance ultrapassada e violenta dos presídios brasileiros.

Ações como esse HC, que prevê prisão domiciliar no lugar da prisão preventiva a mulheres com crianças menores de 12 anos, acoberta alguns dias de sossego para essas mães, mas não garantem o cuidado, a proteção, a educação, a alimentação, a saúde e tantas outras garantias fundamentais quando essas mulheres forem julgadas e levadas ao presídio condizente a seu perfil. E essas crianças ficaram à mercê de quem?

Como Vieira e Veronese (2016, p.45) afirmam, o Estado não assume o papel de pai, essas crianças serão marginalizadas pela vida e pela sociedade ou estigmatizadas em celas fétidas num ambiente inapropriado para qualquer ser humano. As narrativas dessas interlocutoras são claras e condizentes ao retrato violento que essas crianças serão enquadradas na cotidianidade.

Essas narrativas, versam sobre preconceitos sofridos relacionados diretamente à misoginia (BUTLER, 2016, p.51)<sup>221</sup>; (TIBURI, 2016, p.92)<sup>222</sup>. Muitas mulheres entrevistadas disseram sofrer violência por meio de discursos que naturalizam o machismo, e, por se sentirem culpadas e por medo de se defender não retrucam tais violências. Dentre essas “riem de meu uniforme laranja, me colocam cheirando a parede como se fosse criança, e dizem que sou safada, falam que sou um perigo para meu

<sup>221</sup> BUTLER, J. **Problemas de Gênero: feminismo e subversão da identidade**. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

<sup>222</sup> TIBURI, M. A máquina misógina e o fator Dilma Rousseff na política brasileira. **Maquina Misogina**, São Paulo, p.397-402, 20 jun. 2016. Disponível em: <<https://revistacult.uol.com.br/home/maquina-misogina-e-o-fator-dilma-rousseff-na-politica-brasileira/>>. Acesso em: 16 nov. 2017.

filho” (Detenta Maria Quitéria do presídio feminino, entrevista narrativa, 2016 p.48)<sup>223</sup>.

A condição de encarceramento, neste contexto, imporia limites no processo de condução dos jogos de memória e seu poder conciliador, forçando essas detentas a naturalizar a violência num estilo de vida, seguida de uma visão de mundo onde o risco ocupa parte central da argumentação. Nesse contexto, o tema do livro de Elias (1998, p.11)<sup>224</sup> Envolvimento e Alienação nos parece importante de ser resgatado na medida em que o medo dos outros se torna o mesmo medo de si.

Aqui é importante frisar que, em alguns casos, para as mulheres em suas trajetórias sociais e itinerários urbanos com passagem por presídios, na condição de detentas, a criminalização da cidade e na cidade é vista como a única forma de continuar a viver. Assim, é nessa mesma cidade em que ela vivencia a rejeição e a marginalização que ela reconhece o meio para sua sobrevivência e a sobrevivência de sua prole, pautando sua trajetória por reconhecidos itinerários urbanos demarcados pela criminalização (OLIVEIRA, 2009, p.267)<sup>225</sup>.

#### 4. A ETNOGRAFIA ATRAVÉS DA REVELAÇÃO DE NARRATIVAS

As narrativas biográficas recolhidas no campo são indutores de ação de boa parte de agentes prisionais, que utilizam deste saber, mesmo que inconscientemente, para conduzir seus comportamentos preconceituosos contra as mulheres. Cabe ressaltar que as relações assimétricas e simétricas de gênero (SCOTT, 1999, p.118)<sup>226</sup>, em seu sentido amplo, devem ser consideradas como produtos da historicidade e da concretude de ações humanas. A permanência ou não de uma “hierarquia de gênero” deve ser aprendida por meio de uma leitura crítica reflexiva que leve a memória da cotidianidade destas hierarquias e seu peso, do fato social e político.

Assim, a passividade que caracterizará essencialmente a mulher “feminina” é um traço que se desenvolve nela desde os primeiros anos. Mas é um erro pretender que se trata de um dado biológico, na verdade, é um destino que lhe é imposto por seus educadores e pela sociedade (BEAUVOIR, 1960, p.298)<sup>227</sup>.

Quando a mulher é inserida no sistema penitenciário, além da bagagem social imposta a ela desde criança, consigo carrega os sentidos causados pela miséria, pobreza e abusos sofridos na cotidianidade, a chegada num estabelecimento murado, fétido e inapropriado para qualquer ser humano, acaba desencadeando mais uma epígrafe na sua trajetória feminina, num papel de detenta que marcará parte de sua vida.

Em outra narrativa que obtivemos de uma detenta, o desabafo de uma violência verbal tomava a fala daquela que se calou para não ser castigada:

Num dia de sol com minha filha, aproveitava o calor no puxadinho que temos aqui. Naquele momento passava um agente que esticou o pescoço para espiar quem estava tomando sol, ao me ver gritou ‘a mãe da fulana gostou tanto daqui que mandou a filha e a neta!’ Tive que me calar. Minha vontade foi mandar se foder, mas sabia que se retrucasse, hoje estaria cumprindo algum castigo ou aumento de pena. (Detenta Maria Mulambo do presídio feminino, entrevista narrativa, 2016, p.57)<sup>228</sup>.

Essas mulheres que se encontram presas, vivem sob o domínio de uma forma cruel de poder, e para

<sup>223</sup> PERUSSOLO, A. **POR UM HUMANESCER NAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS**: Uma etnografia no sul do Brasil sobre mulheres-mães no sistema prisional. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Gestão de Políticas Públicas, Universidade do Vale do Itajaí, SC, 2018.

<sup>224</sup> ELIAS, N. **Envolvimento e Alienação**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

<sup>225</sup> OLIVEIRA, M. R. **NO LIMAR DA MEMÓRIA**: Estudo antropológico sobre mulheres e violências na metrópole contemporânea. 2009. Tese (Doutorado em Antropologia Urbana) – Curso de Pós-graduação em Antropologia Social. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC): Florianópolis.

<sup>226</sup> SCOTT, J. W. Igualdade versus diferença: os usos da teoria pós-estruturalista. **Debate Feminista**. Cidadania e feminismo, São Paulo, 1999.

<sup>227</sup> BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**: fatos e mitos. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1960.

<sup>228</sup> PERUSSOLO, A. **POR UM HUMANESCER NAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS**: Uma etnografia no sul do Brasil sobre mulheres-mães no sistema prisional. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Gestão de Políticas Públicas, Universidade do Vale do Itajaí, SC, 2018.

muitos que exercem essa autoridade a justificativa é encontrada na conclusão de que essas mulheres são delinquentes, vagabundas e culpadas por se encontrarem ali, por isso devem ser maltratadas, humilhadas e punidas, como forma de repressão de sua dignidade e de sua individualidade.

Goffman (1987, p. 71) menciona que o novato chega ao estabelecimento com uma concepção de si mesmo que se tornou possível por algumas disposições sociais estáveis no seu mundo doméstico. Ao entrar é automaticamente despido do apoio dado por tais disposições. Na linguagem exata das instituições começa uma série de rebaixamentos, degradações humilhações e profanações do eu. O seu eu é sistematicamente, embora muitas vezes não intencionalmente, mortificado.

Essa linguagem das instituições proporciona a negação da responsabilidade pessoal do ser humano, um dos sintomas que remete à mortificação do apenado (a). Segundo a escritora Cardia (1995, p. 82<sup>229</sup>) é culpar as detentas(os), desumanizando: “são subumanos, não tem sensibilidade, tem mais é que apanhar”. Essa expressão surge tanto das instituições como da sociedade moralista e machista, que apoia ações de barbárie contra o ser humano semelhante a si mesmo.

Eleger a violência no cárcere como tema de estudo, significa percorrer o visível e o invisível, expondo ao risco de não contemplar nesse artigo problemáticas existentes. O olhar requer cautela, pois, quando permeamos o invisível, não é possível silenciar e nem racionalizar a barbárie revelada no âmbito prisional.

Algo que nos inquieta é o fato de que boa parte da sociedade brasileira demonstra indiferença frente às violações dos direitos das pessoas apenadas, seja por não conhecerem a realidade ou por serem moralistas e hipócritas. Aos poucos momentos de manifestação em que ânimos são alterados, as fugas, as mortes violentas e as rebeliões são holofotes da mídia, idealizando mais derramamento de sangue quando muitos realçam falas que “bandido bom é bandido morto”.

O debate e a discussão acalorados a respeito dos direitos dos apenados e das apenadas, infelizmente, fica restrito ao campo dos cientistas sociais e jurídicos, do polo universitário, das entidades que lutam em prol dos(as) detentos(as), de algumas escritoras e alguns escritores que insistem em relatar o cotidiano desse mundo. Campo que parece estar isolado da sociedade como uma selva lotada de animais perigosos.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos considerar as memórias da cotidianidade e as memórias coletivas nesse estudo, onde as narrativas biográficas sobre as violências formaram dois eixos para a interpretação do fenômeno que assombra direitos fundamentais dessas mulheres e sua prole, refletindo uma violência e uma punição errônea contra menores indefesos que necessitam dos cuidados de suas mães detentas.

Infelizmente a propulsão de remédios jurídicos, como habeas corpus coletivo citado, é apenas um alívio momentâneo para essas mulheres-mães marginalizadas poderem usufruir do direito da prisão domiciliar, dedicando mais tempo aos cuidados de seus filhos e filhas menores de doze anos.

Sabemos que enquanto o tráfico de drogas no Brasil não for tratado como um problema de saúde pública e sua legalização não for elaborada, muitas mulheres e homens marginalizados serão alvos de uma punição que não ressocializa, que não reinsere e muito menos insere esses sujeitos sociais. Essa forma de punição apenas priva a liberdade, marginalizando e incentivando ainda mais o consumo da droga em vias de enriquecimento de grandes traficantes e de influentes esquemas políticos.

O que pretendemos afirmar nesse estudo sobre violências, mulheres e crianças, é que o sistema Lei, Polícia, Ministério Público, Justiça e prisão não julgam e não protegem igualmente. Ele seleciona autores e vítimas, de acordo com sua condição pessoal. Aqui sabemos que a condição dessas mães detentas com suas crianças foi marginalizada desde a infância, detectadas através de suas narrativas, e que crescer na pobreza era a única forma de sobreviver junto à violência urbana e do sistema.

Existe legislação suficiente para reger os cuidados e as garantias fundamentais dessas crianças e suas mães, como a Lei de Execução Penal e as resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, o Estatuto da criança e do adolescente, a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), as recentes alterações no Código de Processo Penal trazidas pela Lei nº 13.257/2016, a Lei da Primeira Infância, que estabelece a prisão em domicílio ao invés da preventiva a mulheres com crianças menores

<sup>229</sup> CARDIA, N. Direitos humanos e exclusão moral. *Sociedade e Estado*, Brasília, v.10, n. 2, 1995.

de 12 anos, as Regras das Nações Unidas (Regras de Bangkok) para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, o HC coletivo 143.641. Mas apesar dessas legislações, mulheres e crianças continuam sendo presas em estruturas feitas por e para homens.

Os sistemas penais e o Estado se mostram omissos à cruel realidade e quando questionados por órgãos dos direitos humanos se sentem pressionados a deliberar uma nova emenda, um HC coletivo, uma alteração legislativa que não funciona e apenas servirá como precursor de um alívio momentâneo, mas que ali na frente desencadeará novamente no aprisionamento de mulheres e crianças, é preciso discutir esse modelo de violência que esta impregnada em nossa sociedade para termos um futuro seguro com direitos e garantias não violentados.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADINTER, E. **Um amor conquistado**: O mito do amor materno. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo**: fatos e mitos. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1960.

BOITEUX, L. **Mujeres y Encarcelamiento por Tráfico de Drogas**: Colectivo de Estudios Droga y Derecho. Rio de Janeiro: Ladih, 2015. Disponível em: <[http://www.drogasyderecho.org/publicaciones/pub-priv/Luciana\\_v08.pdf](http://www.drogasyderecho.org/publicaciones/pub-priv/Luciana_v08.pdf)> Acesso em: 03 set. 18.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok**: Regras Das Nações Unidas Para O Tratamento De Mulheres Presas e

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: 19. ago. 18

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689**, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. Código de Processo Penal, 1941. Acesso em: 25 ago.18

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. **Infopen Mulheres**. 2014. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/relatorio-infopen-mulheres.pdf>> Acesso em: 03 set. 2018.

BRASIL. **Lei de Execução Penal nº 7.210**, DE 11 DE JULHO DE 1984. Acesso em: 09. set. 18.

BRASIL. **LEI Nº 13.257**, DE 8 DE MARÇO DE 2016. Lei da Primeira Infância. 2016. Acesso em: 09. set. 18.

BRASIL. **Lei Nº 8.069**, DE 13 DE JULHO DE 1990. Estatuto da criança e do adolescente, 1990. Acesso em: 09. set. 18.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Resolução 2010/2016**. Resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP). 2016. Acesso em: 09. set. 18.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus nº 143.641**, da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>> Acesso em: 29. ago. 18.

BUTLER, J. **Problemas de Gênero**: feminismo e subversão da identidade. 11. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

CARDIA, N. Direitos humanos e exclusão moral. **Sociedade e Estado**, Brasília, v.10, n. 2, 1995.

DINIZ, D. **Cadeia**: Relatos Sobre Mulheres. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

ELIAS, N. **Envolvimento e Alienação**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

FOUCAULT, MI. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GEERTZ, C. **A Interpretação das Culturas**. Zahar: Rio de Janeiro, 1978.

GOFFMAN, E. **Manicômios, prisões e conventos**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1987.

KOFES, S. **Uma trajetória, em narrativas**. São Paulo: Mercado de Letras, 2001.

MALINOWSKI, B. **Um diário no sentido estrito do termo**. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Record, 1989.

Medidas Não Privativas De Liberdade Para Mulheres Infratoras. 2016a. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/27fa43cd9998bf5b43aa2cb3e0f53c44.pdf>> Acesso em: 11 set. 2018.

OLIVEIRA, M. R. **NO LIMIAR DA MEMÓRIA: Estudo antropológico sobre mulheres e violências na metrópole contemporânea**. 2009. Tese (Doutorado em Antropologia Urbana) – Curso de Pós-graduação em Antropologia Social. Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC): Florianópolis.

PERUSSOLO, A. **POR UM HUMANESCER NAS POLÍTICAS PÚBLICAS SOCIAIS: Uma etnografia no sul do Brasil sobre mulheres-mães no sistema prisional**. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Gestão de Políticas Públicas, Universidade do Vale do Itajaí, SC, 2018.

PONTES, F.; MARTINS, H. **População carcerária feminina cresce 700% em dezesseis anos no Brasil**. EBC Agência Brasil. Ago. 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-08/populacao-carceraria-feminina-cresce-700-em-dezesseis-anos-no>> Acesso em: 09 set. 2018.

QUEIROZ, N. **Presos Que Menstruam: A brutal vida das mulheres tratadas como homens nas prisões brasileiras**. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 2015.

**RANGEL, P., BACILA, C. R. Lei de Drogas: comentários penais e processuais. 3a. ed. São Paulo: Atlas, 2015.**

SCOTT, J. W. Igualdade versus diferença: os usos da teoria pós-estruturalista. **Debate Feminista**. Cidadania e feminismo, São Paulo, 1999.

STAKE, R.E. **Pesquisa qualitativa: estudando como as coisas funcionam**. Penso: Porto Alegre, 2011.

TIBURI, M. A máquina misógina e o fator Dilma Rousseff na política brasileira. **Maquina Misogina**, São Paulo, p.397-402, 20 jun. 2016. Disponível em: <<https://revistacult.uol.com.br/home/maquina-misogina-e-o-fator-dilma-rousseff-na-politica-brasileira/>>. Acesso em: 16 ago. 2018.

VARELLA, D. **PRISIONEIRAS**. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

VIEIRA, C. M. C. A.; VERONESE, J. R. P. **Crianças Encarceradas: A Proteção Integral da criança na execução penal feminina da pena privativa de liberdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ZALUAR, A. **A máquina e a Revolta**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

## MÃES ENCARCERADAS: ANÁLISE DO *HABEAS CORPUS* 143.641, SEUS FUNDAMENTOS E CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS

Cindy Dalfovo<sup>230</sup>  
Joice Samara Melchiorretto<sup>231</sup>

### RESUMO

O presente artigo apresenta uma análise crítica da decisão proferida no *Habeas Corpus* Coletivo 143.641, na qual o STF determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar às gestantes e às mães de crianças. Para realizar este estudo, foi inicialmente analisado tanto o contexto no qual essa decisão foi proferida, por meio de levantamento da legislação e das estatísticas pertinentes, quanto a referência teórica acerca da importância da ligação com a mãe na primeira infância e dos impactos do encarceramento das mães no desenvolvimento de suas crianças. A metodologia tem abordagem qualitativa com procedimentos bibliográficos. Com base nessas informações, foi feita uma análise crítica de cerca de 60 decisões de *habeas corpus* cujas pacientes são mães de crianças ou gestantes proferidas pelo TJSC após o julgamento do STF e das estatísticas divulgadas pelo CNJ acerca do número de presas gestantes ou mães de crianças. Nessa investigação constatou-se que a maioria das decisões denegaram o pedido de substituição da prisão preventiva pela domiciliar, mesmo quando presentes os requisitos a sua concessão e não tendo sido o crime cometido com violência ou grave ameaça, especialmente no caso de crimes relacionados a tráfico de drogas. De todo o trabalho desenvolvido conclui-se que, embora exista uma tendência nacional e mundial de priorizar o desenvolvimento infantil, reconhecendo-se a especial importância da primeira infância nesse processo, uma legislação e uma decisão do STF que elencam o bem-estar da criança como prioridade a ser levada em consideração para a concessão de prisão domiciliar, ainda assim os julgadores mostram-se mais atrelados aos seus próprios valores e conceitos, especialmente para considerar que qualquer pessoa envolvida com o comércio ilegal de drogas está ligada às mortes e às violências associadas ao tráfico, tentando desesperadamente resolver o que carece de políticas públicas de saúde e assistência social com a força de suas canetadas, e que a mãe não é imprescindível à criança se ela estiver sob os cuidados de outro familiar.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mães Presas, Sistema Penitenciário, Primeira Infância, Habeas Corpus nº 143.641.

### 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo a decisão proferida pelo STF em fevereiro de 2018 no *Habeas Corpus* Coletivo n. 143.641, que determinou a substituição da prisão preventiva pela domiciliar de todas as presas gestantes, mães de crianças com até 12 anos de idade ou com necessidades especiais, ressalvados os casos em que as presas foram acusadas de crimes cometidos com violência ou grave ameaça, contra descendentes, ou em situações excepcionalíssimas a serem justificadas pelo juiz.

A pesquisa deu-se, inicialmente, pela avaliação do contexto no qual esta decisão foi proferida, no qual, tanto no âmbito legislativo quanto no âmbito de nosso sistema prisional, apenas nos últimos anos passou-se a enxergar a existência das mães presas e suas especificidades.

Para que se pudesse compreender as ditas especificidades das mulheres presas que são mães, fez-se necessário colher referências teóricas sobre a importância das genitoras para o desenvolvimento sadio de seus infantes, e sobre os profundos impactos que a maternidade na prisão produz sobre essas crianças. Sendo assim, a metodologia é qualitativa, com natureza aplicada, objetivo exploratório e procedimentos bibliográficos.

Com este embasamento foi possível passar a discutir a necessidade de harmonização dos direitos previstos na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente, e em Convenções

<sup>230</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille. E-mail: cindy.dalfovo@gmail.com.

<sup>231</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille. E-mail: joicemelchiorretto@gmail.com.

Internacionais, com as penalidades previstas no Código Penal e com as formas de execução previstas no Código de Processo Penal para que se possa enfrentar o cenário de profundas violações dos direitos humanos perpetradas pelo Estado contra mães e seus filhos ao encarcerá-las de forma preventiva em defesa de bens jurídicos muitas vezes considerados de forma abstrata, sem que com isso esse mesmo Estado atue de forma a criar mecanismos para eliminar ou reduzir os impactos sociais de suas decisões.

Por fim, buscou-se investigar a repercussão da referida decisão nos presídios, nas varas criminais e nos tribunais do país sob a ótica destas prévias considerações para realizar uma análise crítica deste cenário.

## 2. CONTEXTO LEGISLATIVO E DO SISTEMA CARCERÁRIO

Conforme o INFOPEN Mulheres (2017, p. 10/14), atualmente o Brasil é o quarto país no mundo que mais encarcera mulheres, estando atrás apenas de Estados Unidos, China e Rússia. O mesmo levantamento revela que entre os anos de 2000 a 2016, a população prisional feminina aumentou em 656% no território nacional, atingindo a marca de 42.355 brasileiras presas, enquanto na Rússia, por exemplo, a quantidade de mulheres encarceradas está diminuindo.

A referida pesquisa ainda indica que até 2016 aproximadamente 45% dessas mulheres não tinham sido julgadas e condenadas e que cerca de 886 eram gestantes ou lactantes. Das mulheres encarceradas no Brasil, 50% têm até 29 anos de idade, 62% são negras, 66% não tiveram acesso ao ensino médio, 62% foram condenadas ou aguardam julgamento por possível envolvimento com tráfico de drogas e 21% por crimes contra o patrimônio (INFOPEN Mulheres, 2017. p. 19, 31, 37, 40, 43, 54).

Importante ressaltar a quantidade de mulheres que estão presas preventivamente, sendo que a prisão preventiva deveria ser a exceção usada apenas em casos que a liberdade da acusada realmente causa perigo para a sociedade ou para as investigações. Levando em conta a demora do processo, em muitos casos o tempo a ser cumprido em decorrência da condenação será menor do que o tempo que a acusada ficou privada de liberdade aguardando seu julgamento.

Em alguns casos, a decisão que mantém a prisão preventiva é composta por modelos genéricos, com padrões textuais sem fundamentação coerente com os casos concretos (IPEA, 2015, p. 43 e 58). Além disso, pesquisas apontam que muitas vezes o Registro de Ocorrência é a única prova do acontecimento criminoso e por ser um documento com fé pública não passa pelo crivo do contraditório e ampla defesa (IPEA, 2015, p. 89).

Por outro lado, a regra 64 das Regras de Bangkok dispõe que até mesmo após a condenação, sempre que possível, serão preferíveis penas não privativas de liberdade para mães ou gestantes, “sendo a pena de prisão considerada apenas quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo melhor interesse do/a filho/a ou filhos/as e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado” (Regras de Bangkok, 2016, p. 35).

Observa-se que o sistema penal seleciona, mais uma vez, pessoas de baixa renda, com pouca escolaridade e em sua maioria negras. O motivo da prisão é outro ponto relevante a se analisar: a “guerra às drogas” também respinga nas mulheres e é a causa predominante das prisões preventivas, sem qualquer resultado que mostre na prática a diminuição do tráfico no país.

Consoante a terceira regra de Bangkok, no instante que a mulher ingressar no cárcere, serão registradas informações sobre seus filhos, “os registros deverão incluir, sem prejudicar os direitos da mãe, ao menos os nomes das crianças, suas idades e, quando não acompanharem a mãe, sua localização e situação de custódia ou guarda” (Regras de Bangkok, 2016, p. 20). No entanto, o INFOPEN Mulheres (2017, p. 51) mostra que na prática é diferente: existem informações sobre a existência de filhos de apenas 7% da população prisional feminina no Brasil. Ou seja, o Estado encarcera mulheres sem ao menos saber se elas são mães e onde estão seus filhos.

E como são as condições às quais as mães e gestantes estão sujeitas neste sistema prisional? De acordo com o artigo 83, § 2º da Lei de Execução Penal, “os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade”.

O artigo 89 da mesma lei indica ainda que:

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Parágrafo único. São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo:

I – atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e

II – horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável.

Apesar de a Constituição Federal prever no artigo 5º, inciso L que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” e Lei de Execução Penal ser categórica ao estabelecer que o cárcere deve conter uma estrutura adequada para gestantes e bebês, o INFOPEN Mulheres (2017, p. 32) aponta que apenas 14% das unidades femininas contém berço ou centro de referência materno-infantil (espaço reservado a crianças com até dois anos).

Já o artigo 8º, §10, do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que:

Incumbe ao poder público garantir, à gestante e à mulher com filho na primeira infância que se encontrem sob custódia em unidade de privação de liberdade, ambiência que atenda às normas sanitárias e assistenciais do Sistema Único de Saúde para o acolhimento do filho, em articulação com o sistema de ensino competente, visando ao desenvolvimento integral da criança.

Embora a legislação seja taxativa ao prever condições mínimas de infraestrutura, na prática o cenário é outro. É evidente que o sistema carcerário brasileiro é caótico para qualquer ser humano, principalmente para uma pessoa grávida ou para uma criança (PERUSSOLO, 2018, p. 97 e 98). Há superlotação, falta de estrutura, dificuldade em acessar tratamentos básicos de saúde, escassez de produtos de higiene e até mesmo de alimentos, etc. Essa realidade não é estranha aos juízes de execução penal, existindo aqueles que buscam melhorar essa situação, como é o caso do magistrado João Marcos Buch, Juiz de Execução Penal em Joinville, que realiza inspeções periódicas para saber quais são as necessidades dos detentos para então solicitar o que for necessário para garantir seus direitos essenciais como alimentação adequada, acesso a hospitais, visitas, etc.

Estas inspeções estão registradas em procedimentos próprios, sendo as visitas à unidade feminina documentadas no Processo n. 0003521-05.2014.8.24.0038, no qual se constatam problemas como instalações precárias e insalubres, falta de atividades laborais e para remição de pena e não realização dos exames ginecológicos periódicos, problemas que foram eliminados ou amenizados apenas após contínua intervenção de entidades ligadas aos direitos humanos, da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina e do referido Juiz de Execução Penal.

Por outro lado, mesmo que o ambiente fosse estruturado, é injusto que crianças completamente inocentes convivam privadas de liberdade, pagando por possíveis crimes cometidos pelas mães, a punição acaba se desdobrando até os filhos. Além de injusto, é uma experiência que refletirá negativamente na saúde física e mental desses menores.

Uma criança privada de liberdade não desfrutará de situações comuns da idade. O infante passará a fase essencial de seu crescimento em um ambiente cercado de hostilidade e angústia (VIEIRA; VERONESE, 2016 apud PERUSSOLO, 2018, p.78).

Marilena Corrêa, Vilma Diuana e Miriam Ventura (2017, p. 3) explicam que o tempo de permanência da criança no cárcere depende do estado: de acordo com a região pode chegar até um ano. As autoras ainda esclarecem que “passada essa faixa etária, caso a mãe não obtenha a liberdade, seus filhos devem ser encaminhados à família, que ficará responsável pela guarda provisória da criança ou, ainda, nos casos em que isso não é possível, à instituição de abrigo”. Deste modo, a mãe será duplamente penalizada: além de ficar privada de liberdade, ela corre o risco de perder qualquer contato com o filho.

Sendo assim, após um período de convívio intenso entre a mãe e a criança, haverá um rompimento repentino e devastador que pode causar graves danos psicológicos em todos os lados envolvidos, principalmente para o menor que está em formação. Corrêa, Diuana e Ventura (2017, p. 7) relatam que algumas mães tentam desmamar mais cedo suas crianças para tornar menos doloroso o momento da ruptura. Por outro lado, contam (2017, p. 9) que outras mães usam uma estratégia diferente:

Nesses casos – de impossibilidade de permanecer com seu filho ou de sair em liberdade junto com ele – impõe-se o encaminhamento do filho para um abrigo, o que não é bem aceito pelas mães. Elas são suas mães, estão cuidando deles, e, apesar disso, os filhos serão separados delas para serem entregues a uma instituição que as mães não reconhecem e não confiam. Temem que sejam maltratados, que elas não consigam mais vê-los e que não possam recuperar sua guarda quando saírem da prisão. Assim sendo, procuram retardar ao máximo o momento da separação, que se converte em situação de grande angústia e remordimentos.

O caso de Hannah Isabela Gonçalves da Rocha (2017), ex-detenta, é um exemplo disso: seu filho tinha apenas um ano quando ela foi presa. A criança ficou aos cuidados da tia. Após 5 anos, Hannah retomou a liberdade. No entanto, o filho não a reconhecia mais depois de anos de distância. A guarda da criança continuou com a tia, inclusive por decisão judicial. Hannah conta que “mais triste do que presenciar suicídios na cadeia, era ver grávidas chegando, tendo o bebê lá e, depois, tendo que entregar para a família ou para adoção”.

O Estado falha primeiramente ao não investir o suficiente em políticas públicas que diminuam a criminalidade (educação pública acessível e de qualidade, creche, diminuição do desemprego, cultura/entretenimento, etc) e falha novamente ao encarcerar mulheres de maneira desenfreada, junto com suas crianças ou então distanciando-se a mãe de seus infantes.

Os filhos de mães privadas de liberdade necessitam de uma atenção maior, pois estão mais vulneráveis socialmente. Cabe ao Estado assegurar seus direitos por meio de políticas públicas específicas com o objetivo de garantir a convivência familiar essencial para um desenvolvimento saudável (ALENCASTRO, 2017 apud ABBUD; BASTOS; BRANDÃO; NEVES; ROSSAROLA, 2017, p. 106).

Após a prisão, as mulheres geralmente são abandonadas pelos maridos/companheiros e até mesmo pelos familiares. Muitas não recebem visitas nem mesmo ao longo da gestação ou após o parto (CORRÊA; DIUANA; VENTURA, 2017, p. 12 e 13). Além disso, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres (2017, p. 25) mostra que apenas 49% das unidades femininas têm local específico para visitação, apesar de a LEP prever expressamente em seu artigo 41 que toda pessoa presa tem direito de receber visitas do cônjuge/companheiro, parentes e amigos.

Em 2016, o Código de Processo Penal brasileiro foi alterado por meio do Marco da Primeira Infância (lei nº 13.257), o artigo 318 passou a ter a seguinte redação: “poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: [...] IV – gestante; V – mulher, com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos”.

Apesar de o nosso ordenamento jurídico prever expressamente a opção de ser concedida a prisão domiciliar para mulheres grávidas ou mães de crianças com até 12 anos, estatísticas apresentadas pelo CNJ (2018) mostram que em janeiro de 2018 cerca de 740 gestantes e lactantes estavam presas no Brasil.

### 3. O HABEAS CORPUS COLETIVO Nº 143.641

Diante desta realidade, em maio de 2017 membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos impetraram perante o STF *habeas corpus* coletivo em favor de todas as mulheres presas preventivamente que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade, bem como em nome das próprias crianças.

Além de fundamentaram seu pedido na legislação pertinente e nas condições dos cárceres femininos, os impetrantes alegaram que os juízes e desembargadores decidiam com base na gravidade abstrata do delito e na ausência de comprovação de que os presídios femininos eram inadequados, quando nem a gravidade abstrata de um crime pode ser utilizada como argumentação para determinar a prisão preventiva, nem podem ser as mulheres penalizadas pela falta de estrutura estatal.

No decorrer do processo ocorreu o ingresso de diversos *amicus curiae*, entre eles diversas Defensorias Públicas, tais como a Defensoria Pública do Estado do Ceará, que aduziu que um princípio penal é o da intranscendência, isto é, que a pena não pode passar da figura do condenado, o qual estaria sendo violado pela aprisionamento de bebês junto de suas mães.

Também ingressaram como *amicus curiae* institutos ligados à proteção dos direitos humanos e das crianças, tais como o Instituto Alana e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa - IDDD.

Para instruir o feito, o relator determinou que o Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN fizesse o levantamento das estatísticas relevantes acerca da situação das mães e gestantes encarceradas, que apresentou parte dos dados solicitados em junho daquele ano.

Em seu voto, o Relator Ministro Ricardo Lewandowski primeiramente trata do cabimento de *habeas corpus* coletivo para tratar de um grupo de pessoas não previamente identificado, conhecendo do pedido especialmente por reconhecer que, nesses tempos modernos em que tudo é massificado e o acesso à justiça nem sempre é fácil para quem mais precisa dela, “é razoável supor que muitos direitos deixarão de ser pleiteados porque os grupos mais vulneráveis - dentre os quais estão os das pessoas presas - não saberão reconhecê-las nem tampouco vocalizá-los”.

Após conhecer do pedido, o relator passa a analisar os pontos trazidos pelos impetrantes. Ao tratar da alegada deficiência estrutural dos presídios, remeteu-se à ADPF 347 MC/DF, que tratou deste tema e no qual se reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro.

Nas palavras do relator, o encarceramento em massa, especialmente no caso do excesso de prisões provisórias,

*decorre, como já aventado por diversos analistas dessa problemática seja por um proceder mecânico, automatizado, de certos magistrados, assoberbados pelo excesso de trabalho, seja por uma interpretação acrítica, matizada por um ultrapassado viés punitivista da legislação penal e processual penal, cujo resultado leva a situações que ferem a dignidade humana de gestantes e mães submetidas a uma situação carcerária degradante, com evidentes prejuízos para as respectivas crianças.*

Ainda tratando das estatísticas prisionais, Ricardo Lewandowski discorre que

*Outro dado de fundamental interesse diz respeito ao fato de que 68% das mulheres estão presas por crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes, delitos que, na grande maioria dos casos, não envolvem violência nem grave ameaça a pessoas, e cuja repressão recai, não raro, sobre a parcela mais vulnerável da população, em especial sobre os pequenos traficantes, quase sempre mulheres, vulgarmente denominadas de “mulas do tráfico” (SOARES, B. M. e ILGENFRITZ, I. Prisioneiras: vida e violência atrás das grades. Rio de Janeiro: Garamond, 2002). Nesses casos, quase sempre, como revelam os estudos especializados, a prisão preventiva se mostra desnecessária, já que a prisão domiciliar prevista no art. 318 pode, com a devida fiscalização, impedir a reiteração criminosa.*

Esta fala do Ministro é especialmente contundente quando se percebe que um argumento reiteradamente usado para negar a concessão da prisão domiciliar é de que não são cabíveis medidas alternativas à prisão preventiva, ainda que tratem-se majoritariamente de casos tais como o descrito: relacionados ao tráfico e sem violência ou grave ameaça.

Após tratar das condições do sistema carcerário, o voto discorre sobre os direitos relacionados à proteção da maternidade, daqueles trazidos por tratados internacionais, pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional, os quais já foram enumerados previamente neste artigo, os quais, conforme observado pelo próprio relator, não vem sendo respeitados no sistema prisional.

As consequências dessas violações são seríssimas, conforme ressalta o relator ao mencionar estudo realizado observando-se crianças em casa de acolhimento:

*Pesquisas empíricas realizadas no Brasil vêm corroborando o que se consignou acima. Uma delas, realizada na casa de acolhimento Nova Semente, extensão do complexo Penitenciário situado na cidade de Salvador – BA, revelou que “com relação ao desenvolvimento infantil e seus aspectos cognitivo, motor, afetivo e social, todas as crianças apresentavam seu desenvolvimento comprometido, o que foi revelado no atraso em desenvolver a leitura, contagem de numerais, identificação de cores, além do atraso social” (SANTOS, Denise et al. Crescimento e Desenvolvimento de Crianças na Casa de Acolhimento no Contexto Prisional. 6º Congresso Ibero-Americano de Pesquisa Qualitativa em Saúde)(grifou-se)*

Após toda essa análise, conclui Ricardo Lewandowski que

*Em suma, quer sob o ponto de vista da proteção dos direitos humanos, quer sob uma ótica estritamente utilitarista, nada justifica manter a situação atual de privação a que estão sujeitas as mulheres presas e suas crianças, as quais, convém ressaltar, não perderam a cidadania, em razão da deplorável situação em que se encontram.*

Diante desta conclusão exposta pelo relator, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, na sessão de 20/02/2018, por maioria de votos, conceder a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar a todas as mulheres, tanto as adultas quanto as adolescentes, que sejam gestantes, puérperas, mães de crianças e deficientes, ressalvados os casos praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou em casos excepcionais, que devem ser devidamente fundamentados pelos juízes que denegarem o benefício.

#### 4. ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA POSTERIOR

Para analisar os efeitos do *Habeas Corpus* Coletivo nos julgamentos em 2ª instância, foram analisadas as decisões em 63 *Habeas Corpus* julgados pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina entre 01/03/2018 a 06/11/2018 que faziam menção ao *Habeas Corpus* 143.641. Inicialmente outras nove decisões além dessas foram encontradas com esses parâmetros, mas foram excluídas da análise por não se enquadrarem no objeto da presente pesquisa. Das 63 decisões analisadas, o Tribunal concedeu a conversão para prisão domiciliar em apenas 9 casos, denegando o pedido nos outros 54, ou seja, apenas cerca de 15% dos *habeas corpus* impetrados tiveram sucesso.

Os crimes relacionados ao tráfico compõem a expressiva maioria dos casos: são 47, contra apenas 16 casos relacionados a crimes diversos do tráfico. Este percentual de 75% de casos relacionados ao tráfico de drogas é consistente com o percentual de 68% citado na decisão do *Habeas Corpus* n. 143.641.

Após essas duas primeiras observações, surgem as primeiras perguntas: quais motivos levaram à denegação dos pedidos, considerando que, em tese, suas pacientes preenchiam os requisitos legais à concessão da conversão em prisão domiciliar? As presas acusadas por crimes relacionados ao tráfico de drogas teriam maior ou menor chance de verem seus pedidos concedidos?

Ao olhar os números, tem-se a impressão de que a acusação pelo crime de tráfico de drogas não influi na decisão dos desembargadores: das 9 decisões que concederam a conversão em prisão domiciliar, 7 envolviam casos de tráfico de drogas, proporção muito semelhante em relação às decisões que denegaram o pedido.

Observando-se mais atentamente, no entanto, percebe-se na fundamentação dos desembargadores uma tendência a considerar o tráfico um crime especialmente nefasto, ainda que no caso concreto não se evidencie nenhuma prática violenta ou ameaçadora, como observa-se neste trecho da decisão do *Habeas Corpus* n. 4002917-51.2018.8.24.0000, julgado em 15/03/2018: “O tráfico ilícito de entorpecentes é delito equiparado a hediondo, que gera relevante perturbação na sociedade ao disseminar infelicidade nos lares e fomentar a prática de outros delitos, o que caracteriza severo prejuízo à ordem pública”.

Há claramente uma tendência muito maior em considerar os possíveis danos que os traficantes podem causar à sociedade ao realizar um comércio ilegal do que em considerar os prováveis e extensos danos ao desenvolvimento das crianças que a prisão de sua genitora irá acarretar.

Alguns casos em particular demonstram tal valoração de maneira contundente, como é o caso do *Habeas Corpus* n. 4025820-96.2018.8.24.0900, julgado em 9/10/2018, no qual a ré é acusada do crime de tráfico de drogas, tendo sido presa em seu domicílio com seu companheiro enquanto embalava drogas e na posse de cerca de 600 gramas de maconha e 95 gramas de cocaína.

Referida ré é mãe de três crianças, sendo que uma delas possui crises de epilepsia. Se uma mãe é presumidamente imprescindível aos seus filhos, tanto o mais o será se a criança for acometida de doença grave como a epilepsia. Não é esta, no entanto, a visão do desembargador que redigiu o voto desta decisão, que considerou que conviver com uma mãe acusada de tráfico de drogas seria muito mais danoso do que ser afastado dela:

No entanto, infere-se, também, que a quantidade e variedade das drogas apreendidas [...], associado ao fato de que a Paciente foi flagrada, na residência em que morava com seus filhos e seu companheiro, no momento em que manipulava, fracionava e embalava drogas com um facão para posterior venda, conforme se extrai dos autos na origem, denotam a gravidade do fato apurado.

Destaca-se, portanto, que o retorno da Paciente ao convívio familiar certamente se tornará mais gravoso aos filhos do que a manutenção da prisão preventiva, pois é justamente na residência em que convivia com seu companheiro e com as crianças que era exercida a mercancia ilícita de entorpecentes. [...] Realmente, os riscos assumidos pela Paciente ao praticar a conduta narrada na Denúncia contradizem os cuidados familiares que o Impetrante busca comprovar como obrigacionais aos filhos, **vez que a mesma não demonstra zelo ou atenção condizentes com a situação de genitora.**

Além disso, inexistem nos autos qualquer comprovação de que o infante necessite de atenção especial ou de que estes eventualmente não estejam sendo prestados. (grifou-se).

Os referidos autos versam sobre a prática de tráfico de drogas, inexistindo qualquer clara referência aos cuidados prestados aos seus infantes. Não há menção se eles estariam tendo o devido acompanhamento médico, se encontravam-se bem nutridos, se aqueles em idade escolar estavam regularmente matriculados na escola, se havia indícios de abusos ou maus tratos.

Não obstante, o desembargador proferiu seu voto com um claro julgamento não apenas jurídico, como deveria ser, mas moral, ao manifestar-se no sentido de que aquela que pratica o tráfico de drogas não pode, de forma alguma, ser uma boa mãe para seus filhos.

Há diversos exemplos de tais julgamentos morais nas decisões proferidas pelos desembargadores: na decisão do *Habeas Corpus* n. 4004140-39.2018.8.24.0000, cuja paciente também é acusada de crimes relacionados ao tráfico de drogas, mencionam-se as circunstâncias do crime como desabonadoras de sua qualidade como mãe:

Isso porque a paciente restou presa em flagrante em dia costumeiro de descanso e recolhimento familiar (domingo), em horário não condizente com a preocupação típica de genitora (aproximadamente às 22h) e em local já conhecido pelo comércio espúrio no município de Brusque – “Posto de Combustíveis São Lucas”.

Também há decisões que mostram que a mãe será percebida como negligente em relação aos filhos tanto se não estiver com eles no momento da prisão, como no caso do *Habeas Corpus* n. 4004370-81.2018.8.24.0000, quanto se os filhos estiverem junto da mãe no momento do flagrante, como no caso do *Habeas Corpus* n. 4005488-92.2018.8.24.0000.

É importante ressaltar que não se quer aqui defender que todas as gestantes ou mães de crianças devem imediatamente ter suas prisões preventivas convertidas em prisão domiciliar, nem se nega que muitas das crianças referidas nessas decisões de fato podem estar expostas a condições inadequadas ao seu desenvolvimento.

O que se deseja demonstrar é que o mesmo julgador que nega o pedido de conversão de prisão preventiva para domiciliar por considerar que as mães não são uma boa influência para o desenvolvimento da criança não demonstra a mesma preocupação em de fato verificar as condições dessas crianças.

Não se mencionam estudos sociais, não são solicitadas intervenções de assistentes sociais, não são ouvidas as pessoas que convivem com as crianças - ainda que tais providências eventualmente não se encaixassem no escopo do procedimento de *habeas corpus*, ressalta-se que também não há menção de que os juízos de primeira instância tenham efetuado tais diligências.

Essas crianças, e a maioria dessas mães, encontram-se em situação de profunda vulnerabilidade social, e deveriam ser acompanhadas por equipes de assistência social, as quais, essas sim, detêm o conhecimento e a proximidade necessários à realização de análises acerca das condições dessas pessoas.

Há exceções, claro, que chamam a atenção justamente por destoarem do conjunto, tais como a decisão do *Habeas Corpus* n. 4011609-55.2018.8.24.0900 que, embora tenha denegado o pedido, sugere ao juízo de 1ª instância que requirite estudo social para avaliar se a criança está sendo atendida pelos avós maternos, tendo em vista a notícia de que a avó encontrava-se enferma:

*Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer em parte e denegar a ordem, recomendando-se, no entanto, à autoridade impetrada a realização de estudo social do caso e, após a sobrevinda do laudo aos autos de origem, a reanálise da possibilidade de atendimento do pleito.*

Embora este voto demonstre o mesmo entendimento exarado em outras decisões de que a mãe não é imprescindível se a criança estiver sendo cuidada por outros parentes, como se o papel de uma mãe fosse apenas providenciar os devidos cuidados de sua prole, ao menos revela a preocupação em apurar a situação para verificar se estes cuidados estão sendo providos.

O que foi percebido nesta pesquisa é muito semelhante ao que foi constatado na pesquisa jurisprudencial sobre este tema realizada por Michelly Ribeiro Baptista, Bernard Larouze, Luciana Simas e Miriam Ventura (2015), muito embora aquela pesquisa tenha sido realizada anteriormente à vigência do Estatuto da Primeira Infância e da decisão do *Habeas Corpus* Coletivo 143.641, expondo-se aí novamente a realidade de que não basta a imposição de leis e decisões judiciais para mudar uma sociedade.

Não obstante tais constatações, a decisão do STF foi muito importante para chamar a atenção para esta questão, até mesmo para que sejam levantados dados que permitam monitorar esta questão.

Desde dezembro de 2017 vem sendo feito um acompanhamento mais detalhado desta realidade, de forma que pode ser visualizado em site do Conselho Nacional de Justiça o número total de presas gestantes e lactantes no país e por estado.

Destes números pode-se observar que no início de 2018 havia o maior número de presas nestas condições, passando das 700 mulheres no âmbito nacional, e que no final de 2018 esse número havia diminuído consideravelmente, estabilizando-se em cerca de 425 mulheres.

Já considerando-se apenas o Estado de Santa Catarina, passou-se de 16 gestantes e 5 lactantes em fevereiro de 2018 para 5 gestantes e 3 lactantes em novembro do mesmo ano. A diminuição provavelmente é ainda mais significativa, pois no início do referido ano nem todos os estabelecimentos penitenciários haviam prestado as devidas informações, o que pode ser percebido da análise dos números referentes a abril de 2018, quando o número de gestantes salta para 29 e o de lactantes, para 12.

Por outro lado, mesmo que a prisão domiciliar para mães e gestantes se torne comum na prática, depois da condenação pode existir pena privativa de liberdade. Aline Perussolo (2018, p. 31) menciona que o *Habeas Corpus* “acoberta alguns dias de sossego para essas mães, mas não garantem o cuidado, a proteção, a educação, a alimentação, a saúde e tantas outras garantias fundamentais quando essas mulheres forem julgadas e levadas ao presídio condizente a seu perfil. E essas crianças ficaram à mercê de quem?”. Este é um assunto extremamente relevante, é necessário repensar as leis penais, criar e realmente colocar em prática políticas públicas com o objetivo de dar mais oportunidades para que menos pessoas fiquem à margem.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é evidente que o cárcere não é um ambiente adequado para gestantes e crianças, podendo inclusive resultar em atrasos no desenvolvimento dos menores. Por outro lado, também fica nítido que afastar a criança do convívio materno não é a solução para o problema.

Apesar da existência de uma vasta legislação que busca atender as necessidades dos infantes, na prática muitos juízes não consideravam a possibilidade de prisão domiciliar. Sendo assim, o caso chegou até o STF que, por maioria dos votos, concedeu a ordem ao *Habeas Corpus* impetrado com o objetivo de conferir prisão domiciliar para gestantes e mães com filhos de até 12 anos de idade, ressalvados casos excepcionais.

No entanto, mesmo após o entendimento do STF, ainda hoje muitas decisões dos Tribunais continuam moralistas, julgando não apenas o crime, mas o comportamento das mulheres enquanto mães. Tratam o tráfico de drogas como o crime mais lesivo para a sociedade, apesar de não ser praticado com violência ou grave ameaça, como reconheceu o próprio ministro Ricardo Lewandowski em seu voto. As crianças não podem ter seus futuros prejudicados por possíveis crimes cometidos pelas mães, isso vai contra qualquer ideal de justiça.

A sociedade precisa se comprometer mais com o tema, pois é algo que atinge todos. O direito existe para regular as relações humanas, mas sem a participação da sociedade ele não alcança os

objetivos. Sendo assim, a situação só irá melhorar quando as pessoas em geral mudarem a visão sobre o encarceramento, principalmente sobre as mães presas, e lutarem por mais políticas públicas focadas em aumentar as paridades sociais.

Ainda assim, mesmo diante da constatação de que não são meras leis ou decisões que podem alterar conceitos culturais de décadas, a constatada diminuição no número de mulheres gestantes ou mães de crianças nas prisões e as decisões que demonstram preocupação com o bem estar da criança em sua fundamentação permitem concluir que, ainda que a passos tímidos, caminha-se na direção de uma sociedade um pouco mais consciente da importância das relações afetivas para o desenvolvimento humano e de que as mães encarceradas não são nem um pouco menos mães por estarem atrás das grades.

## 6. REFERÊNCIAS

ABBUD, Mariana; BASTOS, Alice; BRANDÃO, Marina; NEVES, Andressa; ROSSAROLA, Ludy. **Maternidade na Prisão**: Consequências Do Sistema Carcerário. *Jornal Eletrônico das Faculdades Integradas Vianna Júnior*, Edição 2 – Jul-dez de 2017. ISSN 2178-1035. Páginas 91-112.

ALENCASTRO P. L. Mães presidiárias e o direito da criança e do adolescente à convivência familiar. Disponível em: <[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2015\\_1/paola\\_alencastro.pdf](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2015_1/paola_alencastro.pdf)> Acesso: 30 de Outubro de 2017.

BAPTISTA, Michelly Ribeiro; LAROUZÉ, Bernard; SIMAS, Luciana; VENTURA, Miriam. **A Jurisprudência Brasileira Acerca Da Maternidade Na Prisão**. *Revista Direito GV*, São Paulo, jul-dez 2015, p. 547-572.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 09 dez. 2018.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal, 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em 09 dez. 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)>. Acesso em 09 dez. 2018.

BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em 09 dez. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.257**, de 8 de março de 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13257.htm)>. Acesso em 09 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 143.641** / São Paulo. Pacientes: todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 20 fev. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Cadastro Nacional de Grávidas Presas e Lactantes**. Disponível em: <[https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw\\_1%5Cpaineicnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shIGLMapa](https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%5Cpaineicnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shIGLMapa)>. Acesso em: 10 dez. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Bangkok**: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

CORRÊA, Marilena C. D. V.; DIUANA, Vilma; VENTURA, Miriam. **Mulheres nas prisões brasileiras**: tensões entre a ordem disciplinar punitiva e as prescrições da maternidade. *Physis: Revista de Saúde*

Coletiva, versão On-line ISSN 1809-4481, vol.27, no.3. Rio de Janeiro jul./set. 2017. Páginas 727–747.

GUIMARÃES, Gabriela. **Relato de uma Ex-Detenta**: “Diziam ao meu filho que eu trabalhava fora”. In: BOL Notícias. 2017. Disponível em: <<https://universa.uol.com.br/noticias/redacao/2017/10/19/relato-de-uma-ex-detenta-diziam-ao-meu-filho-que-eu-trabalhava-fora.htm>>. Acesso em 09 dez. 2018.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Excesso de prisão provisória no Brasil**: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico (Bahia e Santa Catarina, 2008-2012) . Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL) : Ipea, 2015.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Levantamento nacional de informações penitenciárias - INFOPEN Mulheres - 2ª Edição / organização**, Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa ... [et. al.]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

PERUSSOLO, Aline. **Por Um Humanescer Nas Políticas Públicas Sociais**: Uma Etnografia No Sul do Brasil sobre mulheres-mães no sistema prisional. Univali: Itajaí, 2018.

VIEIRA, C. M. C. A.; VERONESE, J. R. P. **Crianças Encarceradas**: A Proteção Integral da Criança na Execução Penal Feminina Da Pena Privativa De Liberdade. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

## SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: A RELAÇÃO DIRETA DO CAPITAL COM A BIO E TANATOPOLÍTICA NO ENCARCERAMENTO DE GRUPOS SOCIAIS VULNERÁVEIS

Jean André Marx<sup>232</sup>

### RESUMO

O tema é a análise do Sistema Prisional brasileiro a partir dos conceitos de biopolítica e tanatopolítica, bem como do modelo econômico neoliberal. Em específico, o objeto trata do tema à luz da doutrina, nacional e estrangeira. Sua importância destaca-se ao estudar os métodos adotados para a inserção de pessoas no Sistema de Justiça Criminal e no cárcere e, dadas as maneiras de aplicação destes nas relações jurídicas, reconhecer as influências causadas e sofridas pela sociedade, expondo a influência da biopolítica e do neoliberalismo na realidade do cárcere brasileiro. A pesquisa aponta que o cárcere não cumpre com o discurso oficial, mas cumpre com seus fins escusos de exclusão e neutralização dos inservíveis do sistema capitalista. A metodologia terá abordagem qualitativa, executada por meio de pesquisa teórica que visa um levantamento de dados bibliográficos acerca do assunto. Quanto ao método será dedutivo em relação ao aprofundamento. São presentes neste artigo científico, entre outros, os autores, Alessandro Baratta, Nils Christie, Michel Foucault, Roberto Esposito e Lóic Wacquant. Abordando uma temática de suma importância, a pesquisa agrega na elucidação do fenômeno jurídico do encarceramento e na fundamentação de críticas relacionadas ao tema.

**PALAVRAS-CHAVE:** Capitalismo, Exclusão, Neoliberalismo, Neutralização, Tanatopolítica.

### 1. INTRODUÇÃO

O tema ora proposto encontra sua importância e justificativa ao passo que avalia o atual panorama do sistema prisional brasileiro e da crise ora instalada.

Explora as previsões da Lei de Execução Penal brasileira (Lei n. 7.210/1984), seguida por uma análise dos números oficiais do encarceramento no Brasil, que colocam o Brasil no 3º (terceiro) lugar no ranking dos 10 (dez) países com maior população prisional, perdendo apenas para Estados Unidos e China, respectivamente.

Apoiado na obra prima de Foucault, de título *Vigiar e Punir* e, com base no atual panorama nacional, procuram-se respostas à hipótese levantada pelo autor, que lança a afirmação de que “dizem que a prisão fabrica delinquentes [...]” e que “a delinquência é a vingança da prisão contra a justiça”, se verdadeira ou não<sup>233</sup>.

Ademais disso, necessária é a investigação acerca da existência ou não de alternativas eficazes ao encarceramento, partindo-se da premissa de que o sistema penal produz efeitos totalmente contrários ao que pretende um determinado discurso oficial, que fala em favorecer a emenda do condenado<sup>234</sup>.

A pesquisa, portanto, na forma delineada, apoiada também nos precedentes da Suprema Corte Brasileira, tentará entender o motivo pelo qual as coisas (encarceramento em massa e superpopulação carcerária) são assim, bem como a razão que leva ao crescimento vertiginoso dos tipos penais e do crescente aprisionamento de pessoas, bem como a explicação das causas que levaram à instalação de um estado de coisas inconstitucional do Brasil e se, neste contexto, a edição da Súmula Vinculante n. 56 é uma alternativa adequada ao cumprimento humanizado da pena diante da realidade do sistema prisional brasileiro.

<sup>232</sup> Aprovado para o curso de Mestrado em Direito do Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC (2019); Pós-graduando em Direito Penal e Criminologia, pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal. Pós-graduando em Direito Tributário, pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito, pelo Centro Universitário Católica de Santa Catarina. *E-mail:* jean.marx@live.com.

<sup>233</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 241-2

<sup>234</sup> HULSMANN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Trad.: Maria Lúcia Karan. 1. ed. Niterói, RJ: LUAM, 1993.

## 2. O RETRATO DO CÁRCERE NO BRASIL

A “Roda dos Encarcerados”, de Vincent Van Gogh, transmissora de verdadeira dor, pode ser descrita como a pintura que, com um cenário claustrofóbico de um pátio interno de uma unidade prisional, sob o olhar severo dos guardas, exhibe a imagem de alguns detentos, desajeitados e em fila, contextualizada nos idos de 1800, com caras embrutecidas e andando em roda, em que cada um apoia a mão no ombro do colega que está à sua frente, compondo uma grotesca ciranda<sup>235</sup>. A obra do artista holandês ilustra muito bem o processo de encarceramento e reencarceramento no mundo, hoje.

Esta ilustração serve muito bem como introito ao que se pretende apresentar, que são os dados oficiais disponibilizados pelo Governo Federal no que se refere aos números do encarceramento no Brasil.

Partindo-se, portanto, dos dados estatísticos do mês de junho de 2016, divulgados no ano de 2017, verifica-se que ao final do segundo semestre de 2016 o Brasil contava com uma população prisional que já chegava aos 726.712 presos, para apenas 368.049 vagas, com déficit de 358.663 vagas. Deste total, 40,2% são presos provisórios, ou seja, que ainda não possuem contra si sentença penal condenatória passada em julgado<sup>236</sup>. Com estes números, o Brasil ultrapassa a Rússia e passa a ocupar o 3º lugar no *ranking* de países com maior população carcerária, pendendo apenas para Estados Unidos e China. Ademais, “pode-se arriscar, ainda com defeito: todo ano no mundo, entre 30 e 50 milhões de pessoas conhecem uma experiência detentiva”<sup>237</sup>.

Nada obstante, analisando-se o perfil das pessoas privadas de liberdade no Brasil, denota-se que 64% do total é composto de pessoas declaradas negras, ao passo que 35% da população prisional é branca e apenas 1% é constituída de amarelos, indígenas e outras. A título ilustrativo, a população brasileira registra atualmente hoje 53% de brancos, 46% de negros e 1% de amarelos, indígenas e outras<sup>238</sup>.

No que se refere ao nível de escolaridade, apenas 9% da população prisional possui ensino médio completo, caindo para menos de 1% desta população o número de pessoas com ensino superior completo<sup>239</sup>.

Contudo, em uma simples análise do disposto no art. 88, da Lei de Execução Penal (LEP)<sup>240</sup>, o déficit de vagas no sistema carcerário mostra-se muito maior e mais grave. Isto porque, de acordo com os dados divulgados, o Brasil dispõe de 1.460 unidades prisionais e, em simples cálculo aritmético, em média, cada uma destas unidades prisionais deveria contar com 252 celas individuais, o que é fato notório que não ocorre.

Ademais, desta realidade, observa-se que os números do encarceramento apenas crescem, partindo de pouco mais de 232 mil presos no ano 2000 para quase 727 mil presos em 2016<sup>241</sup>.

Estes números possuem algumas explicações, dentre elas a de que através da comunicação em massa de atos bárbaros em programas midiáticos sem compromissos éticos, a população é levada a acreditar que este fenômeno de violência só se combate com o recrudescimento das leis penais<sup>242</sup>.

Pavarini vai dizer ainda que a população carcerária se põe a crescer sem parar também em razão de uma maior severidade das agências prepostas ao processo de criminalização secundária. Isto porque, especialmente nos vinte últimos anos do século XX foi difundida progressivamente na sociedade civil um sentimento de insegurança social, que simulou por se traduzir em uma demanda de maior severidade, respondida pelo sistema penal com elevação do patamar repressivo<sup>243</sup>.

<sup>235</sup> PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Punir os inimigos**: criminalidade, exclusão e insegurança. Tradução: Juarez Cirino dos Santos; Aliana Cirino Simon. Curitiba: LedZe Editora, 2012.

<sup>236</sup> BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: INFOPEN Atualização – Junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017, p. 7, 13, 30, 32-3.

<sup>237</sup> PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Punir os inimigos**: criminalidade, exclusão e insegurança...

<sup>238</sup> BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: INFOPEN Atualização – Junho de 2016...

<sup>239</sup> BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: INFOPEN Atualização – Junho de 2016...

<sup>240</sup> Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;  
b) área mínima de 6,00m<sup>2</sup> (seis metros quadrados).

<sup>241</sup> BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: INFOPEN Atualização – Junho de 2016...

<sup>242</sup> BUCH, João Marcos. **O novo regime da prisão cautelar a partir da lei n. 12.403/2011**: o paradigma constitucional garantista. Florianópolis: Conceito, 2012.

<sup>243</sup> PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Punir os inimigos**: criminalidade, exclusão e insegurança...

Ainda, à exceção estadunidense, o crescimento a nível mundial nas taxas de encarceramento teve maior presença especialmente nos países em desenvolvimento, como é o caso brasileiro, de acordo com os dados oficiais.

Albrecht já chamou a atenção para o fato de que as vezes uma simples visita a uma unidade prisional, em que pese grande parte da população nunca tenha passado ou vá passar por essa experiência, oferece pouca informação sobre a realidade da pena privativa de liberdade<sup>244</sup>.

A exibição destes números é de suma importância para que se “compreenda” como o Brasil chegou a eles, uma vez que de sua análise, sem dificuldades se pode verificar que decorrem de inúmeras limitações materiais para o cumprimento da lei, especialmente no que se refere à harmônica (re)integração do condenado ao meio social, previsto no art. 1º, da LEP.

É de se destacar, neste sentido, a ponderação do Ministro Luís Roberto Barroso, quando em voto proferido no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347:

[...] as pessoas foram condenadas a serem presas. E, em certos casos, devem permanecer presas. Mas não foram condenadas a sofrerem violências físicas, a sofrerem violências sexuais, a não terem sabonete, pasta de dente, escova de dente, papel higiênico, nem lugar para fazer as suas necessidades básicas [...] <sup>245</sup>

Diante disso, como introito necessário à discussão do estado de exceção, os dados analisados servem como demonstrativo da desordem há muito instalada no sistema prisional brasileiro. O cárcere de hoje é por demais excludente e opressor, não em muito se diferenciando das masmorras medievais de outros tempos. Por isso é que se chegou ao reconhecimento de um estado de coisas inconstitucional, reconhecido no julgamento da ADPF n. 347.

### 3. ADPF nº 347 E O ESTADO DE EXCEÇÃO

Preocupado com as questões antes retratadas, foi que o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) propôs a ADPF n. 347, requerendo na oportunidade uma série de medidas para que fosse possível contornar a situação de grave crise instalada no sistema prisional.

Foi assim que no ano de 2015, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, foram apreciadas as medidas liminares requeridas na referida ADPF – com o mérito ainda aguardando julgamento –, ressaltados no julgamento os pontos mais críticos e deficitários do sistema.

A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual. [...]

Tais dados revelam uma realidade assombrosa de um Estado que pretende efetivar direitos fundamentais. Os estabelecimentos prisionais funcionam como instituições segregacionistas de grupos em situação de vulnerabilidade social. Encontram-se separados da sociedade os negros, as pessoas com deficiência, os analfabetos. E não há mostras de que essa segregação objetive - um dia - reintegrá-los à sociedade, mas sim, mantê-los indefinidamente apartados, a partir da contribuição que a precariedade dos estabelecimentos oferece à reincidência<sup>246</sup>.

Contudo, em que pese o avanço lançado com a liminar conferida na ADPF n. 347, curiosamente, não houve significativa mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) que, acompanhado

<sup>244</sup> ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o direito penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos; Helena Schiessl Cardoso. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>245</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF. Relator: AURÉLIO, Marco. Publicado no DJ de 10.2.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 10.10.2018.

<sup>246</sup> BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF...

em boa medida pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), ainda preserva um alto grau de punitivismo.

Ademais, merece destaque que “a superpopulação das prisões, a alimentação deficiente, o mau estado das instalações, pessoal técnico despreparado, falta de orçamento, todos esses fatores convertem a prisão em um castigo desumano”<sup>247</sup>, que ultrapassa sobremaneira o alcance da sentença penal condenatória.

Com base também neste contexto do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional é que em 2017 foi a julgamento no STF o Recurso Extraordinário m. 641.320 do Estado do Rio Grande do Sul, que deu azo à edição da Súmula Vinculante n. 56<sup>248</sup>, a partir do reconhecido déficit de vagas em todos os regimes prisionais, mas especialmente no regime semiaberto.

Isto veio em bom tempo para reafirmar o condenado tem e terá sempre o “direito público subjetivo de cumprir sua pena nos termos em que lhe foi concedido na decisão condenatória, sendo inadmissível que as deficiências por culpa do Estado recaia (sic) sempre sobre os ombros do condenado”<sup>249</sup>.

Em resumo, a súmula vinculante n. 56, com a saída antecipada do condenado, nada mais representa do que a afirmação e reafirmação de que a pessoa do condenado jamais perderá sua natureza humana, sendo sempre merecedor de respeito em seus direitos e garantias fundamentais.

Essa decisão denuncia a precariedade do nosso sistema progressivo de cumprimento de pena, a falta de vagas nos regimes semiaberto e aberto e as dificuldades de se cumprir os critérios de reprovação e prevenção do crime (art. 59 do CP) sem qualquer violação à garantia da individualização da pena (evitando-se o excesso de execução decorrente da manutenção do condenado em regime mais gravoso)<sup>250</sup>.

Com efeito, onde há falta de estrutura adequada para o correto cumprimento da pena a partir da estrita observância da LEP, o problema maior da prisão é e sempre será a própria prisão<sup>251</sup>.

Com isso, verifica-se no Brasil aquilo a que Agamben denominou como *estado de exceção*, caracterizado em última análise pela interrupção e pelo vazio do direito. Ele é algo excepcional, criado para garantir a existência e a perpetuação das coisas em seu estado considerado normal, uma vez que, por um lado, há uma norma em vigor, mas não é aplicável por não possuir força e, por outro lado, atos que não possuem valor de lei adquirem sua força (v.g. a saída antecipada em regime semiaberto, conforme ditames da súmula vinculante n. 56 – medida tomada para que o sistema prisional não imploda)<sup>252</sup>.

É dizer, a decisão que levou o STF a editar a Súmula Vinculante n. 56, com base na teoria de Agamben, instituiu no direito brasileiro um estado de exceção no que se refere ao sistema prisional, uma vez que afastou a incidência do sistema progressivo de penas e sacramentou a progressão *per-saltum*<sup>253</sup>. Nas palavras de Agamben, “mais do que tornar lícito o ilícito, a necessidade age aqui como justificativa para uma transgressão em um caso específico por meio de uma exceção”<sup>254</sup>.

A decisão em comento, portanto, serve não como uma demonstração de preocupação com os fins da execução penal, dispostos no art. 1º, da LEP<sup>255</sup> ou com a dignidade da pessoa humana, expressa como fundamento desta República no art. 1º, III, da CRFB/88<sup>256</sup>, mas sim, em última análise, para tentar proporcionar um mínimo alívio e para, sobretudo, manter em funcionamento o sistema prisional.

Destarte, em que pese a impossibilidade da total aplicação da lei em razão de circunstâncias

<sup>247</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 230.

<sup>248</sup> A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS.

<sup>249</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. 19. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 623.

<sup>250</sup> LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1238

<sup>251</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas...

<sup>252</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poletti. São Paulo, Boitempo, 2004.

<sup>253</sup> Súmula 491 STJ - É inadmissível a chamada progressão *per saltum* de regime prisional.

<sup>254</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**..., p. 40-1.

<sup>255</sup> Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

<sup>256</sup> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

específicas, a norma atual permaneça e a normalidade possa ser retomada sem a derrubada do ordenamento jurídico vigente<sup>257</sup>.

O que explica a chegada a este ponto no Brasil é a oculta política de morte – *tanatopolítica* – que rodeia o sistema prisional, acomodada em última análise nas bases do sistema capitalista neoliberal.

#### 4. CAPITAL COMO FIO CONDUTOR DA BIO À TANATOPOLÍTICA

O discurso utilizado quando do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional e da publicação da súmula vinculante n. 56 remete à ideia de biopolítica, vista com maior ênfase em Michel Foucault e Roberto Esposito. O termo define uma política de vida, ou seja, a busca de condições para que a população possa sobreviver, viver e viver melhor<sup>258</sup>.

A biopolítica, portanto, consubstancia-se na busca pela imunização dos sujeitos considerados por ela como tal. Por analogia, a biopolítica poderia ser vista como um procedimento em que se vacina o corpo – sociedade – para que se evite a doença, a fragilidade. A vacina que se faz no corpo, em perspectiva prática, é representada pela figura da política, que não é “senão a possibilidade, ou o instrumento, de conservar viva a vida”<sup>259</sup>.

Contudo, o problema que se encontra em medidas que possuem um discurso biopolítico como pano de fundo, como ocorreu com a súmula vinculante n. 56, é que normalmente este discurso de vida descamba para um discurso de morte, pois em meio ao discurso de vida começa-se a encontrar causas e culpados que atrapalham deste objetivo e que, portanto, precisam ser removidos. Esposito admite que “nunca se registraram guerras tão sanguinárias e genocídios tão extensos como nestes dois últimos séculos, ou seja, em plena era biopolítica”<sup>260</sup>.

Quando o ideal biopolítico toma um rumo negativo, como ocorreu na Alemanha nazista – não se pode esquecer jamais que o holocausto, mundialmente conhecido pela perseguição e extermínio de milhões de judeus, tinha por detrás de suas práticas um discurso biopolítico –, diz-se que se está diante de uma tanatopolítica, um regulamento oculto de morte, de extermínio da ameaça<sup>261</sup>.

Isto não é o resultado social de alguma configuração biológica, mas sim o resultado de uma prévia opção política. Esta consequência se dá em razão do evidente fato de que por trás dos discursos de vida – e morte – há sempre uma relação de poder e utilidade daqueles abarcados nestes discursos<sup>262</sup>.

A conversão da bio em tanatopolítica não tem sempre motivações biológicas. Elas podem ser também de natureza econômica, quando se busca eliminar também todos aqueles que não se enquadram aos ideais do capital ou não sejam detentores de grandes somas.

A crise da pena moderna é, em primeiro lugar, mensurável por seu grau de inflação, exatamente como a moeda. Isto porque, o Estado brasileiro, no que se refere ao sistema prisional, caminha para a neutralização daqueles considerados despossuídos, representativos de ameaça, criada em última análise pelo próprio Estado, que tira de parcela da população os direitos individuais (art. 5º, da CRFB/88) e sociais (art. 6º ao 9º, da CRFB/88) – causando a “doença da criminalidade” – e em seguida aloca os indesejados no cárcere – a “cura” para a “doença”.

É dizer, promove o esvaziamento do Estado social e ao mesmo tempo o crescimento do Estado penal, com uma nefasta prática que não se traduz em mais do que “engaiolar os inúteis e os indesejados da ordem social nascente”<sup>263</sup>.

São indesejados aqueles que não se ajustam àquilo que é tomado por normal, por exemplo, aqueles que não se ajustam ao trabalho e conseqüentemente não representam aquilo a que Foucault chamou de *homo oeconomicus*.

<sup>257</sup> AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção...**

<sup>258</sup> ESPOSITO, Roberto. **Bios: biopolítica e filosofia.** Tradução: M. Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010.

<sup>259</sup> ESPOSITO, Roberto. **Bios: biopolítica e filosofia...**, p. 74

<sup>260</sup> ESPOSITO, Roberto. **Bios: biopolítica e filosofia...**, p. 64

<sup>261</sup> ESPOSITO, Roberto. **Bios: biopolítica e filosofia...**

<sup>262</sup> FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica:** curso dado no Collège de France (1978-1979). Tradução: Eduardo Brádo. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

<sup>263</sup> WACQUANT, Lïc. **As prisões da miséria.** 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 61

O *homo oeconomicus* é, aponta Foucault, aquele indivíduo que obedece primordialmente seu interesse. Nesse sentido é que ele atua observando as variáveis do ambiente, numa busca por alocar os melhores recursos para si no que se refere à realização de algum fim<sup>264</sup>.

Excluídos então do seio social e incluídos no sistema prisional, é que se mantém a comodidade dos bons cidadãos-consumidores para a promoção da circulação de riquezas. Ademais, com o “exemplo” do cárcere, uma vez presente no consciente do sujeito o medo da prisão e a certeza de que caso não se ajuste ao meio, irá para lá, este, em regra, direcionará suas práticas para atender aos objetivos do Estado<sup>265</sup>. Dos que ainda assim não o fizerem, o cárcere dará conta, pois ele é “a forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, por meio de um trabalho preciso sobre seu corpo [...]”<sup>266</sup>, removendo-os das ruas e do espaço público.

A prisão “é a detestável solução, de que não se pode abrir mão”<sup>267</sup>. É ela a solução para a neutralização seletiva daqueles que não fazem, não podem ou não querem fazer parte do meio social. Não à toa que entre idas e vindas de crises prisionais, o modelo correccional da prisão é sempre proposto e reproposto há mais de 200 anos.

Não se pode, cair na ingenuidade de acreditar que as leis, especialmente as que definem tipos penais incriminadores, são feitas para todo mundo em nome de todo mundo, pois dirigem-se especialmente às classes marginalizadas, numerosas e menos esclarecidas<sup>268</sup>.

A sociologia jurídico-penal e a experiência cotidiana demonstram que o sistema direciona sua ação principalmente às infrações praticadas pelo segmento mais frágil e marginal da população; que os grupos poderosos na sociedade possuem a capacidade de impor ao sistema uma quase que total impunidade das próprias ações criminais<sup>269</sup>.

Isto aponta que “o extermínio é calculado: quem não produz e consome segundo os padrões do ‘capital’ não tem lugar”<sup>270</sup>. O estado neoliberal transformou não fez mais do que transformar a polícia, os tribunais e a prisão nos maiores veículos de supervisão do pobre perturbador, mostrando com brutalidade sua soberania com seu próprio povo<sup>271</sup>.

Máquina varredora da precariedade, a instituição carcerária não se contenta em recolher e armazenar os (sub)proletários tidos como inúteis, indesejáveis ou perigosos, e, assim, ocultar a miséria e neutralizar seus efeitos mais disruptivos: esquece-se frequentemente que ela própria contribui ativamente para estender e perenizar a insegurança e o desamparo sociais que a alimentam e lhe servem de caução<sup>272</sup>.

O que reforça a tese de que a prisão possui o real fim de higienização das ruas e não de ressocialização é que em nenhum momento ou, em nenhuma sociedade, a prisão cumpriu sua suposta missão de redução dos níveis de reincidência que conforme dados oficiais, em regra, aumentaram.

Batista igualmente adverte que “o direito penal existe para cumprir finalidades, *para que algo se realize*, não para a simples celebração de valores eternos ou glorificação de paradigmas morais”<sup>273</sup>.

<sup>264</sup> LEAL, G. F. **O Homo Oeconomicus em Michel Foucault**: a análise do ser humano como naturalmente econômico na arte liberal de governar. 2015. 191 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2015, p. 134.

<sup>265</sup> ARGÜELLO, Katie. Do estado social ao estado penal: invertendo o discurso da ordem. **Instituto de Criminologia e Política Criminal**. Curitiba, 2013. Disponível em: <<http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/Artigo-Katie.pdf>>. Acesso em 14.10.2018.

<sup>266</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão..., p. 217.

<sup>267</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão..., p. 218.

<sup>268</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão...

<sup>269</sup> BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. In: **Fascículos de Ciências Penais**. ano. 6. v. 6. n. 2. abr. mai. jun – 1993. p. 44-61, p. 50.

<sup>270</sup> TIBURI, Márcia. **Como conversar com um fascista**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2016, p. 30.

<sup>271</sup> WACQUANT, Lïc. **As prisões da miséria...**

<sup>272</sup> WACQUANT, Lïc. **As prisões da miséria...**, p. 151.

<sup>273</sup> BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 20.

A proposta do sistema hoje é neutralizar aqueles que, de qualquer modo, o próprio sistema enxerga como incapaz de inclusão.

[...] mais ou menos cárcere no mundo não parece ter muito a ver com a criminalidade, [...] as práticas de exclusão impostas pelo mercado, os novos processos de mobilidade determinados pela globalização, a redução do Estado Social etc., são somente os elementos através dos quais se constrói, se impõe e, afinal, se difunde universalmente uma nova filosofia moral, um determinado ponto de vista sobre o bem e sobre o mal, sobre o lícito e sobre o ilícito, sobre o merecedor de inclusão ou de exclusão<sup>274</sup>.

Finalmente, o “avanço” sinalizado pelo reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, ou pela edição da súmula vinculante n. 56, remete tão somente a uma singela suavização da crise prisional, impedindo sua ruptura total por meio do estado de exceção criado. Para o Estado capitalista neoliberal brasileiro, o sistema prisional com seus reais fins não pode deixar de existir, pois “o sucesso é tal que, depois de um século e meio de ‘fracasso’, a prisão continua a existir”<sup>275</sup>.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Exibidas as deficiências do sistema prisional em questões estruturais e de lotação, denota-se que a causa deste problema consiste na limitação material para o cumprimento da lei assim como disposta, bem como da CRFB/88 em seus preceitos fundamentais.

Observa-se que em razão destas falhas, surgem problemas graves como o da superpopulação prisional, que apresenta números alarmantes de pessoas recolhidas ao cárcere em condições incompatíveis com os mandamentos da Lei de Execução Penal, do Código Penal, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e dos preceitos básicos de dignidade da pessoa humana, tão discutidos nos últimos séculos.

De acordo com o que indicou a pesquisa, os fins do cárcere em sua teoria e em sua prática são extremamente opostos. Enquanto na primeira hipótese se verifica uma preocupação com a pessoa do sujeito preso e formas de recuperá-lo para o convívio social, na segunda se observa uma seletiva exclusão daqueles que não são úteis ao sistema em uma perspectiva neoliberal, guiada essencialmente pelo capital.

A pesquisa aponta que para aqueles que não se ajustam ao meio através do trabalho e do consumo, o cárcere vem nas vestes de um aparelho que proporciona a higienização social com a retirada dos degenerados do espaço público.

Contudo, à medida em que se encarceram os sujeitos perniciosos, a prisão, que possui um número limitado de vagas para os seus “hóspedes”, termina por se transformar em uma “bomba relógio” prestes a explodir se providências não forem tomadas.

Por outro lado, sabendo da importância oculta do cárcere, este não pode correr o risco de ser derrubado, haja vista o interesse da classe dominante na sua conservação enquanto tal.

Portanto, denota-se, à primeira vista, que decisões com roupagem de preocupação com a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/88) e com os objetivos da pena (art. 1º, da LEP), destinando esforços no sentido de amenizar a superlotação carcerária, em verdade são subterfúgios adotados para a manutenção deste nefasto sistema perverso e excludente a partir de uma oratória de fraude e falsidade.

Sem a edição de instrumentos como a súmula vinculante n. 56, *v.g.*, o sistema prisional, apontado supostamente fracassado, cedo ou tarde desabaria em razão de não mais poder suportar a pressão que pouco a pouco nele se instala por intermédio do encarceramento em massa.

É necessário, e o Estado conhece este ponto, que as pessoas acreditem que o sistema existe e que ele funciona, pois, a maior parte da população crê na certeza do castigo, crê que caso seja autor de uma prática tipificada como ilícito penal, será conduzida ao cárcere. Caso estas pessoas percam completamente a certeza do castigo, o Estado e o neoliberalismo terão mais dificuldades em se manterem vivos.

<sup>274</sup> PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Punir os inimigos**: criminalidade, exclusão e insegurança..., p. 29-30.

<sup>275</sup> FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão..., p. 263.

Com isso, conclui-se que o Estado não está preocupado com o cumprimento humanizado da pena, mas sim com formas de manter o sistema funcionando, ainda que com a promoção de adaptações em face dos limites materiais do sistema, pois sua real finalidade é a preservação de um sistema opressor e altamente seletivo, enquanto braço forte do neoliberalismo que tão somente promove uma higienização social. A raiz desta realidade se encontra nos problemas sociais gerados pelo capitalismo de exclusão e apenas serão vistos indicativos de mudança quando for dada a necessária atenção aos mandamentos constitucionais com a diminuição dos abismos sociais existentes no Brasil.

## 6. REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo, Boitempo, 2004.

ALBRECHT, Peter-Alexis. **Criminologia**: uma fundamentação para o direito penal. Tradução: Juarez Cirino dos Santos; Helena Schiessl Cardoso. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ARGÜELLO, Katie. Do estado social ao estado penal: invertendo o discurso da ordem. **Instituto de Criminologia e Política Criminal**. Curitiba, 2013. Disponível em: <<http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/Artigo-Katie.pdf>>. Acesso em 14.10.2018.

BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. *In: Fascículos de Ciências Penais*. ano. 6. v. 6. n. 2. abr. mai. jun – 1993. p. 44-61.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BRASIL. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: INFOPEN Atualização – Junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347/DF. Relator: AURÉLIO, Marco. Publicado no DJ de 10.2.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 10.10.2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral, 1. 19. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUCH, João Marcos. **O novo regime da prisão cautelar a partir da lei n. 12.403/2011**: o paradigma constitucional garantista. Florianópolis: Conceito, 2012.

ESPOSITO, Roberto. **Bios**: biopolítica e filosofia. Tradução: M. Freitas da Costa. Lisboa: Edições 70, 2010.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica**: curso dado no Collège de France (1978-1979). Tradução: Eduardo Brádo. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

HULSMANN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Trad.: Maria Lúcia Karan. 1. ed. Niterói, RJ: LUAM, 1993.

LEAL, G. F. **O Homo Oeconomicus em Michel Foucault**: a análise do ser humano como naturalmente econômico na arte liberal de governar. 2015. 191 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Punir os inimigos**: criminalidade, exclusão e insegurança. Tradução: Juarez Cirino dos Santos; Aliana Cirino Simon. Curitiba: LedZe Editora, 2012.

TIBURI, Márcia. **Como conversar com um fascista**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2016

WACQUANT, Löic. **As prisões da miséria**. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

## ANÁLISE ECONÔMICA DO CRIME E DA PUNIÇÃO

Reinaldo Denis Viana Barbosa<sup>276</sup>

### RESUMO

O artigo apresenta a Teoria Econômica do crime a partir de Jeremy Bentham, contemporâneo do iluminismo penal, e Gary Becker, reconhecido como principal sistematizador. Para o primeiro, a aproximação do prazer e a fuga da dor são premissas que devem ser utilizadas pelos legisladores e executores das leis, a fim de direcionar o comportamento dos sujeitos desviantes. Já para o segundo, o criminoso comporta-se tal qual um empresário que condiciona as suas ações às possibilidades de ganhos ou perdas. A tarefa, então, para a Teoria Econômica do Crime, passa a ser identificar e manipular as variáveis que influenciam na decisão criminosa. A discussão sobre o modo e a finalidade da pena é tema bastante apropriado ao país com a terceira maior população carcerária do mundo, cuja taxa de ocupação penitenciária é de quase 200% e a projeção para 2025 é de 1,47 milhão de presos. Objetiva-se, portanto, verificar se a Teoria Econômica do Crime é útil para explicar o “problema penal”. Para tanto, será feita uma exposição dos seus principais pressupostos teóricos. Ao final, conclui-se que a Teoria Econômica do Crime apresenta respostas possíveis para os questionamentos do “problema penal”, diferindo-se da teoria tradicional por oferecer um modelo preditivo do comportamento criminoso e apresentar um objetivo para o exercício do poder punitivo, sendo tais diferenciais de extrema importância para a adoção de políticas de segurança pública. Trata-se de pesquisa bibliográfica e documental para a exposição da teoria e dos dados levantados, utilizando o método qualitativo e a análise explicativa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Análise Econômica do Direito, Teoria Econômica do Crime, Crime e Punição.

### 1. INTRODUÇÃO

Embora Luigi Ferrajoli apresente outras categorias igualmente importantes, talvez saber *como*, *quanto* e *quais comportamentos* punir seja o dilema de qualquer teoria do crime. A Análise Econômica do Crime apresentada a seguir propõe-se a tais questionamentos, diferindo-se da teoria tradicional do direito penal por oferecer um modelo preditivo do comportamento criminoso e apresentar um objetivo para o direito penal. Tais diferenciais são de extrema importância para as políticas de segurança pública.

Uma das críticas à Análise Econômica do Crime se refere ao seu viés materialista e racional. Sugere-se que as suas propostas colocam um preço nos delitos, permitindo a compensação pelo mal causado. Fundamental já nesta introdução esclarecer que diferentemente do direito da responsabilidade civil, no direito penal o maior objetivo não é a compensação da vítima, mas a dissuasão. A grande diferença entre a teoria tradicional e a econômica está em como se alcançará esse resultado.

Assim, a tarefa do direito penal, por esta lente, passa a ser a minimização dos custos sociais do crime, os quais correspondem à soma do prejuízo que causam e dos custos com prevenção. Para tanto, este artigo faz uma leitura direta de dois dos maiores expoentes da Análise Econômica do Crime: Jeremy Bentham e Gary Becker.

Dada a necessidade de apresentação da teoria, optou-se por fazer uma leitura descritiva, destacando-se comentários às críticas apenas quando estas pareceram dificultar a compreensão dos pressupostos da teoria. Exatamente por isso, para fazer uma apresentação “limpa” da teoria, deu-se preferência à utilização direta dos autores citados, recorrendo-se a outros doutrinadores apenas para reforçar alguma ideia relevante.

O que o leitor encontrará a seguir é uma proposta de leitura do problema penal, cada vez mais relevante com a publicação de pesquisas empíricas que confirmam os pressupostos da teoria econômica do crime. Como tal, merece destaque e reflexão, embora algumas das informações recebidas na academia, especificamente no Direito, possam inicialmente resistir ao que será aqui exposto.

<sup>276</sup> Mestrando em Direito pela UFSC, especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Escola do Ministério Público de Santa Catarina. Graduado em Direito pelo CESUSC. Advogado. reinaldo@advocaciabarbosa.adv.br

Deseja-se uma boa viagem e que ao final, de todo o exposto, o leitor saiba que há outra explicação possível para a criminalidade, ainda que tal conhecimento sirva exclusivamente para reforçar a crença nos seus dogmas.

## 2. TEORIA ECONÔMICA DO CRIME

A utilização do aparato econômico para a leitura de questões jurídicas alcançou também o Direito Penal. Aqui, para Cooter e Ulen (2010, p. 475), o homem racional é definido como um indivíduo amoral: “alguém que determina cuidadosamente os meios de se produzir fins criminosos sem ser limitado pela culpa ou por uma moralidade internalizada.”

Ao considerar um crime cujo proveito econômico seja de R\$ 1.000,00 e a probabilidade de apreensão, julgamento e punição de 50% (pelas estatísticas dos órgãos públicos), a atividade pode ser proveitosa para o sujeito mesmo se fosse condenado à reparação integral do dano, uma vez que há a possibilidade de não ser pego.

Para o criminoso, o benefício do crime é certo, mas os custos são probabilísticos. Matematicamente o raciocínio é o seguinte: o valor esperado do crime é igual ao proveito menos a pena multiplicada pela probabilidade de identificação, processamento e condenação. Assim, há incentivo para incorrer no crime se os benefícios superarem os custos. No exemplo em questão, teríamos: Proveito econômico do crime = R\$ 1.000,00; Custo da condenação para o criminoso = R\$ 1.000,00 (considerando somente como custo a reparação integral do dano); Probabilidade de apreensão, julgamento e punição = 50%; Benefício esperado líquido: R\$ 1.000,000 – R\$ 1.000,000 x 50% = R\$ 500,00.

Como o benefício esperado pelo crime é positivo, o indivíduo seria incentivado a praticá-lo. Luiz Tadeu Viapiana (2006, p. 38) define o raciocínio com a seguinte fórmula: Crime =  $b-p.c$ , onde  $b$  é o benefício do crime,  $p$  é a probabilidade de prisão e  $c$  representa os custos medidos pela perda de renda durante o tempo de prisão mais os custos diretos e morais. Desta forma, sempre que  $(b-p.c) > 0$  a decisão individual de cometer o crime será incentivada.

### ■ 2.1 Teoria Econômica do Crime em Jeremy Bentham

A produção do autor deu-se especificamente no século das luzes (século XVIII), período de considerável mudança nos fundamentos da pena e nos meios de punição, quando as práticas da justiça hegemônica<sup>277</sup> entram em contradição moral com a construção ideológica da Idade Nova.

Embora ainda não estruturado como disciplina, o problema penal, para utilizar a expressão de Giovanni Tarello (1975, p. 14), referia-se a questionamentos como: existe um direito de punir?; existindo, a quem pertence?; definido a quem pertence, contra quem se aplica?; quais punições são lícitas?; como devem ser executadas as punições? Estes são os questionamentos que caracterizam as reflexões do “problema penal” do século XVIII.

Não surpreende o fato de que as respostas a estes e outros pontos com reflexos jurídicos tenham sido dadas não por juristas, mas por filósofos como Voltaire, Beccaria e Bentham. Nesse sentido, carregar o título de filósofo ou jurista referia-se muito pouco à formação acadêmica e mais ao campo de concentração.

Ricardo Sontag (2008, p. 75) posiciona Jeremy Bentham, pelo período em que escreve, muito mais como um consolidador do que um pensador original.<sup>278</sup> Independente disso, a importância do autor inglês foi fundamental para uma “mudança de chave” no direito penal. Apenas como referência, Pascoal José de Melo Freire, na elaboração do projeto do Código Criminal que fez a pedido da rainha D. Maria I, em 1823, apontou diretamente ter sido influenciado pelas ideias de Jeremy Bentham. A referência é relevante na medida em que o projeto, embora não tenha prosperado, foi a base para o Código Criminal de 1830, primeiro código penal brasileiro.

<sup>277</sup> A expressão é utilizada como oposição à justiça negociada, característica da justiça criminal pré-moderna. Enquanto esta se pauta no paradigma comunitário, buscando a satisfação da vítima e compensação da controvérsia, aquela está sobre o paradigma estatista e fazer justiça é castigar delitos; a vítima é coisificada, sendo tomada pelo Estado apenas para justificar a punição; a vingança já não é mais suficiente por não interessar diretamente ao público. Para aprofundamento da leitura, MECCARELLI (2009).

<sup>278</sup> Relação interessante da “influência” de Beccaria em Bentham, o que poderia reforçar a tese de Ricardo Sontag, pode ser verificada na dissertação de mestrado de Luiz Eduardo Dias Cardoso (2018, p. 97-103), disponível em <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/186768/PDPC1391-D.pdf?sequence=-1>.

É característica deste período a busca por mitigar a discricionariedade dos juízes. Invoca-se a Lei como limite à atuação do julgador. Isso porque ela é ditada por um legislador que representa a vontade de toda a sociedade e se preocupa com a sua defesa, individualizando delitos e penas. A incriminação, assim, dependerá exclusivamente da Lei, regente de um processo que aplicará uma pena útil, proporcional, porém humana. (MECCARELLI, 2009, p. 473).

As leis e as penas têm um caráter instrumental. As primeiras servem para a construção de uma ordem social, funcionando como formatação moral dos indivíduos, garantindo a ordem e possibilitando o exercício dos direitos civis. Já as penas são úteis para a correção individual (função reformadora), e para a prevenção geral, o que é claro com a visibilidade que Bentham pretende dar à sua execução.

A base das propostas reformadoras de Bentham está no uso do princípio da utilidade, entendido como “aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo.” (BENTHAM, 1974, p. 10). Certamente a aplicação pretendida pelo autor não se resume às relações individuais, mas a qualquer ato ou medida do governo.

Para Bentham, há dois “senhores” que governam os homens: a dor e o prazer.<sup>279</sup> É a esses dois sentimentos que está submetido o comportamento humano, sendo o princípio da utilidade construído sobre tais alicerces. Assim, utilidade representa a característica em virtude da qual o objeto tende a produzir “benefício, vantagem, prazer, bem ou felicidade” ou impedir que aconteça “o dano, a dor, o mal ou a infelicidade para a parte cujo interesse está em pauta”. (BENTHAM, 1974, 10).

Uma ação estará em conformidade com o princípio da utilidade quando o seu potencial de aumentar a felicidade for maior do que a tendência de diminuí-la. A base de análise para a medição pode ser a própria comunidade, sendo o seu interesse representado pela soma dos interesses dos diversos membros. Dessa colocação é possível extrair os primeiros apontamentos para a justificação da imposição de uma punição ao violador de determinada lei, na medida em que a atividade legislativa representaria o interesse coletivo e o comportamento desviante, conseqüentemente, ofensa direta a tal interesse.

Especificamente no campo penal, Bentham (2002, p. 20) ressalta que,

Segundo o princípio da utilidade, as penas legais são males que devem recair acompanhados de formalidades jurídicas sobre indivíduos convencidos de terem feito algum ato prejudicial, proibido pela lei, e com o fim de se prevenirem semelhantes ações para o futuro.

As dimensões de valor em um prazer ou dor dependem de seis fatores: a sua intensidade, duração, certeza, proximidade no tempo, fecundidade e pureza. A partir dos apontamentos anteriores, fundamentais à compreensão do utilitarismo em Jeremy Bentham, é possível fazer as aproximações com o direito penal, caracterizando a Análise Econômica na qual Gary Becker buscou subsídio para o desenvolvimento da sua Teoria do Crime.

O governante deve ter como objetivo a felicidade da sociedade, obtida a partir de punições e recompensas que corresponderão à dor e ao prazer, respectivamente. A necessidade de punição surge, portanto, da tendência de determinado ato perturbar a felicidade, dado o seu caráter pernicioso. Para que seja observado o princípio da utilidade, a punição deve guardar proporcionalidade com o ato praticado, ressaltando-se que o caráter pernicioso do ato está relacionado à soma das suas conseqüências.

Os motivos que influenciam uma pessoa a praticar um ato pernicioso são chamados *sedutores* ou *corruptores*. Diferentemente, aqueles que agem na qualidade de motivos demoventes, são denominados motivos *preservadores*. Estes últimos podem ser resumidos em dois tipos: i) *amor ao sossego* (previsão do incômodo gerado pela tentativa, ou seja, as dificuldades de ordem física que deverão ser superadas para a prática do ato pernicioso); ii) *autopreservação* (referente aos perigos a que o agente estará sujeito na prossecução da tentativa). (BENTHAM, 1974, 60).

Tais perigos ainda podem se dividir naqueles de natureza puramente física e aqueles resultantes da ação moral. Estes últimos representam a reação odiosa das pessoas se o ato for conhecido. A apresentação das diversas categorias utilizadas por Bentham é útil, na perspectiva deste trabalho, por introduzir uma das variáveis presentes na teoria econômica do crime de Gary Becker: o perigo de detecção. Isso porque este motivo demovente, ou seja, inibidor da prática do ato pernicioso, depende do

<sup>279</sup> Embora colocado desta forma por Bentham, a ideia já pode ser vista em Epicúrio, na Grécia (IV a.C).

conhecimento da ação ou, pelo menos, do perigo de conhecimento. Desta forma, maior será a influência deste motivo inibidor quanto maior for a probabilidade de detecção do comportamento pernicioso.

Ao final, a decisão pela prática do ato pernicioso dependerá da ponderação entre o prazer ou a vantagem obtidos com o crime e o incômodo e perigo que, ao seu juízo, acompanham o ato. Assim, a decisão depende, também, da avaliação da própria pessoa sobre o caráter pernicioso do ato: “quanto menos pernicioso o crime se apresentar à pessoa, tanto menor será a aversão que a pessoa demonstrará a cometê-lo.” (BENTHAM, 1974, p. 62).

A proporcionalidade entre crime e punição, sugerida por Bentham, decorre de quatro objetivos que devem orientar o legislador. O primeiro deles resulta da função principal da legislação: evitar o prejuízo. Assim, o primeiro objetivo pretendido pelo legislador deve ser o de submeter o infrator a uma pena que seja capaz (tendo a necessidade por limite) de evitar que qualquer crime seja cometido.

Uma vez que não seja possível evitar o cometimento de todos os crimes, o próximo objetivo orientador será o de induzir o agente ao cometimento do menos prejudicial entre dois que lhe atendam à finalidade pretendida. Tendo induzido o infrator ao cometimento de um crime menos pernicioso, o próximo objetivo é induzir o agente ao cometimento do menor prejuízo possível necessário para atingir a sua finalidade. Por fim, o último objetivo orienta o legislador a procurar passar pelos passos anteriores da maneira menos dispendiosa possível. (BENTHAM, 1974, p. 67).

As normas que decorrem de tais objetivos são as máximas que caracterizam a Análise Econômica do Crime. A primeira estabelece que “o valor ou gravidade da punição não deve ser em nenhum caso inferior ao que for suficiente para superar o valor do benefício da ofensa ou crime.” (BENTHAM, 1974, p. 67). Não fosse dessa forma, o crime seria cometido, segundo o autor, com certeza, e a punição seria inútil e ineficaz. A punição é, em última medida, um preço pago antecipadamente. Assim, “quanto maior for o prejuízo derivante do crime, tanto maior será o preço que pode valer a pena pagar no caminho da punição.” (BENTHAM, 1974, p. 67). Esta é a segunda norma.

A terceira norma busca induzir o agente a escolher, entre dois crimes, pelo menos pernicioso, estabelecendo que “quando houver dois crimes em concorrência, a punição estabelecida para o crime maior deve ser suficiente para induzir uma pessoa a preferir o menor.” (BENTHAM, 1974, p. 68).

O próximo objetivo é fazer com que, uma vez tomada a decisão do cometimento de um crime, o agente seja desestimulado a prosseguir a cada crime particular ou nova etapa do prejuízo. Em todas as etapas, deve-se procurar coibir o crime da forma menos dispendiosa possível. Finalmente, considerando que as pessoas são afetadas de forma diferente pelas causas excitantes, devem ser consideradas as circunstâncias que influenciaram a sensibilidade de cada um. (BENTHAM, 1974, p. 69).

Quando um crime é cometido, exige-se providências do legislador e do magistrado: prevenir o crime para que não mais aconteça e reparar o mal causado tanto quanto possível. Com relação à prevenção, há dois modos de alcançá-la: por um meio particular, ou seja, com ações direcionadas ao acusado; e por um meio geral, destinado a todas as outras pessoas, de modo a dissuadir o pensamento criminoso.

Exatamente por isso é tão cara para Bentham a diferença entre a pena aparente e a pena real. A aparente é aquela que se oferece à imaginação dos homens (vendo o condenado sofrer ou assimilando a ameaça legal); já a pena real se refere ao efetivo sofrimento imposto ao criminoso pela pena. Segundo o autor, a pena real é a perda e a pena aparente o ganho. (BENTHAM, 2002, p. 28).

Além destas características, a pena deve ser *divisível* (tanto na intensidade quanto na duração. Uma pena indivisível pecará por excesso ou por deficiência); *certa* (o autor coloca no sentido de igualdade, capaz de causar o mesmo sofrimento aos diversos criminosos); *comensurável* (o criminoso deve saber que ao maior crime será aplicada uma pena mais severa); *análoga* (se a pena se assemelha ao crime, mais facilmente se gravará na mente); *exemplar* (equilíbrio entre a pena aparente e a pena real); *econômica* (deve ter o grau de severidade necessário para o fim desejado); *reparável* (poder ser revogada); *incapacitante* (deve poder tirar do criminoso o poder de fazer o mal); *reformadora* (ter tendência de melhoramento moral); *reparadora* (poder converter-se em proveito); *simples* (deve ser facilmente conhecida e compreendida); e *popular* (não deve ser odiosa no conceito público). (BENTHAM, 2002, p. 38-44).

Se procurássemos uma pena ideal em Jeremy Bentham ela teria que ter todas essas características. Contudo, como o próprio autor reconhece, não há uma só pena que possa reunir todos estes atributos. O trabalho passa a ser identificar, segundo a natureza dos crimes, aquelas características que podem ser mais importantes.

A partir de O Panóptico há uma indução de que a pena ideal para Bentham seria a de prisão. Contudo, conforme esclarece Ricardo Sontag (2008, p. 102):

De qualquer forma, é bem verdade que a radicalidade de Bentham lança seu pensamento em direção aos limites do iluminismo jurídico-penal. Apesar disso é preciso levar em consideração que atribuir ao panopticon benthaminiano já as características do ulterior penitenciocentrismo do século XIX seria uma atitude apressada, pois o panopticon, visto no interior da teoria das penas benthaminiana, ainda revela muitos traços da tradição jurídico-penal clássica que o cercava, o espectro iluminista que rondava a Europa.

Da mesma forma, a pena de multa parece vantajosa em diversas das características necessárias às penas, dentre as quais se destaca a economia. Todavia, há pouco peso no seu caráter exemplar, uma vez que o pagamento de uma prestação pecuniária não tem a publicidade de uma prisão, por exemplo.

## ■ 2.2 Teoria Econômica do Crime em Gary Becker

A sistematização desse pensamento que vê o criminoso como um “empresário” e o crime como uma atividade com reflexos econômicos como tantas outras é atribuída a Gary S. Becker (OLSSON, 2014, p. 72), embora seja possível encontrar referências anteriores, como em Cesare Beccaria e Jeremy Bentham.

Gary Becker resgata, quase dois séculos depois de Beccaria e Bentham, os postulados da Teoria da Escolha Racional, aplicando-os ao direito criminal: o criminoso, assim como o não criminoso, reage racionalmente a incentivos; estes incentivos decorrem da avaliação de custo e benefício do crime a ser praticado.

Desta forma, o criminoso será qualquer pessoa para quem a utilidade esperada com o crime (a qual não se limita ao proveito econômico<sup>280</sup>) supera a utilidade que poderia obter usando o seu tempo e recursos para a prática de atos lícitos. Segundo Becker (1968, p. 177), “algumas pessoas se tornam ‘criminosas’, não porque sua motivação básica seja diferente das de outras pessoas, mas porque seus benefícios e custos diferem.”

Nesse sentido, Foucault (2008, p. 346), ressalta:

O criminoso não é mais que absolutamente qualquer um. O criminoso é todo o mundo, quer dizer, ele é tratado como qualquer outra pessoa que investe numa ação, que espera lucrar com ela e aceita o risco de uma perda.

Becker não pretendia a extinção da criminalidade, uma vez que para tal objetivo seria necessária uma quantidade demasiadamente alta de recursos, o que afastaria a eficiência buscada. Afinal, sendo os recursos escassos, o crime é apenas mais uma das atividades pelas quais o Estado é demandado.<sup>281</sup>

Winter (2008, p. 2) chega à mesma conclusão a partir do próprio conceito de economia. Ressalta que se a Economia é o estudo da melhor alocação dos recursos escassos, o crime é apenas uma das demandas sociais para a qual devem ser direcionados os recursos limitados.

Inicialmente, há dois fatores que influenciam na decisão pelo crime, segundo Becker: a probabilidade de condenação ( $p$ ) e o efeito dissuasivo da pena ( $f$ ). A variável  $p$  está relacionada essencialmente às atividades das Polícias, do Ministério Público e do Poder Judiciário. Já a variável  $f$  liga-se à atividade legislativa, especificamente quanto à duração e execução da pena, além de outros fatores como a construção e aparelhamento de presídios.

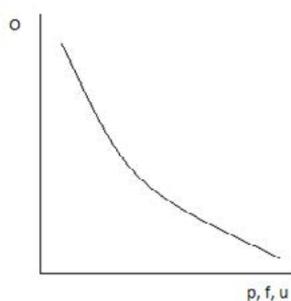
Conforme Viapiana (2016, p. 83), os fatores sociais são importantes no modelo econômico, embora não como condição determinante, mas com função de mediação. É dizer que entra como variável do cálculo a formação moral do indivíduo, o seu relacionamento com a comunidade, com a família, a sua educação, entre outros aspectos.

Desta forma, para a Teoria Econômica do Crime de Gary Becker, a quantidade de delitos praticados ( $O$ ) estará em função da probabilidade de condenação ( $p$ ), do efeito dissuasório da pena ( $f$ ) e das variáveis exógenas ( $u$ ). As representações matemática e gráfica são as seguintes:  $O = O(p, f, u)$ .

<sup>280</sup> Nesse sentido, Olsson (2014, p. 75) alerta que “custos devem ser entendidos não unicamente em seu sentido econômico, mas como algo que a sociedade perde, deixa de ganhar, ainda que exclusivamente em relação ao bem-estar”.

<sup>281</sup> A aceitação de determinada quantidade de crimes para Becker não se confunde com a justificativa de Emile Durkheim com a teoria estrutural-funcionalista do desvio. Para Durkheim, o delito está ligado às condições de toda vida coletiva e estimula a reação social, estabilizando e mantendo vivo o sentimento coletivo que sustenta a conformidade à norma. Além disso, o tratamento dado ao desvio confere elasticidade à autoridade pública na administração de outros setores normativos. Em Gary Becker a explicação é eminentemente econômica e justificada pela escassez dos recursos disponíveis.

Gráfico – Função quantidade de delitos



Fonte: RODRIGUES (2014, p. 81)

Pela leitura do gráfico, quanto maior for a probabilidade de condenação, o efeito dissuasório da pena e a influência das variáveis exógenas, menor será a incidência de crimes.

O caminho para minimizar o crime, segundo Becker, está na minimização da perda social. Quando os custos de apreensão, condenação e punição dos infratores forem nulos, ou ainda quando o crime tenha causado mais danos externos ao desviante do que lucros privados, estar-se-á na direção da redução da criminalidade. (BECKER, 1968, p.193)

A finalidade, contudo, de Becker, não é simplesmente apresentar o criminoso com características semelhantes às de um empresário. Essa classificação é apenas uma premissa para o seu objetivo: apresentar sistema ótimo de combate à criminalidade. Nesse objetivo, o autor assevera que a maneira eficiente para o combate à criminalidade é utilizar prioritariamente as penas de multa, reservando-se a privação da liberdade para os crimes cujo bem jurídico violado seja impossível de ser compensado e para os casos de inadimplemento da multa aplicada.

O caminho para minimizar o crime, segundo Becker, está na minimização da perda social. Quando os custos de apreensão, condenação e punição dos infratores forem nulos, ou ainda quando o crime tenha causado mais danos externos ao desviante do que lucros privados, estar-se-á na direção da redução da criminalidade. (Becker, 1968, p.193). Nesse sentido, há pelo menos seis motivos que, quando aplicada a racionalidade econômica, indicam que a pena de multa é a ferramenta mais apropriada para a consecução de tal objetivo.

Em primeiro lugar, a prisão representa um custo social alto. Os custos são imagináveis. Embora Becker cite guardas, supervisores e o próprio tempo do apenado como exemplos dos custos, à lista pode-se acrescentar a manutenção dos prédios, a alimentação, Assistentes Sociais, Defensoria Pública, entre tantos outros. Em contrapartida, a execução da multa se resume à transferência bancária.

A segunda vantagem da pena de multa em relação à pena de prisão é a facilidade de determinação da fração ideal da pena. O uso inteligente da pena de multa, afirma Becker, pressupõe o conhecimento dos ganhos e danos marginais, bem como dos custos marginais de captura e condenação. Contudo, o uso inteligente da pena de prisão exige, além de tais conhecimentos, o da elasticidade das respostas das infrações às mudanças nas punições.

O terceiro motivo pelo qual se deve optar pela pena de multa, em detrimento da prisão, é a desnecessidade de considerar elementos como premeditação, sanidade e idade, indispensáveis para a identificação da elasticidade das respostas dos desviantes quando a referência é a pena privativa de liberdade. Em quarto lugar, a utilização da pena de multa possibilita a devolução da vítima ao status quo ante, de modo que, ao final da execução, não fique pior do que se a violação não tivesse sido cometida. Outras modalidades de pena, além de não cumprirem esta meta, ainda exigem recursos adicionais para a execução da punição.

Em quinto lugar está uma das preocupações da criminologia crítica. Trata-se da estigmatização do apenado ao final do cumprimento da pena. O terceiro momento de criminalização, representado pela passagem do indivíduo pelo sistema prisional, com implicações econômicas e de aceitação social, seria evitado pela utilização da pena de multa. A sexta razão está no custo da reabilitação, com aconselhamento psiquiátrico, terapia e outros programas.

À crítica de que a aplicação de multas permite que as ofensas sejam compradas, justifica que qualquer outra forma de punição tem o mesmo sentido, mudando apenas a unidade de medida. Nesse

sentido, o preço do furto, por exemplo, pode ser seis meses de prisão. “Multas são medidas em unidades monetárias e prisão em unidade de tempo.” (BECKER, 1968, p. 199).

Segundo a teoria, as penas privativas de liberdade deveriam ser reservadas aos casos em que o dano excede os recursos dos infratores, como nos casos de homicídio e estupro, e nos casos de inadimplemento da pena de multa aplicada. (BECKER, 1968, p. 200).

Finalmente, Gary Becker (1968, p. 202) conclui que o processo penal seria um local de avaliação do dano causado pelo réu. A ação criminosa seria definida fundamentalmente não pela natureza da ação, mas pela incapacidade de uma pessoa compensar o dano que causou. Assim, uma ação seria ‘criminal’, precisamente porque resulta em ‘prejudicar’ os outros. O Direito Penal abrangeria todas essas ações, enquanto a lei de responsabilidade civil abrangeria todas as outras ações (civis).

A proposta de Becker é estudar a melhor maneira de aplicação dos recursos públicos, especialmente por não haver recursos suficientes para evitar todo e qualquer crime e, ainda que estivessem disponíveis, o custo seguramente não compensaria o benefício. A proposta, então, é reduzir os custos sociais decorrentes do crime utilizando o menor custo possível.

Pelos pressupostos definidos na teoria de Becker procura-se orientar o Estado para buscar o “ótimo” no combate à criminalidade (assim como identificar quando tal combate deve ser abandonado por ser ineficiente como ocorreu, por exemplo, como o crime de adultério e o uso de drogas).

Parece claro que Gary Becker apresenta a pena de multa como sendo a ideal. Contudo, tomar esta como a conclusão última do seu trabalho seria reduzi-lo demasiadamente. Diferentemente, o autor procura oferecer as variáveis necessárias ao cálculo da eficiência na punição.

Observada exclusivamente pelos custos envolvidos, não há dúvida de que a pena de multa supera em benefícios a pena de prisão. Inobstante, se se pretende maior dissuasão, retribuição, reabilitação ou incapacitação, a vantagem parece se inverter. Assim, a sociedade deverá verificar, agora com os dados claros, os custos de cada possibilidade, podendo gerar um melhor resultado social a partir de cada crime cometido.

Deve-se, portanto, conforme alerta Olsson (2014, p. 122), estabelecer um critério para a definição da situação de equilíbrio. A decisão pelo tipo de punição dependerá o grau de eficiência escolhido pela sociedade. Ao pensar em uma sociedade que não assimila como punição razoável a pena de multa, a sua utilização afastaria a ideia da prevenção geral, típica da Análise Econômica do Crime. Neste caso, a satisfação social proporcionada pela sensação de segurança poderia ser suficiente para justificar os custos com utilização da pena de prisão.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho foi apresentada a Teoria Econômica do Crime a partir de Jeremy Bentham e Gary Becker. Bentham, propondo mudanças na finalidade e modo de execução das penas na Inglaterra do século XVIII, identifica na punição funções específicas. Despreza o castigo exclusivamente como retribuição a um mal praticado. A pena deve ser capaz de desestimular a conduta indesejada, tanto ao sujeito violador quanto à sociedade, a qual, vendo a consequência do crime, seria persuadida a abster-se da prática.

Gary Becker, apresentado como sistematizador da Teoria Econômica do Crime, resgatou quase dois séculos depois de Bentham e Beccaria os postulados necessários à construção da sua teoria. Segundo o autor, o crime é atividade econômica como tantas outras e o criminoso comporta-se como o empresário desta atividade. O comportamento criminoso será incentivado ou desincentivado a partir das expectativas de lucro ou prejuízo. Por isso, a quantidade de crimes estará em função da probabilidade de condenação e do efeito dissuasório da pena.

Não se pode olvidar que há críticas ao caráter utilitarista e racional como a teoria é construída, esperando-se dos sujeitos determinados comportamentos programados, os quais, no mundo real, não acontecem matematicamente como proposto. Contudo, deve-se também advertir para o fato de que a teoria indica uma história sobre comportamento: assim como dizemos que a consequência da utilização das leis da oferta e demanda é aumento ou diminuição do consumo, embora não se espere que o consumidor faça complexas operações matemáticas para a sua decisão, também não esperamos esse raciocínio do desviante.

Para além das críticas formuladas, e sem pretender ser a última resposta para a leitura do problema penal, a Teoria Econômica do Crime é adequada por proporcionar aplicações e conclusões que vão além das reflexões da criminologia crítica.

A Teoria Econômica do Crime, ao utilizar aparato econômico largamente aceito pela comunidade acadêmica, propõe a identificação das variáveis que influenciarão na decisão pelo crime. Tais análises podem ainda exercer grande impacto na tomada de decisão pela Administração Pública, mormente quando considerada a escassez dos recursos para investimento em segurança pública.

Assim, identificando empiricamente as sensibilidades dos indivíduos, o administrador saberá se deve, por exemplo, investir em prevenção ou repressão do crime; em viaturas e policiais ou em construção de presídios; se as leis devem prever penas mais severas ou se mais curtas e prováveis. É, portanto, mais uma possibilidade de reflexão sobre problema tão complexo que é o crime e a punição.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECKER, Gary. **Crime and punishment: na economic approach.** Journal of Political Economy, v. 76, p. 169-217, 1968.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação.** São Paulo: Abril S. A. Cultural e Industrial, 1974.

\_\_\_\_\_. **Teoria das penas legais.** São Paulo: Bookseller, 2002.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & economia.** Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FOUCAULT, Michel. **O nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France (1978-1979).** Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes: 2008.

MECCARELLI, Massimo. El proceso penal como lugar de determinación de la justiça. Algunas aproximaciones teóricas en la época del ius commune. In MADERO, Marta. **Processos, inquisiciones, pruebas.** Homenaje a Mario Sbriccoli. Buenos Aires: Manantial, 2009, p. 307-323.

OLSSON, Gustavo André. **Análise econômica do direito penal e teoria sistêmica.** Curitiba: Juruá, 2014.

RODRIGUES, Fellipe Azevedo. **Análise econômica da expansão do direito penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

SONTAG, Ricardo [et Al.]. **Iluminismo e direito penal.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

TARELLO, Giovanni. **Il problema penale nel secolo XVIII.** Materiali per una storia della cultura giuridica, V, 1975. Bologna: Il Mulino.

VIAPIANA, Luiz Tadeu. **Economia do crime: uma explicação para a formação do criminoso.** Porto Alegre: AGE, 2006.

WINTER, Harold. **The economics of crime: and introduction to rational crime analysis.** Nova York: Routledge, 2008.

# JUSTIÇA E MEMÓRIA: UM ESTUDO SOBRE A CONSTRUÇÃO DE “TOTENS” EM LUGARES DE MEMÓRIA DE CRIMES EM JOINVILLE

Valéria Peretti Köpse<sup>282</sup>  
Luana de Carvalho Silva Gusso<sup>283</sup>

## RESUMO

O estudo da memória ganhou importância no campo antropológico, pois “[...] com as duas grandes guerras, e em especial com os campos de concentração nazistas, a humanidade testemunhou o ápice da degradação humana, a desumanidade em níveis inimagináveis.”<sup>284</sup> Advindo disto, surge um dever de memória, o qual nasce com o objetivo de proporcionar justiça às vítimas do passado. É nesta necessidade de realizar um apelo à justiça que nascem os lugares de memória, dentro dos quais encontram-se os Totens de Justiça, sendo que os mesmos foram analisados em pesquisa anterior. Voltou-se na presente pesquisa, para a análise de como a memória é tratada nos tribunais internacionais, com especial enfoque à Corte Interamericana de Direito Humanos, e nos Tribunais de Justiça dos Estados do sul do Brasil e dos estados de São Paulo e Rio de Janeiro. Para tanto, a abordagem utilizada foi qualitativa, sendo feita pesquisa jurisprudencial e bibliográfica. Percebeu-se que a Corte Interamericana tem dado grande importância à memória como forma de reparação e garantia de não repetição de violações dos direitos humanos. Enquanto isto, no âmbito nacional não foram encontradas referências ao direito à memória o que ocorre, pois não há, no direito positivado, disposições acerca do tema.

**PALAVRAS-CHAVES:** Memória, Identidade, Justiça, Vítimas, Direitos Humanos.

## 1. INTRODUÇÃO

O estudo da memória ganhou relevância no campo antropológico principalmente após as duas grandes guerras. A presente pesquisa tem como ponto de partida projeto anteriormente feito e que focou sua atenção na importância que a memória tem na construção da identidade e na luta pela justiça às vítimas do passado.

A pesquisa anterior, pautando-se na importância mencionada, voltou-se ao estudo dos lugares de memória que foram denominados Totens de Justiça, identificados a partir da construção ou a colocação de cruzeiros, flores, entre outros, em lugares onde ocorreram acontecimentos violentos (e não raro fatais) relacionados a crimes. Referida análise buscou descobrir qual a motivação para a realização dos Totens de Justiça e, para tanto, empregou-se a pesquisa exploratória, realizada através da identificação de Totens na cidade de Joinville, dos seus realizadores e suas respectivas narrativas.

O presente trabalho volta-se para a análise da jurisprudência de tribunais internacionais e nacionais, para perceber qual o tratamento dado à memória. O foco da pesquisa foi a determinação judicial da realização de monumentos para preservar a memória das vítimas e, com isto, evitar que ocorram novas violações de direitos humanos. Para tanto, a abordagem utilizada foi qualitativa, sendo feita pesquisa jurisprudencial e bibliográfica.

## 2. MEMÓRIA E IDENTIDADE

A memória possui diversas classificações, entretanto o seguinte trabalho foca-se em apenas duas, sendo elas a memória individual e a memória coletiva. A memória individual é carregada de subjetividade,

<sup>282</sup> Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille, bolsista CNPq. E-mail: kopselperetti@gmail.com

<sup>283</sup> Professora Doutora do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille, e-mail: lu\_anacarvalho@yahoo.com.br.

<sup>284</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O anjo da história e a memória das vítimas: o caso da ditadura militar no Brasil. In: RUIZ, Castor Bartolomé. **Justiça e memória:** Para uma crítica ética da violência. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 121-159. p.121.

“pois resulta dos sentimentos despertados com cada recordação do indivíduo, bem como dos atos que o mesmo toma ao viver novas experiências, as quais vão alterar memórias mais antigas.”<sup>285</sup>

Por outro lado, a memória coletiva “representa o que não foi presenciado e que depende de várias gerações de indivíduos.”<sup>286</sup> Tal memória é constituída, assim, pelos acontecimentos “vividos por tabela”<sup>287</sup>, e tem grande relevância na identificação que o indivíduo tem com determinados grupos. Ainda, a memória coletiva tem sua influência estendida à memória individual:

A memória colectiva é um factor de extrema importância para o processo de identificação de um sujeito com o grupo do qual ele partilha uma história em comum. Esta consiste também numa história abstracta do eu, e conseqüentemente vai influenciar a memória individual.<sup>288</sup>

Desta forma, evidencia-se o papel fundamental da memória no sentimento de pertencimento que os sujeitos possuem com determinados grupos, além de contribuir na sua construção identitária, como afirma Pollak “a memória é um elemento constituinte do sentimento de identidade, tanto individual como coletiva, na medida em que ela é também um fator extremamente importante do sentimento de continuidade e de coerência de uma pessoa ou de um grupo em sua reconstrução de si”.<sup>289</sup>

### 3. MEMÓRIA E JUSTIÇA

Além de fundamental participação na formação da identidade dos sujeitos, a relação entre memória e justiça ganhou destaque após as atrocidades cometidas no século XX, sendo que a política em tal século “assume uma nova feição: é uma política de luto na qual a principal arma é a memória.”<sup>290</sup> Tal fenômeno ocorre, pois a memória coloca em foco o apelo das vítimas do passado, pois dá voz às mesmas.

Contudo, há uma dificuldade no processo de escuta das vozes que emudeceram<sup>291</sup>, sendo aquele a forma de se possibilitar a realização da justiça. Tal problema tem diversos motivos, sendo um deles a limitação da linguagem e da narrativa:

Admitir a história como ruptura e interrupção para que nela possa emergir a tradição dos oprimidos traz um paradoxo: como narrar algo descontínuo, que se dá no desvio? E mais do que isso: diante da experiência do sofrimento como conseguir que as palavras possam descrevê-lo? Por outro lado, é imperativo que, apesar da incomunicabilidade do sofrimento e do horror, ele seja narrado. Para narrar, contudo, é preciso testemunhar. E para que o testemunho não tenha sido em vão, é preciso que ele seja ouvido.<sup>292</sup>

Além disto, há a dificuldade de as vítimas serem efetivamente ouvidas. É preciso que os sujeitos permitam-se passar de espectadores para ouvintes, pois, desta forma, há a transformação do espectador em testemunha.<sup>293</sup> Assim, é essencial colocar-se como ouvinte das vítimas do passado, pois “quem ouve torna-se responsável pela continuidade da narração, passa a fazer parte dela. Diante do sofrimento e da injustiça não ouvir é cometer uma segunda injustiça [...]”<sup>294</sup>

<sup>285</sup> KÖPSEL, Valéria Peretti; HASS, Gabriel Eugênio. **Justiça e memória: uma análise dos sítios de consciência sob uma ótica constitutiva da identidade.** 2017. p.163 Disponível em: <[http://www.univille.edu.br/community/novoportal/VirtualDisk.html/downloadDirect/1326243/ANAIS\\_DIREITO2017.pdf](http://www.univille.edu.br/community/novoportal/VirtualDisk.html/downloadDirect/1326243/ANAIS_DIREITO2017.pdf)>. Acesso em: 11 jul. 2018.

<sup>286</sup> KÖPSEL, *Ibidem*, 163.

<sup>287</sup> POLLAK, Michael. **Memória e identidade social.** 1989. Disponível em: <[http://www.pgedf.ufpr.br/memoria\\_e\\_identidadesocial\\_A\\_capraro\\_2.pdf](http://www.pgedf.ufpr.br/memoria_e_identidadesocial_A_capraro_2.pdf)>. Acesso em: 25 out. 2018.

<sup>288</sup> MIRANDA, João Carlos; GOMES, Silva Pereira. **As cidades e as políticas da memória.** 2013. p.41 Disponível em: <<https://fenix.tecnico.ulisboa.pt/downloadFile/395145800723/Tese.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2017.

<sup>289</sup> POLLAK, Michael, *Ibidem*, p.204.

<sup>290</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Ibidem*, p.121.

<sup>291</sup> SOUZA, Rircardo Timm de. Ecos das vozes que emudecem: memória ética como memória primeira. In: RUIZ, Castor Bartolomé. **Justiça e memória: Para uma crítica ética da violência.** São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 113-121. P.113

<sup>292</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Ibidem*, p.131.

<sup>293</sup> *Ibidem*, p.134.

<sup>294</sup> *Ibidem*, p.141.

Não obstante, deve-se superar tais dificuldades, pois é de essencial importância que os sujeitos assumam “a tarefa de fazer justiça às vítimas do passado e de manter inabalável a atenção constante no presente [...]”.<sup>295</sup> Isto ocorre, pois há, aqui, um dever de memória, o qual nada mais é do que um dever de fazer justiça.<sup>296</sup>

Assim, grande ameaça à justiça existe quando há a recusa de ouvir as vozes das vítimas do passado, pois isto permite que a “injustiça se perpetue na ignorância e em um silêncio vazio, ausente de intérpretes que possam lhe dar sentido”.<sup>297</sup> Ainda, não ouvir as vítimas traz o risco de que as violações dos direitos humanos ocorridas no passado voltem a se repetir.

#### 4. MEMÓRIA E MONUMENTO

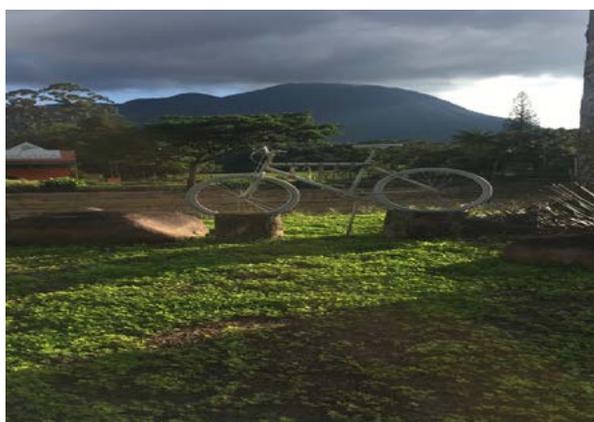
Derivado disto surgem os denominados “Lugares de Memória” ou “Sítios de Consciência”, os quais nascem por dois principais motivos: pela necessidade de se representar, no mundo material, a imagem de um outro que contribuiu na formação da identidade do sujeito e que agora existe apenas nas suas lembranças (mania representacional<sup>298</sup>); e como forma de apelo para que haja justiça às vítimas do passado.

##### 1.1 Totens de Justiça

Neste contexto, por conta da cultura e do pensamento ocidental de valorização do presente e da vida, os sujeitos humanos, para atenuar as suas perdas, dão origem ao fenômeno nomeado “Totens de Justiça”. Na pesquisa realizada anteriormente foram mapeados 3 Totens na cidade de Joinville. Entretanto, conseguiu-se contato com os realizadores de apenas um dos Totens.

O Totem analisado foi colocado no local em que ocorreu um acidente em que resultou como vítima fatal Emerson Camargo, ciclista. O Totem, que consiste em uma bicicleta branca, pode ser encontrado em diversas partes do mundo e é denominado de *Ghost Bike*. Por conta disto, pôde-se perceber (por meio da entrevista realizada e de pesquisa bibliográfica) que há uma tendência de que o Totem seja feito para perpetuar a lembrança da vítima e para clamar por justiça.

Imagem 1 - Bicicleta colocada no local do acidente que resultou na morte de Emerson Camargo



Fonte: Produção da própria autora

<sup>295</sup> *Ibidem*, p.141.

<sup>296</sup> FABRI, Marcelo. Quando o passado confere sentido ao presente: justiça e memória das vítimas. In: RUIZ, Castor Bartolomé (Org.). **Justiça e memória: Para uma crítica ética da violência**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2009, p. 159-173. p.173

<sup>297</sup> *Ibidem*, p.134.

<sup>298</sup> SOUZA, R.T. Ecos das vozes que emudeceram: Memória ética como memória primeira. In: RUIZ, Castor Bartolomé (Org.). **Justiça e memória: Para uma crítica ética da violência**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2009, p. 159-173. p.114.

## 5. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

### ■ 5.1 Jurisprudência nacional

Foi realizada pesquisa jurisprudencial, a princípio, focada nos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Rio de Janeiro e São Paulo. Entretanto, após diversas buscas e nenhum resultado, estendeu-se a pesquisa para todos os tribunais, incluindo o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Infelizmente, mesmo com isso, não foram achadas menções ao direito à memória. Tal fenômeno ocorre, pois, o judiciário atua na discussão do direito positivado, assim, como a legislação não trata sobre direito à memória, não serão encontradas decisões judiciais referentes a este tema.

### ■ 5.2 Jurisprudência internacional

Por outro lado, a pesquisa na jurisprudência internacional logrou êxito. Analisou-se as jurisprudências da Corte Internacional de Justiça (CIJ), Tribunal Penal Internacional (TPI) e Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Em relação à CIJ não houveram resultados, assim como no tocante ao TPI. Entretanto, quanto a este, interessante notar a participação das vítimas durante o processo criminal, fato que valoriza a sua fala, dando, assim, importância à sua memória.

Quanto à CIDH, quatro foram os casos selecionados pelo presente trabalho para serem analisados.

#### 5.2.1 Caso *Gutiérrez Soler vs. Colombia*<sup>299</sup>

O caso, que foi sentenciado no dia 12 de setembro de 2005, versa sobre Wilson Gutiérrez Soler que foi detido por um comandante da Unidade Nacional de Antiextorsão e Sequestro da Polícia Nacional (Colômbia) e, em seguida, foi levado ao sótão desta unidade, onde foi torturado para passar informações sobre os motivos de sua detenção, o que resultou na abertura de um processo para apurar o delito de extorsão. Ainda, por conta das denúncias feitas por Gutiérrez e seus familiares, os mesmos exilaram-se nos Estados Unidos da América, pois estavam sofrendo retaliações.

Em tal caso, o Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade deu grande importância à memória ao dedicar parte do seu voto para discorrer sobre o tema:

El pasar del tiempo impone, además, ele **deber de memoria**, y realiza su necesidad. Cada persona tiene un “patrimonio espiritual” que preservar, de ahí ele necesario cultivo de la memoria para **preservar la identidad**, a niveles tanto individual como social. El olvido agudiza aún más la vulnerabilidad de la condición humana, y no puede ser impuesto (ni siquiera por artificios “legales”, como la amnistía o la prescripción): hay un deber ético de memoria.

(...)

**Como no se puede cambiar ele pasado**, ele cumplimiento del deber de memoria es, a mi juicio, no sólo ele **rescate de una deuda** (individual y social) con las víctimas fatales, sino además una medida de **garantía de no repetición de las graves violaciones de los derechos humanos**. El deber de memoria es, en realidad, un imperativo de justicia y dignidad, es un deber que cada uno tiene consigo mismo, y que además recae sobre todo ele cuerpo social.<sup>300</sup>

Como pode ser observado, o juiz reconheceu a existência de um dever de memória, sendo necessária preservá-la para, assim, preservar a identidade, tanto individual quando social. Também, ressalta que a impossibilidade de alteração do passado faz com que o dever de memória não sirva apenas como pagamento de uma dívida, mas sim como forma de garantir a não repetição das violações dos direitos humanos.

<sup>299</sup> HUMANOS, Corte Interamericana de Derechos. Caso Gutiérrez soler vs. Colombia. 12 de set. 2005. p.3 Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_132\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_132_esp.pdf)>. Acesso em: 05 dez. 2018.

<sup>300</sup> *Ibidem*, p.3.

### 5.2.2 Caso Vargas Areco vs. Paraguay<sup>301</sup>

Tal caso versa sobre a execução extrajudicial de Geraldo Vargas Areco de 15 anos no dia 26 de janeiro de 1989. A vítima havia sido recrutada para o serviço das forças armadas e estava presa, como sanção por não ter regressado voluntariamente e a tempo do destacamento. Ocorre que, por conta de uma hemorragia nasal, foi encaminhado à enfermaria e, no caminho, começou a correr. O suboficial que o acompanhava atirou contra Areco que veio a falecer.

O suboficial foi condenado, na justiça militar, a um ano de prisão por “homicídio por excesso de zelo” e um ano no foro ordinário por “homicídio culposo”. Diante disto, seus familiares requerem a responsabilização internacional do Estado pelo homicídio e pela falta de investigação e sanção adequada.

No caso em tela, o Estado foi condenado, em 26 de setembro de 2006, entre outras coisas, a reconhecer, em um ato público na presença da família da vítima, a sua responsabilidade. Ainda, foi determinada a colocação de uma placa com dizeres escolhidos pela família para preservar a memória da vítima e prevenir que novas violações dos direitos humanos ocorressem.<sup>302</sup>

### 5.2.3 Caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia<sup>303</sup>

Em 12 de julho de 1997 um grupo de paramilitares das Autodefesas Unidas da Colômbia foi levado do aeroporto pelo exército para a localidade de Mapiripán. Após 3 dias o grupo de paramilitares tomou controle da localidade, bem como de seus meios de comunicação e serviços públicos. Ainda, parte da população foi torturada e assassinada.

A força pública chegou na cidade no dia 22 de julho de 1997, data em que os paramilitares já haviam eliminado grande parte da evidência física. Apesar de tentativas, nenhuma grande investigação foi realizada e os responsáveis nunca foram sancionados. Em decorrência disto, buscou-se a responsabilização do Estado pelo massacre ocorrido e pela falta de investigação e sanção dos responsáveis.

Assim como no caso anterior, o Estado foi condenado, no dia 15 de setembro de 2005, a “construir un monumento apropiado y digno para **recordar los hechos de la masacre de Mapiripán**, como medida para **prevenir que hechos tan graves ocurran en ele futuro**. Dicho monumento deberá ser instalado en un lugar público apropiado en Mapiripán, dentro del año siguiente a la notificación de la presente sentencia.”<sup>304</sup>

Imagem 2 – Monumento ao Massacre de Mapiripán



Fonte: Prensa - Colectivo<sup>305</sup>

<sup>301</sup> HUMANOS, Corte Interamericana de Derechos. Caso Aresco vs. Paraguay. 26 de set. de 2006. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_155\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_155_esp.pdf)>. Acesso em: 05 dez. 2018.

<sup>302</sup> *Ibidem*, p.42.

<sup>303</sup> HUMANOS, Corte Interamericana de Derechos. Caso “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia. 15 de set. de 2005. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_134\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf)>. Acesso em: 05 dez. 2018.

<sup>304</sup> HUMANOS, Corte Interamericana de Derechos. Caso “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia. 15 de set. de 2005. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_134\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf)>. Acesso em: 05 dez. 2018.

<sup>305</sup> RESTREPO, José Alvear. **Mapiripán 12 años: Galería fotográfica**. Disponível em: <[https://colectivodeabogados.org/Mapiripan-12-anos?id\\_document=1127](https://colectivodeabogados.org/Mapiripan-12-anos?id_document=1127)>. Acesso em: 05 dez. 2018.

### 5.2.3 Caso del penal Miguel Castro Castro vs. Perú<sup>306</sup>

Entre o dia 06 e 09 de maio de 1992, durante o conflito armado do Peru, o Estado peruano executou dezenas de presos e deixou muitos feridos. Os sobreviventes foram agredidos, muitos foram mantidos sem atendimento médico e os que foram encaminhados para o hospital não receberam o tratamento adequado. Tais atos foram realizados sob o pretexto da operação “Mudanza 1”, cuja finalidade era a transferência de 90 mulheres no Centro Miguel Castro Castro para centros penitenciários femininos.

No presente caso, requereu-se a responsabilização do Estado pela utilização excessiva de força que resultou na morte de dezenas de presos, bem como diversos feridos no centro penitenciário Miguel Castro Castro.

No dia 25 de novembro de 2005, o Estado foi sentenciado a representar o nome de todas as vítimas no monumento “El Ojo que Llorá” situado na cidade de Jesús María, no Peru, o qual foi feito em homenagem às vítimas do conflito armado interno do Peru.

Imagens 3 e 4 – Monumento El Ojo que Llorá na cidade de Jesús María, Peru



Fonte das imagens: Wikipedia<sup>307</sup>

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A memória, além de ser a “capacidade dos seres humanos de adquirirem informações e lembrarem, depois, delas”<sup>308</sup>, é utilizada pelas vítimas do passado para que as injustiças cometidas não caiam no esquecimento. Ainda, é um importante fator utilizado na formação da identidade dos sujeitos.

Os Lugares de Memória e aqui, mais especificamente, os Totens de Justiça, conforme analisados na pesquisa citada, são feitos para não deixar o passado cair no esquecimento e fazer com que não haja a sua repetição.

Em decorrência da pesquisa jurisprudencial realizada, pode-se perceber que a jurisprudência nacional não tem voltado a sua atenção ao direito à memória o que ocorre, como já dito, pela falta de legislação sobre o tema, e para corroborar com este ponto, nota-se que as decisões extraídas dos tribunais internacionais, que não decorrem de um texto pré-estabelecido, determinam que as entidades públicas atuem na promoção deste direito social. Pode-se arriscar dizer que tal tema, no âmbito nacional, tem espaço no campo de políticas públicas, como evidencia-se com as Comissões das Verdades.

Por outro lado, no âmbito internacional, mais especificadamente a CIDH, grande atenção é dada ao direito à memória como forma de trazer justiça às vítimas e, também, para evitar que novas violações dos direitos humanos ocorram.

<sup>306</sup> HUMANOS, Corte Interamericana de Derechos. Caso Del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. 26 de nov. de 2006. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_160\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf)>. Acesso em: 05 dez. 2018.

<sup>307</sup> LAPALABRANECESARIA. **Memorial El ojo que llora**. 2017. Disponível em: <[https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Memorial\\_El\\_ojo\\_que\\_llora\\_\(detalle\\_2\).jpg](https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Memorial_El_ojo_que_llora_(detalle_2).jpg)>. Acesso em: 05 dez. 2018.

<sup>308</sup> RUDNICKI, Dani. Uma perspectiva sobre a justiça (restaurativa) e a memória das vítimas: do nazismo às ditaduras latino-americanas. In: RUIZ, Castor Bartolomé (Org.). **Justiça e memória**: pra uma crítica ética da violência. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2009, p. 173-187. p.183.

## 7. REFERÊNCIAS

FABRI, Marcelo. Quando o passado confere sentido ao presente: justiça e memória das vítimas. In: RUIZ, Castor Bartolomé (Org.). **Justiça e memória: Para uma crítica ética da violência**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2009, p. 159-173. p.173

HUMANOS, Corte Interamericana de Derechos. Caso Aresco vs. Paraguay. 26 de set. de 2006. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_155\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_155_esp.pdf)>. Acesso em: 05 dez. 2018.

HUMANOS, Corte Interamericana de Derechos. Caso “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia. 15 de set. de 2005. Disponível em: < [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_134\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf)>. Acesso em: 05 dez. 2018.

HUMANOS, Corte Interamericana de Derechos. Caso Del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. 26 de nov. de 2006. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_160\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf) >. Acesso em: 05 dez. 2018.

HUMANOS, Corte Interamericana de Derechos. Caso Gutiérrez soler vs. Colombia. 12 de set. 2005. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_132\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_132_esp.pdf)>. Acesso em: 05 dez. 2018.

KÖPSEL, Valéria Peretti; HASS, Gabriel Eugênio. **Justiça e memória: uma análise dos sítios de consciência sob uma ótica constitutiva da identidade**. 2017. p.162-170. Disponível em: <[http://www.univille.edu.br/community/novoportal/VirtualDisk.html/downloadDirect/1326243/ANAIS\\_DIREITO2017.pdf](http://www.univille.edu.br/community/novoportal/VirtualDisk.html/downloadDirect/1326243/ANAIS_DIREITO2017.pdf)>. Acesso em: 11 jul. 2018.

LAPALABRANECESARIA. **Memorial El ojo que llora**. 2017. Disponível em: <[https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Memorial\\_El\\_ojo\\_que\\_llora\\_\(detalle\\_2\).jpg](https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Memorial_El_ojo_que_llora_(detalle_2).jpg)>. Acesso em: 05 dez. 2018.

MIRANDA, João Carlos; GOMES, Silva Pereira. **As cidades e as políticas da memória**. 2013. p.41 Disponível em: <<https://fenix.tecnico.ulisboa.pt/downloadFile/395145800723/Tese.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2018.

POLLAK, Michael. **Memória e identidade social**. 1989. Disponível em: <[http://www.pgedf.ufpr.br/memoria\\_e\\_identidadesocial\\_A\\_capraro\\_2.pdf](http://www.pgedf.ufpr.br/memoria_e_identidadesocial_A_capraro_2.pdf)>. Acesso em: 25 out. 2018.

RESTREPO, José Alvear. **Mapiripán 12 años: Galería fotográfica**. Disponível em: <[https://colectivodeabogados.org/Mapiripan-12-anos?id\\_document=1127](https://colectivodeabogados.org/Mapiripan-12-anos?id_document=1127)>. Acesso em: 05 dez. 2018.

RUDNICKI, Dani. Uma perspectiva sobre a justiça (restaurativa) e a memória das vítimas: do nazismo às ditaduras latino-americanas. In: RUIZ, Castor Bartolomé (Org.). **Justiça e memória: pra uma crítica ética da violência**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2009, p. 173-187.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O anjo da história e a memória das vítimas: o caso da ditadura militar no Brasil. In: RUIZ, Castor Bartolomé. **Justiça e memória: Para uma crítica ética da violência**. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p. 121-159. p.121.

SOUZA, R.T. Ecos das vozes que emudeceram: Memória ética como memória primeira. In: RUIZ, Castor Bartolomé (Org.). **Justiça e memória: Para uma crítica ética da violência**. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2009, p. 159-173.

# PATRIMÔNIO CULTURAL E DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE DOS PROCESSOS DE TOMBAMENTO HISTÓRICO EM JOINVILLE

Douglas Merlini<sup>309</sup>  
Luana de Carvalho Silva Gusso<sup>310</sup>

## RESUMO

O Tema de estudo do presente artigo é importante para o reconhecimento do patrimônio histórico cultural como direito fundamental e para buscar a sua proteção. O principal problema em relação a este assunto é que o campo do patrimônio histórico como direito fundamental pouco se explora entre as políticas de segurança e proteção do patrimônio em risco, tanto material quanto imaterial. O objetivo geral consiste em perscrutar ainda mais o patrimônio cultural para afirmá-lo como direito da coletividade, para que seja não apenas protegido e conservado, mas também reconhecido como um direito inerente a sociedade. O resultado esperado é fornecer apoio para a afirmação como direito fundamental conectado aos preceitos previstos no Art. 216 da Constituição Federal de 1988. A metodologia utilizada foi a investigação mais apurada dos textos jurídicos-constitucionais, dos documentos internacionais e, principalmente, das ações judiciais no Brasil, que revelam o nó nevrálgico do reconhecimento do patrimônio cultural como direito fundamental – nome dado aos direitos humanos no ordenamento jurídico pátrio. Tal nó é consequência dos desdobramentos e dos efeitos jurídicos da efetivação e da concretização das diretrizes previstas no artigo 216 e 216-A da Constituição Federal de 1988 sobre o poder público, a sociedade e a iniciativa privada. A análise da possibilidade da caracterização do mesmo como direito fundamental é o foco do presente trabalho o qual pretende fornecer pistas para sua melhor proteção e conservação para as próximas gerações.

**PALAVRAS-CHAVE:** Patrimônio Cultural, Direitos Fundamentais, Constituição.

## 1. INTRODUÇÃO

O campo do patrimônio cultural no Brasil e mais em concreto em Joinville, ainda pouco se explora nas relações entre as políticas de segurança e o patrimônio em risco como um campo de pesquisa.

Walter Veloso Dutra aponta a importância da abordagem do tema como sendo de suma importância para a preservação do nosso legado cultural:

*...O reconhecimento e a preservação da cultura, história e identidade dos povos, responsável pela formação do meio ambiente cultural mostra-se de grande relevância, e assim como os aspectos naturais, tornam-se essenciais para a manutenção e formação da vida humana...*<sup>311</sup>

A problematização em torno da segurança e do patrimônio, nesse sentido, também se encontra eivada de ações, sentidos, discursos e poderes a ser desvelados, pois ainda há uma grande separação entre as práticas institucionais (estatais e privadas) e as exigências de uma sociedade democrática baseada nos princípios dos direitos humanos.

Nesse sentido, a presente proposta busca investigar as ações, os discursos e as relações de poder e de saber que transitam e atravessam o direito do patrimônio cultural, assim como os enfrentamentos teórico-jurídicos dos operadores, dos gestores e, em especial, dos cidadãos e dos patrimônios para seu derradeiro reconhecimento como direitos humanos.

<sup>309</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE). E-mail: merlinidouglas@gmail.com.

<sup>310</sup> Professora Doutora do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille, e-mail: lu\_anacarvalho@yahoo.com.br.

<sup>311</sup> DUTRA, Walter Veloso. A proteção do patrimônio cultural brasileiro: direito e dever de todos. Artigo (mestrado), Escola Superior Dom Helder Câmara. Belo Horizonte. Minas Gerais

O resultado esperado nesse projeto é simples: reconhecimento do direito patrimonial da contemporaneidade como direito humano fundamental, traçando caminhos a serem seguidos para uma melhor afirmação dos direitos humanos da quarta geração em Joinville e no Brasil, conectado aos preceitos previstos no Art. 216 da Constituição Federal de 1988

## 2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

A constituinte de 1988 certamente trouxe uma melhor interpretação dos conceitos de patrimônio cultural e dos seus meios de proteção atuais. No entanto, como marco fundamental dessa discussão é de suma importância destacar o conceito que se tinha antes de 1988 e após esse marco histórico o qual celebramos 30 anos na presente data.

O conceito dado pelo Decreto lei 25, de 30 de novembro de 1937 era simples, um conjunto de bens móveis e imóveis existentes no País e cuja conservação é de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.<sup>312</sup>

Ao longo da história da humanidade, se buscou diversas formas de proteção do patrimônio cultural humanitário. A principal delas foi e ainda é o tombamento sendo a forma mais antiga e consolidada de preservação do patrimônio cultural, que fora criado pelo decreto supracitado.

Vemos como mesmo antes de estar expressamente citado no texto constitucional, o patrimônio cultural e histórico já era discutido e levado em consideração. A busca por sua proteção e conservação já possui um longo caminho percorrido e podemos ver como sempre foi tomado como algo de suma importância.

O dicionário de D'Aviler definia o monumento nos seguintes termos: qualquer construção que serve para conservar a memória do tempo e de seu fabricante ou daquele para quem havia sido erguido, tal como um arco de triunfo, um mausoléu ou uma pirâmide.

Já para CHOAY (2011) "Monumento" era todo artefato (túmulo, tumba, poste, totem, construção, inscrição...) ou conjunto de artefatos deliberadamente concebido e realizado por uma comunidade humana, independentemente da natureza e das dimensões (da família à nação, do clã à tribo, da comunidade de crenças àquela da cidade...), a fim de lembrar, para a memória viva, orgânica e afetiva dos seus membros, pessoas, acontecimentos, crenças, ritos ou regras sociais constitutivos de sua identidade.

No entanto, a concepção primitiva de patrimônio cultural ligada tão somente ao bem físico, como um monumento, uma construção, sofreria mudanças drásticas no decorrer dos anos ao conectar os conceitos de cultura, bens materiais e imateriais.

Segundo o dicionário MICHAELIS, cultura é o Conjunto de conhecimentos, costumes, crenças, padrões de comportamento, adquiridos e transmitidos socialmente, que caracterizam um grupo social.

Assim, partindo-se do conceito de cultura, MIRANDA (2013) conceituaria o direito do patrimônio cultural como um conjunto de normas e princípios que protegem os valores dos diferentes grupos e classes sociais de todas as regiões, no que diz respeito a sua identidade, memória e ação.

CHOAY (2011, p. 168) afirmava que o patrimônio cultural era carregado de uma mensagem espiritual do passado, as obras monumentais dos povos mantêm na vida presente o testemunho vivo de sua tradição secular. A humanidade, que toma cada dia a consciência da unidade dos valores humanos, considera-os como um patrimônio comum.

Este argumento teórico enfrentou inúmeras críticas no decorrer das últimas décadas possibilitadas pelo tensionamento dos conceitos de cultura e de universalismo com, por exemplo, o adensamento dos debates em torno do multiculturalismo – como proposto por Boaventura de Sousa Santos<sup>313</sup>.

O conceito que veio com a constituinte de 1988 mudaria o rumo da história do patrimônio histórico. O direito ao patrimônio cultural não está no entanto expressamente colocado no Título II, da Constituição Federal, como direito fundamental. Há, porém, algumas alusões ao patrimônio histórico e cultural no art. 5º, inciso LXXIII, CF, e no artigo 216 do texto constitucional, o qual trouxe a nova concepção de patrimônio cultural, abrangendo não somente os bens físicos como era concebido em 1937, mas ampliando o seu significado e nos dando pistas para sua inserção como direito fundamental, vejamos:

<sup>312</sup> DECRETO-LEI Nº 25, de 30 de novembro de 1937. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0025.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm). >. Acessado em: 09 de dezembro de 2018.

<sup>313</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de Direitos Humanos. Revista Crítica de Ciências Sociais, no. 48, Junho, 1997.

*Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:*  
 I - as formas de expressão;  
 II - os modos de criar, fazer e viver;  
 III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;  
 IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;  
 V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico<sup>314</sup>.

No Brasil, o instrumento do tombamento foi criado em 1937 pelo Decreto-lei nº 25 (DL 25/37), e posteriormente recepcionado pela Constituição de 1988, na qual o conceito ampliado de patrimônio cultural insere esse instrumento como uma espécie dentre as diversas do gênero da preservação, dirigido a determinados tipos de bens.

No entanto, o patrimônio histórico cultural vai muito além de bens, podendo se caracterizar de forma material e imaterial. Assim, sem a devida proteção, ou ainda, buscando tão somente a proteção material através do tombamento, o patrimônio histórico e cultural de Joinville, e de todo o Brasil pode estar em risco.

A Constituição reconhece nos artigos 215 e 216 a existência de bens culturais de natureza material e imaterial, e além do instituto do tombamento já discutido nesse artigo, nosso ordenamento conta com outras formas de preservação do patrimônio, o registro e o inventário.

O Registro de Bens Culturais de Natureza Imaterial foi criado em 4 de agosto de 2000 pelo Decreto nº 3.551<sup>315</sup> e definiu um programa voltado especialmente para esses patrimônios. O registro é um instrumento legal de preservação, reconhecimento e valorização do patrimônio imaterial do Brasil, composto por bens que contribuíram para a formação da sociedade brasileira.

Esse instrumento é aplicado àqueles bens que obedecem às categorias estabelecidas pelo Decreto e são registrados em 4 livros: celebrações, lugares, formas de expressão e saberes.

O Inventário Nacional de Referências Culturais (INRC)<sup>316</sup> é uma metodologia de pesquisa desenvolvida pelo Iphan para produzir conhecimento sobre os domínios da vida social aos quais são atribuídos sentidos e valores e que, portanto, constituem marcos e referências de identidade para determinado grupo social.

Contempla, além das categorias estabelecidas no Registro, edificações associadas a certos usos, a significações históricas e a imagens urbanas, independentemente de sua qualidade arquitetônica ou artística.

Todos os mecanismos foram impulsionados e são um esforço contínuo realizado pelo IPHAN desde sua criação também, no ano de 1937. O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan) é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Cultura que responde pela preservação do Patrimônio Cultural Brasileiro.

Yussef de Campos (2015) aponta que a inclusão da dimensão imaterial do patrimônio, a referência à identidade a partir da diversidade (ainda que seja uma expressão genérica), as referências culturais para além do patrimônio de pedra e cal, o registro como instrumento jurídico de proteção, a criminalização dos danos cometidos do patrimônio, o tombamento dos sítios quilombolas (muito embora equivocadamente intitulados como remanescentes), colaboraram para as políticas públicas que surgiram doravante.

No entanto a pergunta que se levanta é se todos esses mecanismos de proteção tem sido e são suficientes para a proteção. Preservação e incentivo do patrimônio cultural brasileiro.

A ampliação do catálogo de direitos fundamentais no nosso ordenamento jurídico poderia ser a solução para que por exemplo menos bens históricos se perdessem por incêndios como a catástrofe que

<sup>314</sup> Constituição Federal de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). >. Acessado em: 27 de novembro de 2018.

<sup>315</sup> DECRETO-LEI Nº 3551, Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3551.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3551.htm). >. Acessado em: 09 de dezembro de 2018

<sup>316</sup> Instrução Normativa No. 001, de 2 de março de 2009

ocorreu este ano na cidade do Rio de Janeiro onde o Museu Nacional foi totalmente destruído<sup>317</sup>.

A tragédia do Museu no Rio de Janeiro não é a única, desde 2010 até 2018 ocorreram incêndios em patrimônios históricos levando a total destruição de um deles em cada ano, sem contar as inúmeras demolições que ocorrem no país todo, incontáveis e dados que o mesmo o IPHAN não consegue demonstrar com propriedade.

Assim, não há como sustentar o caráter de direito fundamental do art. 5º, inciso LXXIII, sem conferir a mesma condição ao art. 216, CF, sob pena de evidente contradição.

Diante da mínima política de segurança e proteção, se busca demonstrar sua inserção como direito fundamental, para que sejam traçadas melhores políticas de segurança para sua proteção e afirmação, imortalizando assim o patrimônio histórico da nossa cidade.

O constituinte optou pela proteção do patrimônio cultural, mesmo em face das atitudes do próprio titular, nos casos dos bens particulares, permitindo que se adotem os procedimentos que se mostrarem eficazes, úteis e necessários para proteger os bens culturais, ao estabelecer a necessidade de colaboração da comunidade<sup>318</sup>.

A Professora Piovesan (2016, p.95) afirmava que a Constituição é mais que um documento legal. É um documento com intenso significado simbólico e ideológico que reflete tanto o que nós somos enquanto sociedade, como o que nós queremos ser.

O futuro do patrimônio cultural está em nossas mãos, e o que fizermos daqui para frente irá determinar sua melhor proteção, para que perdure para as próximas gerações como legado que vem passando de geração a geração.

### 3. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa onde basicamente se buscou entender o fenômeno específico do patrimônio cultural em profundidade. Para isso, foram apresentados resultados através de percepções e análises concretas, descrevendo a complexidade do problema e a interação de variáveis para a afirmação e cumprimento do objetivo do projeto.

A pesquisa qualitativa não procura enumerar e/ou medir os eventos estudados, nem emprega instrumental estatístico na análise dos dados, envolve a obtenção de dados descritivos sobre pessoas, lugares e processos interativos pelo contato direto do pesquisador com a situação estudada, procurando compreender os fenômenos segundo a perspectiva dos sujeitos, ou seja, dos participantes da situação em estudo (GODOY, 1995, p.58).

O método utilizado foi o da dedução. Em um trabalho científico é essencial definir uma metodologia a ser seguida pelo pesquisador. Assim como Descartes (2003), por meio do método dedutivo, buscou apresentar uma nova forma de se realizar uma pesquisa científica, abstendo-se do sobrenatural e tentando, ao máximo, ater-se ao seu método, para, por meio da razão buscar um conhecimento que ele intitulou como verdadeiro, o mesmo será feito nesta pesquisa, para chegar ao objetivo final.

Um dos princípios utilizado por Descartes em suas pesquisas qualitativas era repartir cada uma das dificuldades que se analisassem em tantas parcelas quantas fossem possíveis e necessárias a fim de melhor solucioná-las, partindo geral para o específico.

### 4. REFERÊNCIAS

CHOAY, Françoise. **O patrimônio em questão: antologia para um combate**. Belo Horizonte: Fino traço, 2011.

**Constituição Federal de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). >. Acessado em: 27 de novembro de 2018.

<sup>317</sup> PORTAL DO IPHAN: Disponível em <<http://portal.iphan.gov.br/noticias/detalhes/4805/nota-oficial-incendio-no-museu-nacional>. > consultado em 5 de dezembro de 2018..

<sup>318</sup> MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Patrimônio Cultural. Belo Horizonte: Del Rey, pag 20, 2013

DE CAMPOS, Yussef Daibert Salomão. **A Dimensão Política Do Patrimônio Cultural Na Constituinte De 1987-1988**, 2015. Tese (Doutorado) - Universidade Federal De Juiz De Fora Instituto De Ciências Humanas. Juiz de Fora. Minas Gerais.

DESCARTES, René. **Discurso do Método, 2003**. Disponível em: < <http://ateus.net/artigos/filosofia/discurso-do-metodo/> >. Acessado em: 14 de novembro de 2018.

**DECRETO-LEI Nº 25, de 30 de novembro de 1937**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0025.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm). >. Acessado em: 09 de dezembro de 2018.

**DECRETO-LEI Nº 3551**, Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3551.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3551.htm). >. Acessado em: 09 de dezembro de 2018

DUTRA, Walter Veloso. **A proteção do patrimônio cultural brasileiro: direito e dever de todos**. Artigo (mestrado), Escola Superior Dom Helder Câmara. Belo Horizonte. Minas Gerais.

GEERTZ, Clifford. **A Interpretação das Culturas**. São Paulo: LTC, pag. 45, 2003.

GODOY, A. S. **Introdução à pesquisa qualitativa e suas possibilidades**. In: Revista de Administração de Empresas. São Paulo: v.35, n.2, p. 57-63, abril 1995.

**PORTAL DO IPHAN**: Disponível em <<http://portal.iphan.gov.br/noticias/detalhes/4805/nota-oficial-incendio-no-museu-nacional>. > consultado em 5 de dezembro de 2018.

MICHAELIS. **Dicionário online**. Disponível em: < <http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/cultura/> >. Acessado em: 23 de novembro de 2018.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Patrimônio Cultural**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de Direitos Humanos**. Revista Crítica de Ciências Sociais, no. 48, Junho, 1997.

## PATRIMÔNIO MUNDIAL EM PERIGO: O ESTUDO DO CASO AL-MAHDI E O PAPEL DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E DA UNESCO

Michelle Michels<sup>319</sup>  
Luana de Carvalho Silva Gusso<sup>320</sup>

### RESUMO

O presente trabalho promove um estudo do caso al-Mahdi, julgado pelo Tribunal Penal Internacional no ano de 2016. O caso versa sobre a acusação do malinês Ahmad al-Faqi al-Mahdi perante o Tribunal Penal Internacional, o qual foi acusado de cometer crime de guerra ao dirigir ataques contra monumentos históricos e edifícios dedicados à religião na cidade de Tombuctu, pertencente ao país de Mali, na África. A cidade é considerada patrimônio mundial em perigo pela lista da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco). Nesse sentido, problematiza-se, como um resultado a ser alcançado, contribuir para o fortalecimento das discussões acadêmicas sobre o patrimônio cultural e suas violações perpetradas em âmbito internacional. Assim, parte da compreensão do papel desempenhado pela Unesco como o de proteção, identificação e preservação dos patrimônios culturais ao redor do mundo e, ainda, do Tribunal Penal Internacional, responsável por processar e julgar crimes de guerra e contra a humanidade. A metodologia adotada consiste em análises bibliográficas, legislativas e documentais, com o fito de verificar se as medidas aplicadas pela Unesco em relação ao seu compromisso com os patrimônios culturais foram efetivas no caso de Tombuctu. Esta pesquisa está vinculada ao projeto Direito do Patrimônio Cultural: Perspectivas e Desafios para seu Reconhecimento como Direitos Humanos (Dipatri).

**PALAVRAS-CHAVE:** Patrimônio Cultural, Direitos Humanos, Unesco.

### 1. INTRODUÇÃO

O estudo promove uma análise das funções e dos papéis exercidos pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco) e pelo Tribunal Penal Internacional (TPI), mais precisamente referente ao caso al-Mahdi, que foi julgado em 2016 pelo tribunal e foi o primeiro julgamento, no âmbito internacional, que visou condenar o responsável pela destruição de patrimônios culturais da humanidade.

Primeiramente, foram abordados o conceito geral de patrimônio cultural, o que ele significa para a Unesco e o papel do órgão em relação à questão dos patrimônios mundiais. Dessa forma, buscou-se encontrar a linha que liga a organização com o julgamento do caso al-Mahdi realizado pelo TPI, dois entes essenciais para a concretização desse passo fundamental que o julgamento proporcionou para os bens culturais, como será demonstrado no decorrer do estudo.

Fora isso, cabe uma análise do que vem a ser o TPI, em quais casos ele atua e quais foram as acusações que fundamentaram a acusação do caso al-Mahdi. Todavia, por ser o primeiro julgamento de um caso dessa natureza, justifica-se a apreciação dos motivos que levaram tal tribunal a inovar nesse campo nunca explorado por ele. Ademais, foi levado à análise o caso em si, bem como os atos e as consequências que o fizeram ser levado a julgamento e as ações da Unesco no tocante ao patrimônio deteriorado, vez que uma de suas funções é exercer a proteção dos patrimônios mundiais.

Dessa forma, dois dos objetivos foram identificar se as ações tomadas pela Unesco foram competentes no que tange ao patrimônio atingido e, além disso, entender o julgamento do caso no TPI, as razões que o levaram a atuar nesse campo e as justificativas adotadas para a acusação de al-Mahdi.

<sup>319</sup> Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille e bolsista FAP - Fundo de Apoio à Pesquisa - Univille do Projeto DIPATRI: Direito do Patrimônio Cultural e seus desafios para o reconhecimento como Direitos Humanos. E-mail: mimichels96@gmail.com.

<sup>320</sup> Professora Doutora do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille, e-mail: lu\_anacarvalho@yahoo.com.br.

## 2. O PATRIMÔNIO CULTURAL PARA A UNESCO

Como visão geral, apresenta-se o conceito de patrimônio cultural como um bem metaindividual, constituindo dimensão básica da cidadania (ARMELIN, 2009). Dessa forma, é com base nele que conhecemos o passado e a cultura de diversas civilizações, que integra uma parte da história da humanidade, e então surge a necessidade de preservação e proteção aos patrimônios mundiais.

A Unesco começou a atuar no campo do patrimônio cultural em 1959, por requisição dos governos do Egito e do Sudão, onde os templos Abu-Simbel, tesouros de sua civilização, se encontravam ameaçados pela construção de uma represa que, para ser levantada, teria de inundar a região em que se localizavam. Assim, a Unesco desmontou e reconstruiu os templos em uma área segura e desprovida de riscos, preservando em sua totalidade o valor histórico e cultural do bem.

A partir desse momento, adveio a necessidade da elaboração de um projeto de proteção ao patrimônio mundial e cultural, e, com a ajuda do Conselho Internacional de Monumentos e Sítios (Icomos), tornou-se possível que se realizasse, juntamente com o apoio internacional, a Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, em 1972, que considera o patrimônio em seu duplo aspecto natural e cultural, preservando o equilíbrio entre ambos (UNESCO, 2017).

Para proceder à identificação de possíveis sítios naturais e/ou culturais que possuam excepcional valor universal, compete aos Estados signatários indicá-los para inscrição na lista do patrimônio mundial, passando por um processo de seleção, desde que o Estado se comprometa com sua proteção em primeiro lugar. Contudo, os patrimônios mundiais estão sujeitos a diversos tipos de riscos, como catástrofes naturais, desenvolvimento urbano acelerado, mudanças climáticas, conflitos armados, entre outros, que os tornam mais suscetíveis e, assim, requer-se atenção especial dos países signatários.

Dessa forma, a Unesco criou a lista do patrimônio mundial em perigo, que visa chamar a atenção mundial para os fatores que ameaçam as características dos bens inscritos. Os sítios dessa lista merecem atenção especial e são objeto de uma ação emergencial dos respectivos países (UNESCO, 2017). Para a inscrição, existem duas maneiras: ter sido alvo de destruição e encontrar-se em situação de necessidade de apoio, ou o país signatário não ter cumprido com as obrigações da convenção, e assim cabe às associações não governamentais, civis ou outros grupos alertarem ao Comitê do Patrimônio Mundial, que faz uma análise dos possíveis riscos, e, se considerados procedentes, o objeto passa a integrar a lista.

É possível observar que a Unesco exerce papel fundamental na proteção e preservação dos patrimônios culturais mundiais dotados de valor excepcional para a humanidade, promovendo a conscientização e promoção de tais bens, que diariamente sofrem perigo em razão das diversas ações humanas e naturais, que ameaçam não somente o bem em si, mas o valor histórico que carregam. Assim, tais ações merecem ser analisadas e incentivadas para que cada vez mais haja um olhar de interesse da comunidade internacional em relação aos patrimônios históricos culturais que integram a humanidade.

## 3. O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

Considerado um complemento dos sistemas criminais nacionais, o TPI (International Criminal Court – ICC) é dirigido pelo Estatuto de Roma, que foi criado em 1998, mas somente em 2002 entrou em vigor, ratificado por 60 Estados que estabeleceram, assim, o TPI. A jurisdição não é retroativa. Dessa forma, trata apenas de crimes cometidos após a data de sua ratificação. Seus objetivos são coibir a impunidade e promover por meio da justiça internacional conscientização global para que tais crimes não sejam cometidos novamente.

O TPI constitui o primeiro tribunal internacional permanente no mundo e tem competência para investigar e julgar pessoas acusadas de crimes considerados graves para a comunidade internacional, como o genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e o crime de agressão, este último incluído por uma alteração em 2010.

A acusação feita pelo TPI alegou que al-Mahdi foi responsável por crime de guerra por ter direcionado ataques a bens protegidos, amparado pelo art. 8.º (2)(e)(iv) do Estatuto de Roma, que diz:

2. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crimes de guerra”:
  - e) As outras violações graves das leis e costumes aplicáveis aos conflitos armados que não têm caráter internacional, no quadro do direito internacional, a saber qualquer um dos seguintes atos:

iv) *Atacar intencionalmente edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares* (BRASIL, 2002, grifos meus).

É a primeira vez que o tribunal aplicou esse artigo, que é considerado análogo ao art. 8.º (2)(b) (ix)<sup>321</sup>, este aplicável em conflitos armados internacionais, o qual a corte entendeu não ser cabível ao caso al-Mahdi. Ambas as disposições refletem a importância particular do patrimônio cultural internacional, mas suas aplicabilidades diferem. O art. 8.º (2)(e) é aplicado no caso em que não ocorre prolongado conflito armado entre autoridades governamentais e grupos armados organizados, e, com as provas recebidas pela corte, interpretou-se que não se tratava de um conflito dessa natureza.

O julgamento serviu como uma resposta a grupos rebeldes que dirigem ataques a monumentos históricos, religiosos e culturais, não somente na região da África, mas no mundo todo. Como primeiro julgamento no âmbito internacional que visou punir o crime de guerra contra bens históricos, os procuradores do caso afirmaram que pretendiam, desde o início, que a impunidade contra patrimônios históricos parasse e que fosse aberto um precedente para demais julgamentos envolvendo casos semelhantes (ANNES, 2017).

#### 4. O CASO AL-MAHDI

Localizada na entrada do deserto do Saara, a cidade de Tombuctu fica no país de Mali, na África, e carrega enorme valor cultural e histórico. A região é uma joia africana, pois é conhecida como a capital intelectual e espiritual da África, que conserva seus manuscritos de geração em geração e abriga três grandes mesquitas: Djingareyber, Sankoré e Sidi Yahia (UNESCO, 1988).

A ocupação de Tombuctu por um grupo de jihadistas islâmicos, entre eles Ahmad al-Faqui al-Mahdi, perdurou por um ano, mas foi entre junho e julho de 2012 que al-Mahdi dirigiu ataques contra nove mausoléus e contra a porta da mesquita de Sidi Yahia, monumentos considerados patrimônios culturais da cidade, de grande acervo religioso e histórico. Suas perdas foram consideradas de bastante gravidade pela população local.

O caso *Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi* n.º ICC-01/12-01/15 (ICC, 2016) acusou al-Mahdi por ter praticado crime de guerra contra os monumentos protegidos da cidade de Tombuctu, nos termos do artigo 25(3)(a), 25(3)(b), 25(3)(c), 25(3)(d), do Estatuto de Roma, que trata da responsabilidade penal individual, transcrito a seguir:

Art. 25 (3) Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem:

- a) Cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável;
- b) Ordenar, solicitar ou instigar à prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa;
- c) Com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática;
- d) Contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer, conforme o caso:
  - i) Com o propósito de levar a cabo a atividade ou o objetivo criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime da competência do Tribunal; ou
  - ii) Com o conhecimento da intenção do grupo de cometer o crime (BRASIL, 2002).

<sup>321</sup> "Artigo 8º, 2. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crimes de guerra": b) Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes atos: ix) Dirigir intencionalmente ataques a edifícios consagrados ao culto religioso, à educação, às artes, às ciências ou à beneficência, monumentos históricos, hospitais e lugares onde se agrupem doentes e feridos, sempre que não se trate de objetivos militares" (BRASIL, 2002).

Após a abertura de investigações, a situação do país de Mali começou a ser analisada pela corte, e, em março de 2016, as acusações contra al-Mahdi de ter cometido crime de guerra em Tombuctu foram confirmadas.

Na abertura da Corte de Julgamento VIII, o acusado declarou-se culpado pela destruição dos monumentos históricos e religiosos no norte da África, sendo a primeira vez que um réu declarou sua culpa perante o tribunal. O art. 65 do Estatuto de Roma trata do procedimento no caso de confissão, e essa foi a primeira vez que a corte precisou aplicar o referido artigo para o julgamento de um caso.

Em sentença declarada em 27 de setembro de 2016, a Corte de Julgamento, por unanimidade, declarou o acusado al-Mahdi culpado por ter praticado ataques contra monumentos históricos e edifícios dedicados à religião em Tombuctu, confirmando, assim, o crime de guerra. A corte condenou o indivíduo a nove anos de prisão, deduzindo o tempo em que ficou em detenção desde setembro de 2015.

Como base para determinar os nove anos de prisão do acusado, a corte levou em consideração diversos fatores, tais como a gravidade do crime, a conduta dolosa e as circunstâncias individuais. Embora o crime seja grave, os crimes contra propriedade são geralmente menos gravosos que os crimes contra pessoa, fato também observado pela corte. Também foi levantada a relevância espiritual que os edifícios trazem para a população de Tombuctu, por terem sido parte integrante da vida religiosa e constituírem patrimônio histórico comum da cidade. Além disso, todos os monumentos, exceto um, são considerados patrimônios mundiais pela Unesco. Dessa forma, os ataques foram considerados de particular gravidade, pois sua destruição não só afetou as vítimas diretas dos crimes, como também a comunidade internacional.

Também houve circunstâncias atenuantes da pena: a admissão de culpa, a cooperação de al-Mahdi com a corte, a empatia expressada perante as vítimas e seu arrependimento, a relutância inicial mostrada de cometer o crime, os passos que tomou para limitar os danos causados e o bom comportamento demonstrado em detenção.

O caso al-Mahdi tornou-se emblemático por ser o primeiro julgamento do TPI com foco na destruição de monumentos históricos e religiosos considerados patrimônios mundiais e também o primeiro caso em que o réu fez uma declaração admitindo-se culpado. No âmbito dos patrimônios culturais, tal feito é um avanço importante para o reconhecimento de sua importância e relevância não somente para as populações locais, mas também para a comunidade internacional.

## 5. A RESPOSTA DA UNESCO

A Unesco tem desenvolvido papel fundamental na proteção internacional do patrimônio cultural, e a Convenção sobre as Formas de Proibir e Impedir a Importação, Exportação e Transferência de Propriedade Cultural (1970) e a Convenção do Patrimônio Mundial (1972) fornecem uma base sólida para proteger o patrimônio. Além disso, a Convenção de Haia para a Proteção de Propriedades Culturais em Caso de Conflito Armado (1954) e seus protocolos estabelecem padrões internacionais para lidar com os riscos específicos que decorrem dos conflitos armados. Tudo isso deslança um terreno mais firme para enfrentar a impunidade relacionada aos ataques, mas a organização vai além, como se verá logo adiante.

Por conta dos ataques ocorridos em Tombuctu em 2012 e da grande perda material e cultural decorrida, a reconstrução dos mausoléus destruídos foi uma medida tomada pela Unesco, haja vista que grande parte desses templos é considerada patrimônio cultural mundial pela organização. A primeira parte da reconstrução foi financiada pela Unesco, e países como Andorra, Croácia, Maurícia e Bahrein contribuíram financeiramente para a realização das construções.

Em 2013, a Unesco e o governo de Mali lançaram um programa de reabilitação cultural no país, que incluiu a reconstrução dos mausoléus e dos demais monumentos deteriorados durante os ataques. O programa foi financiado, no campo da logística e segurança, pelo United Nations Multidimensional Integrated Stabilization Mission in Mali (Minusma), enquanto a Suíça e a União Europeia financiaram diretamente o projeto. A diretora-geral da Organização Irina Bokova descreveu a reabilitação como de máxima relevância não somente para o povo de Mali, mas para o mundo (UNESCO, 2014).

A reabilitação dos mausoléus destruídos começou em março de 2014, e as obras foram concluídas em julho de 2015 (UNESCO, 2016). Agora, há esperança, e assim a cidade de Tombuctu servirá de exemplo para que impunidades nesse sentido não ocorram novamente e que os patrimônios culturais sejam observados, cuidados e cada vez mais valorizados pela comunidade internacional no geral.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O caso em apreço inovou no campo do patrimônio cultural, sendo o primeiro julgamento realizado no âmbito internacional que visou condenar o responsável pela destruição de bens considerados patrimônios culturais tanto regionais quanto mundiais. A acusação de crime de guerra destinado a um bem cultural é novidade e encaixou-se perfeitamente ao que disciplina o Estatuto de Roma, norma que regulamenta o TPI.

A forma como os patrimônios são protegidos internacionalmente nos dias de hoje advém de uma batalha de anos. Diversas convenções e estatutos passaram a abordar a questão somente depois dos anos 1900, em decorrência dos conflitos internacionais, mas principalmente das guerras, ocasiões em que o patrimônio passou a ser deteriorado em grande escala.

A Unesco exerce papel importante e de grande relevância acerca do assunto, pois, além de criar a Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural e todos os meios de ajuda que decorrem dela, também proporciona debates e lições para conscientizar a comunidade internacional de modo geral, promovendo a melhoria da proteção jurídica e operacional dos patrimônios considerados elementares para a humanidade.

O caso al-Mahdi, como dito anteriormente, tornou-se emblemático ao trazer um julgamento que decorreu da destruição de monumentos considerados patrimônios culturais, com a acusação de o autor ter cometido crime de guerra. O Estatuto de Roma, em seu preâmbulo, traz: “Afirmando que os crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes” (BRASIL, 2002) e “decididos a pôr fim à impunidade dos autores desses crimes e a contribuir assim para a prevenção de tais crimes” (BRASIL, 2002), partes que a Corte destacou na sentença como forma de mostrar os principais objetivos do julgamento realizado pelo TPI.

Além disso, um ponto curioso para que o julgamento ocorresse foi o fato de que a corte não quis, em momento nenhum, tratar disso como um movimento de vingança, mas sim como uma resposta aos crimes de tal natureza, proporcionando também o reconhecimento dos danos decorrentes para as vítimas, além de promover o restabelecimento da paz e da reconciliação (ICC, 2016). Também enfatizou que alguns dos objetivos eram evitar a reincidência da pessoa condenada e garantir que crimes similares fossem dissuadidos de serem cometidos.

Um julgamento nesse sentido teve de ocorrer por conta das grandes destruições patrimoniais que hodiernamente são recorrentes em regiões dominadas pelos conflitos armados. O TPI serviu de instrumento para um objetivo muito maior que apenas a condenação de al-Mahdi; mostrou que as violações aos patrimônios culturais mundiais constituem crime de relevância internacional, de interesse da coletividade e que merecem ser punidos à altura, como ocorreu na situação de Tombuctu. Agora, o caso servirá de precedente e sua repercussão será acompanhada por toda a comunidade internacional, para que haja conscientização global acerca da importância que um patrimônio pode ter perante uma sociedade.

## 7. REFERÊNCIAS

ANNES, Cyro. **O caso Al Mahdi e a responsabilidade internacional por crimes contra o patrimônio cultural**. 2017. Disponível em: <<http://institutedea.com/artigo/o-caso-AlMahdi-e-responsabilidade-internacional-por-crimes-contr-o-patrimonio-cultural/>>. Acesso em: 18 out. 2017.

ARMELIN, Priscila Kutne. **Patrimônio cultural e sistema penal**. Curitiba: Juruá, 2009.

BRASIL. **Estatuto de Roma**. Brasil, 1.º jul. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm)>. Acesso em: 18 out. 2017.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (ICC). **Judgment And Sentence: in the case of the prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi**. Haia, 2016. Disponível em: <[https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016\\_07244.PDF](https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2016_07244.PDF)>. Acesso em: 18 out. 2017.

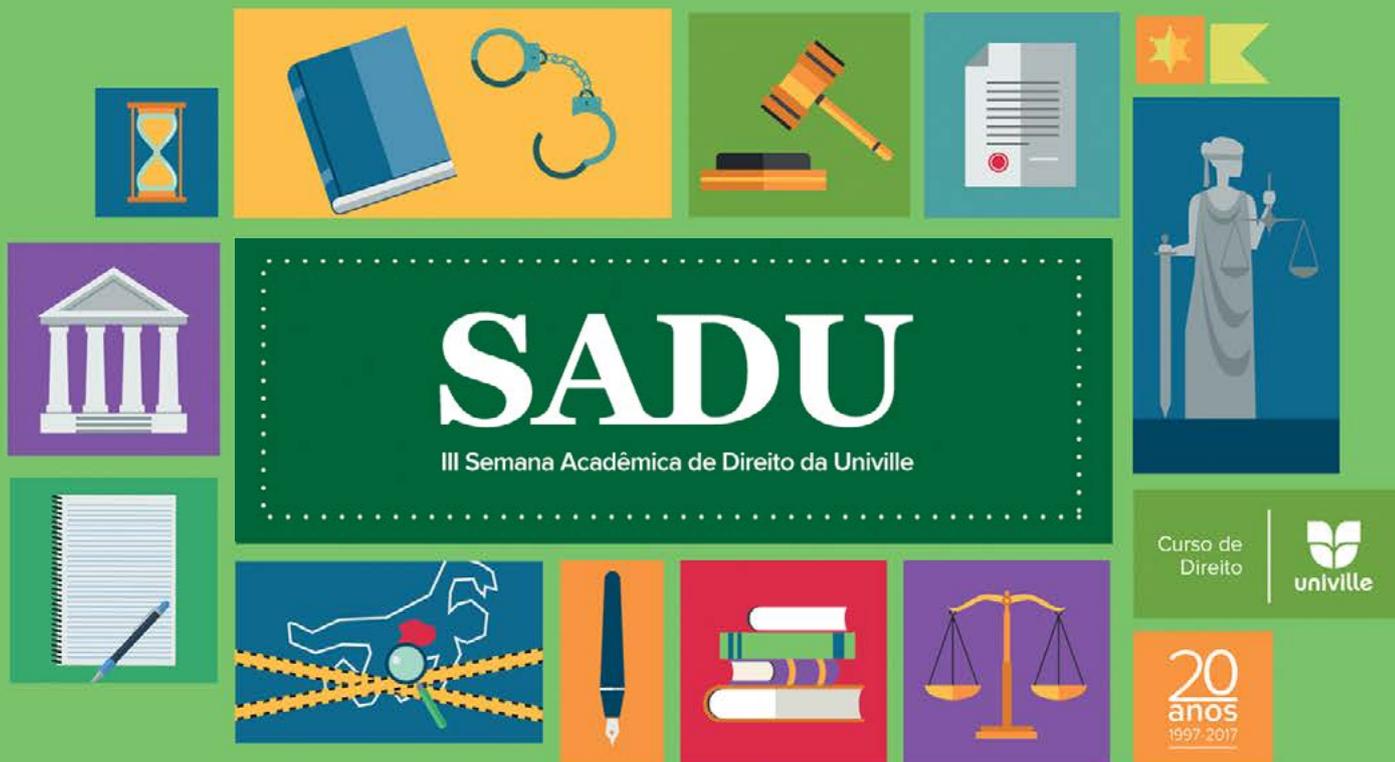
ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (Unesco). **900-year-old consecration ceremony held for the Timbuktu mausoleums:** a consecration ceremony of the Timbuktu mausoleums, last held in the 11th century, was held today at the initiative of the local community. This is the final phase of the cultural rebirth of the Timbuktu mausoleums after their destruction by the armed groups who occupied the city in 2012. Unesco, 2016. Disponível em: <<http://whc.unesco.org/en/news/1430/>>. Acesso em: 19 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **O patrimônio: legado do passado ao futuro.** Unesco, 2017. Disponível em: <<http://www.unesco.org/new/pt/brasil/culture/world-heritage/heritage-legacy-from-past-to-the-future/>>. Acesso em: 25 set. 2017a.

\_\_\_\_\_. **Patrimônio mundial em perigo:** a conservação do patrimônio mundial é um processo contínuo. Unesco, 2017. Disponível em: <<http://www.unesco.org/new/pt/brasil/culture/world-heritage/world-heritage-in-danger/>>. Acesso em: 25 set. 2017b.

\_\_\_\_\_. **Reconstruction of world heritage mausoleums starts in Timbuktu (Mali):** residents of Timbuktu today launched the reconstruction of World Heritage mausoleums damaged by the armed extremists who occupied the north and centre of Mali in 2012. Unesco, 2014. Disponível em: <<https://en.unesco.org/news/reconstruction-world-heritage-mausoleums-starts-timbuktu-mali-0>>. Acesso em: 19 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Timbuktu:** world heritage list. Unesco, 1988. Disponível em: <<http://whc.unesco.org/en/list/119>>. Acesso em: 8 out. 2017.



**GRUPO DE TRABALHO:  
DIREITO, INOVAÇÃO  
E DESENVOLVIMENTO**

# TRANSGRESSÃO ISONÔMICA NO CUSTEIO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA DA LEI COMPLEMENTAR 474/17 DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE-SC

Horan Bortolotti Czernay<sup>322</sup>

## RESUMO

O presente trabalho abordará a Contribuição para o Custeio do Serviço de Iluminação Pública (COSIP) que foi inserida no ordenamento jurídico via emenda constitucional nº 39/2002, autorizando os Municípios e Distrito Federal a instituir o custeio de iluminação pública. A LC 474/2017 de autoria do executivo municipal joinvilense altera a base de cálculo da contribuição que, inicialmente tinha como base a testada do imóvel e após a alteração (atualmente vigorando) passa a ser utilizado como base o consumo de energia elétrica da residência dos contribuintes. Contudo, a nova forma de recolhimento da contribuição não acolhe três princípios tributários constitucionais: Princípio da Capacidade Contributiva, Princípio da Isonomia e princípio da Anterioridade. O objetivo do trabalho é realçar a inconstitucionalidade no que tange a matéria do Artigo 4º da LC474/2017 por meio de uma análise principiológica das normas constitucionais que a compõem, exemplificar os problemas sociais acerca da nova forma de contribuição e verificar qual entendimento do Poder Judiciário para a admissibilidade da forma de contribuição aplicada pelos Municípios.

**PALAVRAS-CHAVES:** Princípios, Contribuição, Iluminação Pública, Lei Complementar nº 474/2017.

## 1. INTRODUÇÃO

A contribuição para o custeio de iluminação pública foi inserida na Constituição Federal por meio da emenda constitucional nº39/2002 que autoriza os municípios e Distrito Federal a instituir a contribuição, acrescentando no texto constitucional o Artigo 149-A.<sup>323</sup>

Em Joinville, de 2002 até 2017, sob a vigência da lei complementar nº 136/2002 era utilizado como parâmetro de cálculo a testada do imóvel. Neste modelo tinha como parâmetro dois tipos de imóveis (não edificadas e edificadas) com dois valores distintos, além disso utilizava-se a variável Unidade Padrão Municipal (UPM) que é um indicador de cálculos de outros tributos e penalidades pecuniárias. Basicamente a base de cálculo neste formato alterava o valor conforme a largura do terreno que este se encontrava, vejamos então.

Art. 4º: Para cálculo da contribuição aplicar-se-á as seguintes alíquotas:  
I - Quando tratar-se de imóvel não edificado, com testada de:  
01 a 30 m 7,20% UPM por mês [...] mais de 200 m 36 % UPM por mês  
II - Quando tratar-se de imóvel edificado com testada de:  
01 a 15 m 4% UPM por mês [...] mais de 200 m 24% UPM por mês<sup>324</sup>

Atualmente no município de Joinville, vigorando a LC 474/2017 é instituído como critério de cálculo na COSIP o consumo de energia elétrica em Kwh/Mês, todavia da antiga forma de cálculo, com base

<sup>322</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: horan.abc@hotmail.com.

<sup>323</sup> Art. 149-A Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III. Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o caput, na fatura de consumo de energia elétrica. BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil\_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: out.2018.

<sup>324</sup> BRASIL. Lei Complementar n.136, de 30 de dez. de 2002. **INSTITUI CONTRIBUIÇÃO PARA CUSTEIO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS**. Joinville. Disponível em :<https://leismunicipais.com.br/a/sc/j/joinville/lei-complementar/2002/13/136/lei-complementar-n-136-2002-institui-contribuicao-para-custeio-do-servico-de-iluminacao-publica-e-da-outras-providencias>. Acesso em: 19 out. 2018

na testada do imóvel, foi mantido para os não edificados (terrenos baldios e lotes), além disso nosso legislador preferiu diferenciar os valores das alíquotas para usuários residenciais e não residenciais, estabelecendo, portanto, esse formato a seguir:

Art. 4º. Para cálculo da contribuição aplicar-se-á as seguintes alíquotas:  
 I - Quando tratar-se de imóvel não edificado, com testada de:  
 De 01 a 30 m - R\$ 19,24 por mês; [...] Mais de 200 m - R\$ 96,20 por mês.  
 II - Quando tratar-se de usuário residencial, com consumo de:  
 De 01 a 30 kwh/mês - R\$ 1,00 por mês; [...] Mais de 1500 kwh/mês - R\$ 92,00 por mês.  
 III - Quando tratar-se de usuário não residencial, com consumo de:  
 De 01 a 30 kwh/mês - R\$ 1,00 por mês; [...] Mais de 1500 kwh/mês - R\$ 110,00 por mês”.<sup>325</sup>

Malgrado, atenta a curiosidade entender porque nosso legislador municipal utilizou como modelo de cálculo o consumo de uma residência (que vincula o âmbito privado) para custear um serviço público, aumentando progressivamente sua alíquota em conformidade com o aumento do consumo de energia elétrica do imóvel, não estabelecendo um critério subjetivo, vez que é impossível prever quais os motivos do aumento no consumo de energia, sendo desde um consumo inconsciente (excesso de luzes acessas) até uso com intuito de preservar saúde do consumidor de energia (utilização de aparelhos de hemodiálise ou respiradores por exemplo).

Destarte, por meio da nova injustificável modulação de cálculo por nosso legislador abarcamos na análise principiológica do Direito para verificar as hipóteses de (in)constitucionalidade da LC 474/2017 no que tange os princípios da tributação na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988).

## 2. PRINCÍPIO COM FORÇA NORMATIVA

Para o Direito pós-positivista, corroboram para a consolidação das normas as regras e os princípios, estes últimos são de suma importância para a análise principiológica da matéria do Artigo. 4º da LC 474/2017.

Alexy elenca na sua análise da estrutura das normas de direitos fundamentais a distinção entre regras e princípios. Como uma espécie da norma, “princípios são *comandos de otimização*, ou seja, comandos que exigem que algo seja realizado na máxima medida possível, observadas as circunstâncias fáticas e jurídicas”<sup>326</sup>. Portanto, para que tenha relevância, os princípios devem ser inseridos observando as ocasiões em detrimento dos fatos relacionados ao caso e as normas que os estes são inseridos. Por outro lado, Streck contesta na medida em que, de certa forma, como os princípios são deontológicos, destarte os *comandos de otimização* enfraqueceriam força normativa, ainda mais se estamos lidando com princípios constitucionais, uma vez que estes últimos se sobressaem das regras de modelo positivistas (*latu sensu*)<sup>327</sup>.

Todavia, as regras, por sua vez, são extremamente taxativas para se aplicar, pois foram criadas para simplesmente serem cumpridas, para fazer ou deixar de fazer algo, portanto, Alexy avalia as regras como *comandos definitivos*, cuja sua aplicabilidade se dá via subsunção<sup>328</sup>.

<sup>325</sup> BRASIL. Lei Complementar n.474, de 25 de jan. de 2017. **INSTITUI CONTRIBUIÇÃO PARA CUSTEIO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS**. Joinville. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a1/sc/j/joinville/lei-complementar/2017/47/474/lei-complementar-n-474-2017-da-nova-redacao-ao-inciso-ii-do-artigo-7-altera-a-redacao-dos-artigos-2-3-4-9-11-e-12-da-lei-complementar-136-de-30-de-dezembro-de-2002-que-institui-contribuicao-para-custeio-do-servico-de-iluminacao-publica-e-da-outras-providencias>>. Acesso em: 19 out. 2018.

<sup>326</sup> ALEXY. Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. 2º ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2015, p. 37.

<sup>327</sup> STRECK. Luiz Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11º ed. Porto Alegre. Ed. Livraria do Advogado, 2014. P.346-347.

<sup>328</sup> ALEXY. Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. 2º ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2015. P.185. Neste capítulo, Alexy ensina que a distinção teórico-normativa entre regras e princípios constitui a base de ambas as construções. Regras são normas que comandam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva. Nesse sentido elas são *comandos definitivos*. A forma de sua aplicação é a subsunção. Quando uma regra é válida é comandado fazer exatamente aquilo que ela exige. Se isso é feito, a regra é cumprida; se isso não é feito, a regra não é cumprida. Assim, regras são normas que sempre podem somente ser cumpridas ou descumpridas. Por outro lado, princípios são normas que comandam que algo seja realizado na maior medida possível em relação às possibilidades fáticas e jurídicas. Princípios são, portanto, *comandos de otimização*. Enquanto tais eles são caracterizados por poderem ser cumpridos em diferentes graus e pelo fato de a medida comandada de sua realização depender não só das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.

No caso em análise, serão analisadas as normas elencadas na CRFB/1988, na forma que a própria sua redação define no capítulo do Sistema Tributário Nacional seus Princípios Gerais, nesse sentido, estes serão avaliados para verificar o (não) acolhimento dos princípios do texto constitucional. da lei 474/2017 dos princípios que regem o texto constitucional.

### 2.1 Princípio da Capacidade Contributiva

O princípio da capacidade contributiva está elencado na CRFB/1988 na seção dos princípios gerais do sistema tributário nacional cujo seu art. 145 §1º afirma que:

Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultando à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.<sup>329</sup>

Com fulcro no artigo supratranscrito, o legislador tinha o compromisso de verificar antes do lançamento da nova exação: o patrimônio, rendimentos e atividades econômicas do contribuinte para integrar na coletividade dos mesmos.

Entretanto, como foi esperado, não foi levado em conta nenhum desses pressupostos na nova base de cálculo, pois a lei se restringe verificando exclusivamente o consumo de energia elétrica em Kwh/Mês, não sendo possível deduzir a capacidade econômica do sujeito.

Liborio exemplifica o problema do critério de cálculo via consumo de energia, supondo que se determinada família, cujo um dos membros do lar sofre um acidente, perdendo suas faculdades mentais e por resultado disso é obrigado a utilizar equipamentos hospitalares no interior de sua residência, muito provavelmente o consumo de energia elétrica dessa família torna-se-á elevadíssimo. Sendo assim, questionamos se essa família teria a mesma capacidade de contribuição equivalente aos demais moradores que compõem a rua, com imóveis de valores similares, elencados na mesma classe social, porém com o consumo elétrico inferior?<sup>330</sup>

Carraza realça que o “legislador tem o dever [...] de atentar para as desigualdades próprias das diferentes categorias de contribuintes, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas”<sup>331</sup>. Além disso, identificou que o princípio da capacidade contributiva coadunado com o princípio da igualdade tem importante relevância no campo tributário, uma vez que auxilia o estado a tutelar os ideais republicanos, conforme seu texto, ensina que:

Realmente é justo e jurídico que quem, em termos econômicos, tem muito pague, proporcionalmente, mais impostos que quem tem pouco. Quem tem maior riqueza deve, em termos proporcionais, pagar mais imposto do que quem tem menor riqueza<sup>332</sup>

Em suma, a ideia de igualar os contribuintes conforme sua capacidade econômica é um dos alicerces fundamentais para se alcançar a justiça fiscal<sup>333</sup>. Todavia, não se confunde princípio da capacidade contributiva com o princípio da isonomia, este último embora semelhante em sua aplicação, tem efeitos jurídicos diferentes na esfera do Direito Tributário, nas lições de Brito Machado (1991 p. 58-59):

O princípio da isonomia jurídica tem utilidade bem menor que o princípio da capacidade contributiva. Enquanto o princípio da isonomia fica a depender da definição dos critérios de justiça, o princípio da capacidade contributiva já está a indicar que o justo e proporcional a tal capacidade. Este é por assim dizer, o princípio da isonomia com aplicação de um critério de justiça já definido: a *capacidade contributiva*.

<sup>329</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)> Acesso em: out.2018.

<sup>330</sup> LIBORIO, de Jesus Miqueias. **Do PL nº 07/2017: Mudança no Critério da Cobrança da Cosip e suas Implicações aos Municípios Joinvilenses**. Joinville. Jan. 2017. Disponível em: < <https://www.miqueasliborio.com.br/do-pl-no-072017-mudanca-no-criterio-da-cobranca-da-cosip-e-suas-implicacoes-aos-municipes-joinvilenses/>>. Acesso em: out.2018

<sup>331</sup> CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 20º. Ed. São Paulo:Ed. Malheiros, 2004. P. 81

<sup>332</sup> Id. Ibid

<sup>333</sup> Id. Ibid

Contudo, não se pode olvidar que o princípio da isonomia é o manancial da justiça fiscal, lamentavelmente é também outro princípio de suma importância que não foi acolhido pela LC 474/2017, portanto devemos abordar minuciosamente os pressupostos legais, conferido pela CRFB/1988.

## ■ 2.2 O Princípio da Isonomia

Este é o ponto fulcral, o não acolhimento do princípio da isonomia na nova exação da COSIP. A isonomia em síntese é uma limitação do poder de tributar para o estado, é inserida no ordenamento jurídico no art. 150, II, da CRFB/1988, que veda a União, Estados, Distrito Federal e Municípios à:

Instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos<sup>334</sup>;

Pela exegese do artigo constitucional, na contribuição para o custeio de iluminação pública, não é dado o tratamento *desigual para os desiguais e tratamento igual para os iguais*, muito embora o princípio da igualdade estar presente na lei, a isonomia por sua vez não é convalidada.

Nesse viés, Brito verifica a isonomia e a hipoteticidade das normas no que consiste, para melhor entender, qual relação está presente na LC 474/2017 e distinguir dogmaticamente o princípio da isonomia e o princípio da igualdade. Segundo Brito “para os formalistas, dizer que todos são iguais perante a lei, nada mais significa do que afirmar que seja a pessoa posicionada nos termos da previsão legal, a consequência deve ser a mesma”.<sup>335</sup> Portanto, se os munícipes contribuem de forma igualitária, o valor da alíquota deverá ser equivalente e assim, entendemos que se trata de uma contribuição igualitária, porém, não isonômica.

Nessa esteira, utilizando a teoria Kelsiana, Derzi verifica que o princípio da isonomia é inserido por meio de uma estrutura lógica da norma, tal lógica estabelecerá um critério de avaliação empírica do legislador para estabelecer uma exação diferenciada para contribuintes que se encontrem em situações diferentes, ou então equivalentes.<sup>336</sup>

Portanto, para ser acolhido o princípio da isonomia, nosso legislador deveria analisar quais indivíduos estão elencados e quais as suas diferenças em termos econômicos e sociais, para que tenham um tratamento não igualitário aos demais, mas beneficiando-os na medida de sua desigualdade.

Derzi salienta, ainda que o princípio da igualdade na teoria de Kelsiana não requer uma substância científica<sup>337</sup>, ou seja, o Poder Legislativo teria a discricionariedade para deliberar uma lei de aplicação uniforme para todos ou de forma diferenciada, na medida de seus ideais próprios.

Importante referir, como acréscimo, que no raciocínio de Barreto salienta que “cada município poderia criar [...] da forma que lhe apetece, o tributo, podendo haver “n” contribuições, [...] conforme a criatividade dos legisladores municipais”<sup>338</sup>. Nesse viés, é nítido que o princípio da isonomia não foi acolhido pelo legislador de Joinville ao criar a nova base de cálculo para COSIP, uma vez que a norma do art. 150 II é signatária deste princípio e toda deliberação de uma norma que impõe um novo tipo de exação deve, portanto, verificar os pressupostos legais da Constituição da República, se o legislador à luz desta norma, teve a discricionariedade de deixa-la de lado e igualar contribuintes desiguais com os iguais estamos, portanto no caminho da inconstitucionalidade desta norma.

### ■ 2.2.1 Isenção Implícita para Imóveis com Unidades de Energia Inativa:

É importante esclarecer o caráter solidário acerca da iluminação pública, porque como se sabe a contribuição é válida no ponto que embora uma parcela da população não goze do serviço, existe uma enorme parcela que vai usufruir deste. Sendo assim, todos devem contribuir para custear a iluminação pública, limitando as isenções para casos minuciosos, onde a hipossuficiência econômica do munícipe

<sup>334</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: out.2018.

<sup>335</sup> BRITO. Machado Hugo. **Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988**. 3°. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 1991. p. 54

<sup>336</sup> DERZI. Misabel de Abreu Machado. **Direito Tributário, Direito Penal e Tipo**. Ed. RT, São Paulo, 1988, P. 98 *apud* BRITO. Machado Hugo. **Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988**. 3°. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 1991. P.54

<sup>337</sup> Id. *Ibid*

<sup>338</sup> BARRETO. Aires. **Curso de Direito Tributário Municipal**. 1 Ed. São Paulo. Saraiva, 2009 p. 518.

deve ser levada em consideração para justificar uma possível isenção, muito embora não foi adicionada na LC 474/2017 nenhum formato de isenção visto pelo legislador, pelo menos por seu interesse.

Contudo, ao estabelecer a base de cálculo, o legislador municipal de Joinville não se atentou em verificar as lacunas no que tange as isenções da contribuição, uma vez que Liborio identificou tal isenção. Entretanto beneficia aqueles que não possuem rendimentos suficientes para corroborar no caráter solidário, mas para os proprietários de imóveis edificados cuja sua unidade de energia esteja desligada<sup>339</sup>, são muito bem reconhecidos no município de Joinville, os imóveis para alugar, estes receberam uma vantagem tributária em detrimento da lacuna para imóveis que seu gasto de energia elétrica seja inferior a 01 Kwh/mês ou seja, com a caixa de luz desativada.

Não resta dúvidas, nas irregularidades no lançamento da nova exação, o que deixa claro que as comissões legislativas de (legislação, justiça e redação) e (finanças, orçamento e constas do município) não foram prospectivas em relação a análise constitucional e tributária para, ao mínimo, mitigar a contribuição para os menos favorecidos pelo estado e majorar para aqueles que podem contribuir. Talvez há possibilidades de coação do órgão de autoria, o Poder Executivo municipal, restando dúvidas para esclarecer sob a necessidade de (como salientado anteriormente), utilizar um consumo privado para custar um serviço público.

### ■ 2.3 Princípio da Anterioridade

Por último, o princípio da anterioridade é mais um princípio não acolhido no lançamento da LC 474/2017. Foi criado com o escopo de proteger o mercado financeiro de aumentos tributários de “surpresa” no mesmo ano em que a lei foi deliberada. Carraza preleciona que o princípio da anterioridade é o corolário lógico do princípio da segurança jurídica, pois como exposto acima, tem objetivo de impedir aumentos no mesmo exercício financeiro.<sup>340</sup> É também uma limitação do poder de tributar elencado na CRFB/1988 no Artigo 150, III, b, que veda a União, Estados, Municípios e Distrito Federal em cobrar tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou<sup>341</sup>.

Por este lado, se a alteração que modula a base de cálculo da COSIP majorou quantitativamente seu valor arrecadatório, tornar-se-á válida sua exigência somente no próximo ano em que foi aprovada, sendo válido nos dias (01 a 31) de janeiro de 2018<sup>342</sup>. Entretanto mais uma vez, outro requisito constitucional não preenchido, pois como se sabe a contribuição é anexada à fatura de conta de luz e todo consumo deve ser cobrado no mês seguinte, nessa situação a nova exação foi instituída logo em janeiro, porém relativo ao consumo do mês de dezembro, ou seja ainda no mesmo ano em que foi instituída sua alteração, calçando sua inconstitucionalidade mais uma vez.

É nítido o desserviço apresentado na criação dessa lei complementar, sendo uma medida arbitrária em incrementar a carga tributária via consumo de energia elétrica dos munícipes, com o objetivo de engrandecer os lucros da composição acionária da Celesc S.A, sendo que o Poder Executivo municipal possui clara percepção da crítica situação orçamentária do município de Joinville relativo ao infeliz número de munícipes desempregados, onde o Estado de Santa Catarina abriga 246 mil desempregados, apresentando taxa de 6,5% de desemprego<sup>343</sup>. Porém, os dados não foram destacados pelo relator da matéria. Não é apenas a inconstitucionalidade que paira sobre a LC 474/2017, mas muito provavelmente o interesse econômico e político de lobistas na medida de incrementar um montante maior de lucros e disfarçando investimentos que muitas vezes são imperceptíveis para a sociedade joinvilense.

<sup>339</sup> LIBORIO, de Jesus Miqueias. COSIP Joinvilense: **O Poço das Irregularidades Tributárias**. Joinville. Jan. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63485/cosip-joinvilense-o-poco-das-irregularidades-tributarias>. Acesso em: out. 2018

<sup>340</sup> CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 20°. Ed. São Paulo:Ed. Malheiros, 2004. P. 17

<sup>341</sup> BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: out.2018.

<sup>342</sup> Como a Lei Complementar foi publicada no dia 25/01/17 será válida sua aplicação somente no próximo exercício financeiro, portanto, 2018, sendo os dias 01/01/2018 até 31/01/18.

<sup>343</sup> WENZEL. Karine. **Desemprego diminui, mas informalidade sobe em SC**. Florianópolis: Diário Catarinense, ago. 2018. Disponível em : <http://dc.clicrbs.com.br/sc/noticias/noticia/2018/08/desemprego-diminui-mas-informalidade-sobe-em-sc-10539088.html>. Acesso em nov.2018.

### 3. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Em relação aos entendimentos jurisprudenciais, os resultados demonstram que o Poder Judiciário acolhe entendimento contrário a inconstitucionalidade, muito embora, não houve ajuizamento de nenhuma ação que demande sobre a contribuição de Joinville, sob a vigência da atual base de cálculo.

Em primeira análise, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) não acolheu a Apelação Cível 2013.081063-8 ajuizada pela Imobiliária Zattar Ltda que alegou que o critério de cálculo anterior à LC 474/2017, era indevido, vez que em determinado loteamento havia cobrança da contribuição via carnê do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU), além disso em relação à base de cálculo arguiu inconstitucionalidade em relação ao princípio da isonomia, vejamos a ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA (COSIP). TRIBUTO, SEGUNDO O STF, PECULIAR (“CONTRIBUIÇÃO SUI GENERIS”). CONSTITUCIONALIDADE JÁ ASSENTADA. DEDUÇÃO DE AUSÊNCIA DE EFETIVA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. IMPROPRIEDADE. TRIBUTO DESTINADO A CUSTEIO ESPECÍFICO, MAS SEM VINCULAÇÃO COM A EFETIVA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO INDIVIDUALIZADO. VALOR. UTILIZAÇÃO DA TESTADA DO IMÓVEL COMO PARÂMETRO DE CÁLCULO. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DESTE PARÂMETRO. CRITÉRIO ADOTADO POR IMPOSTOS. IMPERTINÊNCIA. TRIBUTO QUE NÃO SE CONFUNDE COM TAXA. LIBERALIDADE, SEGUNDO O TEXTO CONSTITUCIONAL, PARA ADOÇÃO DO CRITÉRIO PELOS MUNICÍPIOS. FATOR QUE OBSERVA, EM SEUS TERMOS, A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.081063-8, de Joinville, rel. Des. Ricardo Roesler, Quarta Câmara de Direito Público, j. 10-03-2016).<sup>344</sup>

Nesta decisão, o tribunal assevera que o formato da COSIP é de caráter *sui generis*, ou seja, não seria possível nos assegurar se se é denominado contribuição ou taxa, surgindo ainda mais dúvidas em relação a sua característica legal.

Esta denominação de caráter *sui generis* repercutiu até o Supremo Tribunal Federal (STF), que desproveu o RE 573675 SC movido pelo MPSC, questionando a constitucionalidade da COSIP instituída pelo município de São José/SC. O Ministério Público de Santa Catarina (MPSC) sustentou que houve violação do princípio da isonomia pois os parâmetros para a tarifa em questão são de cunho progressivos, a situação é totalmente análoga com a LC 474/2017, cujo entendimento do Pretório Excelso foi o acolhimento da constitucionalidade da exação. Vejamos:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RE INTERPOSTO CONTRA DECISÃO PROFERIDA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE ESTADUAL. CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - COSIP. ART. 149-A DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI COMPLEMENTAR 7/2002, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ, SANTACATARINA. COBRANÇAREALIZADANA FATURADE ENERGIA ELÉTRICA. UNIVERSO DE CONTRIBUINTES QUE NÃO COINCIDE COM O DE BENEFICIÁRIOS DO SERVIÇO. BASE DE CÁLCULO QUE LEVA EM CONSIDERAÇÃO O CUSTO DA ILUMINAÇÃO PÚBLICA E O CONSUMO DE ENERGIA. PROGRESSIVIDADE DA ALÍQUOTA QUE EXPRESSA O RATEIO DAS DESPESAS INCORRIDAS PELO MUNICÍPIO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. INOCORRÊNCIA. EXAÇÃO QUE RESPEITA OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO IMPROVIDO. I - Lei que restringe os contribuintes da COSIP aos consumidores de energia elétrica do município não ofende o princípio da isonomia, ante a impossibilidade de se identificar e tributar todos os beneficiários do serviço de iluminação pública. II - A progressividade da alíquota, que resulta do rateio do custo da iluminação pública entre os consumidores de energia elétrica, não afronta o princípio da capacidade contributiva. III - Tributo de caráter *sui generis*, que

<sup>344</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **APELAÇÃO CÍVEL: AC 2013.081063-8**. Relator Des. Ricardo Roesler. j. 10/03/2016. 2016. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAANr14AAI&categoria=acordao](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAAANr14AAI&categoria=acordao). Acesso em: nov.2018.

não se confunde com um imposto, porque sua receita se destina a finalidade específica, nem com uma taxa, por não exigir a contraprestação individualizada de um serviço ao contribuinte. [...] Recurso extraordinário conhecido e improvido. (STF - RE: 573675 SC, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 25/03/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO)<sup>345</sup>.

A decisão foi de tamanha relevância que contribui para a criação da súmula vinculante nº 41 do STF, onde salienta a impossibilidade de remunerar o serviço de iluminação pública mediante taxa. Nesse viés Gandra (argumenta sobre delicadeza dos vocábulos introduzido pelo legislador ainda no texto instituído pela Emenda Constitucional n. 39/2002, em que se rotula contribuição sobre aspecto de taxa explanando que:

A atual contribuição, não é, entretanto, contribuição. Tem o perfil de uma taxa, mas com insuficiências [...] Não representa qualquer intervenção no domínio econômico, nem é cobrada no interesse de categorias nem tem qualquer função social [...] em vez de ofertar ao intérprete o desenho, a escultura, da referida taxa, que rotulou de 'contribuição', apenas declarou, quasimodamente, que esta contribuição – que não é contribuição, mas taxa – poderia ser cobrada na fatura de consumo de energia elétrica, o que vale dizer, cuidou apenas da 'forma' de cobrança, mas não da conformação do tributo.<sup>346</sup>

Em suma, há um conflito entre a doutrina e a análise jurisprudencial no que tange o custeamento de iluminação pública, vez que o serviço de iluminação pública continua tendo valores distintos para seus contribuintes. Portanto, os tribunais deveriam analisar não apenas o ordenamento jurídico, mas os fatos que contem a lide constitucional tributária incide, os entendimentos doutrinários e a capacidade considerar o impacto na sociedade por uma decisão e mormente não (so)negar a aplicação dos princípios constitucionais. Nas palavras de Streck "o julgador deve ter o espírito imbuído da certeza que o ordenamento jurídico é o mais complexo do que conjunto hierarquizado de regras defendido pelos positivistas"<sup>347</sup>. Portanto, resta dúvidas no quesito normativo desta matéria, vez que o STF alega inconstitucionalidade da cobrança de iluminação pública via taxa, mas os valores das alíquotas continuam se divergindo para os contribuintes, isso deve ser modificado, para evitar danos à sociedade e principalmente ao Estado Democrático de Direito.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ressalta-se que todo aumento e alterações (regra geral) é revertido para o bem-comum para sociedade, talvez a nova base de cálculo tornar-se-á um desenvolvimento mais sustentável de energia elétrica mais eficiente, ou então, mais econômico para os municípios e para o próprio setor que distribui para as residências e empresas.

Todavia não podemos olvidar que o formato de cálculo e a entrada em vigor da norma foi composta de irregularidades, e ainda foi cobrada no mesmo exercício financeiro de sua publicação, portanto constata-se a inconstitucionalidade da contribuição para o custeio de iluminação pública de Joinville. Como se sabe, o caminho é mais afanoso para o controle constitucional de leis municipais, em razão de não ser possível ajuizar ações declaratórias de in(constitucionalidade) em leis municipais, sendo relevante também, levar em conta a pertinência temática para a proposição destas ações.

Existe um engodo jurisdicional que envolve o tema abordado, verificando que a súmula n. 41 criada serviu para reafirmar o que juristas já entendem a respeito da matéria relativa à iluminação pública, entretanto muitos legisladores municipais menosprezam as normas constitucionais e as próprias súmulas para (re)criarem vantagens para poucos, financiado pela sociedade e isso não pode ser mais aceito, se ainda queremos garantir o Estado Democrático de Direito.

<sup>345</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 573675**. Rel Ricardo Lewandowski. j: 25/03/2009. 2009. Disponível em : <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4130830/recurso-extraordinario-re-573675-sc> . Acesso em: nov.2018.

<sup>346</sup> GANDRA. Martins Ives. **A contribuição para iluminação pública**. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 90. São Paulo: Dialética, 2003, p. 63-67 *apud* BARRETO. Aires. **Curso de Direito Tributário Municipal**. 1 Ed. São Paulo. Saraiva, 2009 p. 518.

<sup>347</sup> STRECK. Luiz Lenio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6 Ed. Ver e atual. De acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017. p. 30.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY. Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. 2º ed. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2015.
- BARRETO. Aires. **Curso de Direito Tributário Municipal**. 1 Ed. São Paulo. Saraiva, 2009 p. 518.
- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: out.2018.
- BRASIL. **Lei Complementar n.136, de 30 de dez. de 2002**. Institui Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública e dá Outras Providências. Joinville. Disponível em :<https://leismunicipais.com.br/a/sc/j/joinville/lei-complementar/2002/13/136/lei-complementar-n-136-2002-institui-contribuicao-para-custeio-do-servico-de-iluminacao-publica-e-da-outras-providencias> . Acesso em: 19 out. 2018
- BRASIL. **Lei Complementar n.474, de 25 de jan. de 2017**. Institui Contribuição para Custeio do Serviço de Iluminação Pública e dá Outras Providências. Joinville. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a1/sc/j/joinville/lei-complementar/2017/47/474/lei-complementar-n-474-2017-da-nova-redacao-ao-inciso-ii-do-artigo-7-altera-a-redacao-dos-artigos-2-3-4-9-11-e-12-da-lei-complementar-136-de-30-de-dezembro-de-2002-que-institui-contribuicao-para-custeio-do-servico-de-iluminacao-publica-e-da-outras-providencias> . Acesso em: 19 out. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 573675**. Rel Ricardo Lewandowski. j: 25/03/2009. 2009. Disponível em : <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4130830/recurso-extraordinario-re-573675-sc> . Acesso em: nov.2018.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina.**APELAÇÃO CÍVEL: AC 2013.081063-8**. Relator Des. Ricardo Roesler. j: 10/03/2016. 2016. Disponível em: [http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAAbmQAACAANrI4AAI&categoria=acordao](http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAAbmQAACAANrI4AAI&categoria=acordao). Acesso em: nov.2018.
- BRITO. Machado Hugo. **Princípios Jurídicos da Tributação na Constituição de 1988**. 3º. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 1991.
- CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 20º. Ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.
- LIBORIO, de Jesus Miqueias. **COSIP Joinvilense: O Poço das Irregularidades Tributárias**. Joinville. Jan. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63485/cosip-joinvilense-o-poco-das-irregularidades-tributarias>. Acesso em: out. 2018.
- LIBORIO, de Jesus Miqueias. **Do PL nº 07/2017: Mudança no Critério da Cobrança da Cosip e suas Implicações aos Municípios Joinvilenses**. Joinville. Jan. 2017. Disponível em: <https://www.miqueasliborio.com.br/do-pl-no-072017-mudanca-no-criterio-da-cobranca-da-cosip-e-suas-implicacoes-aos-municipes-joinvilenses/> .Acesso em: out.2018.
- STRECK. Luiz Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11º ed. Porto Alegre. Ed. Livraria do Advogado, 2014. P.346-347.
- STRECK. Luiz Lenio. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 6 Ed. Ver e atual. De acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2017.
- WENZEL. Karine. **Desemprego diminui, mas informalidade sobe em SC**. Florianópolis: Diário Catarinense, ago. 2018. Disponível em : <http://dc.clicrbs.com.br/sc/noticias/noticia/2018/08/desemprego-diminui-mas-informalidade-sobe-em-sc-10539088.html>. Acesso em nov. 2018.

## AS LEIS DE INCENTIVO BRASILEIRAS COMO FORMA DE FOMENTO A RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL

Lisandro Fin Nishi<sup>348</sup>  
Jeison Francisco de Medeiros<sup>349</sup>

### RESUMO

Muitas empresas brasileiras afirmam atuar com responsabilidade social. Entretanto, há diversos conceitos a respeito do que seria tal Responsabilidade Social Empresarial. Enquanto uma vertente defende que a responsabilidade social da firma deve ser unicamente maximizar o lucro, o que geraria mais emprego, renda, maior eficiência econômica e conseqüentemente bem-estar social, outra vertente defende que a firma deve ir além do objetivo de maximização de lucros. Nesta direção, as leis de incentivo podem contribuir para as empresas atuarem com responsabilidade social, na medida em que possibilita às empresas escolherem uma organização específica e alocarem parte dos recursos que seriam destinados ao pagamento de impostos, em geral imposto de renda, para serem destinados a tal organização, para fins sociais, tal como prevê a lei do audiovisual, a lei do esporte, entre outras. Através de pesquisa bibliográfica e documental, este artigo tem como objetivo mostrar que estas leis contribuem positivamente para fortalecer a Responsabilidade Social Empresarial, com foco em leis federais de caráter social, concluindo-se que, quando da ineficiência do estado no uso dos recursos, tais leis possibilitam às empresas um melhor uso destes, indo ao encontro da Responsabilidade Social Empresarial.

**PALAVRAS CHAVE:** Leis de Incentivo, Responsabilidade Social Empresarial, Objetivo da Firma.

### 1. INTRODUÇÃO

Em um sistema capitalista de produção, para sobreviver as empresas precisam ser lucrativas. Porém, além da maximização de lucros, a chamada “Responsabilidade Social” está orientando a tomada de decisão de um número crescente de empresas preocupadas com o bem-estar social e com a natureza. Segundo Tupy (2008), no Brasil, “o número de empresas preocupadas com a questão socioambiental cresce consideravelmente”, informando que, segundo pesquisas, 67% das empresas da região Sudeste, 55% do Nordeste e 46% do Sul do país realizaram alguma atividade não obrigatória ligada à comunidade ou aos seus funcionários. Tais números demonstram que, embora existam os que defendem a maximização de lucros como único objetivo das firmas, tem crescido os defensores da chamada Responsabilidade Social Empresarial (RSE).

Trata-se de um movimento que defende a ideia de que as firmas têm obrigações sociais, logo não deve pensar unicamente na obtenção de lucros. Embora se possa, a princípio, pensar que quando uma empresa investe em RSE reduz seu lucro, ou piora sua saúde econômico – financeira, estudos recentes têm demonstrado que o engajamento em Responsabilidade Social provoca o efeito contrário, tal como em Briguenti, Souza e Hein (2014) e Grellmann et al (2017). Neste último estudo constatou-se que, forma global, os investimentos em atitudes voltadas a ações de responsabilidade social corporativa impulsionam um maior destaque para a empresa perante aos investidores, clientes, fornecedores e sociedade, e como consequência levam ao aumento da rentabilidade financeira da empresa. Laan, Ees e Witteloostuijn (2008) chegaram a uma interessante conclusão: o efeito no desempenho financeiro de uma

<sup>348</sup> Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre e Bacharel em Economia pela UFSC. Bacharel em Administração pela Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC). Docente do Departamento de Ciências Econômicas da UDESC. E-mail: lisandro.nishi@udesc.br.

<sup>349</sup> Mestre em Direito pela UNOESC de Chapecó/SC; Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Advocacia e UnC – Universidade do Contestado de Curitiba/SC; Especialista em Direito Tributário pela UNOESC de Joaçaba/SC; Graduado em Direito pela UnC, Universidade do Contestado de Curitiba/SC. Professor de Direito Processual Civil e Direito Tributário e ainda coordenador do Núcleo de Práticas Jurídicas da UnC – Universidade do Contestado de Curitiba/SC; Membro do Grupo de Pesquisas em Direito processual Civil pela UnC - Universidade do Contestado de Curitiba/SC; Advogado em Santa Catarina e Doutorando em Direito pela UFSC, Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: jeisonmedeiros@unc.br.

boa reputação social é menor que o impacto de uma má reputação de igual magnitude. Também nesta direção o estudo de Sousa *et al* (2011) mostrou que, um ano após o ingresso das empresas na carteira do Índice de Sustentabilidade Empresarial da BMFBovespa, em 2007, suas receitas líquidas aumentaram 56,46% em relação ao ano anterior. Soma-se a esse dado o estudo de Mota (2009), em que os resultados indicaram que “a responsabilidade social antecede a percepção de justiça de preço, gerando impactos fortes e positivos no valor percebido, na satisfação e nas intenções de compra.” Embora tais resultados não sejam unânimes, evidenciam que, quando uma empresa age com RSE, além de contribuir com o bem-estar social, não necessariamente afasta a empresa de seu objetivo de maximizar seus lucros. Por esta razão, empresas podem estar valendo-se desta constatação para sinalizar à sociedade que atuam com Responsabilidade Social.

As leis de incentivo brasileiras, tal como a Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991 (Lei de Incentivo à Cultura) podem ser importantes instrumentos na consecução de objetivos sociais empresariais, fortalecendo e indo ao encontro da RSE. De maneira geral, tais leis permitem a pessoas físicas e jurídicas direcionar uma parcela do imposto para projetos de organizações selecionadas, tratando-se, assim, de uma renúncia fiscal. Todavia, estes procedimentos não reduzem o montante a ser desembolsado, apenas redistribui; ao invés de ir para o governo, vai diretamente para a organização selecionada. Este redirecionamento, por sua vez, visa melhorar as condições econômicas e sociais, posto que, na esteira do estudo de Ribeiro (2008), os gastos públicos brasileiros não são efetuados de forma eficiente. Cândido Jr (2001), por seu turno, encontrou produtividade inferior do setor público em comparação ao setor privado.

Pelo exposto, através de pesquisa bibliográfica e documental, este artigo tem como objetivo mostrar que estas leis contribuem positivamente para fortalecer a Responsabilidade Social Empresarial, sendo que o capítulo que segue traz as duas principais vertentes acerca de RSE. Em seguida, o capítulo 3 introduz leis federais de incentivo brasileiras. Após, as conclusões e as referências bibliográficas.

## 2. RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL

Nem todos concordam acerca de qual deve ser o objetivo das firmas. Uma vertente entende que o único objetivo a ser perseguido pelas firmas é o lucro; logo maximizá-lo é a melhor forma de atender aos anseios da sociedade. Está implícito neste conceito que, ao ser lucrativa, a firma gera empregos, renda, e conseqüentemente gera maior bem-estar social, não devendo então desviar recursos de sua atividade fim para atividades sociais, pois tal atitude apenas reduziria a eficiência econômica e conseqüentemente o bem-estar social.

Embora seja necessário à sobrevivência das firmas, o lucro não necessariamente deve ser o único objetivo a ser perseguido. É o que acreditam os defensores da Responsabilidade Social. Gonçalves e Guimarães (2010, p. 31) comentam que frequentemente empresas tomam decisões que aparentemente não são maximizar o lucro, a fim de, por exemplo, estabelecer uma reputação de longo prazo, ou ampliar a fatia de mercado vendendo a um preço baixo por certo tempo, ou ajudar a preservar o meio ambiente. Porém, recordam que o objetivo de se obter lucro não pode ser totalmente ignorado, pois empresas que não buscam maximizar o lucro não sobrevivem por muito tempo, ou seja, não é possível afastar-se de tal objetivo por muito tempo sob pena de fechamento da empresa.

Para Tenório (2004, p.23) “os primeiros estudos teóricos sobre a responsabilidade social empresarial, desenvolvidos a partir dos pressupostos conceituais da sociedade pós-industrial surgem em 1950.” De Masi *apud* Tenório (2004, p.17) pondera que o processo de industrialização iniciado no século XX trouxe problemas sociais e ecológicos, sendo que o crescimento das dimensões urbanas não ocorreu com a respectiva melhoria nas condições de vida dos cidadãos. Com este argumento, justifica o envolvimento das empresas em questões sociais e ambientais.

Karkotli (2006, p. 60) leciona que uma atuação organizacional com Responsabilidade Social pressupõe uma necessidade de participação no desenvolvimento com sustentabilidade nas dimensões econômica, social e ambiental. Entretanto, tais ações podem ser usadas como estratégia para aumentar o lucro, via estratégia de *marketing*. A Responsabilidade Social Corporativa não é obrigação, pois é opção de uma empresa buscar ou não de forma ética e responsável (e não legal) uma melhoria na qualidade de relações com seus *stakeholders*, e incorporar ou não tal busca em suas estratégias empresariais. É ato voluntário.

A fim de reduzir as incertezas a respeito da atuação das firmas em RSE, o Balanço Social é um dos indicadores mais conhecidos, além da Demonstração do Valor Adicionado e as Certificações de Responsabilidade Social (TENÓRIO, 2004, p. 37). Sem serem estas exigências legais, diversas empresas adotam tais demonstrações, ou empenham-se em obter certificações do tipo. Em Silva *et al* (2012) pode-se ver um estudo a respeito da certificação do Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (IBASE), concluindo que as empresas que receberam o selo IBASE utilizaram mais indicadores sociais voltados para demonstrar a relação da entidade com os seus recursos humanos, seguindo com a sociedade e por último o meio ambiente. Reconhecendo a relevância do tema, em 1/11/2010 foi publicada a norma internacional ISO 26000, Diretrizes sobre Responsabilidade Social, e logo em seguida no Brasil, em 8/12/2010 foi publicada a norma ABNT NBR ISO 26000.

Segundo a ISO 26000, a responsabilidade social se expressa pelo desejo e pelo propósito das organizações em incorporarem considerações socioambientais em seus processos decisórios e a responsabilizar-se pelos impactos de suas decisões e atividades na sociedade e no meio ambiente. (INMETRO, 2012). Para o Instituto Ethos (2006, p.7), “RSE está além do que a empresa deve fazer por obrigação legal. Cumprir a lei não faz uma empresa ser socialmente responsável”. McWilliams e Siegel (2001, p.2) afirmam que os conceitos de responsabilidade social corporativa nem sempre são claros; porém entendem que RSE significa ir além do legalmente exigido.

Para o Instituto Ethos (2006, p.11), os aspectos que caracterizam uma empresa socialmente responsável encontram-se no quadro que segue.

Quadro 1 – Características de uma empresa socialmente responsável

Transparência	Divulgando informações de maneira clara e acessível a todos os públicos que se relacionam com a empresa.
Estabelecimento de compromissos públicos	Assumindo publicamente os compromissos que a empresa tem, sejam relacionados ao seu público interno, ao futuro, à manutenção dos recursos naturais, à promoção da diversidade.
Envolvimento com instituições que representam interesses variados	Procurando diálogo e contato com organizações e especialistas que colaborem com a empresa para lidar com seus dilemas.
Capacidade de atrair e manter talentos	Apresentando-se como uma alternativa profissional que possa também atender aos interesses de cidadão do profissional.
Alto grau de motivação e comprometimento dos colaboradores	Envolvendo todos os colaboradores internos e fornecedores com a gestão da RSE, demonstrando coerência em seus compromissos.
Capacidade de lidar com situações de conflito	Demonstrando disposição para a investigação e o diálogo, desenvolvendo processos que previnam situações de risco, aprofundando contato com redes de organizações e formadores de opinião, usando de transparência nessas relações.
Estabelecimento de metas de curto e longo prazo	Introduzindo realmente aspectos de responsabilidade social na gestão da empresa, com todas as características que outros indicadores de performance possuem.
Envolvimento da direção da empresa	Comprovando claramente o entendimento estratégico que tem destas questões. Em geral, a empresa tem um ou dois colaboradores que dedicam seu tempo a questões de responsabilidade social.

Fonte: Adaptado de Instituto Ethos (2006)

Carroll (1979) define que responsabilidade social envolve quatro dimensões: responsabilidades discricionárias, responsabilidades éticas, responsabilidades legais e responsabilidades econômicas, lembrando que tais dimensões não são mutuamente excludentes, tampouco cumulativas e/ou aditivas.

No tópico que segue, serão expostas as leis de incentivo federais brasileiras, a fim de evidenciar de que forma tais leis relacionam-se com a RSE.

### 3. LEIS DE INCENTIVO

Para a realização dos objetivos da República previstos no art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil, estabeleceu o constituinte de 1988 que cabe ao Brasil erradicar a pobreza e a marginalidade, reduzir as desigualdades bem como promover o desenvolvimento.

Nesse contexto, uma das maneiras que vem sendo utilizadas para a concretização de tão importantes objetivos é por meio de indução de comportamentos dos particulares, sejam pessoas físicas ou jurídicas, onde o Estado promove medidas que, além do reconhecimento de direitos tidos como fundamentais, tornam efetivo sua abrangência e resultados.

Eros Grau (2007, p. 148-149) denomina intervenção por indução aquela em que o Estado estabelece instrumentos e ambiente para sua interferência que leve os agentes econômicos de forma não obrigada e atuarem de determinado modelo econômico, de acordo com as funções sociais, ou seja, adotando uma conduta que interessa mais ao coletivo e que, certamente, não seria exercida pelo querer individual.

É o que ocorre quando se editam leis possibilitando que pessoas físicas e jurídicas possam efetuar doações com o intuito de promover a cultura, a educação, o esporte, etc e, a partir disso, deduzirem tais doações sobre determinadas modalidades de tributos, o que se dá por meio da edição de leis de incentivo que também tornam efetivas a responsabilidade social de cada particular, no presente caso das pessoas jurídicas.

Tais induções comportamentais se dão por meio de concessão de benefícios fiscais concedidos por meio de dedução, eliminação, direta ou indireta, isenção, compensação e outros modelos que diminuem a carga tributária na medida em que, sempre por meio de previsão legal, possibilitem que pessoas, jurídica ou física, deixem de recolher determinada exação fiscal em prol de concessão de vantagens financeiras direcionadas a determinadas finalidades sociais.

Quando no âmbito federal, benefícios concedidos estão atrelados ao regime de tributação da empresa. Desta forma, **apenas as pessoas jurídicas optantes pelo lucro real** poderão fazer uso dos incentivos fiscais, ficando de forma as empresas optantes pelo lucro presumido.

Especificamente sobre as leis de incentivo, estas surgiram no Brasil em 1986, durante o governo Sarney (Lei nº 7.505/86). Como iniciativa pioneira, foi bastante criticada por não exigir aprovação técnica prévia dos projetos culturais. Vigorou até março de 1990, quando foi revogada por Fernando Collor de Mello. Entretanto, em 1991, Collor aprovou a Lei nº 8.313, elaborada pelo então secretário da cultura Sérgio Paulo Rouanet, a fim de retomar o incentivo à cultura no país. (BRASIL, 2018).

Atualmente existem diversos normativos que podem ser usados pelas firmas como instrumento de Responsabilidade Social. Sem dúvida, o respeito às leis são premissas para que uma firma possa dizer que é socialmente responsável; todavia, as leis de incentivo são casos especiais, na medida em que podem ser voluntariamente usadas para a consecução de objetivos sociais. A seguir vê-se fragmentos de seis leis de incentivo federais de caráter social, não dispensando, frise-se, sua leitura na íntegra para total entendimento.

### ■ 3.1 Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990

Trata-se da lei que “Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.”, tendo como intuito lhes dar proteção integral, vindo atender ao disposto em nossa Carta Magna, Capítulo VIII (Da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso). Considera-se para efeitos desta lei criança a pessoa com até 12 anos de idade incompletos, e adolescente a pessoa entre 12 anos e 18 anos de idade; excepcionalmente até 21 anos de idade.

Esta lei faz referência a direitos relativos à vida, saúde, liberdade, respeito, dignidade, à convivência familiar e comunitária, educação, cultura, esporte, lazer, profissionalização e proteção no trabalho, contemplando o comando constitucional sobre dever da *“sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”*, conforme dispõe o art. 227 da Constituição Federal.

Referida lei federal dispõe em seu artigo 260<sup>350</sup> sobre a possibilidade em os contribuintes efetuarem doações a fundos de direito das crianças e adolescentes de âmbito nacional, estadual e municipal e, posteriormente, deduzir tais doações, de forma integral, sobre o imposto de renda. Observado os limites impostos pelo próprio dispositivo legal, quis sejam, 1% do imposto sobre a renda, no caso de pessoas jurídicas cuja tributação se dá pelo lucro real e/ou 6% quando se tratar de pessoa física.

Por meio de doações ao Fundo da Criança e do Adolescente, uma pessoa jurídica pode atuar com RSE, desde que cumpridos todos os requisitos necessários, embora não possa ser entendido como RSE uma atitude esporádica, eventual.

### ■ 3.2 Lei nº 8.313, de 23 de dezembro de 1991

A cultura é preocupação presente nos artigos 215 e 216 da *Constituição Federal*, sendo que a chamada “Lei Rouanet” está inserida nesta preocupação. referida lei restabelece princípios da Lei nº 7.505, de 02 de julho de 1986, que institui o Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac) e dá outras providências.

Tem como objetivo facilitar a captação e canalização de recursos para diversos setores culturais bem como facilitar o acesso de todos às fontes da cultura, promover o desenvolvimento da cultura regional, desenvolver o respeito aos valores culturais, conforme se extrai de seu artigo 1º<sup>351</sup>.

Para a consecução destes objetivos, o Pronac é implementado por meio do Fundo Nacional da Cultura, Fundos de Investimento Cultural e Artístico e do Incentivo a Projetos Culturais. Tais objetivos são alcançados via renúncia fiscal, em específico por meio de redistribuição da parcela do imposto de renda, que ao invés de ser destinada aos cofres governamentais, são destinadas a projetos culturais, nos termos do art. 18<sup>352</sup>.

Para a dedução do imposto de renda nestes casos, devem os contribuintes previamente aprovarem projeto junto ao Ministério da Cultura visando, por meio de doações ou patrocínios, atender os seguimentos regulados pelo §3º da Lei em comento<sup>353</sup>.

<sup>350</sup> Art. 260. Os contribuintes poderão efetuar doações aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente nacional, distrital, estaduais ou municipais, devidamente comprovadas, sendo essas integralmente deduzidas do imposto de renda, obedecidos os seguintes limites: (Redação dada pela Lei nº 12.594, de 2012)

I - 1% (um por cento) do imposto sobre a renda devido apurado pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real; e (Redação dada pela Lei nº 12.594, de 2012)

II - 6% (seis por cento) do imposto sobre a renda apurado pelas pessoas físicas na Declaração de Ajuste Anual, observado o disposto no art. 22 da Lei nº 9.532, de 10 de dezembro de 1997. (Redação dada pela Lei nº 12.594, de 2012).

<sup>351</sup> Art. 1º Fica instituído o Programa Nacional de Apoio à Cultura (Pronac), com a finalidade de captar e canalizar recursos para o setor de modo a:

- I - contribuir para facilitar, a todos, os meios para o livre acesso às fontes da cultura e o pleno exercício dos direitos culturais;
- II - promover e estimular a regionalização da produção cultural e artística brasileira, com valorização de recursos humanos e conteúdos locais;
- III - apoiar, valorizar e difundir o conjunto das manifestações culturais e seus respectivos criadores;
- IV - proteger as expressões culturais dos grupos formadores da sociedade brasileira e responsáveis pelo pluralismo da cultura nacional;
- V - salvaguardar a sobrevivência e o florescimento dos modos de criar, fazer e viver da sociedade brasileira;
- VI - preservar os bens materiais e imateriais do patrimônio cultural e histórico brasileiro;
- VII - desenvolver a consciência internacional e o respeito aos valores culturais de outros povos ou nações;
- VIII - estimular a produção e difusão de bens culturais de valor universal, formadores e informadores de conhecimento, cultura e memória;
- IX - priorizar o produto cultural originário do País.

<sup>352</sup> Art. 18. Com o objetivo de incentivar as atividades culturais, a União facultará às pessoas físicas ou jurídicas a opção pela aplicação de parcelas do Imposto sobre a Renda, a título de doações ou patrocínios, tanto no apoio direto a projetos culturais apresentados por pessoas físicas ou por pessoas jurídicas de natureza cultural, como através de contribuições ao FNC, nos termos do art. 5º, inciso II, desta Lei, desde que os projetos atendam aos critérios estabelecidos no art. 1º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.874, de 1999)

<sup>353</sup> § 3º As doações e os patrocínios na produção cultural, a que se refere o § 1º, atenderão exclusivamente aos seguintes segmentos: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.228-1, de 2001)

- a) artes cênicas; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.228-1, de 2001)
- b) livros de valor artístico, literário ou humanístico; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.228-1, de 2001)
- c) música erudita ou instrumental; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.228-1, de 2001)
- d) exposições de artes visuais; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.228-1, de 2001)
- e) doações de acervos para bibliotecas públicas, museus, arquivos públicos e cinematecas, bem como treinamento de pessoal e aquisição de equipamentos para a manutenção desses acervos; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.228-1, de 2001)
- f) produção de obras cinematográficas e videofonográficas de curta e média metragem e preservação e difusão do acervo audiovisual; e (Incluída pela Medida Provisória nº 2.228-1, de 2001)
- g) preservação do patrimônio cultural material e imaterial. (Incluída pela Medida Provisória nº 2.228-1, de 2001)
- h) construção e manutenção de salas de cinema e teatro, que poderão funcionar também como centros culturais comunitários, em Municípios com menos de 100.000 (cem mil) habitantes. (Incluído pela Lei nº 11.646, de 2008)

Tais projetos a serem apresentados para fins de incentivo, que serão submetidos a processo de seleção técnica, terão por objetivos o desenvolvimento das formas de expressão, os modos de criar e fazer, os processos de preservação e proteção do patrimônio cultural brasileiro, e os estudos e métodos de interpretação da realidade cultural, compreendendo os segmentos do teatro, da dança, da produção cinematográfica, videográfica, fotográfica, discográfica e congêneres, bem como a literatura, a música, artes plásticas, artes gráficas, gravuras, cartazes, folclore e artesanato, patrimônio cultural, inclusive histórico, arquitetônico, arqueológico, bibliotecas, museus, arquivos e demais acervos, enfim, todos os segmentos previstos no art. 25 da lei em questão.

Para estes casos, o doador efetuará suas doações e/ou patrocínio sob o comando do artigo 26 da lei 8.313/1991<sup>354</sup>.

### ■ 3.3 Lei nº 8.685, de 20 de julho de 1993

Conhecida como “Lei do Audiovisual”, “cria mecanismos de fomento à atividade audiovisual e dá outras providências”. Da mesma forma que as leis anteriormente comentadas, a presente lei trata de incentivo federal por meio da dedução do imposto de renda devido por pessoa jurídica, ser usada como instrumento de RSE.

Também neste caso, conforme se extrai de seu artigo 1º:

os contribuintes poderão deduzir do imposto de renda devido as quantias investidas na produção de obras audiovisuais brasileiras de produção independente, mediante a aquisição de quotas representativas dos direitos de comercialização das referidas obras, desde que esses investimentos sejam realizados no mercado de capitais, em ativos previstos em lei e autorizados pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), e os projetos de produção tenham sido previamente aprovados pela Agência Nacional do Cinema (ANCINE).

### ■ 3.4 Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005

A preocupação com a educação no Brasil está presente no art. 6º da Constituição Federal de 1988 (CF/88): “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.”, e também, no Título VIII, Capítulo III, Seção I (Da Educação). Neste âmbito, a Lei nº 11.096 de 2005 “Institui o Programa Universidade para Todos - PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior; altera a Lei nº 10.891, de 9 de julho de 2004, e dá outras providências.”

Visa “conceder bolsas de estudo integrais e bolsas de estudo parciais de 50% (cinquenta por cento) ou de 25% (vinte e cinco por cento) para estudantes de cursos de graduação e sequenciais de formação específica, em instituições privadas de ensino superior, com ou sem fins lucrativos.”

Nos termos do art. 8º<sup>355</sup> da referida Lei federal, 11.906/2005, a instituição de educação que aderir

<sup>354</sup> Art. 26. O doador ou patrocinador poderá deduzir do imposto devido na declaração do Imposto sobre a Renda os valores efetivamente contribuídos em favor de projetos culturais aprovados de acordo com os dispositivos desta Lei, tendo como base os seguintes percentuais: (Vide arts. 5º e 6º, Inciso II da Lei nº 9.532 de, 1997)

I - no caso das pessoas físicas, oitenta por cento das doações e sessenta por cento dos patrocínios;

II - no caso das pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, quarenta por cento das doações e trinta por cento dos patrocínios.

§ 1o A pessoa jurídica tributada com base no lucro real poderá abater as doações e patrocínios como despesa operacional.

§ 2o O valor máximo das deduções de que trata o caput deste artigo será fixado anualmente pelo Presidente da República, com base em um percentual da renda tributável das pessoas físicas e do imposto devido por pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real.

§ 3o Os benefícios de que trata este artigo não excluem ou reduzem outros benefícios, abatimentos e deduções em vigor, em especial as doações a entidades de utilidade pública efetuadas por pessoas físicas ou jurídicas.

<sup>355</sup> Art. 8o A instituição que aderir ao Prouni ficará isenta dos seguintes impostos e contribuições no período de vigência do termo de adesão: (Vide Lei nº 11.128, de 2005)

I - Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas;

II - Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, instituída pela Lei no 7.689, de 15 de dezembro de 1988;

III - Contribuição Social para Financiamento da Seguridade Social, instituída pela Lei Complementar no 70, de 30 de dezembro de 1991; e

IV - Contribuição para o Programa de Integração Social, instituída pela Lei Complementar no 7, de 7 de setembro de 1970.

ao programa do PROUNI passa a ter isenção de algumas modalidade de tributos, sendo o Imposto de renda, a contribuição social sobre o lucro líquido, contribuição social para financiamento da seguridade social e, ainda, contribuição para o programa de integração social.

Cabe evidenciar que instituições educacionais são pessoas jurídicas dotadas de personalidade jurídica, ou seja, com capacidade de adquirem direitos e obrigações, podendo ser pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado. Nos termos do art. 44 do Código Civil Brasileiro, as pessoas jurídicas de direito privado podem ser, ainda, associações, sociedades ou fundações, conforme sua instituição.

As instituições privadas que aderem ao programa, tem por dever ofertar determinado percentual fixo de bolsas de estudo aos estudantes. Em instituições filantrópicas, essa proporção é de uma bolsa a cada nove alunos pagantes. Já em instituições com ou sem fins lucrativos, a proporção é de uma bolsa para cada 11 alunos pagantes.

Neste caso, diferentemente das demais leis de incentivo já citadas neste trabalho, a instituição não fará dedução do imposto a partir de doações ou patrocínios, mas terá isenção sobre as referidas modalidades de tributos, o que lhe permite deixar de recolher tal exação na sua integralidade, desde, é claro, que atendidas as especificidades da lei.

#### ■ 3.5 Lei nº 11.438, de 29 de dezembro de 2006

É conhecida como “Lei de Incentivo ao Esporte”, e “Dispõe sobre incentivos e benefícios para fomentar as atividades de caráter desportivo e dá outras providências”.

Por meio da presente lei, podem as pessoas jurídicas e físicas deduzirem, de seu imposto de renda uma parcela fim de que tais valores sejam destinados a apoiar projetos desportivos. Vale a pena ressaltar o disposto no § 1º do art. 2º: “Poderão receber os recursos oriundos dos incentivos previstos nesta Lei os projetos desportivos destinados a promover a inclusão social por meio do esporte, preferencialmente em comunidades de vulnerabilidade social.” Percebe-se aí a intenção do legislador na melhoria das condições sociais via incentivo ao esporte, o que vem inequivocamente ao encontro da RSE.

José Ricardo Rezende (2010, p. 31), ao comentar a lei em questão no que tange aos benefícios fiscais em favor das pessoas jurídicas e pessoas físicas, explica que:

A Lei n. 11.438/06 – Lei de Incentivo ao Esporte (L.I.E.), regulamentada pelo Decreto nº 6.180/07, prevê a possibilidade de pessoas físicas e jurídicas destinarem uma parcela do imposto de renda devido em benefício de projetos desportivos elaborados por entidades do setor, após aprovados por uma Comissão Técnica composta por representantes governamentais e membros do setor desportivo e paradesportivo. Configura-se, pois, como uma forma alternativa de recolhimento do imposto de renda (IR), ou seja, ao invés de recolher todo o montante devido pelas vias tradicionais, os contribuintes poderão destinar um percentual deste valor (PJ = 1% e PF = 6%) “diretamente” em benefício de projetos desportivos previamente aprovados, por uma das formas prevista em Lei (patrocínio ou doação), conforme veremos, e, em seguida, abater os valores gastos no momento do recolhimento, ou, em sendo o caso, obter sua restituição; servindo como mais uma estratégia (política pública) para o desenvolvimento do esporte brasileiro

De acordo com os ditames legais, haverá ainda a necessária e indispensável participação de três setores para a concretização dos objetivos da lei em comento, sendo eles o Estado, por meio da previsão legislativa, a pessoa jurídica, por meio dos repasses e posterior dedução tributária e as entidades beneficiadas que deverão estabelecer projetos necessários para tal fim.

Deste modo, se evidencia, também, que o benefício atende a toda e qualquer modalidade esportiva, exceto aquelas consideradas profissionais, pois o objeto principal da lei é fomentar atividades esportivas num contexto social e educacional, integrando, desta forma, com a responsabilidade social das empresas no desenvolvimento da sociedade.

#### ■ 3.6 Lei nº 12.715, de 17 de setembro de 2012

Esta lei instituiu o Programa Nacional de Apoio à Atenção Oncológica - PRONON, com a finalidade de captar e canalizar recursos para a prevenção e o combate ao câncer. Trata-se de uma lei que vem ao encontro da proteção à saúde, presente nos artigos 196 a 200 da CF/88.

Nos termos do art. 4º da Lei nº 12.715/2012, é facultado às pessoas físicas, a partir de 2012 até,

e às pessoas jurídicas, a partir de 2013 até 2021, na qualidade de incentivadoras, a opção de deduzirem do imposto sobre a renda os valores correspondentes às doações e aos patrocínios efetuados de forma direta em favor de ações e/ou serviços estipulados nos arts. 1º a 3º da referida lei e desde que previamente aprovados pelo Ministério da Saúde.

Além disso, as ações e serviços que se encontram previstos nos arts. 1º a 3º da lei 12.715 deverão ser desenvolvidas por instituições destinatárias das doações, ou seja, pessoas jurídicas de direito privado, associativas ou fundacionais, sem fins lucrativos cujo objeto é a prevenção e combate ao câncer e que sejam certificadas como entidades beneficentes de assistência social, na forma da Lei nº 12.101, de 27 de novembro de 2009 ou qualificadas como organizações sociais, na forma da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 ou, ainda, qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, na forma da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999.

Neste caso, de forma diversa das modalidades anteriores, as doações podem assumir diversas formas, como transferência de quantias em dinheiro, transferência de bens móveis ou imóveis, comodato ou cessão de uso de bens imóveis ou equipamentos, realização de despesas em conservação, manutenção ou reparos nos bens móveis, imóveis e equipamentos, inclusive os referidos no inciso III e fornecimento de material de consumo, hospitalar ou clínico, de medicamentos ou de produtos de alimentação.

#### 4. CONCLUSÃO

As leis de incentivo são importantes instrumentos sociais, na medida em que permitem a pessoas físicas e jurídicas direcionarem para projetos sociais recursos que seriam destinados ao pagamento de impostos, podendo, desta forma, contribuir também para com a Responsabilidade Social Empresarial. Diversas leis federais que contém incentivos desta natureza já foram publicadas, podendo-se citar o “Estatuto da Criança e do Adolescente” (Lei nº 8.069 de 1990), a “Lei Rouanet” (Lei nº 8.313 de 1991), a “Lei do Audiovisual” (Lei nº 8.685 de 1993), o “Programa Universidade para Todos” (Lei nº 11.096 de 2005), a “Lei de Incentivo ao Esporte” (Lei nº 11.438 de 2006), e o “Programa Nacional de Apoio à Atenção Oncológica” (Lei nº 12.715 de 2012).

Conclui-se que tais leis vêm diretamente ao encontro dos objetivos de firmas que atuam com Responsabilidade Social Empresarial, ao propiciar a estas redirecionar um percentual de recursos que iriam para o pagamento de impostos para fomentar projetos previstos em leis de incentivo, possibilitando, inclusive, um melhor uso destes recursos, quando da existência de ineficiência do uso de recursos pelo estado.

#### 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERTONCELLO, Silvio Luiz Tadeu; JÚNIOR, João Chang. A importância da Responsabilidade Social Corporativa Como Fator de Diferenciação. **FACOM**, n. 17. 2007.

BRAMMER, S.; BROOKS, C; PAVELIN, S. Corporate social performance and stock returns: UK evidence from disaggregate measures. Jan. 2006. Disponível em: <<http://centaur.reading.ac.uk/20507/1/20507.pdf>> Acesso em 17/03/2018

BRASIL. Lei nº 8069 de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 28/03/2018

\_\_\_\_\_. Lei nº 8313 de 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8313cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8313cons.htm)>. Acesso em: 28/03/2018

\_\_\_\_\_. Lei nº 8685 de 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8685.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8685.htm)>. Acesso em: 28/03/2018

\_\_\_\_\_. Lei nº 11096 de 2005. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/l11096.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11096.htm)>. Acesso em: 28/03/2018

\_\_\_\_\_. Lei nº 11438 de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11438.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11438.htm)>. Acesso em: 28/03/2018

\_\_\_\_\_. Lei nº 12715 de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12715.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12715.htm)>. Acesso em: 28/03/2018

BRIGHENTI, Josiane; SOUZA, Taciana Rodrigues de; HEIN, Nelson. Investimentos Ambientais e Desempenho Econômico-Financeiro das Empresas Brasileiras Pertencentes ao Índice de Sustentabilidade Empresarial – ISE. In: XVI ENGEMA. **Anais...** Disponível em: <<http://www.engema.org.br/XVIENGEMA/120.pdf>>. Acesso em 17/03/2018.

CÂNDIDO JÚNIOR, José Oswaldo. Os Gastos Públicos no Brasil são Produtivos? **Planejamento e Políticas Públicas**. n.23. jun 2001. Disponível em: <<http://www.en.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/view/77/88>>. Acesso em: 06/07/2018.

CARROL, Archie B. A three dimensional conceptual model of corporate performance. **Academy of Management Review**. Vol. 4. N.4. 1979. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/pdf/257850.pdf?refreqid=excelsior%3Aa84294ddd7b5a832cb7e34cc34daa389>> Acesso em: 24/03/2018.

**CLT SARAIVA ACADÊMICA E CONSTITUIÇÃO FEDERAL**. São Paulo: Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Eduardo. GUIMARÃES, Bernardo. **Introdução à Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GONÇALVES, Everton das Neves e STELZER, Joana. O Princípio da Eficiência Econômico-Social no Direito Brasileiro: a tomada de decisão normativo-judicial. In: **Sequencia**. V. 35, n. 68. Florianópolis, SC. 2014. Pp. 261-290. ISSN 2177-7055. Doi: <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2013v35n68p261>. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2013v35n68p261> . Acesso em 08 jul. 2018.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007;

GRELLMANN, Aline Bonfada et al. Análise da Rentabilidade das Empresas Listadas no Índice de Sustentabilidade Empresarial em Relação as Empresas Listadas na BMFBovespa. In: XIX ENGEMA. **Anais...** Disponível em: <http://engemausp.submissao.com.br/19/anais/arquivos/49.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2018.

INSTITUTO ETHOS. Conceitos Básicos e Indicadores de Responsabilidade Social Empresarial. 2007. Disponível em: [https://www3.ethos.org.br/wp-content/uploads/2014/05/Conc\\_Bas\\_e\\_Indic\\_de\\_Respons\\_Soc\\_Empres\\_5edi.pdf](https://www3.ethos.org.br/wp-content/uploads/2014/05/Conc_Bas_e_Indic_de_Respons_Soc_Empres_5edi.pdf) Acesso em: 17 mar. 2018

ISO 26000. Disponível em: [http://www.inmetro.gov.br/qualidade/responsabilidade\\_social/iso26000.asp](http://www.inmetro.gov.br/qualidade/responsabilidade_social/iso26000.asp). Acesso em: 17 mar. 2018

KARKOTLI, Gilson. **Responsabilidade Social Empresarial**. Petrópolis: Vozes, 2006.

LAAN, Gerwin Van Der.; EES, Hans Van; WITTELOOSTUIJN, Arjen Van. Corporate social and financial performance: an extended stakeholder theory, and empirical test with accounting measures. **Journal of Business Ethics**, v.79, p.299-310, 2008. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10551-007-9398-0>. Acesso em: 17 mar. 2018

LÓPEZ, M. V.; GARCIA, A.; RODRIGUEZ, L. Sustainable development and corporate performance: a

study based on the Dow Jones Sustainability Index. **Journal of Business Ethics**, v.75, p. 285-300, 2007. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10551-006-9253-8>. Acesso em: 17 mar. 2018

MACEDO, Marcelo Alvaro da Silva et al. Desempenho de empresas socialmente responsáveis: uma análise por índices contábil-financeiros. **Revista Produção Online**. Florianópolis, Edição especial, 2007.

MACHADO, Márcio André Veras; MACHADO, Márcia Reis. Responsabilidade Social Impacta o Desempenho Financeiro das Empresas? **Advances in Scientific and Applied Accounting**. São Paulo, v.4, n.1, p.2-23, 2011.

McWILLIAMS, Abigail; SIEGEL, Donald. Corporate Social Responsibility: A Theory of the Firm Perspective. **The Academy of Management Review**. Vol. 26. N.1. p117-127. 2001. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/259398>. Acesso em: 24 mar. 2018.

MOTA, Marcio De Oliveira, LIMA, Renata Carneiro; FREITAS, Ana Augusta. A Responsabilidade Social à Luz da Justiça de Preço. **Revista de Administração FACES Journal**, v.8 (3), 2009.

REZENDE, José Ricardo. **Manual completo da lei de incentivo ao esporte: como elaborar projetos e captar recursos através da Lei n. 11.438/06**. 3. Ed. São Paulo: All Print Editora, 2010

RIBEIRO, Márcio Bruno. Desempenho e Eficiência do Gasto Público: Uma Análise Comparativa Entre o Brasil e Um Conjunto de Países na América Latina. **Texto para Discussão n. 1368**. Disponível em: [http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1665/1/TD\\_1368.pdf](http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1665/1/TD_1368.pdf) . Acesso em: 06 jul. 2018.

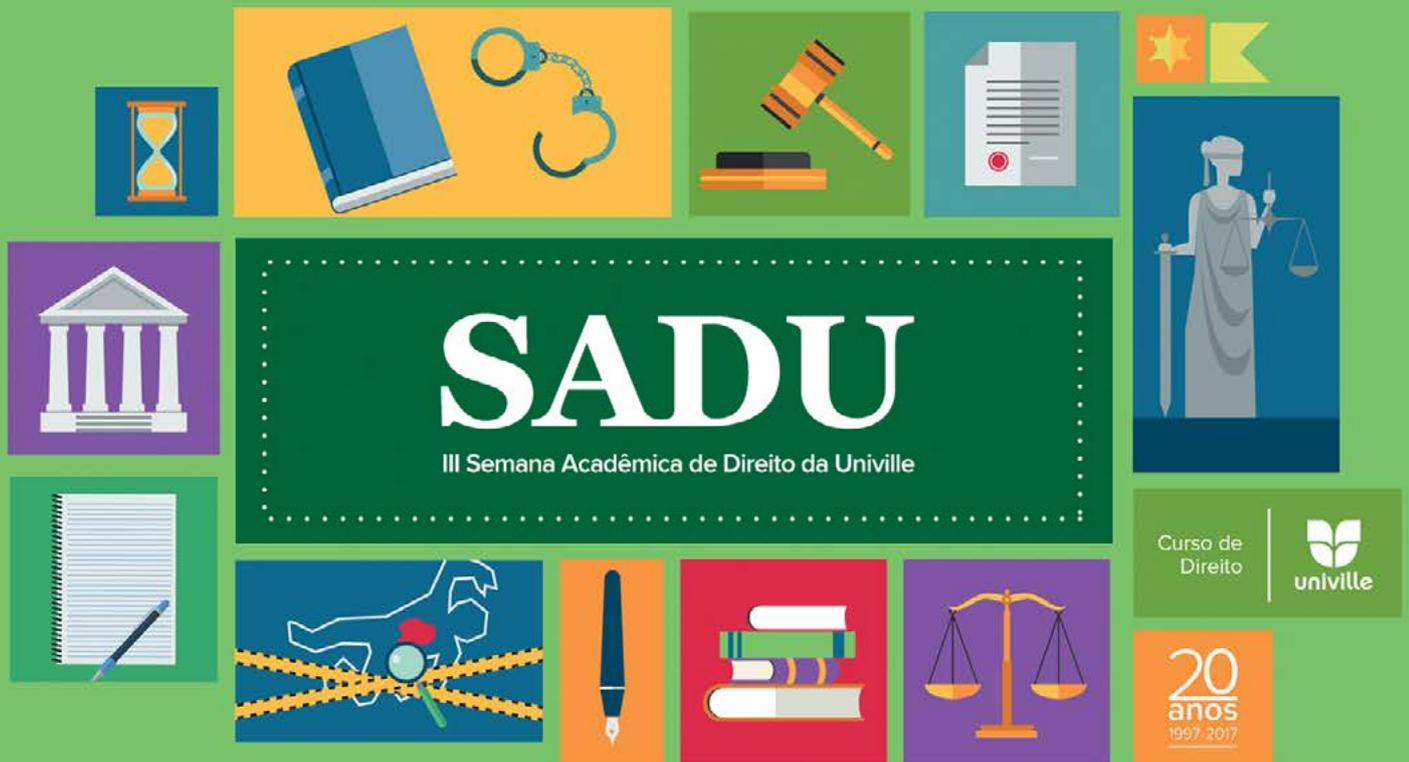
SILVA, Ana Paula Ferreira da *et al.* Indicadores Sociais: Um Estudo Realizado nos Balanços Sociais de Empresas que Receberam o Selo IBASE. **Revista de Administração, Contabilidade e Sustentabilidade**. v.2, n.1, p.72-86, jan-abr 2012.

SOUSA, Fabricio Alves de *et al.* Responsabilidade Social Empresarial: Uma Análise sobre a Correlação entre a Variação do Índice de Sustentabilidade Empresarial (ISE) e o Lucro das Empresas Socialmente Responsáveis que compõem esse Índice. **Revista de Administração, Contabilidade e Sustentabilidade**. v.1, n.1, p.52, 2011.

TENÓRIO, Fernando Guilherme. **Responsabilidade Social Empresarial. Teoria e Prática**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004

TONOLLI, Bárbara Beirão; ROVER, Suliani; FERREIRA, Denize Demarche Minatti. Influência dos Investimentos Ambientais e dos Indicadores Econômico-Financeiros na Seleção de Empresas Para Compor o Índice de Sustentabilidade Empresarial (ISE). **Revista Catarinense da Ciência Contábil**. Florianópolis, SC, v.16, n.48, p.69-85, maio/ago. 2017.

TUPY, Oscar. Investimentos em meio ambiente, responsabilidade social e desempenho econômico financeiro de empresas no Brasil. **Revista de Estudos Politécnicos**. Vol.VI, n.10, 073-086. 2008.



**GRUPO DE TRABALHO:  
VIOLAÇÃO DE  
DIREITOS HUMANOS:  
IMIGRAÇÃO E PRECONCEITO**

## VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS DE IMIGRANTES HAITIANOS EM JOINVILLE<sup>356</sup>

Alieti Torres Gonçalves<sup>357</sup>

Sirlei de Souza<sup>358</sup>

### RESUMO

O objeto de estudo da presente pesquisa é o imigrante haitiano em Joinville-SC e como são violados seus direitos trabalhistas na cidade, apontando as maiores dificuldades encontradas por estes sujeitos de direito na busca ao acesso à justiça trabalhista. Os objetivos específicos são: a) caracterizar os processos migratórios contemporâneos, em especial a imigração haitiana ao Brasil; b) apresentar a legislação trabalhista e de Direitos Humanos e o acesso à justiça de imigrantes; c) analisar casos concretos que tenham como objeto lesões a direitos humanos nas relações de trabalho que utilizam mão-de-obra de imigrantes haitianos em Joinville-SC. A proposta do estudo é contribuir academicamente na identificação e compreensão das violações aos direitos humanos de imigrantes haitianos, no que diz respeito ao direito do trabalho, na cidade de Joinville-SC, para que sejam encontrados mecanismos aptos a coibi-las.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Humanos, Imigrante Haitiano, Direito do Trabalho.

### 1. INTRODUÇÃO

A imigração internacional é um assunto que, nos últimos dez anos, despertou um interesse relevante tanto no meio social quanto acadêmico, em razão do expressivo fluxo de pessoas que migraram para o Brasil a partir do ano de 2010, em busca de melhores condições de vida. Desde então, o Brasil recebeu um número significativo de imigrantes que chegaram pelas fronteiras do norte do país e foram se espalhando pelos diversos estados da Federação, visando principalmente o Sul do Brasil na busca por trabalho (MAGALHÃES, 2017). Dentre esses imigrantes, estão os haitianos. Estima-se que, entre os anos de 2010 até o ano de 2015, aproximadamente 85.079 adentraram as fronteiras brasileiras, de acordo com dados do SINCRE (Sistema Nacional de Cadastro e Registro de Estrangeiros) catalogados por Baeninger (2015).

A vinda de haitianos ao Brasil, fugidos de uma situação de miserabilidade, sobretudo, após o terremoto que devastou o Haiti em 2010, se insere no fenômeno contemporâneo das migrações em busca de uma melhor qualidade de vida. O que permeia suas expectativas é a busca por trabalho, onde poderão conseguir sua subsistência e ainda enviar dinheiro aos familiares que residem no país de origem. Nesse sentido, Sayad (1998, p. 54) esclarece que “um imigrante é essencialmente uma força de trabalho, e uma força de trabalho provisória, temporária, em trânsito”. É como se o fenômeno da migração fosse trabalho. Com isso, o trabalho é, efetivamente, o mais significativo canal de contato do imigrante que deseja se estabelecer em solo alheio (NICOLI, 2011).

Diante deste quadro, caracteriza-se o fato de o imigrante que tem sua permanência regularizada no país, ter acesso pleno aos direitos como qualquer outro trabalhador, como direito a férias, décimo terceiro salário, jornada de trabalho definida pela legislação e horas extras. Também não se difere na busca por reparação do dano, caso percebam-se lesados, na Justiça do Trabalho. Nesse contexto surge a importância de se discutir as situações, não raras, nas quais ocorrem as violações aos Direitos Humanos decorrentes do direito ao trabalho digno e a preservação do mínimo patamar civilizatório, previstos na

<sup>356</sup> Trata-se de pesquisa parcial extraída da pesquisa realizada pela autora para Trabalho de Conclusão de Curso, intitulada “As condições de trabalho do imigrante haitiano em Joinville: Uma análise do cumprimento da legislação e do acesso à justiça trabalhista”.

<sup>357</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (Univille). E-mail: alieti@live.com.

<sup>358</sup> Professora Mestre em História pela Universidade Federal de Santa Catarina, Pró-Reitora de Ensino e professora Adjunta da Universidade da Região de Joinville - Univille e Doutoranda em Comunicação e Cultura pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias.

Entre os municípios que receberam grande contingente de imigrantes haitianos, está Joinville, por se tratar de um polo industrial significativo. Segundo dados da Polícia Federal (2017) até o mês de maio de 2017 foram documentados 2280 haitianos na cidade. O presente artigo analisará ações trabalhistas propostas por imigrantes haitianos, localizadas nas pesquisas junto ao Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região, nas Varas do Trabalho da cidade de Joinville-SC, com o objetivo de verificar casos nos quais os imigrantes haitianos tiveram seus direitos trabalhistas negados, conseqüentemente, os direitos inerentes a qualquer ser humano violados.

## 2. OS PROCESSOS MIGRATÓRIOS CONTEMPORÂNEOS E A MIGRAÇÃO HAITIANA AO BRASIL

A onda migratória haitiana ao Brasil iniciou-se aproximadamente nos anos de 2010 a 2015, com o ingresso desses imigrantes na região Norte do país (estados do Acre e Amazonas), na qual, segundo Costa (2015, p. 94) “a cidade de Tabatinga de um dia para noite recebeu mais de mil e quinhentos haitianos”. Esse grande fluxo de imigração haitiana se deu devido ao trágico cenário estabelecido no Haiti, em razão, em primeiro lugar, do devastador terremoto de 7.0 na escala Richter em 2010, seguido pela epidemia de cólera que se instalou no país e ainda, em 2012 da passagem do furacão Sandy, (ONUBR, 2012).

O Brasil já se fazia presente no Haiti desde 2004, através da ONU com a missão Minustah (MAGALHÃES, 2017) quando várias organizações humanitárias se movimentaram para auxiliar o país que historicamente viveu crises políticas e econômicas. Em 2010, o então Presidente Luís Inácio Lula da Silva, declarou apoio humanitário e acolhimento aos Haitianos que desejassem vir ao Brasil. De acordo com Fernandes e Silva (2010; 2013 apud FERNANDES, 2015, p. 23), em se tratando das razões para a inserção do Brasil na rota dos migrantes “a presença das tropas brasileiras [...] poderia ter contribuído para disseminar a ideia do Brasil como país de oportunidades”. Para os autores, principalmente por que esse era o momento em que o país vivia o pleno emprego. Dessa forma, resta demonstrado que em decorrência de diversos fatores que os impulsionaram, os nacionais do Haiti se deslocaram de seu país de origem em busca de esperança, encontrando no Brasil o refúgio esperado para recomeçarem suas vidas.

Após o momento inicial da chegada dos imigrantes haitianos no Norte do país, iniciou-se uma nova migração, agora com destino ao Sul, mais especificamente tratando-se do estado de Santa Catarina. Os imigrantes nessa região chegaram a partir de um processo de recrutamento nos estados do Acre, Amazonas e São Paulo, onde, inicialmente havia a maior concentração de imigrantes haitianos recém-chegados no país. Foram então direcionados para as cidades da Mesorregião do Vale do Itajaí (MAGALHÃES, 2017). Nesse mesmo contexto, dezenas de empregadores do sul do país, sobretudo do Paraná e do Rio Grande do Sul, em 2012, passaram a contratar os imigrantes. De acordo com Costa (2015 p. 75-76):

Os empregadores faziam o pedido, seguido pelo diálogo via telefone e internet, e colocavam por escrito: o nome da empresa, o tipo de trabalho a ser desenvolvido, os horários, o salário (bruto e líquido), como seria o alojamento e a comida. A partir desses indicadores, iniciava-se o diálogo com os operários que se inscreviam e seus nomes eram comunicados ao empregador, que providenciava as passagens aéreas.

O estado de Santa Catarina, em 2014, foi apontado como um dos principais destinos dos imigrantes haitianos no Brasil. Segundo o resultado da pesquisa desenvolvida pelo Ministério do Trabalho em conjunto com a Organização Internacional de Imigração e o Grupo de Estudos de Distribuição Espacial da População da PUC – Minas, em 2014, o estado é o segundo com maior presença de haitianos no Brasil. Não obstante, apesar de não aparecer inicialmente como destino dos imigrantes haitianos, a partir de 2014, a cidade de Joinville, por ser uma área focada na indústria, acabou recebendo uma grande quantidade de imigrantes, que de acordo com a pesquisa de Souza e Boing (2017), até o ano de 2017, totalizaram em torno de 2,28 mil instalados em Joinville-SC.

Assim, vislumbram na cidade, uma oportunidade de se colocarem no mercado de trabalho e se inserirem na comunidade. Chegaram, em maior número a partir de 2014, e foram sendo empregados em

indústrias, na construção civil, em bares e restaurantes, supermercados e tantos outros empregos que lhes eram ofertados.

Em relação à chegada dos imigrantes haitianos em Joinville, analisando relatos da imprensa local acerca desses imigrantes, Souza (2016, p. 07) evidencia:

Quem chega não é um cidadão, um sujeito. Quem chega à cidade é uma 'máquina' trabalhadora, um trabalhador cortês, comprometido e que mantém 'bom relacionamento', indicando sua passividade diante de eventuais tensões do mundo do trabalho. A afirmação de que não há *feedbacks* negativos reforça a idéia do mito da cordialidade.

Segundo dados do Ministério do Trabalho e Emprego - MTE, de 2010/2017, em análise feita por Souza, foram 2.052 carteiras de trabalho entregues a imigrantes haitianos em Joinville, trabalhadores com idade entre 20 e 50 anos. Desse total, 1.376 carteiras de trabalho foram para homens e 676 para mulheres, verificando assim que a comunidade haitiana na cidade é composta por um número maior de homens. Esse fator está relacionado com as demandas e características do mercado de trabalho formal brasileiro.

Porém, um estrangeiro carrega consigo o estigma da desconfiança, pois ao chegar a uma região será considerado intruso (SAYAD, 1993). Isso se traduz na dificuldade encontrada por esses grupos de pessoas, que, ao ingressarem no Brasil, encontram inúmeras barreiras para ver-se inseridos na sociedade brasileira, que se exprimem, por exemplo, na diferença de hábitos e costumes e também do idioma.

Diante disso, convém ainda destacar que a convivência entre os imigrantes de mesma origem torna-se circunscrita ao próprio grupo onde estão inseridos, ocasionando o deslocamento do convívio com a população brasileira (MAGALHÃES, 2017). Assim, a inserção na comunidade seria a primeira de muitas dificuldades, além da diferença de idioma, do preconceito e da xenofobia. E esse obstáculo de convívio e inserção, pode refletir nas condições de trabalho desses imigrantes, acarretando um problemático vínculo com a atividade de trabalho (FERNANDES, 2015).

### **3. A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA E AS DETERMINAÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E O ACESSO À JUSTIÇA DOS IMIGRANTES NO BRASIL**

Inicialmente, convém destacar que, ao chegarem ao Brasil, os imigrantes haitianos se depararam com uma extrema dificuldade em terem seus pedidos de documentações reconhecidos ou um visto de permanência validado pelos órgãos fiscalizadores. No Brasil, o órgão que trata da fiscalização de imigrantes é a Polícia Federal, através do Ministério da Justiça e do Ministério das Relações Exteriores. Ainda, no âmbito do Governo Federal, são três os órgãos que tratam da migração internacional, com responsabilidades distintas: o Ministério do Trabalho Emprego- MTE; o Ministério da Justiça e Segurança Pública - MJ; e o Ministério das Relações Exteriores - MRE.

Após o processo apropriado de regularização no país, os imigrantes haitianos passam a possuir documentos que lhes dão acesso ao Sistema Único de Saúde - SUS, ao trabalho, com a expedição da Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS e a uma identidade de estrangeiro, passando ainda a estarem aptos a usufruir dos programas assistenciais do Governo Federal, como o 'Bolsa Família' e o programa 'Minha Casa Minha Vida', desfrutando os mesmos benefícios dos residentes nacionais. Porém, a falta de regularização pode estar relacionada com um fator gerador de violações de direitos, pois a dificuldade de emissão de documentos aos imigrantes, os levam a informalidade, da qual decorre a sujeição a baixos salários e a exploração, entre outras formas de flexibilização dos direitos trabalhistas.

Dessa forma, a partir da regularização de sua permanência no Brasil, os imigrantes passam a ter acesso pleno aos direitos como qualquer outro trabalhador (DELGADO, 2015), como: Direito a férias, décimo terceiro salário, jornada de trabalho definida pela legislação e horas extras. Também não se difere na busca por reparação, caso se sintam lesados, na Justiça do Trabalho. Tratam-se de direitos fundamentais amparados pelo texto da Constituição Federal de 1988:

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

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

O direito processual do trabalho encontra regramento legislativo específico na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT (Decreto-lei n. 5452, de 1º de maio de 1943 e alterada pela Lei 13.467, de 13 de julho de 2017), recebendo o direito processual comum, previsto no Código de Processo Civil, como fonte subsidiária, desde que exista lacuna no texto da lei trabalhista e compatibilidade com a lei processual civil. Dentre os princípios que regem o Direito do Trabalho, existe o Princípio da Proteção, que segundo Barros (2016, p. 122):

É consubstanciado na norma e na condição mais favorável, cujo fundamento se subsumi à presença 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.

Assim, através da Justiça do Trabalho, seus direitos como trabalhador, são resguardados e defendidos, seja pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), pelo Direito processual do Trabalho e demais legislações vigentes.

Ainda, para que se possa pleitear alguma causa no judiciário, todas as causas deverão estar na língua portuguesa, conforme preceitua o artigo 192 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015): “Em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso da língua portuguesa”. Dessa forma, o imigrante que não domina a língua portuguesa, dependerá de um procurador jurídico, deixando assim de exercer o ‘*Jus Postulandi*’, ou seja, o direito de pleitear sozinho na justiça trabalhista, outorgado na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), artigo 791, o qual assegura que as partes poderão pleitear suas causas pessoalmente perante a justiça do trabalho.

O acesso à justiça é um direito garantido na Constituição Federal de 1988, inserido no artigo 5º XXXV, que preceitua que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Esse direito é nominado como o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, do direito de ação ou Princípio do livre acesso ao judiciário, sendo assim, um princípio de direito fundamental. Logo, positivado está o direito de acesso ao judiciário. Entretanto, o acesso ao judiciário - aos tribunais – não se confunde com o acesso à justiça, pois um diz respeito a como pedir algo ao judiciário, já o outro é muito mais que um simples pedido, é almejar que a garantia fundamental da busca pelo judiciário não exclua da apreciação a reparação de lesão a direito ou ameaça a direito, garantindo que haja eficácia nessa reparação ao dano ou ameaça (SANTOS, 2014).

Quanto mais os indivíduos dependem exclusivamente de seu trabalho para sobreviver, submetem-se cada vez mais a situações instáveis e precárias de trabalho. Ou seja, “quanto mais se amplia o contingente de trabalhadores, há mais constrição dos empregos, que se tornam corroídos em seus direitos e em suas conquistas” (ANTUNES, 2011, p.11). Os imigrantes e refugiados ainda se encontram desassistidos pela esfera pública e poucos são os debates políticos que os colocam em uma posição de detentores de direitos, imperando nessas relações o controle e a xenofobia (BRIGHTWEL, 2016).

Com relação às disposições legais a respeito da proteção aos Direitos Humanos, destaca-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) e seus direitos albergados, que garante, em seu artigo XXIII, nos incisos de 1 a 4, livre escolha de emprego; condições justas e favoráveis de trabalho; proteção contra o desemprego; direito a igual remuneração por igual trabalho; direito a uma remuneração justa e satisfatória; direito ao repouso e lazer; direito à jornada de trabalho limitada e direito a férias.

Ainda com relação às legislações internacionais que amparam o imigrante, existe a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e de suas Famílias, aprovada pela Assembleia Geral da ONU e a Convenção de nº 97, que foi inserida em nosso ordenamento através do Decreto 58.819 de 14/06/1966. A primeira, editada no ano de 1990 e assinada pelo país, não foi ratificada em nosso direito interno através de decreto. O objetivo da convenção foi de estabelecer normas que garantissem os princípios fundamentais relativos ao tratamento dos trabalhadores migrantes, por meio de legislação internacional, em razão da situação de vulnerabilidade dessas pessoas (RAMOS, 2014).

A convenção prevê diversos direitos aos migrantes e membros de suas famílias, que representam a proteção mínima a um patamar digno de trabalho, com proteção conferida inclusive aos migrantes não regularizados no país. Piovesan (2014, p. 288), elenca alguns direitos albergados na convenção, quais sejam:

Direito de não ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; direito de não ser constrangido a realizar trabalhos forçados; vida privada e familiar; direito a um tratamento não menos favorável àquele que for concedido aos nacionais do Estado de emprego em matéria de retribuição.

Dessa forma, garante-se o trabalho digno e pleno a todos os trabalhadores estrangeiros residentes no país, sem qualquer distinção entre os nacionais, assegurado o acesso à justiça e a oportunidade de busca de reparação de danos em casos de violações de seus direitos trabalhistas e humanos.

#### 4. CASOS CONCRETOS QUE TENHAM COMO OBJETO LESÕES A DIREITOS HUMANOS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO QUE UTILIZAM MÃO-DE-OBRA DE IMIGRANTES HAITIANOS EM JOINVILLE-SC

Para que pudessem ser identificados alguns dos casos de violações de direitos humanos de imigrantes haitianos na cidade de Joinville-SC, no que diz respeito a violações do direito ao trabalho digno, realizou-se pesquisa documental e estudo de casos. As informações foram colhidas junto aos processos apresentados pelos trabalhadores haitianos na cidade de Joinville-SC, no âmbito das cinco Varas do Trabalho, de competência da Justiça do Trabalho, a fim de verificar as reclamações trabalhistas desses imigrantes. Com o intuito de ser resguardada a privacidade, os autores serão identificados apenas pelas iniciais de seus nomes. Passa-se a seguir a demonstrar os resultados obtidos com as análises de casos realizadas, apontando as violações de direitos encontradas em cada um deles, tanto na esfera trabalhista quanto no que concerne a violações de Direitos Humanos.

Tabela: casos analisados no TRT12

1	0000382-57.2018.5.12.0016	P. J.	M	Serviços gerais	R\$ 1.146,00	2018
2	0000442-30.2018.5.12.0016	M. F.	F	Auxiliar de cozinha	R\$ 1.200,00	2018

Fonte: primária

**Caso 1. - P. J.:** O autor ajuizou a ação em 22/05/2018 por meio de advogado constituído. Descreveu que prestava serviços como ajudante de serviços gerais. Iniciou as atividades em 30/10/2017 e o término do contrato ocorreu em 08/02/2018. A jornada de trabalho era das 07h00min. às 12h00min, e das 13h00min. às 17h00min., de segunda a quinta-feira. Na sexta-feira a jornada se estendia até às 18h00min. Aos sábados, cumpria jornada das 07h00min. às 12h00min, e das 3h00min. às 16h00min. O autor alegou que foi demitido por justa causa, no dia 08/02/2018, e que a empresa diz ter ocorrido a falta grave descrita no artigo 482, alínea 'h', da CLT, qual seja, ato de indisciplina e insubordinação. Ocorre que o autor afirmou que apenas tenha questionado seu chefe a razão pela qual somente ele e seus colegas haitianos tinham que trabalhar aos sábados o dia todo, enquanto os brasileiros não recebiam o mesmo tratamento.

Do caso relatado acima se denota violações dos direitos trabalhistas do imigrante. Em primeiro lugar, a não configuração da falta grave por parte do trabalhador, devendo ser revertida em rescisão contratual sem justa causa. Por conseguinte, deve ser realizado o pagamento das verbas rescisórias. O empregador deverá ser condenado ao pagamento como extras, de pelo menos 10h00min. (dez horas), excedentes da 44ª semanal, por semana trabalhada, FGTS e demais incidentes dessa reversão. Ainda, segundo o artigo 7º, inciso XXX, da Constituição Federal e do artigo XXII da Declaração dos Direitos Humanos, do qual o país é signatário, foram negligenciados os direitos humanos do trabalhador, quando não houve a igualdade às condições justas e favoráveis de trabalho, direito ao repouso e lazer e igualdade de tratamento do trabalhador imigrante e do nacional.

O Juiz responsável pelo julgamento da ação, em sentença, depois de ouvidas as partes, onde será dada ampla defesa a ambas, deverá sentenciar sobre os direitos que o trabalhador terá direito caso fique comprovado o que foi relatado. Ocorre que no presente caso, o autor não compareceu na audiência inicial e os autos foram arquivados em 27/08/2018.

**Caso 2. - M. F.:** A autora ajuizou o processo em 07/06/2018 por meio de advogado constituído.

Afirmou que prestou serviços em um restaurante na função de auxiliar de cozinha, com início do contrato em 01/06/2017 e dispensa em 05/12/2017, com aviso prévio trabalhado até 04/01/2018. A reclamante relatou que foi demitida sem justa causa. Descreveu, ainda, que exercia dupla jornada e funções, pois trabalhava como faxineira na casa dos patrões e depois para o restaurante trabalhar como auxiliar de cozinha, percebendo a remuneração de R\$ 1.200,00. Sua jornada de trabalho como auxiliar de cozinha seria das 7h00min às 15h00min, em seis dias semanais e uma folga por semana. Alegou que três vezes por semana, sua jornada de trabalho era diferente. A autora iniciava as atividades entre 11h00min e 12h00min, pois antes estava fazendo faxina na casa dos patrões, e então ficava na cozinha do restaurante até às 16h30min. Assim, a autora realizava a dupla jornada sem usufruir de nenhum momento de descanso. A reclamante também relatou incidentes de prática de racismo, injúria racial e verbal por parte dos colegas de trabalho, mais especificamente pelo chefe de cozinha, o qual desmerecia sua cor de pele e sua etnia. Quando relatou o ocorrido ao seu empregador recebeu sua demissão. Diante do fato de que a autora não fala a língua portuguesa com clareza, requereu um tradutor juramentado, conforme preceitua o artigo 819, da CLT.

Da análise do caso acima, de acordo com o artigo 7º da Constituição Federal e do artigo 71, da CLT, há violação de direitos no que diz respeito à falta de pagamento das horas extras realizadas a partir da 8ª diária e da 44ª semanal durante todo contrato de trabalho. As horas deverão ser pagas com seus devidos adicionais. Inclui-se também no rol de violações a supressão total e indevida de seu intervalo intrajornada, bem como trabalho em sobrejornada, sem a devida contraprestação. Reconhecido o acúmulo de funções da trabalhadora e reconhecido o direito ao adicional de pelo menos 30% sobre o salário, ainda deve a ré ser condenada por assédio moral, pela prática reiterada de racismo, injúria racial e agressões por parte do seu chefe de cozinha, com o devido pagamento de indenização pelos prejuízos morais e materiais que a autora sofreu durante o contrato de trabalho.

Quanto às violações aos Direitos Humanos, conforme a Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, artigo XXIII, e a Constituição Federal nos seus artigos 1º, inciso III, artigo 5º, Caput e artigo 7º e seus incisos, vislumbra-se que a trabalhadora exercia seu labor em condições injustas e desfavoráveis de trabalho, uma vez que era suprimido seu direito ao repouso e lazer e ainda, as condições de igualdade com os seus colegas de labor. Tais condutas ferem a dignidade da autora, ao ser insultada e desrespeitada por sua cor e por ser imigrante.

A ação continua em trâmite na Justiça do Trabalho e o Juiz deverá sentenciar os direitos a que a trabalhadora terá direito, depois de ouvidas ambas as partes e comprovada a veracidade dos fatos. Quanto ao pedido de tradutor juramentado, o juiz entendeu que deverá aguardar a audiência inicial para verificar sua real necessidade.

Da análise dos casos acima, infere-se que o imigrante trabalhador na cidade de Joinville-SC tem seus direitos violados, principalmente em razão de discriminação. Ainda, existem barreiras no poder judiciário que podem afastar o cidadão da justiça, como a impossibilidade de se exercer o *jus postulandi* em razão do idioma. No primeiro caso, ainda, percebe-se que o autor, por alguma dificuldade, não compareceu na audiência inicial e teve sua pretensão preclusa. Já no segundo caso, resta aguardar a solução que será encontrada pelo Poder Judiciário, para que seja proferida uma decisão que efetivamente repare os danos sofridos.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da pesquisa abordada, foi possível compreender a dinâmica dos fluxos migratórios contemporâneos, sobretudo envolvendo os imigrantes haitianos e seus desdobramentos para Joinville-SC. Com a análise de casos concretos de reclamações trabalhistas propostas por esses imigrantes, e considerando as legislações pertinentes de amparo aos trabalhadores, pode-se atestar a existência de violações de direitos desses imigrantes que laboram na cidade, ambos impulsionados por puro preconceito e tentativa de obtenção de vantagem ilícita em proveito da ignorância dos trabalhadores estrangeiros acerca de seus direitos no país, bem como os assegurados por legislação internacional.

Portanto, ao analisar os processos dos imigrantes haitianos na cidade, pôde-se constatar que vários de seus direitos trabalhistas, que estão garantidos na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT e na própria Constituição Federal, no artigo 7º e seus incisos, na Declaração Universal de Direitos Humanos - DUDH, no Código de Processo Civil, Código Civil Brasileiro, e demais leis que auxiliam a Legislação do Trabalho, foram violados, levando-os a recorrer ao Judiciário, para dirimir os conflitos.

Resta claro, com os casos concretos da Justiça Trabalhista, a importância do levantamento de dados e características das ações propostas pelos imigrantes haitianos, verificando-se que, mesmo sem uma comunicação fluente esses trabalhadores aos poucos têm buscado a reparação de lesões aos seus direitos, viabilizando, assim, que os objetivos propostos inicialmente fossem efetivamente alcançados. Por fim, é satisfatório que mesmo tendo seus direitos violados, os imigrantes têm obtido informações de advogados e magistrados, quanto ao valor fundamental da norma do acesso à justiça, que assiste a todo indivíduo que reside no país, nacional ou imigrante, que almeja obter as garantias e proteção jurisdicional de seus direitos e interesses.

## 6. REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho**: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2009.

BAENINGER, Rosana. Migrações Internacionais: elementos para o debate no século XXI. In: CUTTI, Dirceu et. al. **Migração, trabalho e cidadania**. São Paulo: EDUC, 2015.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr 80, 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **MSC nº 696/2010**. Disponível em: <[HTTP://www.camara.gov.br/proposicoesweb/fichadetramitacao](http://www.camara.gov.br/proposicoesweb/fichadetramitacao)>. Acesso em: 20ago. 2018.

BRASIL. **Haitianos no Brasil**. Disponível em: <[www.brasil.gov.br/editoria/emprego-e-previdencia/2017/12/mais-de-112-mil-imigrantes-possuem-trabalho-formal-no-brasil](http://www.brasil.gov.br/editoria/emprego-e-previdencia/2017/12/mais-de-112-mil-imigrantes-possuem-trabalho-formal-no-brasil)>. Acesso em: 20ago. 2018.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Conselho Nacional de Imigração. Resolução Normativa do Conselho Nacional de Imigração n. 97**, de 12 de janeiro de 2012. Brasília, 2012. Disponível em: <<https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=116083>>. Acesso em: 04 abril. 2018.

\_\_\_\_\_. Ministério do Trabalho e Emprego. Conselho Nacional de Imigração. **Resolução Normativa do Conselho Nacional de Imigração n. 27**, de 25 de novembro de 1998. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-atendimento/estrangeiros.pdf>>. Acesso em: 04 abril. 2018.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 10 maio. 2018.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <[http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/535468/clt\\_e\\_normas\\_correlatas\\_1ed.pdf](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/535468/clt_e_normas_correlatas_1ed.pdf)>. Acesso em: 12 maio. 2018.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10 maio. 2018.

BRIGHTWELL, Maria das Graças S.L. et. al. Haitianos em Santa Catarina: trabalho, inclusão social e acolhimento. In: BAENINGER, Rosana et al. **Imigração Haitiana no Brasil**. Jundiaí: Paco Editorial, 2016.

COSTA, Pe. Gelmino A. **Haitianos no Brasil**. In: CUTTI, Dirceu et. al. Migração, trabalho e cidadania. São Paulo: EDUC, 2015.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2015.

FERNANDES, Duval; RIBEIRO, Juliana Carvalho. Migração laboral no Brasil: Problemáticas e perspectivas. **Revista de Pesquisa sobre migrações**, Brasília, v.1, n.1, 2015. Disponível em: <[http://periodicos.unb.br/index.php/obmigra\\_periplos/article/view/12955](http://periodicos.unb.br/index.php/obmigra_periplos/article/view/12955)>. Acesso em 01 maio. 2018.

MAGALHÃES, Luís Felipe Aires. **A imigração haitiana em Santa Catarina: perfil sociodemográfico do fluxo, contradições da inserção laboral e dependências de remessas ao Haiti.** Campinas: UNICAMP, 2017.

NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. **A condição jurídica do trabalhador imigrante no direito brasileiro.** São Paulo: LTr 75, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração Universal de Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Paris, 1948. Disponível em: <[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acesso em: 07 nov. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. **Direitos humanos.** São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

SANTOS, Ronaldo Lima dos. **Sindicatos e ações coletivas: acesso à justiça, jurisdição coletiva e tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.** 4. Ed. rev. e ampl. São Paulo. LTr, 2014.

SAYAD, Abdelmalek. **A imigração ou os paradoxos da alteridade.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1998.

SOUZA, Sirlei de; BOING, Elisiane Meurer. A Imigração haitiana em Joinville (SC) e as estratégias de inserção em busca da cidadania. **Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação.** Curitiba: Intercom, 2017. Disponível em: <<http://portalintercom.org.br/anais/nacional2017/resumos/R12-0725-1.pdf>>. Acesso em: 30 abril de 2017.

SOUZA, Sirlei de. Imigração haitiana em Joinville (SC): uma análise das construções discursivas da imprensa. **Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação XXXIX Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação – São Paulo - SP – 05 a 09/09/2016.** Disponível em <<http://portalintercom.org.br/anais/nacional2016/resumos/R11-2212-1.pdf>>. Acesso em 30 abril de 2017.

## **A IMIGRAÇÃO E OS DESAFIOS DA REGULARIZAÇÃO JURÍDICA: A EXPERIÊNCIA DO ESCRITÓRIO MODELO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA (EMAJ) DA UNIVILLE**

Ana Clara Perrony Fernandes<sup>359</sup>

Kawanna Alano Soares<sup>360</sup>

Sirlei de Souza<sup>361</sup>

<sup>359</sup> Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille. E-mail: perronyclara@gmail.com

<sup>360</sup> Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille. E-mail: kawannaalano@gmail.com

<sup>361</sup> Possui graduação em História pela Universidade da Região de Joinville (1994), mestrado em História pela Universidade Federal de Santa Catarina (1998). Atualmente é Pró-Reitora de Ensino e professora Adjunto da Universidade da Região de Joinville - Univille e Doutoranda em Comunicação e Cultura pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

## RESUMO

O presente artigo tem como objetivo problematizar a situação jurídica dos imigrantes que procuram a Universidade da Região de Joinville (Univille) para atendimento, especialmente os imigrantes haitianos. O século XXI está presenciando o deslocamento de grandes levas de imigrantes que são forçados a deixar seus países por motivos de conflito ou catástrofe, ou optam por sair de sua terra natal por falta de opção de estudo ou trabalho. O Brasil, desde 2010, tem sido o destino de muitos haitianos que procuram aqui oportunidades, e para isso precisam regularizar aspectos legais e se enquadrar nas leis de imigração do país. O tema da imigração é conhecido da cidade de Joinville, já que a sua construção e desenvolvimento resultam, majoritariamente, de pensamentos e ações de migrantes ou imigrantes. A vinda de trabalhadores para a cidade muitas vezes foi incentivada pela Indústria, setor forte da região, que precisava de mão de obra para sua plena expansão. Em outros momentos, essa abertura não só não existia como também era criada uma atmosfera de resistência e medo acerca da chegada e permanência dessa população. Pensando nessa problemática, o objetivo é realizar um levantamento de dados dos atendimentos jurídicos realizados no Escritório Modelo de Assistência Jurídica (EMAJ) do Curso de Direito da Univille, provenientes de Convênio firmado com a Polícia Federal em 2017, para em seguida analisar as principais demandas jurídicas e problemas enfrentados pelos imigrantes haitianos seu cotidiano na luta pela permanência no território brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Imigrantes, Imigração, Haitianos, Direitos Humanos, Regularização Jurídica.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo foi desenvolvido para a III Semana Acadêmica de Direito da Univille - SADU; com auxílio do Núcleo de Educação Jurídica e Direitos Humanos (NEJUDH) visa realizar o levantamento de dados e resultados dos atendimentos prestados pelo Escritório Modelo de Atendimento Jurídico - EMAJ da Univille aos imigrantes de diferentes países que buscam regularizar sua situação jurídica no Brasil. A falta de uma compilação de dados sobre os atendimentos do escritório e seus resultados dificultam um balanço de análise interna para desenvolver melhorias nos futuros atendimentos e também a criação de um banco de dados para pesquisas desenvolvidas dentro da Instituição.

Na era atual, voltada para os meios digitais e compartilhamentos irrestritos, as informações acadêmicas estão cada vez mais disponíveis para estudos interdisciplinares. Porém, a experiência dos escritórios de atendimento jurídico dentro das Universidades, que tem como foco o atendimento para regularização jurídica dos imigrantes, tem a sua metodologia e os seus resultados muitas vezes restritos aos próprios acadêmicos que trabalham no local.

Desta maneira a compilação dos resultados e a metodologia de obtenção de dados contribuirão para aumentar a eficiência do serviço; sendo este conhecimento útil para todos, pois além do próprio EMAJ, poderá servir de caminho para auxiliar outros projetos à melhor atender destes grupos.

Por essa razão, a proposta é levantar o máximo de dados possíveis sobre os atendimentos, para mapear os serviços mais procurados, público solicitante e entregar como resultado números que contribuam com uma visão ampla do público que procura o escritório, dificuldades comuns a serem encaminhadas. Dessa forma os acadêmicos que ingressarem no estágio dentro do EMAJ terão um preparo por saber o que o escritório recebe e como precaver falhas de comunicação, por exemplo, no que se refere ao atendimento envolvendo imigrantes.

O atendimento oferecido no escritório, proveniente do Convênio firmado com a Polícia Federal em 2017 tem como público os imigrantes, em sua maioria haitianos que desde 2010 se deslocam de seu país de origem por conta de catástrofes naturais e falta de estrutura para trabalho e estudo. No Brasil, se movimentaram para diversos estados em busca de residência e uma das cidades catarinenses que mais comporta essa nacionalidade é Joinville. Por esse motivo a pesquisa se faz necessária, para mostrar que essas pessoas estão aqui e buscam se fixarem, portanto, fazem parte da cidade.

Tendo assim como objetivo tornar a transição do imigrante mais fácil e melhorar o procedimento de acolhimento, atendimento das necessidades e ainda facilitar os processos para regularização do indivíduo em solo brasileiro. O artigo tem como enfoque os imigrantes haitianos pois são esses que compõem a

maioria dos solicitantes no escritório e também estão presentes em número considerável na cidade.

Um dos problemas que enfrentamentos para a análise dos dados foi a falta de uniformidade no preenchimento das fichas de atendimento, que não contém as mesmas informações em todos os casos, o que dificulta o cruzamento dos dados. Entre esses dados estão a documentação de escolaridade, vínculo familiar, entre outros tópicos que ajudam a traçar um perfil dos imigrantes – visando o aperfeiçoamento dos métodos e uma comunicação dos programas –. Desta forma, o levantamento dos dados facilitaria a visualização e obtenção de informações, além de contribuir para um olhar mais amplo diante dos casos e o desembaraço para localizar as dificuldades e impasses.

## 2. O PROCESSO DE IMIGRAÇÃO

O século XXI está presenciando o deslocamento de grandes levas de imigrantes que são forçados a deixar seus países por motivos de conflito, catástrofes ou por escolherem a saída em face da falta de opção de estudo ou trabalho – como citado anteriormente –, no caso do Haiti o processo de imigração se deu a partir de 2010 tendo como seu motivador as catástrofes naturais que assolaram o país e sua população, como mostra Baeninger e Peres (2017, p. 128).

*Entre 2010 e 2015, foi registrada pelo Sincre a entrada, no Brasil, de 28.866 imigrantes haitianos já com visto permanente no país. Quando se consideram os dados do STI, excluindo turistas e tripulação que também englobam os registros de solicitantes de refúgio, o volume de entradas de haitianos no mesmo período passa a ser de 85.079 imigrantes - dentre os quais já constam os registros do Sincre -, sendo que 44.361 imigrantes foram registrados em postos de controle de fronteiras terrestres, correspondendo a 52% da imigração haitiana no país, entre 2010 e 2015.*

O Brasil, desde 2010, tem sido o destino de muitos haitianos que procuram oportunidades para melhorar a qualidade de vida pessoal e familiar. A situação dessas pessoas é árdua, pois além de ingressarem em um país com língua e costumes diferentes, tem-se que achar escolas para matricularem seus filhos, adquirirem um emprego, custear sua própria estadia e, como muitos, da sua família – que diversas vezes encontra-se em sua terra natal –; todo esse processo sem ter a documentação básica. Segundo Baeninger e Peres (2017, 135):

*Assim, de norte a sul do país assistiu-se à necessidade de implementação de políticas locais de atendimento e inserção de trabalho dessa população imigrante nos últimos anos. Ocorre, contudo, que, apesar desses empregos formais, mais da metade da imigração haitiana encontra-se em atividades precárias ou mesmo sem emprego. De fato, quando consideramos os dados do Sincre, de imigrantes com registro ativo, é possível identificar que 35% de imigrantes do Haiti no Brasil, entre 2010 e 2015, se encontravam na categoria sem ocupação ou outra ocupação não classificada, sendo que em São Paulo esta proporção alcançava 60% da imigração. (BAENINGER; PERES, 2017, p.135).*

Aqueles que decidem por vontade própria ou por necessidade se instalarem no país, precisam regularizar aspectos legais e enquadrar-se nas leis de imigração do Estado; este que, desde então, se compromete a receber e distribuir essas pessoas pelo Brasil. Acontece que, diversos imigrantes, em sua maioria haitianos, são usados como mão-de-obra barata e não existe interesse de seu empregador que estes saibam dos direitos trabalhistas que lhes resguardam ou, ainda, que a sua situação seja regularizada.

Temos um paralelo, entre a ajuda oferecida à estas pessoas em um momento de necessidade e, do outro lado, a vantagem obtida às custas da ignorância, falta de recursos e a legislação para sua regulamentação:

*O cenário da política de imigração hoje no Brasil aponta, aparentemente, para dois caminhos, coexistentes e não necessariamente em disputa. Tem-se por um lado, uma política sob a alçada do Ministério do Trabalho, voltada para a seleção de uma mão-de-obra especializada, e, por outro lado, uma política da Secretaria Nacional de Justiça comandada pelo Departamento de Estrangeiros do Ministério da Justiça dá atenção especial à população imigrante em situação de vulnerabilidade, sejam solicitantes de*

*refúgio, sejam pessoas indocumentadas, população carcerária e ainda aqueles traficados e/ou escravizados (NETO et al, 2016, p. 248).*

O tema da imigração é um ‘velho conhecido’ da cidade de Joinville, pois sua construção se deu pelas mãos de imigrantes europeus, africanos e descendentes de africanos escravizados que se estabeleceram aqui e formaram a Colônia Dona Francisca que originou a cidade de Joinville. Como bem escreve Ilanil Coelho (2011) em seu livro, “*Pelas Tramas de uma Cidade Migrante*”, onde nos mostra que a sua construção e desenvolvimento resultam majoritariamente de pensamentos e ações de migrantes ou imigrantes. A vinda de trabalhadores para a cidade muitas vezes foi incentivada pela Indústria, setor forte da região, que precisava de mão-de-obra para sua plena expansão. Em outros momentos, essa abertura não só não existia, como também era criada uma atmosfera de resistência e medo acerca da chegada e permanência dessa população.

Também há a visão eurocêntrica, que faz com que os imigrantes europeus sejam vistos como um avanço na nossa economia e cultura, servindo de provas a maioria das festas catarinenses que são representadas como alemãs, além da arquitetura ter sido pensada para que turistas encontrem aqui “um pequeno, alegre e satisfatório mundo alemão”, como descreve Avé-Lallemant (1858, p.185) no seu livro publicado sobre a sua passagem pela Colônia Dona Francisca<sup>362</sup>.

Herança dessa escolha de construção histórica que deu espaço somente ao europeu trabalhador, e quando a situação de imigração na atualidade envolve os haitianos, estes encontraram:

*[...] uma sociedade despreparada e antiquada em termos de sua legislação migratória, de sua capacidade em dimensionar e mensurar o fluxo migratório, na falta de políticas de acolhimento e de emprego, no preconceito, no racismo e na manifestação de xenofobia. (BAENINGER; PERES. 2017, p. 124).*

Joinville é uma das cidades de Santa Catarina que recebe os maiores números de imigrantes haitianos, segundo Souza e Boing (2017), através dos dados da Polícia Federal foi possível constatar que existem em Joinville documentados 2.280 haitianos atualmente – dados estes que aproximam-se do anunciado em reportagens no ano de 2015, sendo ainda que o maior grupo veio em 2015 e 2016.

Para ilustrar a vida concreta e atual desses indivíduos, expõe-se o caso dos haitianos Shiller e Whistler que, durante o Colóquio das Licenciaturas de 2016, no eixo “Direito à Diferença e Democracia”, apresentaram sua vida em Joinville aos acadêmicos da Univille onde falaram da sua saída do Haiti, a chegada nas fronteiras e a busca por emprego no Brasil. Contaram que é possível esperar durante meses na fronteira de um país simplesmente para saber se sua entrada será permitida.

Esse processo demorado faz com que muitos homens venham sozinhos e depois tragam a família – onde existem exceções –, incorre que a situação do Haiti é muito precária e é arriscado deixar a família para trás, devido a escassez e as catástrofes, além do risco de se separarem por conta da liberação de vistos nos países.

Whistler Ermonfils está em Joinville há quatro anos e vive com a família, contou que suas duas filhas estão estudando e mesmo sendo professor de línguas não conseguiu trabalho nesse ramo porque seu diploma não é reconhecido, o obrigando a trabalhar na indústria de metais. Ele é presidente da Associação de Haitianos de Joinville, que presta auxílio para os recém-chegados que ainda não se estabilizaram.

Essa associação cria uma ligação com o imigrante além das questões de emprego, comida e residência sendo uma ligação cultural de conexão com a sua terra. Mesmo que encontrem dificuldades, esses imigrantes apoiam-se uns aos outros doando roupas, alimentos, indicando casas, empregos e fazendo festas em igrejas com comidas típicas de seu país.

Shiller Pierre veio a procura de estudo e vive sozinho, sua família está no Haiti, onde os indivíduos que buscam estudar ou se especializar não detinham os meios, pois o país inteiro tentava se reestruturar. Essas duas narrativas se chocam, em certa medida, com a visão de que o imigrante haitiano vem para o Brasil apenas para trabalhar, não tendo preparo profissional nenhum e sendo nulo de instrução.

<sup>362</sup> Viagens pelas províncias de Santa Catarina, Paraná e São Paulo (1858).

### 3. O ESCRITÓRIO MODELO DE ASSISTÊNCIA JURÍDICA (EMAJ) DA UNIVILLE

O EMAJ é um projeto de Prática Jurídica em que os acadêmicos do curso de Direito da Univille cumprem parte do estágio obrigatório desenvolvendo atividades de consultoria, preparação de peças processuais, ajuizamento e acompanhamento dos processos. É o âmbito em que se coloca em prática a teoria, como descrito no Projeto pedagógico do Curso de Direito (2015, p 140), onde compete ao acadêmico do programa acompanhar os processos de seus clientes.

Em 2017, a Polícia Federal, para aperfeiçoar seus serviços com população imigrante firmou o Acordo de Cooperação Técnica 3292674-SEI/PF, que permitiu que a Univille utilizasse seu escritório para atendimentos aos imigrantes e realização de cursos, palestras, projetos e eventos científicos na Instituição. Nesta lei, o EMAJ se encaixa na medida da Lei Nº 13.445, de 24 de maio de 2017:

*Art. 14. O visto temporário poderá ser concedido ao imigrante que venha ao Brasil com o intuito de estabelecer residência por tempo determinado e que se enquadre em pelo menos uma das seguintes hipóteses:*

*[...] c) acolhida humanitária;*

*[...] § 3o O visto temporário para acolhida humanitária poderá ser concedido ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de desastre ambiental ou de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário, ou em outras hipóteses, na forma de regulamento.*

O teor dessa legislação trata exatamente do trabalho desenvolvido no escritório e demonstra sua importância para que a lei seja cumprida. Segundo entrevista concedida à professora Sirlei de Souza, sobre o tema em questão a estagiária do EMAJ<sup>363</sup> relata que o atendimento de imigrantes possui um “caminho” a ser seguido, em que: I) assim que o imigrante que adentra o escritório é questionado sobre seu comparecimento na Polícia Federal, lugar onde marcam horário para a visita; II) caso os atendentes do EMAJ tenham tempo livre de agenda, é possível receber no escritório quem não marcou horário pela Polícia Federal ou por telefone; III) todos os documentos possíveis são coletados: foto 3x4, passaporte, certidão de nascimento, entre outros no primeiro momento; IV) após os imigrantes tratarem de suas necessidades com os alunos, estes preenchem uma ficha com as principais informações iguais para todos os atendimentos: nome, data de nascimento, motivo do atendimento jurídico, se houve alguma dificuldade no processo de atendimento e entre outros; V) ficha é enviada para a Polícia Federal, porque nem sempre os imigrantes têm domínio da língua portuguesa e desta forma facilita o processo; VI) se houver dúvida o professor responsável está disponível, pois este está capacitado pelo curso da Polícia Federal.

A língua é a maior dificuldade, por isso, quando possível, pede-se que o solicitante venha acompanhado de um tradutor ou alguém que conheça a língua portuguesa. O documento enviado para a Polícia Federal é um protocolo indicando que todos os documentos estão corretos e a pessoa deve comparecer obrigatoriamente à Polícia Federal logo após o processo e, caso a pessoa queira, os documentos podem ser enviados digitalmente para a polícia.

Além dos processos de regularização de sua situação como imigrante no país, o escritório de prática jurídica, também pode realizar outros atendimentos aos imigrantes, como por exemplo, situações de divórcio como já ocorreu, segundo relato da estagiária entrevistada.

### 4. METODOLOGIA

O método de pesquisa utilizado na primeira fase do trabalho é a revisão bibliográfica, em que artigos, teses e livros foram visitados para embasar o conteúdo desta pesquisa e apresentarem um panorama da narrativa que será registrada. Esses escritos possuem a linha de estudo voltada para a

<sup>363</sup> Entrevista cedida a professora Sirlei de Souza, em outubro de 2018; estando presente a aluna Kawanna Alano Soares.

história da imigração haitiano, a história do país que foi alvo de desastres naturais e conflitos internos, da tentativa de refúgio em diversos países e conquista do visto humanitário para o Brasil, que acolher centenas de imigrantes através do visto humanitário.

O conteúdo bibliográfico foi selecionado por meio eletrônico, em sites de pesquisa de Instituições ou em periódicos científicos, artigos e livros em que se coletaram as informações que corroboram com a narrativa deste artigo e informaram acerca da situação dos imigrantes no país.

A pesquisa foi realizada no Escritório de Prática Jurídica do Curso de Direito da Univille, do Campus Joinville, onde foram coletados os dados dos imigrantes atendidos, analisados e dispostos em gráficos com campos comuns a todos, tais como: gênero, país de origem, motivo do atendimento, dificuldades durante a consulta, resultado do atendimento – finalizado ou em andamento – e entre outros. A pesquisa exploratória é feita pelo método quali-quantitativo, onde se analisará as informações de forma qualitativa e quantitativa.

O intuito é registrar o desenvolvimento da parceria de órgãos que se dedicaram a auxiliar refugiados e imigrantes neste processo que é a vinda e fixação em outro país de língua diferente e sua regularização que muitas vezes poderia ter sido inviável sem o acompanhamento do escritório modelo.

## 5. OS ATENDIMENTOS DO EMAJ

Com o apoio e a disponibilidade dos estagiários e responsáveis pelo escritório, foi possível analisar através das pastas digitais os atendimentos realizados no EMAJ, os documentos enviados para a Polícia Federal, informações sobre as dificuldades decorrentes da diferença de língua e a rotina de agendamento de horário até o término de uma ação de um solicitante.

As pastas com todos os dados disponíveis analisados e foi constatado que apesar da existência de um roteiro para atendimento, esse roteiro não comporta todas as informações que poderia ser registrada sobre o imigrante; razão disso é que algumas fichas possuíam muita informação quando comparadas a outras que apenas tinham seus dados pessoais como nome, data de nascimento, informe para contato, motivo da procura.

O que alguns tinham, além disso, informações sobre escolaridade, vínculo familiar e motivo para mudança de país. Esses últimos dados não são indispensáveis para o andamento de uma ação, porém seriam úteis para pesquisas na parte histórica e social, quando direcionados para questões sobre preconceito, (breves) relatos de vida sobre a situação de países estrangeiros e traços de perfis sociais.

Diante da análise das fichas de atendimentos de todos os imigrantes, foi possível vislumbrar que a maior parte é voltada a pedido de refúgio, apesar de que são existentes pedidos de naturalização, permanência, visto e dentre outros – vide gráfico 1:

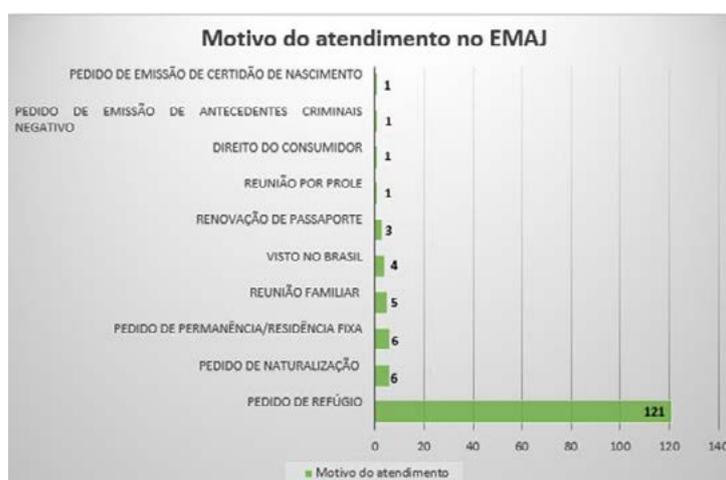


Gráfico 7. Motivadores dos atendimentos com imigrantes no EMAJ. Fonte: dados fornecidos pelo Escritório Modelo da Univille dos anos de 2016 à 2018, compilação e formulação do gráfico pessoal.

Em alguns casos não foi possível afirmar quantos eram do gênero masculino ou feminino, pois a ficha continha apenas o nome e não o gênero, dessa forma não se pode inferir, em face da informação não estar explícita. O maior índice de solicitação de atendimentos é de indivíduos com a faixa etária de 26 à 35 anos, sendo em sua maioria do sexo masculino – vide gráfico 2:

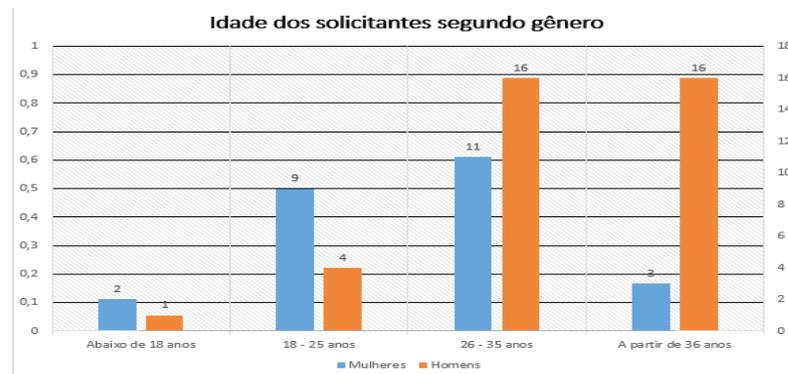


Gráfico 8. Idade dos imigrantes atendidos no EMAJ segundo gênero. Fonte: dados fornecidos pelo Escritório Modelo da Univille dos anos de 2016 a 2018, compilação e formulação do gráfico pessoal.

Conforme as fichas, em 2018 houve no total cinquenta e três atendimentos de imigrantes no EMAJ e, entre esses, vinte e um eram haitianos, todos de gênero feminino solicitando refúgio; e em 2017 tiveram três atendimentos, um haitiano solicitando o pedido de refúgio. Ocorre que, algumas das fichas, não constavam as datas de atendimento, e entre essas não datadas havia dezoito atendimentos, doze homens e duas mulheres haitianos.

Dentre os haitianos atendidos, apesar de constar no formulário para ser preenchido, não se tem conhecimento do índice de educação de boa parte dos imigrantes; apesar de que muitos têm o ensino fundamental e médio completo; tendo ainda aqueles que detêm ensino fundamental, médio e superior incompleto e alguns está completo – vide gráfico 3 à seguir:

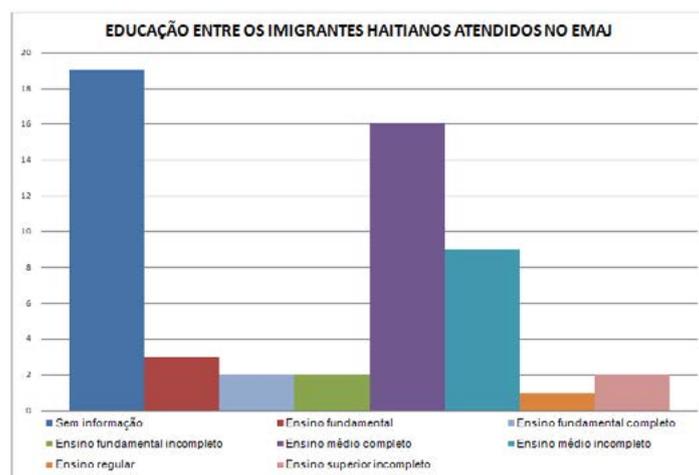


Gráfico 9. Índice de educação entre os imigrantes haitianos atendidos no EMAJ. Fonte: dados fornecidos pelo Escritório Modelo da Univille dos anos de 2016 à 2018, compilação e formulação do gráfico pessoal.

Isto nos mostra que, apesar do pensamento majoritário, os imigrantes que vêm para o país não estão sem educação, mas sim buscam condições melhores de vida para si e sua família.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O levantamento de dados e resultados pode ser usado futuramente para aprimorar os atendimentos, visto que o preenchimento dos dados sobre cada imigrante foi feito de diferentes formas, dependendo de cada atendente e do que era considerado mais importante para cada situação.

É interessante manter uma base de dados completa e consistente pensando no uso posterior, para uma avaliação ou troca de conhecimento entre Instituições e para a mesma se auto-avaliar, buscando seu objetivo que é a boa prestação de serviços para a comunidade e aprendizado eficiente para seus acadêmicos.

Importante ressaltar também que nem todas as fichas estavam preenchidas uniformemente, o que pode ter ocasionado lacunas nos preenchimentos de dados e apuração de perfis. Esse não é um ponto negativo, mas um convite para mais pesquisas neste ambiente.

Através do estudo da base de dados do EMAJ, foi possível registrar que muitos dos imigrantes, de diferentes nacionalidades possuem estudo superior, que o escritório não é procurado apenas para questões iniciais como refúgio ou naturalização, mas também por questões que envolvem o cotidiano como direito do consumidor e solicitações de mediação familiar. São de extrema importância os serviços que estão sendo fornecidos pelo EMAJ da Univille para esses imigrantes, devido à situação complicada que eles se encontram no país, um atendimento humanizado e acolhedor podem contribuir tanto para a rapidez nos encaminhamentos dos documentos relativos à sua regularização jurídica, quanto na promoção de Direitos Humanos.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVÉ-LALLEMANT, Robert. **Visita à colônia alemã de Dona Francisca - Retrospecto sobre a colonização alemã no norte da Província de Santa Catarina.** In: Viagens pelas províncias de Santa Catarina, Paraná e São Paulo (1858). Tradução Teodoro Cabral. São Paulo: Ed. da USP, 1980, cap.4, p.177-207

BAENINGER, Rosana; PERES, Roberta. **Migração de crise: a migração haitiana para o Brasil.** Belo Horizonte: R. bras. Est. Pop, jan/abr. 2017. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbepop/v34n1/0102-3098-rbepop-34-01-00119.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2018.

BOING, Eliziane Meurer; SOUZA, Sirlei de. **A Imigração Haitiana em Joinville (SC) e as Estratégias de Inserção em Busca da Cidadania.** Curitiba, set, 2017. Intercom – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação. Disponível em: <<http://portalintercom.org.br/anais/nacional2017/resumos/R12-0725-1.pdf>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

BRASIL. Casa Civil. **Lei de Migração.** Lei nº 13.445, de 24 de maio de 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm)>. Acesso em 27 nov, 2018.

COELHO, Ilanil. **Pelas tramas de uma cidade migrante.** Joinville: Univille, 2011.

NETO, Helion Póvoa et al. **Rumos, Tendências e Migrações.** Rio de Janeiro: Polobooks, 2016.

OLIVEIRA, Wagner. **Haitianos no Brasil: hipóteses sobre a distribuição espacial dos imigrantes pelo território brasileiro.** FGV DAPP: 2016. Disponível em: <<http://dapp.fgv.br/haitianos-no-brasil-hipoteses-sobre-distribuicao-espacial-dos-imigrantes-pelo-territorio-brasileiro/>>. Acesso em: 30 out. 2018.

UNIVILLE. Universidade da Região de Joinville. Pró-Reitoria de Ensino. **Projeto Pedagógico do Curso de Direito.** Joinville, SC, 2015. Disponível em: <[file:///C:/Users/User/Downloads/PPC\\_Direito\\_SBS\\_2015.pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/PPC_Direito_SBS_2015.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2018.

## REFÚGIO E DIREITOS HUMANOS: A (IN)EFICIÊNCIA DA CONVENÇÃO DE DUBLIN FRENTE À CRISE MIGRATÓRIA DA SÍRIA

Matheus de Lucas Theis Poerner<sup>364</sup>  
Érika Louise Bastos Calazans<sup>365</sup>

### RESUMO

O presente trabalho tem como escopo a análise da legislação que integra o bloco econômico da União Europeia em relação aos pedidos de asilo, qual seja a Convenção de Dublin, bem como a sua (in) eficiência frente o alto contingente de deslocamento populacional decorrente da Guerra Civil Síria. Para tanto, a pesquisa vai desde a necessidade da reafirmação da responsabilidade internacional na proteção dos refugiados, assim como a análise da suposta efetividade da legislação citada, adotada para cuidar dos pedidos de asilo. Em primeiro plano, será traçado uma linha histórica da implementação em âmbito regional da proteção internacional dos refugiados, no caso, da União Europeia. Em segundo plano, será feita a análise propriamente dita da legislação objeto do trabalho, bem como a sua evolução no decorrer dos anos em conjunto com estudo sobre a crise migratória dos refugiados sírios. Nessa mesma perspectiva, será pautado os aspectos limitantes ao asilo contido na referida legislação frente ao direito humano fundamental de buscar refúgio, protegido pela Convenção de Genebra de 1951, e que, portanto, qualquer ser humano deve ter este direito resguardado, mesmo estando em situação irregular.

**PALAVRA-CHAVE:** Direito Internacional, Convenção de Dublin, Direitos Humanos.

### 1. INTRODUÇÃO

Considerada como a maior crise humanitária da atualidade após a Segunda Guerra Mundial, a crise na Síria gerou uma instabilidade nas políticas de segurança da União Europeia, bem como a fragilidade do Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA). O SECA que se compreende como um mecanismo para colocação da responsabilidade entre os Estados-Membros em relação ao exame de uma demanda de proteção internacional, até então parecia funcionar, hoje se vê o contrário.

Segundo dados, o número de pessoas que chegam à Europa solicitando asilo no ano de 2014 chega a cerca de 1 milhão e 300 mil pedidos (EUROPA.EU, web). Desses pedidos, os nacionais da Síria contam com a maior parcela, vez que o Alto Comissário das Nações Unidas para Refugiados, Filippo Grandi, pontua que “a Síria é a maior crise humanitária e de refugiados do nosso tempo, que continua causando sofrimento para milhões de pessoas e que deveria atrair o apoio de todo o mundo” (ACNUR BRASIL, 2018).

Desta forma, o alto contingente de deslocamento populacional postulou um desafio na regulamentação da União Europeia, visto que em tese deveria estar preparada para lidar com esse processo, mas, na prática, o aumento nos pedidos ressaltou a ineficiência, bem como a falta de integração da União Europeia.

Portanto, esse artigo tem como escopo a constatação da ineficiência da Convenção de Dublin, ao ponto de discutir alguns aspectos limitantes ao asilo contidos no referido sistema, tal como, trazer os seus pontos mais problemáticos.

<sup>364</sup> Acadêmico do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille. E-mail: matheuspoerner@gmail.com

<sup>365</sup> Professora Doutora do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille. E-mail: erikalcalazans@gmail.com.

## 2. SISTEMA COMUM DE ASILO

A União Europeia (UE) é constituída por 28 Estados-Membros<sup>366</sup>, sendo criada logo após a Segunda Guerra Mundial, tendo como intenção a de “incentivar a cooperação econômica entre as nações, partindo do pressuposto de que se os países tivessem relações comerciais entre si se tornariam economicamente dependentes uns dos outros, reduzindo assim os riscos de conflitos” (SILVA, 2017, pg. 9).

Nessa senda, em matéria de edificação de normas comum de asilo, em razão das obrigações impostas pelo direito internacional dos refugiados, bem como a instituição do Programa de Haia<sup>367</sup>, surge o chamado Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA) que tem “el objetivo de establecer reglas uniformes que fueran compatibles com el funcionamiento del Área de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea” (EISENDECHER e VIAL, 2017, pg. 8).

Para Piçarra (2016), o SECA encontra-se edificado em quatro diretivas e dois regulamentos, em que “as directivas são conhecidas pela designação do seu âmbito material: “Qualificação”, “Proteção Temporária”, “Procedimentos” e “Acolhimento””. No que concerne aos Regulamentos, tem-se a Convenção de Dublin III e o EURODAC.

Nesse sentido, Hidalgo (2017, pg. 142) coloca que o SECA surge com o propósito de “guiar a las autoridades competentes de los Estados Miembros (EM) en la aplicación de la Convención de Ginebra de 1951, sobre la base de conceptos y criterios comunes [...]”. Assim, a formação desse sistema tem o intuito de postular procedimentos comuns, bem como um estatuto uniforme para todos aqueles que se encontram em necessidade de proteção internacional.

### 2.1 A Convenção de Dublin de 1990 e o Regulamento de Dublin II

Como dito, um dos instrumentos normativos mais antigos que integram o SECA é o Sistema de Dublin, que tem como base “[...] distribuir entre los Estados asociados la responsabilidad de resolver una determinada solicitud de asilo y de otorgar la respectiva protección.” (EISENDECHER e VIAL, 2017, pg. 9).

Em 1990 foi firmado a “Convenção sobre a Determinação do Estado Responsável pela Análise de um Pedido de Asilo Apresentadas num Estado-Membro da Comunidade Europeia”, doravante “Convenção de Dublin I” (EUR-LEX)<sup>368</sup>

Referido Sistema surgiu com o objetivo de dar maior garantia aos exames de pedido de asilo, bem como que não ficassem sem uma resposta, buscando evitar que os requerentes de asilo fossem sucessivamente enviados de um país para outro sem que nenhum desses Estados se reconhecesse competente para analisar o pedido. (THE DUBLIN SYSTEM).

Segundo Eisendecher e Vial (2017, pg. 23), o objetivo da Convenção de Dublin I é a eliminação dos controles fronteiriços internos entre os Estados-Membros, vez que os requerentes poderiam realizar “movimentos secundários”.

Posteriormente, a fim de estabelecer critérios mais objetivos e hierarquizados na determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de asilo, surge o Regulamento nº 343/2003 do Conselho Europeu, de 18 de fevereiro de 2003, substituindo, assim, a Convenção de Dublin de 1990. (EUR-LEX).

Conjuntamente a essas normas, estabeleceu-se um apoio aos bancos de dados de impressões digitais, implementando em 2000, chamado de Eurodac, tendo como objetivo controlar melhor o movimento dos requerentes de asilo na União Europeia, e os múltiplos pedidos de asilo nos Estados-Membros, ou seja:

<sup>366</sup> São Estados-Membros da União Europeia: Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Chipre, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estónia, Finlândia, França, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Polónia, Portugal, Reino Unido, Chéquia, Romênia e Suécia. Em relação ao Brexit, o Reino Unido continua a ser um membro da UE, com todos os direitos e obrigações daí decorrentes. (EUROPA.EU, web).

<sup>367</sup> O Programa de Haia foi instituído a fim de abordar três tipos de ameaças: o terrorismo, criminalidade transfronteiriça e a migração ilegal. Estipula como seus principais objetivos: assegurar dos direitos fundamentais; salvaguardas processuais e acesso à justiça; conceder proteção às pessoas que dela necessitem; gestão dos fluxos migratórios e o controle das fronteiras externas da União; luta contra o crime organizado transfronteiriço e reprimir a ameaça terrorista; concretizar o potencial da Europol e da Eurojust; estabelecer o reconhecimento mútuo das decisões e certidões judiciais, tanto em matéria civil como penal; e o eliminar dos obstáculos legais e judiciais nos litígios em matéria de direito civil e da família que detenham implicações transfronteiriças. (RIJO, 2017, pgs. 32-33).

<sup>368</sup> Foi firmado por onze países: Alemanha, Bélgica, França, Espanha, Grécia, Irlanda, Luxemburgo, Países Baixos, Portugal e Reino Unido. Posteriormente se uniram a Áustria, Suécia e Finlândia.

Eurodac is the electronic heart of the European asylum system. The database is meant to store fingerprints from all people who cross the border into a European country without permission – asylum seekers as well as irregular migrants. (DERNBACH, 2015, web).

Ainda, Dublin II conservou a lógica de sanção na responsabilização do Estado-Membro que permitiu de algum modo a entrada do requerente numa área distinta daquele Estado-Membro responsável pela análise do pedido.

## ■ 2.2 Regulamento de Dublin III

Entrando em vigor em 26 de junho de 2013, o Regulamento nº 604/2013 aprimorou os critérios e mecanismos para determinar qual Estado-Membro é responsável pela análise de um pedido de asilo, ou seja, além de substituir o Regulamento de Dublin II e a Convenção de 1990, ela também a reformou. (EUR-LEX).

Destarte, no que se refere ao Eurodac, Piçarra (2016) afirma que a nova normativa “estabelece condições em que as autoridades dos Estados-Membros e a Europol podem solicitar a comparação de dados dactiloscópicos com os dados conservados no sistema central “para fins de aplicação da lei””. Assim, havendo a descaracterização da natureza originária do Eurodac, de um sistema voltado à proteção internacional para um instrumento de direito penal no combate ao terrorismo.

Em se tratando da vinculação dos Estados Membros o autor pontua:

O regulamento em análise vincula cada Estado-Membro a recolher sem demora as impressões digitais de todos os dedos de cada requerente de protecção internacional com, pelo menos, 14 anos de idade e a transmiti-las o mais rapidamente possível ao sistema central, no prazo de 72 horas a contar da apresentação do pedido de protecção internacional. Os dados dactiloscópicos assim transmitidos por qualquer Estado-Membro são comparados automaticamente com os transmitidos por outros Estados-Membros e já conservados no sistema central (PIÇARRA, 2016).

Indubitavelmente, em síntese, o autor coloca que a funcionalidade do Eurodac dentro do Regulamento de Dublin está no sentido de vincular cada Estado-Membro com o requerente de asilo, o que, como será pontuado posteriormente, acarretará uma crise na União Europeia.

## ■ 2.3 Panorama da crise migratória na Europa

Para se entender o fenômeno da migração, Oliveira, Peixoto e Góis (2017, pg. 76) apontam que “os fluxos migratórios nunca são explicados apenas pelas motivações dos indivíduos (agentes) ou pelas políticas migratórias (condições estruturais)”, para ele, este fenômeno é a relação de ambos, bem como a interferência de uma variedade de outros fatores dos atores intermediários.<sup>369</sup>

Desta forma, a decisão de migrar é uma combinação de múltiplos fatores que podem ser incentivados ou desencorajados. Determinados fatores podem, ainda, determinar a forma da migração (regular ou irregular), dependendo “[...] dos recursos econômicos que tiver e das oportunidades (ou obstáculos) estruturais que estiverem acessíveis”. (OLIVEIRA, PEIXOTO, GÓIS, 2017, pg. 76).

Nesse comentário, a autora pondera uma ressalva no que se refere a não leitura individualista desse fenômeno social, pois:

Os migrantes definem relações sociais, criam ou procuram organizações e desenvolvem padrões no seu comportamento, que adquire significado para além de uma mera soma de partes. Neste âmbito, a agência é a capacidade que os indivíduos têm, enquanto atores sociais, para refletir acerca da sua posição e definir estratégias que orientam suas ações, para alcançar seus desejos e aspirações. (OLIVEIRA, PEIXOTO, GÓIS, 2017, pg. 76).

<sup>369</sup> Para os autores, esses atores intermediários compreenderiam, dentre outros, os empregadores, traficantes, organizações da sociedade civil, autoridades de acolhimento, comunidades imigrantes.

No estudo da migração, a distinção de migração voluntária e forçada não é isenta de debate. Assim, os “migrantes voluntários sentem-se, muitas-vezes, obrigados a migrar, devido a situações de pobreza extrema” (OLIVEIRA, PEIXOTO, GÓIS, 2017, pg. 77). Porquanto, a migração forçada está vinculada a situações extremas, como a de risco a vida, não havendo, segundo a autora, escolha racional.

Nessa conjuntura, a Europa nos últimos anos vem passando por um desafio, em razão do alto contingente de deslocamento populacional decorrente da Guerra Civil Síria.

Referida Guerra, teve início por conta dos protestos conhecidos como Primavera Árabe, em que tiveram como pretensões a tirada de regimes que estavam consolidados. Assim, “a Primavera Árabe também marcou início do levante na Síria, país que hoje é palco de uma guerra civil envolvendo simpatizantes e opositores do presidente Bashar al- Assad” (BBC, 2013, web).

Com a Guerra instaurada, Aguilar, Roder e Furtado (2014, pg. 1) pontuam que ela “destruiu a infraestrutura do país e gerou uma crise humanitária regional”. Destarte, a busca de proteção internacional pelos sírios se tornou essencial.

Segundo Silva (2017, pg. 19) “grande parte dos refugiados sírios estão distribuídos na Turquia, Líbano, Jordânia e Egito, em razão da proximidade.”. A autora coloca que esses refugiados não buscam ajuda nos países do Golfo Pérsico devido ao fato dos mesmos não possuírem livre tráfego, bem como o processo para obter visto de turista ou permissão para trabalho ser caro e conter vedações.

Destarte, um número sem precedentes tenta chegar à Europa em busca de proteção, o que, em muitos casos, não ocorre, em razão dos números grandes de violações de direitos humanos, caracterizado, em parte, pela ineficiência da Convenção de Dublin.

#### ■ 2.4 A (in)eficiência da Convenção de Dublin

Como já dito anteriormente, a União Europeia é definida como um espaço sem fronteiras internas, aonde é garantido a liberdade de circulação de capitais, serviços, mercadorias e pessoas. Segundo Hidalgo (2017, pg. 141), essa iniciativa jurídica não surge com o interesse de constituir uma normativa na Europa baseada num direito a luz dos textos internacionais, mas sim, da necessidade de acentuar o chamado “*fortress Europe*”, ou seja, uma Fortaleza Europeia que garante a segurança nesse espaço interno de liberdade.

À vista disso, a Europa buscou formas de eliminar a migração irregular nas fronteiras externas comuns, bem como o controle efetivo das fronteiras a fim de evitar o “*asylum shopping*” e as solicitações de asilos múltiplas e sucessivas. Assim, a Convenção de Dublin permitiu “[...] asegurar una determinación material de las solicitudes – asignando responsabilidades través de um método claro y funcional – y solucionar el problema de los “refugiados en órbita”” (RIJO, 2017, pg 26).<sup>370</sup>

Dessa maneira, a Convenção de Dublin por si só não é uma separação equitativa de responsabilidade, em que Hidalgo pontua:

[...] sino que se trata de un sistema de asignación de la responsabilidad con el objetivo de que sea sólo uno el Estado que proceda al estudio de la demanda de protección (one-chance only) y su decisión sea vinculante para todos os demás. [...] Cuaquier intento de presentar la solicitud em otro Estado miembro (llamado “movimiento secundario”) sería detectado con la mera comprobación del registro de sus huellas dactilares y sería devuelto al país responsable de su solicitud. (HIDALGO, 2017, pg. 145).

Para Mascareñas (2015, pg. 1), a forma de instituição da responsabilidade do Estado-Membro não é eficiente, vez que a maioria dos requerentes pedem asilo em um Estado distinto que tenha chegado em primeiro lugar.<sup>371</sup>

A despeito disso, sustenta a autora, os critérios assinalados na Convenção de Dublin não refletem com as preferências dos requerentes, pois os as preferências estão relacionadas com questões pessoais, como:

<sup>370</sup> Nesse sentido, o sistema não nasce priorizando a busca de um consenso sobre quais seriam os requisitos para a obtenção do status de refugiado na Europa e, conseqüentemente, a associação dos seus direitos, mas, busca resolver o fenômeno dos “refugiados em órbita” (requerentes que migram de um país a outro sem que ninguém se torne responsável pela análise do pedido) e dos “solicitações múltiplas” (aquelas apresentadas em mais de um Estado, também conhecida pelo termo *asylum shopping*). (HIDALGO, 2017, pg. 145).

<sup>371</sup> Segundo estatísticas do Eurostat e Frontex, apenas 64.625 pessoas das 170.000 que chegaram irregularmente na Itália em 2014 solicitaram asilo naquele país. (MASCAREÑAS, 2015, pg. 2).

la presencia de amigos y conocidos o el conocimiento de la lengua – pero también con diferenciais importantes entre los países de acogida, sobre todo em los que se refiere a los procedimientos de asilo, las condiciones de acogida, los derechos sociales y la posibilidad de encontrar trabajo.(MASCAREÑAS, 2015, pg. 2).

Além disso, por se tratar de um acordo mútuo entre os Estados-Membros, ou seja, as decisões de asilo negativas produzem um reconhecimento automático, em que “[...] la solicitud de asilo es rechazada por um Estado miembro, todos los demás pueden deportar inmediatamente al solicitante o requerer al responsable que lo readmita a su territorio.” (RIJO, 2017, pg. 55).<sup>372</sup>

Ainda, um ponto muito criticado com a crise migratória na Europa é a desigualdade entre os Estados-Membros no que se refere a vinculação da responsabilidade na análise do pedido<sup>373</sup>. Para Hidalgo (2017, pg. 147), os Estados-Membros com fronteiras externas tendem uma probabilidade mais alta de receber requerentes de asilo que os demais Estados.

Nessa perspectiva, segundo relatórios divulgados pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) em 2017, revela que ao final de 2016 “havia cerca de 65,6 milhões de pessoas forçadas a deixar seus locais de origem por diferentes tipos de conflitos” (ACNUR, 2017).

O mesmo relatório mostrou que o conflito na Síria continua fazendo com que o país seja o local de origem da maior parte dos refugiados (5,5 milhões), que buscam asilo nos países fronteiriços. Segundo o 2017 MEDAM Assessment Report on Asylum and Migration Policies in Europe, Itália, Malta, Grécia, Espanha e Hungria são os principais países que servem de porta de entrada para os migrantes irregulares.

Na prática, isso significa que a responsabilidade pela maioria dos requerimentos de asilo é posta num pequeno número de Estados-Membros, sendo insustentável levando em conta os padrões de migrações atuais, acarretando numa desigualdade nos países de fronteira se comparado aos demais.<sup>374</sup>

Logo, um Estado fronteiriço acaba com um fardo financeiro grande ao estabelecer os padrões mínimos de cuidado dos asilados com base nas normas europeias e internacionais, e em vários casos não tendo capacidade de alcançar estes padrões<sup>375</sup>, trazendo diversas violações dos Direitos Humanos.<sup>376</sup>

Nessa senda, os mecanismos previstos na Convenção de Dublin estão suscetíveis a produzir violações diretas na obrigação do *non-refoulement*<sup>377</sup>. Assim:

Ello se producirá, por ejemplo, si el traslado del solicitante al Estado miembro responsable lo expone a recibir un tratamiento proscrito por el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos o se amenazara allí su vida o libertad, en el sentido del artículo 33 de la Convención de Ginebra de 1951. Las presiones migratorias a la que países como Grecia se han visto expuestos ha generado que este tipo de situaciones sea muy frecuente en algunos Estados, por falta de normas internas adecuadas o por la falta de recursos suficientes para dar cumplimiento a los estándares debidos. (RIJO, 2017, pg. 51).

<sup>372</sup> O SECA é formado por regulamentos e diretivas. Os Regulamentos são vinculantes a todos os Estados-Membros no momento em que entra em vigor. Porquanto, as diretivas requerem uma transposição dos Estados-Membros nos seus ordenamentos jurídicos nacionais a fim de dar eficácia. Todavia, tal fato gera a chamada “geometria variável”, vez que cada Estado-Membro pode escolher vincular as normas do SECA. (HIDALGO, 2017, pg. 143).

<sup>373</sup> Nesse ponto, a Comissão Europeia já reconheceu que um número limitado de Estados-Membros está tendo que ocupar-se com a grande maioria das solicitações de asilo que chegam na União, o que vem gerando uma grande pressão sobre a capacidade do seu sistema de asilo e provocado uma certa inobservância da normativa da UE. (EUROPEAN COMMISSION, 2016).

<sup>374</sup> Nesse sentido, a Comissão Europeia já afirmou que nenhum outro Estado-Membro se encontra atualmente em uma situação de emergência como a vivida pela Itália e Grécia, com número similares de refugiados irregulares e uma grande proporção de pessoas que tem manifestado necessidade de proteção internacional, todos eles acompanhado por uma grande vulnerabilidade de seus sistemas de asilo. Por conseguinte, a atual situação de imigração na Itália e Grécia são únicas na UE e a pressão sobre sua capacidade para tramitar as solicitações de proteção internacional e oferecer condições adequadas de recepção e perspectivas de integração das pessoas que tem manifestado necessidade de proteção internacional exige que todos os demais Estados-Membros mostrem sua solidariedade. (EUROPEAN COMMISSION, 2016).

<sup>375</sup> Por exemplo a Grécia, que enfrenta uma crise financeira (BBC, 2010), tem sido um dos principais países a receber refugiados desde 2015.

<sup>376</sup> Uma pesquisa realizada com refugiados da costa de Chios, Grécia, em maio de 2017, demonstra a falta de suporte necessários às pessoas em estado de vulnerabilidade, em que “Overall, the research indicates that refugees in Chios are experiencing various forms of distress, including traumatic past experiences, a depressing present situation characterized by an absence of information, and an uncertain future including fear of deportation. These combined factors lead to depression and mental ill-health among thousands of people seeking protection in Europe. (REFUGEES RIGHTS EUROPE, 2017).

<sup>377</sup> O princípio do *non-refoulement* (não devolução), se consolidou no Direito Internacional dos Refugiados, segundo a qual “está vedada a repatriação involuntária de qualquer refugiado”. (OLIVEIRA; CARVALHO, 2017, pg. 42).

Ademais, sendo um Sistema não equitativo, não ser eficiente e por violar os direitos dos requerentes de asilo, Mascareñas (2015, pg. 3) aponta que Dublin é caro. Segundo ela “los costes de Dublín incluyen el mantenimiento de EURODAC, los procedimientos relacionados con las peticiones de transferencia y los gastos asociados con la detención y deportación de aquellos que son finalmente transferidos.”

Desta feita, a Comissão Europeia assinalou a ineficiência da Convenção de Dublin, vez que pontua que “[...] incube a los EM, incluídos los órganos jurisdiccionales nacionales, no trasladar a un solicitante de asilo al EM responsable en el sentido del Reglamento Dublín, cuando no pueden ignorar que las deficiencias sistemáticas del procedimiento de asilo en ese EM constituyam motivos serios y acreditados para creer que el solicitante correrá un riesgo real de ser sometido a tratos inhumanos o degradantes [...]” (HIDALGO, 2017, pg. 148).

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito embora a Convenção de Dublin III tenha como objetivo integrar os procedimentos na constatação da responsabilidade de um Estado-Membro na análise de um pedido de proteção internacional, a mesma não obteve êxito em alcançar os seus objetivos propostos.

Isso porque, através de uma análise da Convenção de Dublin III, se observa que existe uma ineficiência no que tange a garantir os direitos fundamentais dos requerentes, bem como para os próprios Estados-Membros, vez que não há efetivamente a divisão da responsabilidade.

Ainda, o sistema se caracterizou pelo controle das fronteiras externas, bem como o Eurodac que, a princípio, tinha o propósito de auxiliar no controle dos pedidos, tornou-se instrumento para justificar a devolução de pessoas para os países de primeira entrada.

O direito de refúgio é um direito fundamental protegido pela Convenção de Genebra de 1951, na qual qualquer ser humano deve ter este direito resguardado, mesmo sendo um migrante irregular e, portanto, a escolha do país onde determinada pessoa terá seu pedido de asilo analisado não deveria ser de escolha exclusiva dos Estados-Membros. Na medida do possível, a vontade dos requerentes de asilo deveria ser levada em consideração.

Nessa senda, a Convenção de Dublin III, em vez de construir um sistema de divisão de responsabilidade e integração dos Estados-Membros, cria uma coação na participação dos Estados, o que pode prejudicar a sua legitimidade. Assim, com o presente artigo, conclui-se que mesmo que o Sistema busque lidar com os pedidos de asilo, falha ao demonstrar sua ineficiência e falta de participação dos Estados-Membros na busca da proteção daqueles que buscam ajuda em suas portas.

### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACNUR BRASIL. **Síria**. Disponível em <<https://www.acnur.org/portugues/siria/>>. Acesso em 21 nov. 2018.

ACNUR. **Guerra, Violência e perseguição elevam deslocamentos forçados a nível sem precedentes**. Disponível em <<https://www.acnur.org/portugues/2017/06/19/guerra-violencia-e-perseguicao-elevam-deslocamentos-forcados-a-um-nivel-sem-precedentes/>>. Acesso em 24 nov. 2018.

BBC BRASIL. **Entenda a crise na Grécia**. Disponível em <[https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2010/04/100428\\_entendagrecia\\_ba](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2010/04/100428_entendagrecia_ba)>. Acesso em 25 nov. 2018.

BBC BRASIL. **Primavera Árabe: Dez consequências que ninguém conseguiu prever**. Disponível em <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/12/131213\\_primavera\\_arabe\\_10consequencias\\_dg](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/12/131213_primavera_arabe_10consequencias_dg)>. Acesso em: 20 nov. 2017.

DERNBACH, Andrea. **Eurodac fingerprint database under fire by human rights activists**. Disponível em <<https://www.euractiv.com/section/justice-home-affairs/news/eurodac-fingerprint-database-under-fire-by-human-rights-activists/>>. Acesso em 24 nov. 2018.

EISENDECHER, R. I. L.; VIAL, Agustín Searle. **El Sistema de Dublín: perspectiva y desafíos a la luz del derecho internacional de los refugiados y de los derechos humanos**. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade de Chile, p. 1. 2017.

EUR – LEX. **Convenção sobre a Determinação do Estado Responsável pela Análise de um pedido de Asilo Apresentado num Estado-Membro das Comunidades Europeias – 1990**. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=celex%3A41997A0819%2801%29>>. Acesso em 22 nov. 2018.

EUR – LEX. **Regulamento (CE) n.º 343/2003 do Conselho Europeu**. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32003R0343>>. Acesso em 22 nov. 2018.

EUR - LEX. **Regulamento (UE) n.o 604/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de junho de 2013**. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/legalcontent/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32013R0604&qid=1500482749495&from=EM>> acesso em 05 jun. 2018.

EUROPA.EU. **Asylum Statistics. Eurostat**. Disponível em <[https://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/Asylum\\_statistics#Asylum\\_applicants](https://ec.europa.eu/eurostat/statisticsexplained/index.php/Asylum_statistics#Asylum_applicants)>. Acesso em 21 nov. 2018.

EUROPA.EU. **Países**. Disponível em <[https://europa.eu/european-union/about-eu/countries\\_pt](https://europa.eu/european-union/about-eu/countries_pt)>. Acesso em 22 nov. 2018.

EUROPEAN COMMISSION. **REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL**, 2016. Disponível em <[https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementation-package/docs/20160504/dublin\\_reform\\_proposal\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/proposal-implementation-package/docs/20160504/dublin_reform_proposal_en.pdf)>. Acesso em 20 nov. 2018.

EUROPEAN COMMISSION. **The Dublin System**. Disponível em <[https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/backgroundinformation/docs/20160406/factsheet\\_the\\_dublin\\_system\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/european-agenda-migration/backgroundinformation/docs/20160406/factsheet_the_dublin_system_en.pdf)>, acesso em 06 jun. 2018.

FURTADO, Gabriela; RODER, Henrique; AGUILAR, Sérgio L.C. **A Guerra Civil Síria, o Oriente Médio e o Sistema Internacional. Série Conflitos Internacionais**. Pgs. 1-6 Vol. 1. Num. 6. Dez de 2014.

HIDALGO, Nuria Arenas. **El Sistema Europeo Común de Asilo. Funcionamiento Básico y Evaluación Ante los Actuales Éxodos de Población**. Revista Jurídica de Buenos Aires, año 42, número 95, p. 139. 2017.

LÜCKE, Matthias. The global governance of refugee protection and challenges to the EU asylum system. In: **2017 MEDAM Assessment Report on Asylum and Migration Policies in Europe**, pp.30-43. Disponível em: <<http://www.medammigration.eu/en/archive/publications/2017-medam-assessment-report-on-asylumand-migration-policies-in-europe>> acesso em: 07 jun. 2018.

MASCAREÑAS, Blanca Garcés. **Por qué Dublín “no funciona”**. Notes Internacionales CIDOB, 135, p. 1. 2015.

OLIEVIRA, Catarina Reis; PEIXOTO, João; GÓIS, Pedro. **A Nova Crise dos Refugiados na Europa: o Modelo de Repulsão-Atração Revisitado e os Desafios para as Políticas Migratórias**. Revista bras. Est. Pop., Belo Horizonte, v.34, n.1, p. 73-98. 2017.

OLIVEIRA, Fernanda M. Q. Santos de; CARVALHO, Júlia Vilela. **A Proteção dos Interesses dos Migrantes e Refugiados à Luz dos Tratados Internacionais**. Revista Eletrônica de Direito Internacional. Pgs. 41-66. Vol. 20. 2017.

PIÇARRA, Nuno. **A União Europeia e “a crise migratória e de refugiados sem precedentes”**: crónica breve de uma ruptura do Sistema Europeu Comum de Asilo. e-Pública, vol. 3, no.2. Lisboa, 2016.

REFUGEES RIGHTS EUROPE. **Na Island at Breaking Point**: filling information gaps relating to refugees and displaced people in Chios, Greece. Research in 11-18 may, 2017.

RIJO, D. F. R.. **A União Europeia face à crise dos migrantes e refugiados: Um ator dividido sob escrutínio**. Tese de Mestrado em Relações Internacionais – Universidade do Minho, p. 1. 2017.

SILVA, Keicy Lopes da. **Conselho de Ministros da União Europeia: A Questão dos Refugiados**. Brasília: 2017, p. 1.

## O DESAFIO DA IMIGRAÇÃO NO BRASIL: A VIOLAÇÃO DO POVO BRASILEIRO AOS DIREITOS HUMANOS

Joseane Sievert<sup>378</sup>

### RESUMO

O presente artigo tem por escopo o desenvolvimento de um estudo a respeito das situações contemporâneas que violam os direitos humanos no que tange aos processos migratórios, abordando o racismo, discriminação e xenofobia enfrentados diariamente por estrangeiros que imigram no Brasil auferindo melhores condições de vida e segurança. É evidente que a maioria das vezes, os imigrantes permanecem em silêncio diante das humilhações que sofrem no convívio social, seja em razão ocasionada pela cor, atitude adversa a determinada característica ou pelo simples fato de serem estrangeiros. Este assunto é importante e de grande relevância em razão de estarmos em pleno século XXI e a sociedade ainda agir de forma racista, discriminatória e xenofóbica contra os estrangeiros que imigram no Brasil. O presente estudo consiste em (1) o racismo, discriminação e xenofobia praticados contra imigrantes como violação aos direitos humanos; (2) realizar a distinção entre racismo, discriminação e xenofobia; (3) proporcionar uma breve explanação da lei 13445/2017 de migração na legislação brasileira vigente; (4) identificar as principais dificuldades que os imigrantes possuem no convívio social; (5) possíveis medidas que o poder público poderia com o objetivo de combater o racismo, discriminação e xenofobia; O presente estudo conclui-se por intermédio da metodologia de caráter bibliográfica, auferindo a proteção e amparo dos imigrantes mediante as imensuráveis violações ocasionadas aos estrangeiros no Estado Brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Imigração, Xenofobia, Direitos Humanos.

### 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo é importante porque o surgimento da nova lei de Imigração nº 13445/2017 que dispõe a respeito dos direitos e deveres dos imigrantes, proporcionou ênfase a aplicação do princípio da não-discriminação já prevista na Constituição Federal de 1988, se estendendo aos estrangeiros na qualidade de imigrantes ou visitantes. A lei de Imigração é considerada um grande avanço em nosso atual ordenamento jurídico, entretanto, possui carência no que tange a prática ao caso concreto, talvez, devido ao fato de que muitos estrangeiros sofrem humilhações oriundas de racismo, discriminação, xenofobia e permanecem em silêncio.

É a partir deste cenário que o presente trabalho pretende estudar o desafio da imigração no Brasil no que concerne a violação dos nacionais brasileiros aos direitos humanos, abordando os principais aspectos que ferem a dignidade da pessoa humana. Trata-se de matéria vasta em razão de que atualmente no Brasil, é evidente a dificuldade dos imigrantes haitianos na sociedade ocasionados pela falta de conscientização aos nacionais brasileiros de que todos somos iguais perante a lei.

Devido à ausência de conscientização, torna-se primordial o presente estudo com a finalidade de realizar a análise da lei, o posicionamento das jurisprudências, visando a estima a aplicabilidade dos princípios individuais no intuito de preservar os direitos e garantias aos estrangeiros. O estudo abordado é fundamentado pela lei de imigração e pela Constituição Federal, acrescido da relevância aos direitos dos estrangeiros em todo o território Brasileiro, tendo em vista que somos a sociedade com vastas opiniões.

O artigo é sistematizado de modo que esclareça a distinção entre racismo, discriminação e xenofobia, proporcionar uma breve explanação da lei 13445/2017 de migração na legislação brasileira vigente, identificar as dificuldades que os imigrantes possuem no convívio social, estimular a discussão sobre o impacto que as violações aos direitos humanos ocasionam aos imigrantes na atualidade da sociedade e por fim analisar o modo como os direitos humanos tem se posicionado em prol dos imigrantes.

<sup>378</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: joseane.dir@outlook.com

O foco do estudo consiste em analisar a aplicação doutrinária a favor dos imigrantes com o objetivo de averiguar a sua legalidade. Do mesmo modo, consiste em realizar o estudo da jurisprudência que institui e possibilita o amparo dos imigrantes no atual ordenamento jurídico proferidos por tribunais brasileiros com a finalidade de instigar a terceiros a discussão em relação ao estudo e precipuamente deslindar a violação dos direitos humanos praticados por brasileiros contra os imigrantes.

## **2. O RACISMO, A DISCRIMINAÇÃO E XENOFOBIA PRATICADOS CONTRA IMIGRANTES COMO VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS**

A atual dificuldade enfrentada por estrangeiros que imigram no Brasil concerne em racismo, discriminação e xenofobia. Os imigrantes não são tratados pela sociedade atual como os nacionais, basicamente, é como se a sociedade realizasse uma acepção direta a estas pessoas. Contudo, o amparo aos imigrantes além de ter previsão na lei de imigração, está pautado em princípios constitucionais, essencialmente, o princípio da dignidade da pessoa humana previsto na Constituição Federal de 1988.

Este princípio consiste não somente em proporcionar uma vida mais digna ao ser humano em relação a saúde, educação(...), mas em promover a valoração da humanidade, garantindo ainda mais os seus direitos, principalmente ao respeito que devem receber. E se devem receber, significa que é primordial que retribuam, praticando o respeito e sempre agindo com alteridade. Ademais, se tratamos os nossos nacionais com respeito necessitamos que seja estendido aos imigrantes, incentivando uma sociedade que seja referencial para outros países.

A Dignidade da Pessoa Humana, a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. RIVABEM (2005 apud Sarlet, 2002, p.60).

Logo, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é de suma importância tendo em vista que aparentemente a sociedade brasileira não tem adotado comportamentos positivos e de humanidade aos imigrantes. Com a nova lei de imigração que substituiu o Estatuto do Estrangeiro, a aplicação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana tornou-se demasiadamente essencial. Contudo, a sociedade carece de solidariedade ao próximo devido ao cenário atual demonstrar atos atentatórios aos imigrantes.

### ■ 2.1 Distinção entre Racismo, Discriminação e Xenofobia

No intuito de uma melhor compreensão acerca do artigo, é necessário que seja feita a distinção entre Racismo, Discriminação e Xenofobia sofridos por imigrantes. É notável que essas minorias geram o mesmo efeito, resultam em humilhações e diminuições as pessoas. Destarte, que essas minorias são existentes desde a antiguidade, derivam do modo de pensar das pessoas, contudo, sabe-se que não podemos modificar seus pensamentos, entretanto, há possibilidade de responsabilizar os causadores por intermédio da lei, auferindo a pacificação social.

O Racismo está previsto no art. 5º, inciso XLII da CF/88 que estabelece “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”.

Extrai-se deste artigo que aquele que pratica o Racismo é responsabilizado e não terá possibilidade de realizar o pagamento de fiança ou de ser atingido pela prescrição. Racismo é caracterizado como violação aos direitos humanos, ressalta-se que aos cidadãos são garantidos os direitos de liberdade de expressão, entretanto, esse direito é limitado quando se refere as minorias, ou seja, contrapõem-se.

[...] o termo pode ser encontrado nas obras acadêmicas. Diz-se que expansão do capitalismo no Novo Mundo necessitou da exploração da mão de obra africana. A exploração poderia ser mais efetiva se a mão de obra negra pudesse ser tratada como um bem; para tanto se criou todo um complexo para facilitar isso. As crenças a respeito da inferioridade dos negros podem ser adequadamente compreendidas apenas como parte de uma nova criação histórica que nos séculos subsequentes foi modificada justamente com a estrutura econômica. O nome desse complexohistórico é racismo (CASHMORE, E. et al, 2000,p. 458).

Logo, o racismo no Brasil foi motivado no período de colonização marcada pela escravidão. Entretanto, a profundidade do conceito de racismo vai além de ser ato contra os negros, abrangendo qualquer raça e qualquer etnia praticada por pessoa que considera-se superior em relação à outra.

A discriminação pode ser definida como: “preconceito manifestado por ato, em razão de raça, sexo, cor, idade, trabalho, credo religioso ou convicções políticas, em quebra do princípio de igualdade”(SIDOU, 2016, p. 376).

Deste modo, a pessoa que pratica a discriminação faz uma segregação, no intuito de privar as pessoas de seus direitos em razão de considerá-las inferiores e diferentes baseadas em critérios de cor, sexo, idade, entre outros.

E a xenofobia, pode ser definida como: “Aversão ou desprezo a pessoas ou coisas estrangeiras. Sentimento de exagerado nacionalismo”. (SIDOU, 2016, p. 1077).

Logo, a xenofobia é caracterizada por pessoas que são hostis, repudiam qualquer pessoa ou objeto que não pertença ao mesmo país que o seu. O que impulsiona a xenofobia é o nacionalismo excessivo, o pensamento de que tudo que é estrangeiro é ruim.

Conclui-se que, o racismo, discriminação e xenofobia possuem suas peculiaridades, entretanto, são praticadas em face do mesmo alvo “o imigrante” que deveria ser tratado com humanidade e solidariedade pelos nacionais. Salienta-se que as pessoas deveriam pensar e aderir ao artigo 5º caput da Constituição Federal de que todos são iguais perante a lei.

## ■ 2.2 Lei de Imigração – 13.445/2017

O Estatuto do Estrangeiro priorizava a segurança nacional, protegia os interesses dos nacionais brasileiros até ser substituído pela Lei de Imigração 13445/2017 que estabelece que a política migratória seja regida pelos Direitos Humanos, por repúdio a qualquer discriminação e pelo tratamento de acesso igualitário, denota-se que é uma lei de grande avanço no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que se obteve maior proteção aos estrangeiros que ingressam no Brasil.

O art. 106 do Estatuto do Estrangeiro veta expressamente a participação de imigrantes em qualquer tipo de “representação de sindicato ou associação profissional, bem como de entidade fiscalizadora do exercício de profissão regulamentada”. Além disso, o Estatuto proíbe estrangeiros de “organizar desfiles, passeatas, comícios e reuniões de qualquer natureza” (Art. 107).

Por outro lado, a nova Lei de Migração, a fim de introduzir o imigrante na sociedade brasileira em situação igualdade com os nacionais, assegura ao indivíduo de qualquer nacionalidade o pleno “direito de associação, inclusive sindical, para fins lícitos” (Art. 4, inciso VII).

Conclui-se que a nova lei de imigração alterou relevantemente o que estava previsto no Estatuto do Estrangeiro, igualando direitos e deveres aos garantidos para os nacionais brasileiros em seu artigo 4º “ao migrante é garantida no território nacional, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)”. Dificultando o desamparo aos imigrantes, instigando a entrada de estrangeiros e resultando em maiores índices de imigração no Brasil.

## ■ 2.3 Principais Dificuldades dos Imigrantes no Convívio Social

Ressalta-se que convívio social não é fácil, devido a sociedade ser constituída por pessoas possuidoras de diversas opiniões, seja na família, no trabalho ou nas relações cotidianas. O convívio social é muito difícil para os imigrantes em razão de que ingressam em um país completamente novo e com muitos desafios, sendo a parte mais vulnerável e necessitam se adaptar.

A primeira barreira a ser vencida é o acolhimento. O fluxo recente de imigrantes para o território brasileiro gerou uma demanda de ampliação ou criação de infraestrutura para acolhimento desses imigrantes, porém observamos que o Estado Brasileiro não possui nenhum preparo para acolher dignamente esses imigrantes. No âmbito da lei, várias alterações foram e são realizadas para acolherem legalmente esses imigrantes, mas o que parece é que cabe ao Estado realizar somente instrumentos jurídicos que autorizam a permanência desses imigrantes em solo brasileiro, sem criar instrumentos socio culturais, que promovam o acolhimento, a inserção e integração dos imigrantes na sociedade. (REZENDE SILVA e FERNANDES, 2017, p. 51).

A segunda dificuldade enfrentada por imigrantes é o idioma, observa-se que a língua oficial do Brasil é portuguesa e a maior parte dos imigrantes não sabem falar e não compreendem esta linguagem. Neste sentido, é notável que os imigrantes encontrem maiores obstáculos em conseguir trabalho, solicitar informações e conviver em sociedade.

Comunicação, em particular, a prática do idioma, tem um papel de destaque na inserção dos imigrantes, pois através do domínio do idioma local os migrantes conseguem desenvolver laços com novos atores, incorporando assim a cultura brasileira e tornando possível a ascensão profissional. Quando o idioma é aprendido, estreitam-se os laços com a sociedade, o que ajuda na definição de uma nova identidade que é incorporada ao longo dos anos em que vão assimilando a nova cultura. (SÁ, 2015,[s.n]).

Por fim, surge a terceira dificuldade enfrentada por imigrantes, nas palavras de Rezende Silva e Fernandes, 2017, pág. 56:

O terceiro obstáculo a ser superado pelo imigrante no Brasil são as questões ligadas ao preconceito, racismo e a xenofobia. Vivemos em uma sociedade onde a maior parte dos brasileiros se declara descendentes dos africanos ou assumem ser mestiça, em suma uma população miscigenada, marcada por vários traços de múltiplas culturas. Mas isso não garante ao imigrante estrangeiro, ou até mesmo ao cidadão brasileiro, uma vivência harmônica ou a garantia de que será aceito nessa sociedade, sobretudo se o imigrante for negro, pobre e em situação de extrema vulnerabilidade social, o que acontece com o grupo de imigrantes pesquisado.

Logo, o imigrante possui como obstáculos essas minorias, ainda que grande parte das pessoas brasileiras se declaram descendentes de africanos, salienta-se que este fato não garante ao imigrante a garantia de que será aceito na sociedade brasileira. É preciso que exista uma lei que seja mais punitiva na prática.

#### ■ 2.4 Possíveis Medidas que o Poder Público poderia adotar com o objetivo de combater o Racismo, Discriminação e Xenofobia

É indiscutível que a Constituição Federal e a Lei de Imigração foram criadas com o objetivo primordial de combater essas minorias por intermédio da possibilidade de uma punição, entretanto, os índices de minorias prevalecem altos. Neste sentido, surge a necessidade de o Poder Público adotar novas medidas no intuito de decair as minorias existentes em todo o território nacional Brasileiro.

No que concerne ao combate ao racismo e discriminação refere-se aos Órgãos de Atendimento Público, precipuamente os que são responsáveis por emitir documentos de Identificação e aos Órgãos Públicos de Saúde, contratando profissionais especializados na linguagem falada por imigrantes, facilitando a sua acessibilidade. E a inserção da cultura africana nas escolas de ensino fundamental, possibilitando que as crianças e adolescentes aprendam desde pequenos a respeitar e se socializarem com imigrantes.

Já, no que concerne ao combate à xenofobia, o Órgão Público poderia criar um conjunto de palestras a respeito do tema, a serem assistidas com enfoque em pessoas da vida adulta com o intuito de conscientiza-las, isto é, incentivando a pacificação social e promovendo que as mesmas procedam com alteridade aos imigrantes.

Logo, compreende-se que é impossível pôr fim a prática dessas minorias já que não há como mudar esses paradigmas, mas é possível diminuí-las. Entretanto, a sociedade carece de meios eficazes, denota-se que o Estado brasileiro está distante de adotar tais medidas, seja em razão de uma política pré-estabelecida ou por falta de recursos sócio- econômicos.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os imigrantes ingressam no país com olhos para o futuro, almejam e possuem expectativas de uma vida melhor para si mesmo e para a sua família. Atualmente, muitas pessoas em busca de oportunidades e melhores condições de vida, arriscam e se sujeitam aos desafios de entrar em um país desconhecido, a maioria vem com pouco dinheiro visando um trabalho digno que ofereça uma boa remuneração.

Entretanto, ao chegarem no Brasil, levam um choque de realidade e percebem que não é tão bom quanto parecia, tendo em vista que diariamente se deparam com pessoas que as ofendem com minorias sem estender a mão para ajudá-las ou tentarem compreendê-las. A falta de humanidade com os imigrantes é elevada, precisa-se que haja conscientização na sociedade atual a fim de se colocar no lugar do outro.

A compreensão de que o povo brasileiro viola os direitos humanos é verdadeira, sendo comprovados pelo desafio que os imigrantes vivenciam no atual cenário. Contudo, ainda que haja leis que regulamentem os direitos dos imigrantes e objetivam responsabilizar aos que praticam minorias, carece-se de um instrumento eficaz que sensibilize a nação brasileira.

### 4. REFERÊNCIAS

CUSHMORE, E. **Dicionário de relações étnicas e raciais**. São Paulo: Summus, 2000.

REZENDE, Filipe Silva e FERNANDES, Duval. **Desafios enfrentados pelos imigrantes no processo de integração social na sociedade brasileira**. Minas Gerais: [s.n], 2017.

SÁ, Patrícia Rodrigues Costa de. **As redes sociais de haitianos em Belo Horizonte: análise dos laços relacionais no encaminhamento e ascensão dos migrantes no mercado de trabalho**. In: Cadernos OBMigra. Brasília, v.1, n.3, p.99-127, 2015.

RIVABEM, Schaefer Fernanda. **A dignidade da pessoa humana como valor-fonte do sistema constitucional brasileiro**. Paraná, pág.12, 2002, apud SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 60, 2002.

SIDOU, José Maria Othon. **Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. 11ª Ed: Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

## NOVOS IMIGRANTES, DILEMAS ANTIGOS: XENOFOBIA E VIOLAÇÕES DE DIREITOS

Camila Bertelli Kodric<sup>379</sup>  
Thainara Nascimento dos Santos<sup>380</sup>

### RESUMO

O presente trabalho propõe uma análise sobre a migração dos venezuelanos para o Estado Brasileiro, visto a grave crise política, econômica e social que assola o país vizinho. Para isso, estabelecendo uma conexão interdisciplinar entre o direito constitucional e o direito internacional na esfera da proteção dos direitos humanos abrangendo as questões migratórias, procura-se verificar na legislação interna quais são os dispositivos que regulamentam as migrações e auxiliam os migrantes para estabelecer-se no país. De acordo com o conceito trazido pela Organização Internacional para Migrações (OIM) em 2009, migração é um processo de atravessar uma fronteira internacional ou de um Estado. É um movimento populacional que compreende qualquer deslocamento de pessoas, independentemente da extensão, da composição ou das causas, podendo incluir tanto a migração de refugiados, quanto de pessoas deslocadas, pessoas desenraizadas e migrantes econômicos. A proteção ao migrante tem se tornado tema das mais amplas reuniões internacionais, visto que no atual contexto mundial, o fluxo migratório seja ele para fugir da fome ou da guerra aumenta, a legislação deve caminhar em consonância para protegê-los e dar maior segurança jurídica. A questão problema é analisar como está se dando a migração dos venezuelanos para o Brasil, assim como estabelecer uma comparação com a migração dos Haitianos em meados de 2010. Posteriormente, procura-se verificar se os venezuelanos sofrem com a xenofobia e o que a legislação doméstica têm para oferecer e garantir a dignidade desses migrantes. Para realizar o presente estudo, utilizou-se o método bibliográfico documental com busca em legislações, livros e artigos acerca do tema, traçando como problema de pesquisa o seguinte questionamento: a Constituição cidadã, no que concerne ao direito fundamental de ir e vir, tocante aos cidadãos imigrantes, é efetiva ou percebe-se apenas um direito nominal? Identifica-se a existência de influências para a eficácia da cláusula pétrea?

**PALAVRAS-CHAVES:** Direitos Humanos, Xenofobia, Direitos Fundamentais, Constituição.

### 1. INTRODUÇÃO

O objeto desse artigo é propor uma relação interdisciplinar entre o direito constitucional e o direito internacional na esfera da proteção dos direitos humanos abrangendo as questões migratórias, utilizando como exemplos, as grandes migrações de Haitianos e Venezuelanos para o Brasil.

Para tanto, preliminarmente, será feita uma breve contextualização histórica, expondo desde o surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU) a aprovação da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) trazendo nesse contexto uma explicação sobre direitos humanos. Em um segundo momento, será explicitado a respeito das migrações no Brasil e a nova Lei de Migração, entrando em vigor em 2017, trazendo alguns dos fatores para tal mudança legislativa.

Por fim, será feita uma exposição das migrações haitianas e venezuelanas para o Brasil, trazendo os fatores para tal migração assim como a postura legislativa do Brasil frente a essa leva de recém-chegados no país.

<sup>379</sup> Acadêmica do curso de Direito no Centro Universitário Católica de Santa Catarina – Joinville. E-mail: [camila.kodric@catolicasc.org.br](mailto:camila.kodric@catolicasc.org.br)

<sup>380</sup> Acadêmica do curso de Direito no Centro Universitário Católica de Santa Catarina – Joinville. E-mail: [thainara.nascimento88@gmail.com](mailto:thainara.nascimento88@gmail.com)

## 2. DESENVOLVIMENTO

### ■ 2.1. Contexto Histórico

Segundo Mattos<sup>381</sup> (2008), a ONU surgiu em 1945 em decorrência da 2ª Guerra Mundial, visando promover a manutenção da paz e da segurança internacional, o desenvolvimento das relações amistosas entre os Estados e ampla cooperação internacional. Tem-se também, o princípio da não-intervenção para garantir a autodeterminação dos Estados, não permitindo a intervenção em assuntos que dependem essencialmente da jurisdição interna, exceto em ações relativas a ameaças e rupturas da paz.

Para a manutenção dessas convicções extraídas da Carta das Nações Unidas, a ONU poderá utilizar medidas, por meio da justiça e do direito internacional, para solucionar pacificamente as controvérsias e atentados a esses princípios.

Os Estados, apesar de serem nações organizadas jurídica e politicamente com governos próprios e soberanos, necessitam estabelecer princípios fundamentais à ordem jurídica internacional, dentre os quais se destacam: efetividade, reciprocidade e legitimidade, afirma Mattos<sup>382</sup> (2008).

O princípio da efetividade caracteriza-se na relação existente entre o fato e a norma jurídica e a norma jurídica com a realidade social. Já o princípio da reciprocidade envolve um Estado permitindo um tratamento igual ou equivalente a outro Estado. E por fim, o princípio da legitimidade é a busca de valores existentes.

Com base nos princípios apresentados acima, e a integração dos Estados após a 2ª Guerra Mundial, surgiu a necessidade de elaborar documentos que viessem a proteger os cidadãos e a sociedade global. Dentre os documentos, está a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) que fundamentou a preocupação com o homem, sua existência, liberdade e dignidade.

A esse fenômeno Piovesan<sup>383</sup> (2008) denomina como “Direito Internacional dos Direitos Humanos” sendo baseado na concepção de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos humanos de seus cidadãos e de que todas as nações e a comunidade internacional têm o direito e a responsabilidade de protestar, se um Estado não cumprir suas obrigações. Ainda afirma que o Direito Internacional dos Direitos Humanos consiste em um sistema de normas internacionais, procedimentos e instituições desenvolvidas para implementar esta concepção e promover o respeito dos direitos humanos em todos os países, no âmbito mundial. Com isso, fortalece-se a ideia de que a proteção aos direitos humanos não deve ser restrita a competência nacional, visto que o tema é de interesse internacional.

A aprovação DUDH introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais<sup>384</sup>.

### ■ 2.2. Migrações no Brasil e a Nova Lei Migração

A proteção dos direitos dos migrantes conta com mecanismos globais, regionais e do direito interno dos Estados sendo que tais mecanismos atuam de maneira conjunta e complementar visando amenizar as violações dos seres humanos que se encontrem nessa condição.

De acordo com a ACNUR<sup>385</sup>, o posicionamento internacional do país nos últimos anos também tem demonstrado uma maior maturidade da sua política de direitos humanos inclusive aos migrantes, refugiados e apátridas.

<sup>381</sup> MATTOS, Adherbal Meira. **DIREITO DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS E DIREITO DE INTEGRAÇÃO**. Rio de Janeiro. Renovar, p.19, 2008.

<sup>382</sup> Id. p.133-134

<sup>383</sup> PIOVESAN, Flávia. **TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: JURISPRUDÊNCIA DO STF**. 2008. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16470-16471-1-PB.pdf>> Acesso em: 09/10/2018.

<sup>384</sup> Id.

<sup>385</sup> ACNUR. **Lei 9474/97 e Coletânea de Instrumentos de Proteção Internacional de Refugiados e Apátridas**. 4ª ed. Brasília. 2012.

A Constituição de 1988 foi publicada sob a visão de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundamentada na dignidade humana, que dentre os objetivos, está: promover o bem de todos sem preconceitos de origem raça, sexo, cor, idade, ou quaisquer outras formas de discriminação.

Com o aumento do fluxo migratório e a falta de inclusão do estrangeiro visando a garantia dos direitos humanos declarados na Constituição/88, tornou-se necessário criar uma lei que viesse a sanar essas lacunas, suprir os interesses dos migrantes e que caminhasse de acordo com a lei nacional e internacional vigente no país. Por conta dessas necessidades, criou-se a lei de migração que reformulou completamente a visão que se tinha do estrangeiro. Sob essa perspectiva, abandona-se a figura do estrangeiro (indesejável) e promove a figura do migrante, um ser humano com direitos e garantias inalienáveis.

A lei de migração considera o migrante com base na dignidade da pessoa humana assim como apresenta uma preocupação com desenvolvimento econômico e social, em consonância com as diretrizes de proteção internacional de direitos humanos, direitos dos migrantes e os princípios constitucionais trazidos com a CF/88.

Ademais, a lei trouxe o repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação como princípios que regem a política migratória brasileira assim como reforça o acesso para migrantes aos direitos e às liberdades civis, aos direitos sociais, culturais e econômicos.

### ■ 2.3. Haitianos no Brasil

Em janeiro de 2010, o Haiti foi devastado por um turbulento terremoto que, foi classificado na escala Richter de 7.3 graus, a catástrofe deixou em torno de 230 mil mortos e mais de um milhão de desalojados<sup>386</sup>. O acidente geológico desencadeou cenários de guerra, de calamidade pública no país que é conhecido como um dos mais pobres das américas. Frente às dificuldades humanitárias que já existiam, mas que foram agravadas pelo desastre, deu-se início a migração em grande escala, em que muitos haitianos chegaram ao Brasil clandestinamente por falta de recursos econômicos<sup>387</sup>.

Em suma, os migrantes ingressaram pelas fronteiras ao Norte do Brasil. Entretanto, assim que adentravam em solo brasileiro se depararam com múltiplas barreiras, dentre esses o auxílio ofertado pelo estado, do qual era ineficaz e insuficiente para suprir as demandas mais básicas; observado a crescente demanda de migrantes em um breve lapso temporal, agregado a falta de preparo para o acolhimento desses, sendo assim, inúmeros haitianos ficaram alojados em condições precárias fornecidas, ao modo que além do despreparo, os estados não tinham disponíveis recursos financeiros para suportar o elevado volume de migrantes, dado que a União não apoiava com retorno financeiro<sup>388</sup>.

Os migrantes se distribuíram pelo Brasil, com ajuda de diversas instituições e organizações privadas, ao exemplo da igreja católica, que na medida do possível conseguiu fazer parcerias com empresários para recolocar no mercado de trabalho os migrantes, ainda que a recolocação fosse em área diversa daquela de formação ou costume<sup>389</sup>.

Sendo assim, após a recolocar uma parcela considerável de migrantes no mercado de trabalho, surge o problema! Devido a vulnerabilidade dos migrantes, seja pelo idioma ou as condições de hipossuficiência financeira, entre outras, esses foram vítimas de trabalho análogo ao escravo, senão escravo literalmente<sup>390</sup>, por alguns 'empregadores' que visando o retorno financeiro de seus negócios, perceberam nesses a oportunidade de violar os direitos e garantias fundamentais indivisível ao ser humano, no que concerne à atividade trabalhista, ademais, esses migrantes passaram a vivenciar ataques racistas e xenofóbicos no país<sup>391</sup>. Deve-se observar que, demasiada parcela de migrantes não conseguiu empregos, em consequência da crise financeira do Brasil, e outros pela falta de documentação.

Visto isso, no geral a grande batalha dos haitianos foi e é em relação aos pedidos de refúgio, que em suma, não eram concedidos à medida que não se encaixavam nos critérios para concessão de refúgio<sup>392</sup>; do qual expõe a Lei Brasileira de refúgio nº 9.474/1997:

<sup>386</sup> <http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/coberturas/terremoto-no-haiti/a-historia.htm>

<sup>387</sup> <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2012/01/dezenas-de-imigrantes-haitianos-sao-barrados-na-fronteira-com-o-peru.html>

<sup>388</sup> <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2012/01/06/imigracao-de-haitianos-na-regiao-norte-preocupa-senadores>

<sup>389</sup> [https://brasil.elpais.com/brasil/2014/04/23/sociedad/1398251789\\_919724.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2014/04/23/sociedad/1398251789_919724.html)

<sup>390</sup> <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/08/haitianos-sao-resgatados-em-condicoes-de-escravidao-em-sp.html>

<sup>391</sup> <https://www.cartacapital.com.br/revista/953/no-brasil-o-odio-aos-imigrantes>

<sup>392</sup> <http://www.portalconsular.itamaraty.gov.br/refugio-no-brasil>

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Segundo a Secretaria de Justiça, o governo brasileiro entre 2010 e 2016 regularizou as condições migratórias 43.871 de haitianos, sendo que desses apenas 1 (hum) foi reconhecido como refugiado<sup>393</sup>, esses são dados de pedidos que foram deferidos como refúgio. Em consequência, observados esses e outros números, os migrantes haitianos ficaram classificados entre os cinco países que mais requerem visto de refúgio.

Logo, para que esses problemas sejam sanados, em resposta aos pedidos de refúgio pelos haitianos foi dado como resposta a esses pedidos de refúgio, em 12 de janeiro de 2012 foi concedida uma medida paliativa anunciada pelo Conselho Nacional de Imigração (CNIg), que é a Resolução 97/2012, da qual trata visto permanente a nacionais haitianos por razões humanitárias. Do qual dispõe:

O Conselho Nacional de Imigração, instituído pela Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980 e organizado pela Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, no uso das atribuições que lhe confere o Decreto nº 840, de 22 de junho de 1993, Resolve:

**Art. 1º** Ao nacional do Haiti poderá ser concedido o visto permanente previsto no art. 16 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, por razões humanitárias, condicionado ao prazo de 5 (cinco) anos, nos termos do art. 18 da mesma Lei, circunstância que constará da Cédula de Identidade do Estrangeiro. Parágrafo único. Consideram-se razões humanitárias, para efeito desta Resolução Normativa, aquelas resultantes do agravamento das condições de vida da população haitiana em decorrência do terremoto ocorrido naquele país em 12 de janeiro de 2010.

**Art. 2º.** O visto disciplinado por esta Resolução Normativa tem caráter especial e será concedido pelo Ministério das Relações Exteriores, por intermédio da Embaixada do Brasil em Porto Príncipe. Parágrafo único. Poderão ser concedidos até 1.200 (mil e duzentos) vistos por ano, correspondendo a uma média de 100 (cem) concessões por mês, sem prejuízo das demais modalidades de vistos previstas nas disposições legais do País.

A medida foi de grande valia, ao modo que a medida viabilizou a permanência regular dos migrantes, em face das condições humanitárias que teve como fato gerador ação da natureza, além de ampliar o acolhimento desses que antes não tinham previsão legal para esse tipo de situação, da qual habitava em um limbo jurídico.

Contudo, ainda que a Resolução do CNIg inicialmente tivesse dado vazão a uma parte dos migrantes haitianos, essa perdeu sua eficácia logo, visto que, a demanda de migração que no início (logo após a catástrofe natural) fosse ínfima, essa foi tomando corpo ao decorrer do tempo, e portanto, os cem vistos concedidos por mês passou a não suprir a demanda em larga escala. Logo, sobreveio Resolução nº 102/2013 que, derrubou a limitação do parágrafo único, do art. 2º, da resolução citada acima, que foi revogado.

Foram realizados vários atos jurídicos, como os exemplos acima, bem como, em 2018 que no dia 9 de abril, o Ministério da Justiça publicou no Diário Oficial da União (DOU) a concessão de visto humanitário para cidadãos haitianos e apátridas<sup>394</sup>

<sup>393</sup> <http://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/01/refugio-em-numeros-2010-2016.pdf>

<sup>394</sup> <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=515&pagina=57&data=09/04/2018>

A portaria ministerial Nº 10, DE 6 DE ABRIL DE 2018, visa a concessão de vistos humanitários que deverão ser requeridos exclusivamente a partir da embaixada do Brasil em Porto Príncipe, essa medida foi tomada em detrimento de políticas de combate as travessias clandestinas dos migrantes, que faziam travessias perigosas através de coiotes. Assim, como já aduzido pela ex-presidenta do Brasil Dilma Rousseff<sup>395</sup> quando visitou o Haiti em 2012 que, além da questão humanitária a medida serve para combater a travessia ilegal e o tráfico de pessoas.

#### ■ 2.4. Venezuelanos no Brasil

A relação migratória da Venezuela para com o Brasil sempre existiu, dada a proximidade fronteiriça, observando assim o livre trânsito entre os cidadãos. Todavia, o fluxo migratório tomou corpo no fim do governo Chavista, e com a crise mundial do petróleo, que em quase sua totalidade é a base da economia venezuelana. Esse cenário o era oposto, quando se tinha a ascensão do petróleo no mercado financeiro mundial, que tornou a Venezuela em outros tempos o país mais rico da América do Sul, ou seja, o mesmo objeto que levou o país a glória também o fez decair. Entretanto, deve-se expor que a tribulação econômica do país não se deu por culpa do petróleo ou especulação de mercado, mas sim de um governo mal administrado que levou a nação para um 'buraco sem fim'<sup>396</sup>

As consequências do desastre econômico venezuelano resumidamente foi colocar um número elevado de cidadãos abaixo da linha da pobreza, a ponto de ir a óbito por falta do mínimo existencial para sobrevivência. A partir disso, os venezuelanos perceberam no Brasil uma saída para um novo recomeço, somando no ano de 2016 segundo dados do Ministério da Justiça o número de 3.375 de pedidos de refúgio, e assim liderando o ranking da nacionalidade que mais solicitou o visto de refúgio, entretanto, não está no ranking dos vistos de refúgio concedidos, ainda que esse aumento em relação ao anterior (2015) foi de 307% a mais de solicitações<sup>397</sup>.

Diante do exposto, no ano de 2017 e 2018 como não estava previsto o avanço das migrações da Venezuela para o Brasil, gerou discussões políticas em torno da questão cogitando-se desde a criação de campos de concentração para os venezuelanos, medida exposta pelo deputado federal do RJ Jair Messias Bolsonaro, até em se fechar as fronteiras temporariamente para evitar a entrada dos migrantes, ou seja, decisão que fere as cláusulas pétreas da Constituição cidadã. A decisão foi julgada pela ministra do STF Rosa Weber que indeferiu o pedido da atual governadora do estado de Roraima, alegando dentre outros argumentos à Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados<sup>398</sup>, esses discursos só nutriram as relações xenofóbicas do local e no país a fora.

Com as tensões cada vez mais se elevando na fronteira, o ápice se deu quando um venezuelano foi morto a pauladas pela população em Roraima<sup>399</sup>, após desentendimentos com um cidadão brasileiro que também sendo morto. Dito isso, depois de outras tratativas feitas desde a intensificação migratória percebida em 2015, o Ministério da Justiça dispôs de uma solução *ad hoc*, via parecer interministerial nº 9, de 14 de março de 2018, que se destina aos nacionais venezuelanos para a concessão de visto humanitário. Do qual, declara:

Dispõe sobre a concessão de autorização de residência ao imigrante que esteja em território brasileiro e seja nacional de país fronteiriço, onde não esteja em vigor o Acordo de Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercosul e países associados, a fim atender a interesses da política migratória nacional. OS MINISTROS DE ESTADO DA JUSTIÇA, EXTRAORDINÁRIO DA SEGURANÇA PÚBLICA, DAS RELAÇÕES EXTERIORES E DO TRABALHO, no uso das atribuições que lhes conferem o art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 161, parágrafo único, do Decreto nº 9.199, de 20 de novembro de 2017, resolvem: Art. 1º - Esta Portaria regulamenta a autorização de residência ao imigrante que esteja em território brasileiro e seja nacional de país fronteiriço, onde não esteja em vigor o Acordo

<sup>395</sup> <http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/discursos/discursos-da-presidenta/declaracao-a-imprensa-da-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-em-porto-principi-haiti>

<sup>396</sup> <https://www.infomoney.com.br/bloomberg/mercados/noticia/4251173/como-hugo-chavez-destruiu-economia-mais-rica-america-latina>

<sup>397</sup> <http://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/01/refugio-em-numeros-2010-2016.pdf>

<sup>398</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=386012>

<sup>399</sup> <https://oglobo.globo.com/mundo/suspeito-de-assassinar-brasileiro-venezuelano-morto-pauladas-em-roraima-23050893>

de Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercosul e países associados.  
 § 1º - A autorização de residência de que trata o *caput* será de dois anos.  
 § 2º - A hipótese de atendimento à política migratória nacional, prevista nesta Portaria, não prejudica o reconhecimento de outras que possam ser futuramente adotadas pelo Estado brasileiro em portarias próprias.

A mesma conduta que anteriormente já havia sido realizada com os haitianos, e que, diversificou-se apenas os motivos para a concessão humanitária, considerado que, no primeiro caso, a motivação se deu sobre catástrofe natural, em que o evento por si só é capaz de destruir todo um vasto território (a depender da magnitude), caso do Haiti, que assolou o país que já era um dos mais pobres das Américas, e que hoje, mesmo com ajuda humanitária de vários países (dentre esses o Brasil), ainda não conseguiu se reestabelecer. No caso da Venezuela, que já foi um dos países mais ricos das Américas, a concessão do visto humanitário sobreveio justamente pela atual condição econômica do país que entrou em colapso, após a crise mundial do petróleo combinada com a má administração do Estado.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise obtida do contexto histórico e dos dados expostos, do qual foi possível a idealização desse trabalho, é notável que embora a época do início da migração em massa dos haitianos não tivéssemos solução jurídica para o caso específico, o Brasil ao longo do tempo foi se adaptando e adequando formas para garantir os direitos fundamentais previstos em nossa Carta Magna, sendo que tais direitos se aplicam também a cidadãos estrangeiros.

A Constituição Federal Brasileira é ampla, no que concerne o teor dos artigos, nela tem previsão para as mais diversas lides. Contudo, quando não há previsão específica deve ser interpretada, e quando isso não ocorre, aquele direito que em teoricamente deveria ser válido, se torna nominal, ao modo que, possui previsão legal, mas não é aplicado em nenhum âmbito.

Sendo assim, conquanto não houvesse previsão legal para a concessão de visto de refúgio, nos termos em que foi requerido dos migrantes do Haiti e Venezuela, dos quais não se encaixam nos moldes legalmente previstos para tal, nessas situações foi criado diversos atos para solucionar a lacuna jurídica não prevista. Logo, ainda que com dificuldade de se efetivar o tal direito, esse foi feito como visto nos casos os Estados descritos nos itens 2.3 e 2.4, essas medidas não só deram respostas às situações, bem como, tornaram o direito efetivo, deixando estes de serem apenas nominais.

Por fim, denota-se a forte influência dos Direitos Humanos em geral para a efetivação das cláusulas pétreas Constitucionais, seja no direito de ir e vir, as condições mínimas existenciais, e até mesmo no âmbito empregatício, sendo que esse órgão não mediu esforços para que se chegasse a uma solução satisfatória assim como a efetividade constitucional.

### 4. BIBLIOGRAFIA

ACNUR. **Lei 9474/97 e Coletânea de Instrumentos de Proteção Internacional de Refugiados e Apátridas**. 4ª ed. Brasília. 2012.

ACNUR. **Refúgio em Números**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/01/refugio-em-numeros-2010-2016.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

ACNUR. **Refúgio em números 2010-2016**. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/01/refugio-em-numeros-2010-2016.pdf>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

BENITES, Afonso. **Imigrantes haitianos se espalham pelo Brasil após fechamento de centro do Acre**. ELPAÍS, 2014. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2014/04/23/sociedad/1398251789\\_919724.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2014/04/23/sociedad/1398251789_919724.html)>. Acesso em: 29 nov. 2018.

Biblioteca Presidência da República. **Declaração à imprensa da Presidenta da República, Dilma Rousseff, em Porto Príncipe**. 2012. Disponível em: <<http://www.biblioteca.presidencia.gov.br/discursos/discursos-da-presidenta/declaracao-a-imprensa-da-presidenta-da-republica-dilma-rousseff-em-porto-principi-haiti>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

CARTA CAPITAL. **No Brasil o ódio aos imigrantes**. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/revista/953/no-brasil-o-odio-aos-imigrantes>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

DOU. **Acolhida humanitária para cidadãos haitianos e apátridas residentes na República do Haiti**. 2018. Disponível em: <<http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=515&pagina=57&data=09/04/2018>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

INFOMONEY. **Como Hugo Chávez destruiu a economia mais rica da América Latina**. 2015. Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/bloomberg/mercados/noticia/4251173/como-hugo-chavez-destruiu-economia-mais-rica-america-latina>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

Jornal Nacional. **Dezenas de Imigrantes haitianos são barrados na fronteira com o Peru**. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2012/01/dezenas-de-imigrantes-haitianos-sao-barrados-na-fronteira-com-o-peru.html>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

MARQUES, Marcelo. **Suspeito de assassinar brasileiro, venezuelano é morto a pauladas em Roraima**. O Globo, 2018. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/mundo/suspeito-de-assassinar-brasileiro-venezuelano-morto-pauladas-em-roraima-23050893>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

Memória Globo. **TERREMOTO NO HAITI**. 2010. Disponível em: <<http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/coberturas/terremoto-no-haiti/primeiras-noticias.htmf>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. **Refúgio no Brasil**. Disponível em: <<http://www.portalconsular.itamaraty.gov.br/refugio-no-brasil>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

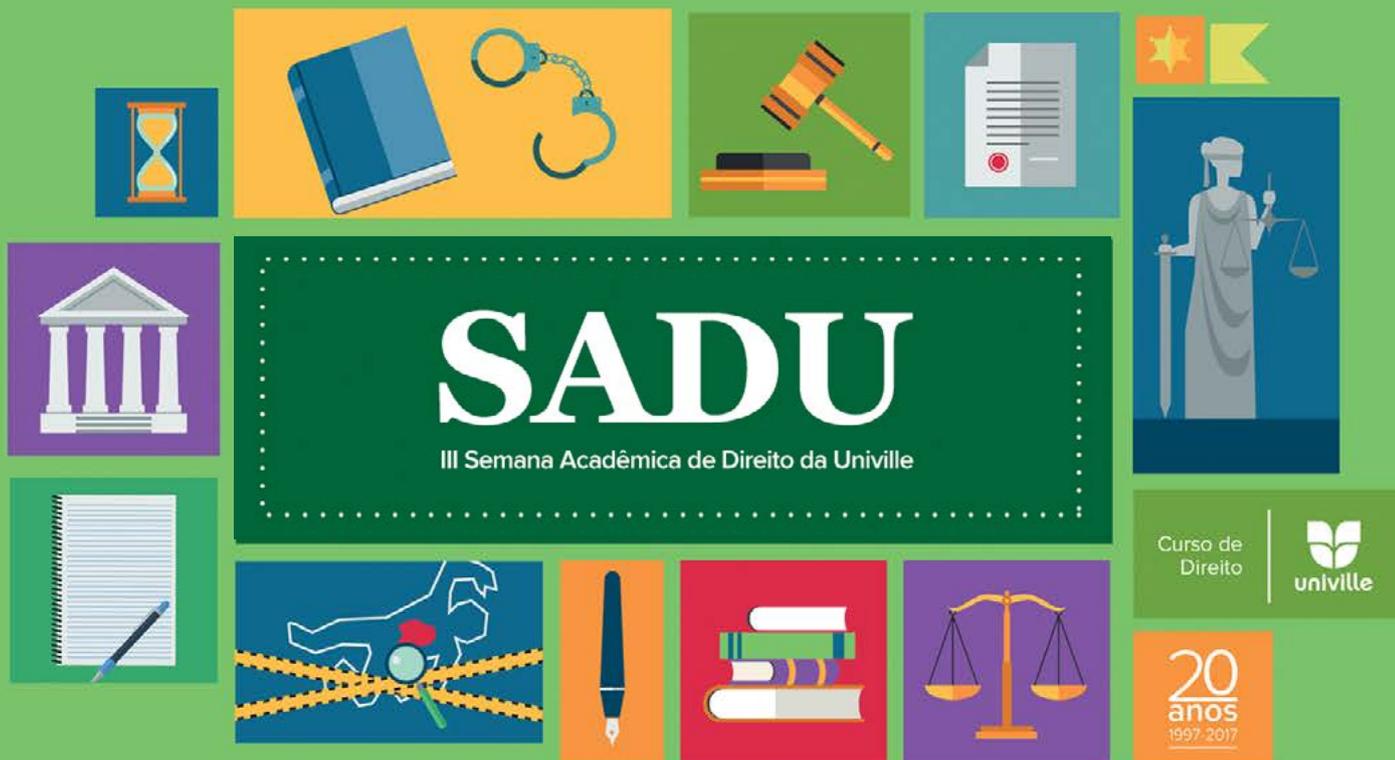
MATTOS, Adherbal Meira. **DIREITO DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS E DIREITO DE INTEGRAÇÃO**. Rio de Janeiro. Renovar, p.19, 2008.

O GLOBO. **Haitianos são resgatados em condições de escravidão em SP**. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/08/haitianos-sao-resgatados-em-condicoes-de-escravidao-em-sp.html>>. Acesso em: 05 nov. 2018.

Notícias STF. **Ministra nega pedido de RR de fechamento da fronteira com a Venezuela**. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=386012>>. Acesso em: 16 nov. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: JURISPRUDÊNCIA DO STF**. 2008. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16470-16471-1-PB.pdf>> Acesso em: 09/10/2018.

Senado Notícias. **Imigração de haitianos na região Norte preocupa senadores**. 2012. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2012/01/06/imigracao-de-haitianos-na-regiao-norte-preocupa-senadores>>. Acesso em: 15 nov. 2018.



# GRUPO DE TRABALHO: DIREITO CIVIL

## RUMO AO OVERRULING DA SÚMULA 326 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Victor Bambinetti Gonçalves<sup>400</sup>

### RESUMO

O presente trabalho visa refletir acerca da possibilidade de superação da Súmula 326, do Superior Tribunal de Justiça. Deste modo, inicialmente far-se-á uma breve explanação acerca da teoria geral dos precedentes e sua constante adoção na legislação pátria, com o intuito de explicar e demonstrar a existência do *overruling*. Após, será analisado a *ratio decidendi* dos precedentes que originaram o referido verbete. A metodologia a ser utilizada nesse sentido é a qualitativa. À guisa de conclusão, será realizada uma reflexão a respeito de sua atual aplicação, indagando acerca da sua possível superação.

**PALAVRAS CHAVES:** Precedentes, *Overruling*, Súmula 326.

### 1. INTRODUÇÃO

A legislação processual cível em vigor é oriunda de intensos debates no Senado Federal, pelo qual restou instituído uma Comissão de Juristas a fim de formular um Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Disso, resultou a Lei 13.105, de 2015, em vigor desde março de 2016. O diploma adveio com uma identidade de eliminar a máxima de Eduardo Coutore<sup>401</sup>, isto é, “justiça retardada é justiça denegada”, e aplicar a máxima do Ministro Luiz Fux “fazer bem e depressa”.<sup>402</sup>

Dentre os aspectos presentes com escopo de celeridade, possível compreender a busca de operacionalizar os institutos da *Civil Law* e da *Common Law*. Para Mitidiero, o Código de Processo Civil 2015 abarca em maior parte técnicas preventivas, prevalecendo essas sobre as repressivas, adotando uma perspectiva adscritivista da interpretação, sendo a jurisdição fundamental para construir o significado do Direito.<sup>403</sup>

Em razão disso, o legislador fez bem em positivar métodos de alteração de precedentes, visto sua importância no atual ordenamento. Afinal, não fosse assim, de pouco a pouco aqueles estariam

<sup>400</sup> Acadêmico do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: victor@fwjorge.com.br.

<sup>401</sup> COUTURE, Eduardo Juan; DE SOUSA, Rubens Gomes. Fundamentos do direito processual civil. Saraiva & Cia., 1946.

<sup>402</sup> FUX, LUIZ. Teoria Geral do Processo Civil, Forense, 2ª ed, Rio de Janeiro, 2016, p. 31.

<sup>403</sup> MITIDIERO, Daniel, Precedentes: da persuasão à vinculação, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 85.

ultrapassados, incapazes de cumprir seu papel na ordem social, com ausência de consistência sistêmica. Dessa forma, a aplicação dos precedentes não deve ser absoluta e perpétua, podendo ser revogados, alterados e até mesmo vencidos.

Remédio para tanto é o instituto do *overruling*, consistindo na superação e alteração integral do precedente<sup>404</sup>, fazendo com que se extinga sua força vinculante, nos moldes do artigo 927, §3º e 4º, do Código de Processo Civil.

Considerando essa hipótese, bem como o momento vigente, o presente artigo buscará analisar a Súmula 326, do Superior Tribunal de Justiça, a fim de compreender suas razões fáticas e jurídicas e indagar acerca da possibilidade de sua superação, respondendo se ainda resta presente a congruência social e coerência sistêmica<sup>405</sup>, fundamentais para sua permanência.

## 2. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA TEORIA DOS PRECEDENTES

Buscar o desenvolvimento de precedentes inevitavelmente significa almejar segurança jurídica. A previsibilidade de futuras decisões, bem como a compreensão da racionalidade do ordenamento jurídica e sua aplicação pelos magistrados são características daquela. Dessa forma, pode-se conhecer o modo de exercício e controle do poder Judiciário.<sup>406</sup>

O sistema de precedentes é originário do sistema inglês, isto é, a *Common Law*, sendo a segurança jurídica concedida à atividade judicial, por intermédio dos *oracles of the law*, ou seja, magistrados à época com o condão de criar vinculação jurídica as suas decisões proferidas.

Por sua vez, em completa divergência, havia o sistema francês e também na matriz alemã com Savigny, o que se chamou de *Civil Law*, teoricamente presente no sistema brasileiro. Por esse, há uma supremacia total da lei, confiando ao poder Legislativo a incumbência de proporcionar a segurança jurídica, e, dessa forma, impedindo o temido subjetivismo e arbitrariedade do julgador.

Contudo, há de se afastar críticas ao *Civil Law*, especialmente ao que se refere ao Direito Civil no sentido de que há ausência de valores, fatos, fixação absoluta do juiz à Lei, prevelência da Lei sobre a Constituição e até mesmo ofensa a dignidade humana, tendo em vista a inobservância das circunstâncias do caso concreto. Esses apontamentos de forma alguma adequa-se ao positivismo *kelseniano*, em tese, adotado no país.<sup>407</sup>

Cabe então ao magistrado, evidentemente sem arbitrariedade, interpretar a norma jurídica a qual certamente não será hábil para prever de modo integral qualquer lide, antes as limitações de linguagem, dessa forma, reduzindo a indeterminação do Direito, colaborando com a sua unidade.

Em virtude dessa imprescindível interpretação, denota-se uma constante aproximação entre o *Common Law* e *Civil Law*, consoante leciona a doutrina de Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

Existe uma recíproca aproximação entre as tradições *Civil Law* e de *Common Law* no mundo contemporâneo. De um lado, a tradição do *common law* cada vez mais trabalha com o direito legislado, fenômeno que já levou a doutrina a identificar a *statutorification do common law* e se perguntar a respeito de qual lugar do *common law* em uma época em que cada vez mais vigora o *statutory law*. De outro, a tradição de *civil law* cada vez mais se preocupa em assegurar a vigência do princípio da liberdade e da igualdade de todos perante o direito trabalhando com uma noção dinâmica do princípio da segurança jurídica, o que postula a necessidade de acompanharmos não só o trabalho do legislador, mas também as decisões dos tribunais, em especial das Cortes Supremas, como expressão do direito vigente.<sup>408</sup>

<sup>404</sup> MITIDIERO, Daniel, Precedentes: da persuasão à vinculação, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016.

<sup>405</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. "Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum.", Vol 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 616.

<sup>406</sup> MITIDIERO, Daniel, Precedentes: da persuasão à vinculação, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, pp. 20/21.

<sup>407</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz, Estatuto epistemológico do Direito Civil Contemporâneo na tradição do civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios, p. 3.

<sup>408</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. "Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum.", Vol 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 605.

No Brasil, essa aproximação deu-se com a vigência do Código de Processo Civil de 2015. Prova disso é o artigo 926 do diploma que preceitua “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Isso, concretiza-se pela elaboração dos precedentes por parte das Cortes Supremas, isto é, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, as quais, conforme interpreta-se da Constituição Federal, tem como incumbência uniformizar a legislação constitucional e federal no país.

Dessa forma, estariam responsáveis pela construção da unidade do direito, fornecendo soluções por intermédio de casos precedentes, contribuindo para a convergência do entendimento dos tribunais inferiores, e, por conseguinte, com a própria segurança jurídica.<sup>409</sup>

Com o intuito de confirmar a aproximação com o *Common Law*, o artigo 927<sup>410</sup>, do Código de Processo Civil, elenca hipóteses corroborando a vinculação dos precedentes, embora não lhe defina, cumpre então discorrer acerca de seu conceito, concluindo a respeito da taxatividade ou não do dispositivo supracitado.

Para Fredie Didier Jr “Em *sentido lato*, o *precedente* é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”.<sup>411</sup> Esse “elemento normativo” seria as próprias razões constantes da justificação da decisão.<sup>412</sup> Em síntese, aqueles fundamentos que possam identificar as decisões judiciais, lhe caracterizando não como individual mas universal, geral, apta para ser aplicada em demandas similares.<sup>413</sup>

Tais razões são a *ratio decidendi*, ou seja, “*generalização das razões* adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso ou as *questões* de um caso pelo juiz”.<sup>414</sup> Busca-se da decisão aqueles elementos que caracterizam seus extratos formais, compreendendo os motivos que lhe levaram a determinada conclusão. Evidente que não há casos integralmente semelhantes, devendo o magistrado realizar a ponderação, analisando se será caso ou não de adequação ao precedente.

Por seu turno, aquela fundamentação dispensável, isto é, que não qualifica-se como pressuposto da convicção adotada é chamada de *obiter dictum*. Michele Taruffo assim diferencia os dois elementos, com uma leve crítica em suas análises:

[...] entre *ratio decidendi*, ou seja, a regra de direito que foi posta com fundamento direto da decisão sobre os fatos específicos do caso, e *obiter dictum*, ou seja, todas aquelas afirmações e argumentações que estão contidas na motivação da sentença, mas que, mesmo podendo ser úteis para a compreensão da decisão e dos seus motivos, todavia não constituem parte integrante do fundamento jurídico da decisão. Esta distinção pode ser difícil de traçar na prática, mas é fundamental para se fazer entender como apenas por meio da referência direta aos fatos da causa é que se pode determinar qual é a razão jurídica efetiva da decisão, ou seja, a *ratio* que somente pode ter eficácia de precedente. Os *obiter dicta* não têm nenhuma eficácia e não podem ser invocados como precedentes nas decisões dos casos sucessivos, já que não condicionaram a decisão do caso anterior. Esta distinção não é desconhecida no âmbito da nossa jurisprudência, mas não vem sendo aplicada com o necessário rigor: não é raro que os enunciados conttenham *obiter dicta*, já que quem formula o enunciado frequentemente extrai do texto da sentença qualquer

<sup>409</sup> MITIDIERO, Daniel, Precedentes: Da persuasão à vinculação, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, pp. 90/91.

<sup>410</sup> Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

<sup>411</sup> DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paulo Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria, Curso de Direito Processual Civil, Vol 2, 10ª edição, Salvador, JusPodivum, 2015, p. 441.

<sup>412</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. “Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum.”, Vol 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 613.

<sup>413</sup> DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paulo Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria, Curso de Direito Processual Civil, Vol 2, 10ª edição, Salvador, JusPodivum, 2015, p. 443.

<sup>414</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. “Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum.”, Vol 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 613.

enunciação jurídica sem verificar se essa é a base efetiva da decisão; na prática judiciária, comporta-se não raramente desse mesmo modo, fazendo referência a qualquer parte da sentença que pareça útil invocar como precedente. Dessa forma, torna-se de tudo incerto que coisa seja essa que se utiliza para reforçar a justificação da decisão sucessiva, de tal forma que o obter dictum pode – se bem que indevidamente – “fazer precedente”.<sup>415</sup>

Portanto, um precedente possui os mencionados elementos, sendo indispensável sua construção de modo qualitativo e substancial, capaz de justificar a necessidade de que casos iguais sejam julgados da mesma forma e, levando em consideração ainda que, havendo mudanças de condições históricas, legislativas ou mesmo outro caráter, possam os tribunais criarem outro precedente.<sup>416</sup>

Dito isso, podemos convergir com Mitidiero, o qual observa que precedente é um conceito qualitativo, material e funcional.<sup>417</sup> Qualitativo pois somente as razões jurídicas necessárias podem ser qualificadas como precedente, ou seja, a própria *ratio decidendi*. Material em razão da dependência para com seu contexto fático-jurídico, os quais foram indispensáveis para a elaboração à época. E, por fim, funcional, vez que somente Cortes competentes para tanto (no Brasil somente o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça) podem formular precedentes.

Pois bem, antes de adentrar ao overruling, para fins deste trabalho, bem como em razão da conclusão acima, ainda cumpre anotar algo simples. Súmula não é precedente, mas sim enunciados que visam tão somente retratar um rol de precedentes, tal qual a Súmula 326, do Superior Tribunal de Justiça, originária de uma série de precedentes anteriores a sua publicação.

### 3. A IMPRESCINDÍVEL TÉCNICA DE SUPERAÇÃO

O Direito sempre está se atualizando, sendo alvo diário de mudanças por intermédio do Poder Legislativo. Isso ocorre, dentre outras razões, em virtude da constante alteração da própria sociedade, ainda mais em época pós-moderna, na qual a velocidade de fatos predomina. Ora, o Direito é necessário para regular o modo de vida do cidadão, sendo assim, com a mudança desse, notório que deverá também haver alteração naquele.

Esse fato também ocorre com os precedentes. Afinal, partindo do pressuposto de sua vinculação, denota-se que também deverá deixar de ser aplicado, ou então, passar por uma atualização, no momento em que não cumprir com seu papel na ordem social, não possuindo consistência sistêmica como anteriormente. Por conseguinte, precedentes também devem ser revogados, alterados e superados.

Atento a isso, o Código de Processo Civil vigente é cristalino em prever a técnica de superação, fazendo com que o precedente possa perder sua força vinculante, sendo substituído por outro adequado ao novo contexto social.<sup>418</sup> É nesse sentido que dispõe o artigo 927, §4º, do diploma mencionado.

*Overruling*, portanto, é a técnica de superação dos precedentes, chamada à baila quando há necessidade de uma nova compreensão para reger o caso.

Oportuno fazer uma observação a respeito do dispositivo citado, vez que aquele limita-se a indicar “julgamento de casos repetitivos”, fazendo o leitor se remeter ao Superior Tribunal de Justiça. Contudo, deverá ser atendido também em casos de Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal, pecando o legislador neste aspecto<sup>419</sup>, perfeitamente sanável por intermédio de uma interpretação teleológica da norma.

A superação poderá ser aplicada por diversas razões, mas, principalmente, quando não houver mais coerência sistêmica, não guardando coerência com outras decisões e com novos dispositivos legais, haja vista que, a partir deste ponto, diverge de sua própria finalidade, isto é, proporcionar estabilidade, previsibilidade e harmonia ao sistema jurídico.

Assim, o overruling tem o condão de revisar integralmente o precedente, não apenas lhe limitando,

<sup>415</sup> TARUFFO, Michele, Precedente e jurisprudência, Revista do Processo nº 199, 36, São Paulo, RT, setembro de 2011, pp. 145/146.

<sup>416</sup> ROSSI, Julio César, Precedentes à brasileira: A jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC, Atlas, 2015, São Paulo, p. 134.

<sup>417</sup> MITIDIERO, Daniel, Precedentes: Da persuasão à vinculação, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 104.

<sup>418</sup> DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paulo Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria, Curso de Direito Processual Civil, Vol 2, 10ª edição, Salvador, JusPodivum, 2015, p. 494.

<sup>419</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 4ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 358.

mas lhe extirpando do sistema jurídico, razão pela qual deve ser exigida precisa fundamentação para sustentar a superação.

Existem duas variações do instituto, isto é, a sinalização e a antecipação. O primeiro consiste em um aviso prévio do tribunal julgador, contrariando o precedente e emitindo um sinal de alerta para a comunidade jurídica. Já o último, significa a ausência de uso do precedente pelas instâncias inferiores, acarretando a perda de efeitos.

#### 4. A RATIO DECIDENDI DOS PRECEDENTES RETRATADOS PELA SÚMULA 326, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em 22.05.2006, publicou o verbete 326, com a seguinte redação “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”. A edição representou a *ratio decidendi* de doze precedentes.<sup>420</sup> Importante consignar que as decisões são datadas de 2000 a 2005, dessa forma, encontrando-se ainda em período de transição entre o Código Civil de 1916 e Código Civil de 2002, principalmente, no tocante à responsabilidade civil, e, por conseguinte, o dano moral.

O primeiro aspecto relevante que originou a Súmula é a dificuldade de mensuração do dano moral. Nesse sentido, extrai-se do Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 459.509-RS, de relatoria do atual Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux:

Dada a multiplicidade de hipóteses em que cabível a indenização por dano moral, aliada à dificuldade na mensuração do valor do ressarcimento, tem-se que a postulação contida na exordial se faz em caráter meramente estimativo, não podendo ser tomada como pedido certo para efeito de fixação de sucumbência recíproca, na hipótese de a ação vir a ser julgada procedente em montante inferior ao assinalado na peça inicial.

Dessa senda, havia uma notória dificuldade de fixação do *quantum* compensatório, assim, configurando sua qualidade de arbitragem meramente estimativa por parte do pleiteante, sendo dever do magistrado aquilatar corretamente, consoante o caso concreto, razão pela qual o acolhimento de valor inferior ao indicado na peça vestibular não importaria em sucumbência recíproca.

Já no Recurso Especial nº 579.195/SP, de relatoria do Ministro Castro Filho, compreende-se outro fator imprescindível para a formulação da Súmula:

Por outro lado, quanto ao segundo ponto, em se tratando de reparação por dano moral, não fica o magistrado jungido aos valores pretendidos pelo autor, na inicial. Por isso, reconhecido o direito à reparação, ainda que esta venha a ser fixada em valores muito inferiores à quantia pleiteada pelo autor, não há falar em êxito parcial ou sucumbência recíproca. A sucumbência é total, uma vez que o objeto do pedido é a condenação por dano moral. Escapando o valor da condenação à vontade do ofendido e inexistindo, consoante a sistemática de nosso direito positivo, tarifação para os casos de lesão ao patrimônio imaterial, desde que procedente o pedido, o êxito da parte autora é sempre total, a menos que, tendo havido cumulação de pedidos, num deles haja sucumbido. Não é o caso.

Desse, depreende-se a ampla liberdade do julgador com o arbitramento da verba, sendo cristalino que o juízo não ficaria adstrito ao pedido. Disso, nota-se que a verba tanto poderia ser maior quanto menor, corroborando a tese de impossibilidade integral de mensuração do *quantum*.

Em síntese, pode-se resumir a *ratio decidendi* dos precedentes retratados pela Súmula 326, do

<sup>420</sup> AgRg no Ag 459.509-RS (1ª T, 25.11.2003 – DJ 19.12.2003) EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no AgRg nos EDcl nos EREsp 197.411-ES (2ª S, 08.08.2001 – DJ 17.09.2001) REsp 254.300-SP (4ª T, 03.08.2000 – DJ 11.09.2000) REsp 265.350-RJ (2ª S, 22.02.2001 – DJ 27.08.2001) REsp 431.230-PR (4ª T, 22.03.2005 – DJ 16.05.2005) REsp 432.177-SC (4ª T, 23.09.2003 – DJ 28.10.2003) REsp 488.024-RJ (3ª T, 22.05.2003 – DJ 04.08.2003) REsp 575.078-RO (4ª T, 19.08.2004 – DJ 27.09.2004) REsp 579.195-SP (3ª T, 21.10.2003 – DJ 10.11.2003) REsp 615.939-RJ (3ª T, 18.11.2004 – DJ 04.04.2005) REsp 713.682-RJ (2ª T, 1º.03.2005 – DJ 11.04.2005).

Superior Tribunal de Justiça da seguinte forma: a) à época dos julgados encontrava-se imensa dificuldade em sua mensuração, não constituindo pedido certo; b) o julgador não ficava adstrito ao valor aquilutado.

## 5. A MUDANÇA DOS ASPECTOS FÁTICOS-JURÍDICOS

Uma das razões para a indagação no que tange a dificuldade de mensuração do dano moral, é a própria dificultosa aceitação daquele no mundo jurídico. No Código de 1916, por exemplo, sequer havia previsão expressa nesse sentido, tendo expoentes doutrinados contra o instituto. Orlando Gomes<sup>421</sup>, em obra publicada em 1961, manifestou-se contrário ao ressarcimento por dano moral, em virtude da omissão legislativa, mesmo sendo um dos maiores civilistas sociólogos à época.

Em período anterior a Constituição Federal de 1988, destacava-se pela defesa do dano extrapatrimonial José de Aguiar Dias<sup>422</sup> e Wilson Melo da Silva<sup>423</sup>, com textos publicados em 1944 e 1955, respectivamente.

Todavia, após intensa discussão doutrinária a Constituinte instalada no Congresso Nacional, ainda em 1987, sanou as dúvidas, promulgando a Carta Magna vigente contendo cláusula pétreia prevendo o dano moral, podendo ser encontrado no Título referente aos Direitos e Garantias Fundamentais, mais especificamente no artigo 5º, V. Dessa forma, tal que afirma Marco Aurélio Bezerra de Mello “não há mais espaço para dúvidas acerca do direito ou não ao ressarcimento por dano moral”.<sup>424</sup> O Código Civil de 2002 veio apenas para corroborar o entendimento, destacando a espécie imaterial em seu artigo 186.

Após sua afirmação, diversas teorias detacaram-se visando delimitar sua conceituação, dentre elas: a) a que entende o dano moral como dano extrapatrimonial; b) dano moral como sofrimento nos aspectos físicos e/ou espiritual; c) e dano moral como lesão ao direito da personalidade.

A primeira teoria concebe o dano como aquele não econômico, contudo, sem desvelar seu verdadeiro conceito, sendo, portanto, insatisfatória. Por sua vez, aqueles defensores<sup>425</sup> da segunda teoria afirma que o dano moral evidencia-se nas aflições, sofrimento, desequilíbrio, enfim, sensações desagradáveis.

Deveras respeitável as conceituações acima, prefere-se desvelar o dano moral a partir de uma leitura civil-constitucional, e, por intermédio dessa, entende-se aquele como a ofensa a quaisquer direitos da personalidade, tais quais honra, imagem, nome e intimidade, assim, prestigiando a dignidade da pessoa humana.<sup>426</sup>

Pois bem. Dito isso, compreende-se de modo cristalino a notória dificuldade de mensuração do dano moral entre 2000 e 2005, justificando a *ratio decidendi* dos precedentes que originaram a Súmula 326, do Superior Tribunal de Justiça. Ocorre que, atualmente, isso já não é mais vislumbrado.

A jurisprudência pátria vem cada vez mais desenvolvendo um método objetivo para o arbitramento do *quantum* compensatório, sendo inúmeros os casos concretos com aquilatação cristalina e uniforme.

<sup>421</sup> GOMES, Orlando, Obrigações, 12ª edição, 1999, p. 272/273.

<sup>422</sup> DIAS, José de Aguiar, Da Responsabilidade Civil, 1944, vol. II, p. 302/307.

<sup>423</sup> SILVA, Wilson Melo da, O Dano Moral e sua Reparação, 1955.

<sup>424</sup> MELLO, Marco Aurélio Bezerra de, Responsabilidade Civil, Forense, São Paulo, 2018, p. 116.

<sup>425</sup> Como exemplo, pode-se citar: CAHALI, Yussef Said, Dano Moral, 4ª edição, 2011, DIAS, José de Aguiar, Da Responsabilidade Civil, 1944, vol. II.

<sup>426</sup> Esse posicionamento também é defendido por: e MORAES, Maria Celina Bodin de, Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais, 2003; CAVALIERI FILHO, Sérgio, Programa de Responsabilidade Civil, Atlas, São Paulo, 2017; MELLO, Marco Aurélio Bezerra de, Responsabilidade Civil, Forense, São Paulo, 2018 e TARTUCE, Flávio, Direitos das Obrigações e Responsabilidade Civil, 8ª edição, 2013.

Para tanto, adota-se o método bifásico, inclusive no âmbito do próprio Superior Tribunal de Justiça.<sup>427</sup> Marco Aurélio Bezerra de Melo assim lhe descreve:

Por ele, em um primeiro momento, o julgador deverá comparar a situação de lesão a interesse jurídico extrapatrimonial a outros equivalentes e chegar a um valor que venha sido adotado em situações análogas, sendo esta a primeira fase. Após esse primeiro momento que pressupõe o estudo dos precedentes judiciais, devem ser analisadas as questões específicas do caso concreto como a reprovabilidade da conduta do ofensor, assim como a sua capacidade econômica e a intensidade do sofrimento do ofendido ou, em outras palavras, a extensão do dano (art. 944, *caput*, CC).<sup>428</sup>

Embora não seja perfeito, por intermédio do mencionado método, é possível evitar subjetivismos e arbitrariedades, bem como corroborar uma estabilidade na jurisprudência, e, por conseguinte, a segurança jurídica, sem deixar de observar a equidade adequada para o caso concreto, impedindo também o temido tarifamento do dano moral.

Portando, em síntese pode-se concluir que, com a constante adoção do método bifásico, a verba compensatória não pode mais ser compreendida como imensurável tal qual como ocorria no início do século. Prova disso, é a uniformização das jurisprudências regionais em determinados casos concretos.

Para exemplificação, usar-se-á os julgados do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, optando por duas situações extremamente diárias nas Comarcas de *terrae brasiliis*, isto é, inscrições indevidas em órgãos de restrição de crédito e atraso em voo.

Em pesquisa realizada a fim de averiguar o arbitramento da verba pelos eminentes desembargadores catarinenses foi possível realizar uma média, dependendo do caso concreto, justificando o método explanado anteriormente. A respeito de inscrições irregulares, o Egrégio Tribunal fixa o montante entre R\$ 10.000,00 e R\$ 25.000,00.<sup>429</sup> Por sua vez, no que concerne à atraso em transporte aéreo, o valor fica entre R\$ 5.000,00 e R\$ 15.000,00<sup>430</sup>, podendo variar consoante o caso concreto.

Destarte, atualmente, não vige mais a insegurança jurídica da época, sendo perfeitamente possível mensurar o abalo moral, tendo como base os precedentes judiciais, principalmente em casos comuns, tais quais os citados. Há até mesmo doutrinadores<sup>431</sup> compreendendo o padrão na fixação da compensação pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual inclusive disponibilizou em seu sítio eletrônico pesquisa pronta para pesquisa sobre o tema.

Outro fator imprescindível de consideração é a mudança da legislação processual civil. Afinal, uma das *ratio decidendi* da Súmula 326 é o fato de o magistrado não ficar adstrito ao valor pleiteado. Ao tempo do Código de Processo Civil de 1973, o entendimento predominante era de que o autor não necessitava mencionar o valor almejado à título de dano moral, sendo dever do magistrado realizar a aquilatação.

Mesmo assim, já em sua vigência havia resistência por parte doutrina, defensora do pedido determinado, sob o argumento de que ninguém estaria em posição melhor para arbitrar o valor do que

<sup>427</sup> DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. INJÚRIA RACIAL. CRITÉRIOS VALORATIVOS PARA O ARBITRAMENTO. MÉTODO BIFÁSICO. 1. Ação de compensação por danos morais ajuizada em 2013, de que foi extraído o presente recurso especial, interposto em 23/09/2016 e concluso ao Gabinete em 28/04/2017. Julgamento pelo CPC/15. 2. O propósito recursal é decidir sobre os critérios valorativos para o arbitramento da compensação do dano moral por injúria racial [...]. 4. **As Turmas da Seção de Direito Privado têm adotado o método bifásico como parâmetro para valorar a compensação dos danos morais.** 5. No particular, o Tribunal de origem levou em conta a gravidade do fato em si, a jurisprudência local acerca da matéria, tendo em vista o interesse jurídico lesado, bem como as condições pessoais da ofendida e do ofensor, de modo a arbitrar a quantia considerada razoável, diante das circunstâncias concretas, para compensar o dano moral suportado pela recorrida. 6. Assim sopesadas as peculiaridades dos autos, o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), arbitrado no acórdão recorrido para compensar o dano moral, não se mostra exorbitante. 7. A falta de similitude fática, requisito indispensável à demonstração da divergência, inviabiliza a análise do dissídio. 8. Recurso especial desprovido. (REsp 1669680/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 22/06/2017).

<sup>428</sup> MELLO, Marco Aurélio Bezerra de, Responsabilidade Civil, Forense, São Paulo, 2018, p. 145.

<sup>429</sup> Nesse sentido: TJSC, Apelação Cível n. 0002908-95.2013.8.24.0045, de Palhoça, rel. Des. Rodolfo Cezar Ribeiro Da Silva Tridapalli, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 16-08-2018; TJSC, Apelação Cível n. 0302818-78.2016.8.24.0022, de Curitiba, rel. Des. Luiz Zanelato, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 02-08-2018; TJSC, Apelação Cível n. 0302102-22.2014.8.24.0022, de Curitiba, rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 14-06-2018.

<sup>430</sup> Nesse sentido: TJSC, Apelação Cível n. 0302251-48.2017.8.24.0075, de Tubarão, rel. Des. Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 07-08-2018; JSC, Apelação Cível n. 0300197-35.2016.8.24.0014, de Campos Novos, rel. Des. Fernando Carioni, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 10-07-2018; TJSC, Apelação Cível n. 0308716-26.2016.8.24.0005, de Balneário Camboriú, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 20-03-2018 e TJSC, Apelação Cível n. 2015.072152-6, de Curitiba, rel. Des. João Henrique Blasi, Segunda Câmara de Direito Público, j. 19-01-2016.

<sup>431</sup> CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

o ofendido.<sup>432</sup> Tal qual a insegurança acerca da existência do dano moral, essa discussão também restou encerrada, tendo em vista a entrada em vigência do Código de Processo Civil de 2015, mais especificamente de seu artigo 292, V.

A partir disso, é irrefragável, o valor da causa é obrigatório na petição inicial, inclusive constando a verba almejada à título de dano moral, sendo parâmetro para condenação em honorários, nos moldes do artigo 85, §2º, do mencionado diploma legal.<sup>433</sup> Com isso, denota-se o privilégio do princípio do contraditório. Acerca, disso Alexandre Freitas Câmara ensina que o pedido determinando da verba compensatório facilita os argumentos de defesa do réu para sua eventual minoração, sendo que na ausência, a parte adversa ficaria limitada em discorrer a respeito da sua existência ou não no caso concreto.<sup>434</sup>

Somado a isso, têm-se a necessária adstrição do julgador ao pedido formulado, com força dos artigos 141 e 492, do Código de Processo Civil, bem como do princípio da congruência, assim, limitando a extensão da decisão jurisdicional que deverá, portanto, a ele estar jungida.<sup>435</sup>

Dessarte, caso o autor valore o dano moral almejado em R\$ 10.000,00 e o magistrado fixe a verba em R\$ 20.000,00, resta flagrante a decisão *ultra petita*, ou seja, “a sentença que alcançar além da própria extensão do pedido, apreciando mais do que foi pleiteado”.<sup>436</sup>

## 6. DO OVERRULING DA SÚMULA 326, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Conforme ficou destacado anteriormente, são dois aspectos fáticos-jurídicos nos precedentes formadores da Súmula 326, quais sejam: a) a impossibilidade de mensuração do dano moral; b) a desnecessidade de valoração pelo autor, e, por conseguinte, de adstrição do magistrado ao valor arbitrado.

Contudo, há uma completa inversão atualmente destas *ratios decidendis*, pois, consoante foi demonstrado: a) perfeitamente possível a valoração do dano imaterial, existindo método objetivo para tanto e inúmeros precedentes fixando danos morais em casos concretos; b) segundo o vigente Código de Processo Civil é dever do pleiteante valorar o dano moral, não podendo o julgador decidir além desse, sob pena de implicar em julgamento *ultra petita*.

Porém, mesmo com as razões expostas, o Superior Tribunal de Justiça continua aplicando a referida Súmula<sup>437</sup>, mas sem analisar concretamente a colisão entre a *ratio decidendi* da época de sua edição e os atuais aspectos fáticos-jurídicos, os quais são divergentes.

Há ainda quem possa defender a tese de que, embora não acolhido o valor almejado, houve procedência no pedido de dano moral. Conquanto, tal argumento é ilógico se comparado com o dano material. Ora, se em uma causa foi pleiteado R\$ 50.000,00 de dano material e houve deferimento apenas de R\$ 5.000,00 há sucumbência recíproca. Portanto, quais as razões para não ter em pleito de R\$ 50.000,00 de dano moral e acolhimento apenas de R\$ 5.000,00, visto que em ambos os casos ocorreu vitória no dano, mas derrota na aquilatação. De qualquer sorte, este argumento ainda assim divergeria da *ratio decidendi* guerreada.

Na verdade, a superação somente contribuiria, facilitando o contraditório e impedindo pedidos infundados, sem correspondência com a real causa de pedir. Essa conduta, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves “constitui abuso de direito processual, por cercear o direito de defesa do réu, onerando o custo da taxa judiciária”.<sup>438</sup>

Dito isso, resta cristalino a superação dos precedentes judiciais discutidos no presente artigo, não havendo mais coerência sistêmica destes com a atual situação do instituto do dano moral.

## 7. CONCLUSÃO

<sup>432</sup> DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. V.1. 14ª Ed. Jus Podivm, 2012, p.471.

<sup>433</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo, *Curso Avançado de Processo Civil 2*, 16ª edição, Revista dos Tribunais, 2016, pp. 74/75.

<sup>434</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 192.

<sup>435</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo, *Curso Avançado de Processo Civil 2*, 16ª edição, Revista dos Tribunais, 2016, p. 96.

<sup>436</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo, *Curso Avançado de Processo Civil 2*, 16ª edição, Revista dos Tribunais, 2016, p. 96.

<sup>437</sup> AREsp 968713 SP 2016/0216437-6.

<sup>438</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*, 11ª edição, Saraiva, São Paulo, 2016, p. 416.

É momento de concluir. Precisa-se aceitar, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, os precedentes ganharam enorme importância, sendo irrefragável a função do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça de uniformizar a legislação.

Tais aspectos são vislumbrados por intermédio dos artigos 926 e 927, do vigente diploma processual cível. Esses, concedem uma determinada força vinculante ao precedente e determinam sua fiel observação pelos tribunais, com a finalidade de proporcionar segurança jurídica e até mesmo celeridade processual evitando recursos.

Pois bem. Com a valorização do sistema precedentes, evidente que deveria haver técnicas de superação destes, quando não mais condizerem com o contexto fático-jurídico em questão. Uma destas técnicas é o *overruling*, pelo qual é possível superar integralmente o precedente, de modo a não mais aplicá-lo.

A súmula 326, do Superior Tribunal de Justiça retratava diversos precedentes julgados entre 2001 e 2005, tendo como *ratio decidendi* a dificuldade de mensuração do dano extrapatrimonial à época, bem como a desnecessidade de seguir o eventual valor arbitrado pelo autor, sendo que sequer a aquilatação na inicial era necessária.

Entretanto, as razões fáticas-jurídicas não se adequam ao atual contexto, haja vista a imprecindível arbitragem do dano moral almejado na peça vestibular e o método objetivo de arbitramento da verba a ser seguido.

Dessarte, compreende-se a possibilidade de superação da Súmula 326, o que inibira o abuso de defesa processual e, por conseguinte, facilitaria o princípio constitucional do contraditório.

## 8. REFERÊNCIAS

CAHALI, Yussef Said, **Dano Moral**, 4ª edição, 2011;

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015;

CAVALIERI FILHO, Sérgio, **Programa de Responsabilidade Civil**, Atlas, São Paulo, 2017;

CIANCI, Mirna. *O valor da reparação moral*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

COUTURE, Eduardo Juan; DE SOUSA, Rubens Gomes. **Fundamentos do direito processual civil**. Saraiva & Cia., 1946;

DIAS, José de Aguiar, **Da Responsabilidade Civil**, 1944, vol. II;

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V.1. 14ª Ed. Jus Podivm, 2012;

DIDIER JR, Fredie, BRAGA, Paulo Sarno, OLIVEIRA, Rafael Alexandria, **Curso de Direito Processual Civil**, Vol 2, 10ª edição, Salvador, JusPodivm, 2015;

FUX, Luiz. **Teoria Geral do Processo Civil**, Forense, 2ª ed, Rio de Janeiro, 2016;

GOMES, Orlando, **Obrigações**, 12ª edição, 1999

GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil Brasileiro: **Responsabilidade Civil**, 11ª edição, Saraiva, São Paulo, 2016;

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. , Vol 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015;

MITIDIERO, Daniel, **Precedentes: da persuasão à vinculação**, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016

MELLO, Marco Aurélio Bezerra de, **Responsabilidade Civil**, Forense, São Paulo, 2018

MORAES, Maria Celina Bodin de, **Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**, 2003;

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz, **Estatuto epistemológico do Direito Civil Contemporâneo na tradição do civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios**;

ROSSI, Julio César, **Precedentes à brasileira: A jurisprudência vinculante no CPC e no Novo CPC**, Atlas, 2015, São Paulo;

SILVA, Wilson Melo da, **O Dano Moral e sua Reparação**, 1955;

TARTUCE, Flávio, **Direitos das Obrigações e Responsabilidade Civil**, 8ª edição, 2013;

TARUFFO, Michele, **Precedente e jurisprudência**, Revista do Processo nº 199, 36, São Paulo, RT, setembro de 2011.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, TALAMINI, Eduardo, **Curso Avançado de Processo Civil 2**, 16ª edição, Revista dos Tribunais, 2017.

## PONDERAÇÕES ACERCA DA POSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO CADE

Everton das Neves Gonçalves<sup>439</sup>

Joana Stelzer<sup>440</sup>

Amanda Karolini Burg<sup>441</sup>

### RESUMO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) garante o acesso à justiça e a inafastabilidade da jurisdição de forma ampla. Nessa perspectiva, o presente trabalho busca verificar se a previsão doutrinária admite a revisão judicial, inclusive, no que tange aos juízos de conveniência e de oportunidade, dos atos administrativos emitidos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Em suma, busca-se analisar se, e em que medida, tais decisões são passíveis de revisão perante o Poder Judiciário Brasileiro. Nesse sentido, tem-se como objetivo geral constatar se a doutrina vem admitindo que as decisões proferidas pelo Cade, no controle estrutural e de condutas, sejam revisadas pelo Poder Judiciário Pátrio. Por sua vez, são objetivos específicos: (i) descrever os procedimentos administrativos passíveis de instauração perante o Cade, e (ii) traçar os contornos do princípio da inafastabilidade da jurisdição, relacionando-o às posições doutrinárias acerca da revisão judicial dos atos administrativos. A metodologia de abordagem é indutiva, o método de procedimento é monográfico, e a técnica de pesquisa é bibliográfica. Conclui-se que, inexistente consenso doutrinário quanto à natureza, discricionária ou não, das decisões proferidas pelo Cade, bem como quanto à extensão da revisão.

**PALAVRAS-CHAVE:** Cade, Revisão Judicial, Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição.

### 1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) garante o acesso à justiça e a inafastabilidade da jurisdição de forma ampla. Nesse cenário, busca-se verificar se a doutrina jurídica pátria admite que os atos administrativos emitidos pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) sejam revisados judicialmente, inclusive, no que tange aos juízos de conveniência e de oportunidade. Em suma, tem-se como escopo analisar se, e em que extensão, tais decisões são passíveis de revisão perante o Poder Judiciário Brasileiro.

Nesse sentido, tem-se como objetivo geral constatar se as decisões proferidas pelo Cade no âmbito dos procedimentos de apuração e julgamento de condutas que possam caracterizar infrações à Ordem Econômica Brasileira e de análise de atos de concentração podem ser revisadas pelo Poder Judiciário, de acordo com a doutrina. São objetivos específicos: (i) descrever os procedimentos administrativos passíveis de instauração perante o Cade, e (ii) traçar os contornos do princípio da inafastabilidade da jurisdição, relacionando-o às posições doutrinárias acerca da revisão judicial dos atos administrativos.

<sup>439</sup> Professor Titular credenciado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC); Pesquisa Análise Econômica do Direito e Direito Econômico; Coordenador do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão para o Desenvolvimento (CEJEGD) do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ/UFSC). Doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG/MG); *Doctor en Derecho Internacional Económico en la Universidad de Buenos Aires* (UBA/ Bs. As.) Argentina; Mestre em Direito, na área de Instituições Jurídico-Políticas, pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC/SC); Especialista em Comércio Exterior e Integração Econômica no MERCOSUL pela FURG/RS; Graduado em Direito pela Unianchieta de Jundiaí/SP e em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG/RS); Especialista em Administração Universitária pela FURG/RS. E-mail: [EvertonG@Vetorial.Net](mailto:EvertonG@Vetorial.Net)

<sup>440</sup> Professora Associada I credenciada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Coordenadora no Núcleo de Estudos em Fair Trade/Comércio Justo (NEFT) do Centro Sócio Econômico (CSE/UFSC). Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC/SC). Pós-Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). E-mail: [Contatojoana@Yahoo.Com.Br](mailto:Contatojoana@Yahoo.Com.Br)

<sup>441</sup> Mestranda na área de Direito Internacional e Sustentabilidade pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Graduada em Direito pela Faculdade Cenecista de Joinville (FCJ). E-mail: [Amandakburg@Hotmail.Com](mailto:Amandakburg@Hotmail.Com).

A fim de alcançar os objetivos propostos, o artigo se encontra estruturado em três tópicos, para além da presente introdução e das considerações finais. No primeiro tópico são apresentados os procedimentos passíveis de instauração perante o Cade. No segundo tópico, são discutidas questões inerentes ao cenário constitucional atual, com destaque especial à questão do acesso à justiça. Por fim, é apresentada a discussão acerca da revisão judicial, inclusive de mérito, dos atos administrativos.

A metodologia de abordagem é indutiva, o método de procedimento é monográfico e a técnica de pesquisa é bibliográfica.

A partir dos temas apresentados e da doutrina consultada, verifica-se que inexistente consenso doutrinário quanto à natureza, discricionária ou não, das decisões proferidas pelo Cade, bem como quanto à extensão da revisão.

## 2. DOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS PASSÍVEIS DE INSTAURAÇÃO PERANTE O CADE

A Nova Lei Antitruste (Lei n.º 12.529/2011) reformulou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), o qual passou a ser integrado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae). Todavia, com a entrada em vigor do Decreto n.º 9.266/2018 (2018), a Seae foi extinta e suas competências foram distribuídas entre a Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (Seprac), voltada à advocacia da concorrência, e a Secretaria de Acompanhamento Fiscal, Energia e Loteria (Sefel), voltada à formulação e execução da política fiscal, de políticas públicas no setor de energia e de regulação de loterias (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2018).

O Cade, por sua vez, é responsável pela atividade judicante, sendo composto pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (Tade), pela Superintendência-Geral (SG) e pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE) (FORGIONI, 2015).

A fim de observar o disposto no art. 1º, da Lei n.º 12.529/2011, segundo o qual o SBDC se encontra voltado à prevenção e à repressão das infrações contra a ordem econômica (LEI N.º 12.529/2011, 2018), o Brasil adota sistema de proteção dúplice da concorrência, ou seja, voltado ao controle estrutural e de condutas.

No controle estrutural, tem-se a atuação preventiva do Cade, pela qual o órgão antitruste “[...] aprova operações societárias, como incorporação ou fusão, e demais atos de que possa decorrer prejuízo à concorrência ou dominação de mercado” (COELHO, 2011, p. 43). Por outro lado, no controle de condutas se consubstancia a atuação repressora do Cade, o qual “[...] julga os processos administrativos pertinentes à infração da ordem econômica, impondo sanções às pessoas que incorrerem em conduta ilícita” (COELHO, 2011, p. 43).

Em razão do viés dúplice de atuação do Cade, preventivo e repressor, o art. 48, incisos I a VI, da Lei n.º 12.529/2011 (2018), elenca 6 procedimentos administrativos passíveis de instauração perante o Cade. São eles: (i) *o procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica*, (ii) *o inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica*, (iii) *o processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica*, (iv) *o processo administrativo para análise de ato de concentração econômica*, (v) *o procedimento administrativo para apuração de ato de concentração econômica*, e (vi) *o processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais*.

Tais procedimentos podem ser classificados em dois grupos: (i) procedimentos voltados à apuração e ao julgamento de condutas que possam caracterizar infrações à ordem econômica, e (ii) procedimentos voltados à análise de atos de concentração, nas hipóteses legais.

O primeiro grupo de procedimentos é composto pelo *procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica*, passível de instauração quando houver dúvidas acerca da Competência do Cade; pelo *inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica*, passível de instauração quando ausentes indícios mínimos para a instauração de processo administrativo; e, por fim, pelo *processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica*, passível de instauração quando presentes indícios suficientes da prática infrativa (FORGIONI, 2015).

Por sua vez, o segundo grupo de procedimentos compreende o *processo administrativo para análise de ato de concentração econômica*, que se inicia com a submissão, pelas partes envolvidas

na negociação, do ato de concentração perante o Cade, uma vez preenchidos os requisitos legais de submissão; o *procedimento administrativo para apuração de ato de concentração econômica*, passível de instauração quando houver a necessidade de investigar se determinado ato de concentração deveria ter sido submetido ao crivo do Cade; e o *processo administrativo para imposição de sanções processuais incidentais*, que tem cabimento quando do descumprimento de deveres pelas partes de um ato de concentração sob análise (FORGIONI, 2015).

Em cada um dos procedimentos administrativos elencados são proferidas decisões de natureza administrativa, capazes de criar prejuízos às partes envolvidas, já que podem ensejar a aprovação integral, a aprovação parcial ou a reprovação de atos de concentração; obrigar as partes a submeter determinada operação de concentração perante o Cade; resultar na imposição de sanções processuais incidentais; reconhecer a prática de infração à ordem econômica, com a aplicação das penas legais etc. Admite-se, ainda, que o Cade firme compromissos de cessação de condutas, bem como celebre acordos em controle de concentração e acordos de leniência (LEI N.º 12.529/2011, 2018). Daí a necessidade de verificação se tais decisões administrativas são passíveis de impugnação perante o Poder Judiciário.

Salienta-se que tais decisões não são passíveis de revisão pelo Poder Executivo, nos termos do art. 9º, § 2º e do art. 61, § 3º, ambos da Lei n.º 12.529/2011 (2018).

### 3. DO ACESSO À JUSTIÇA E DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

Nos termos do art. 5º, da CRFB/88 (2018), “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito”. Trata-se do Princípio do Acesso à Justiça, também conhecido como Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição ou Princípio do Direito de Ação.

O acesso à justiça está diretamente relacionado ao princípio da legalidade, que encontra respaldo no art. 5º, inciso II, da CRFB/88, ao dispor que “[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. De acordo com Uadi Lammêgo Bulos (2015, p. 629), “Por seu intermédio, nenhuma das espécies normativas do art. 59 da Carta de 1988 pode inviabilizar a tutela jurisdicional, preventiva ou repressiva, de direito individual, coletivo, difuso ou individual homogêneo”.

Para Gonçalves (2011), a inafastabilidade da jurisdição é uma “tradução” do direito de ação em sentido amplo, na medida em que, apresentado um requerimento perante o Poder Judiciário, o julgador tem o dever de apresentar a devida resposta ao jurisdicionado, seja integrando a lei quando de sua lacuna, seja fazendo-se valer dos consagrados métodos hermenêuticos quanto à lei existente, ou, ainda, dos Princípios Gerais do Direito, da equidade, dos costumes e da analogia.

Pinho (2012) ensina que a inafastabilidade da jurisdição, por um lado, impede que o legislador atue de modo a restringir o acesso à ordem jurídica/ordenamento justo, e, por outro lado, impõe ao juiz o dever de garantir a efetiva tutela do direito pleiteado, de prestar a jurisdição.

No mesmo sentido, o professor José Afonso da Silva (1998) defende que o Texto Constitucional não só revela o monopólio da jurisdição pelo Poder Judiciário, mas também a possibilidade de o sujeito invocar a atividade jurisdicional sempre que tenha lesado ou simplesmente ameaçado um direito seu.

Nessa perspectiva, de que o acesso à justiça deve ser garantido de forma ampla e incondicionada, a questão acerca da possibilidade da revisão judicial dos atos administrativos merece ser analisada. Na medida em que se admite que o Poder Judiciário não pode se furtar à análise das lides perante ele propostas, é possível defender a tese de que a revisão judicial ampla dos atos administrativos pode ser admitida.

### 4. DA POSSIBILIDADE DE REVISÃO JUDICIAL DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO CADE

As decisões proferidas pelo Cade se caracterizam como atos administrativos, cumprindo os requisitos inerentes a estes, elencados por Carvalho Filho (2015), quais sejam: (i) trata-se de atos emanados da vontade de agente da Administração Pública ou sujeito dotado de suas prerrogativas; (ii) o conteúdo destes atos tem o condão de gerar efeitos jurídicos com fim público; e (iii) tais atos encontram-se regidos por normas de Direito Público.

Os atos administrativos, de maneira geral, comportam inúmeras classificações. Todavia, para fins de verificação da possibilidade de revisão judicial, merece destaque a classificação dos atos administrativos

quanto à liberdade da administração em sua prática. Para análise acerca da sindicabilidade judicial das decisões administrativas (em especial, daquelas emitidas pelo Cade), a distinção entre atos discricionários e vinculados é essencial.

Em suma, tem-se a prática de um ato vinculado quando “A Administração Pública não é livre para resolver sobre a conveniência do ato, nem sobre o seu conteúdo” (FAGUNDES, 2010, p. 92), e de um ato discricionário sempre que “[...] a lei deixa a autoridade administrativa livre na apreciação do *motivo* ou do *objeto* do ato, ou de ambos ao mesmo tempo” (FAGUNDES, 2010, p. 92). Trata-se da clássica noção de juízo de conveniência e de oportunidade da Administração Pública.

Em relação à possibilidade de revisão judicial de atos administrativos em geral, quando a impugnação judicial versa sobre questões atinentes à forma/legalidade do ato administrativo, é praticamente unânime o entendimento de que compete ao Poder Judiciário analisar a observância dos preceitos legais pela Administração quando da prática de um ato administrativo. De acordo com Carvalho Filho (2015), a apreciação judicial da legalidade dos atos administrativos é um corolário natural do princípio da legalidade.

Entretanto, quando se trata da análise do mérito desses atos, ou seja, quando se questionam a oportunidade e a conveniência de determinado ato (poder discricionário), há embates teóricos.

Grande parte da doutrina não admite a ampla apreciação do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário. Para Carvalho Filho (2015, p. 54), “[...] embora louvável a moderna inclinação doutrinária de ampliar o controle judicial dos atos discricionários, não se poderá chegar ao extremo de permitir que o juiz examine a própria valoração administrativa, legítima em si e atribuída ao administrador”. Igualmente, Carvalho (2017) advoga que a atuação do Poder Judiciário deve se limitar aos aspectos da legalidade, sem intervir em questões de oportunidade e conveniência.

Em oposição, há autores que defendem inclusive a possibilidade de revisão do mérito dos atos discricionários pelo Poder Judiciário. Nesse diapasão, Faria (2011) defende que o mérito do ato administrativo não deve ser excluído da apreciação por parte do Poder Judiciário. Sustenta que, durante anos, o Poder Judiciário brasileiro se recusou a examinar atos administrativos discricionários e; posteriormente, passou a admitir o controle da discricionariedade (ressalvado o mérito do ato); e, atualmente, é cada vez mais comum a prolação de sentenças versando sobre o mérito de atos administrativos impugnados.

De forma mais específica, no que tange aos atos praticados pelo Cade, a discordância doutrinária permanece. Inexiste consenso quanto à natureza jurídica das decisões proferidas pela autarquia, bem como quanto à possibilidade e extensão da revisão judicial. Nesse sentido, disserta Porto (2018):

Questão polêmica que se coloca é se as decisões do CADE seriam de natureza vinculada, ou discricionária, partindo-se do pressuposto de que muitos dos conceitos jurídicos trazidos pela lei antitruste e do artigo 170 da Carta Magna são considerados indeterminados, a saber: o problema da eficiência econômica, mercado relevante, posição dominante, abuso de poder econômico etc., e, por causa disso, os atos administrativos do CADE deveriam ser considerados como atos discricionários, trazendo consequências na reapreciação pelo Judiciário, eis que a este somente caberia a revisão do ato discricionário, devido à legalidade e ao mérito (oportunidade e conveniência, diante do interesse público a atingir). De qualquer forma, todo ato administrativo está sujeito ao controle judicial. Se os atos do CADE fossem considerados vinculados, não haveria opções àquela autarquia decidir com base nos critérios de oportunidade e conveniência - algo possível, em se tratando de atos discricionários. Caso fossem considerados atos discricionários, a Administração Pública poderia decidir baseada na oportunidade e conveniência, atitude justificada perante a necessidade de dinamicidade e flexibilidade que lhe são exigidas na aplicação de normas preestabelecidas.

Assim como não existe consenso da doutrina a respeito da discricionariedade ou vinculação dos atos decisórios do Cade (proferidos, em sua maioria, pelo Tade), há divergência quanto à possibilidade de revisão judicial dos atos administrativos proferidos pelo Cade.

Citando autores que defendem a sindicabilidade judicial dos atos proferidos pelo Cade, ensina Portes (2014 *apud* LIMA, 2018):

Amanda Flávio de Oliveira, em “O Direito da Concorrência e o Poder Judiciário”, considera serem as decisões do CADE atos administrativos vinculados, passíveis, portanto, de revisão plena. Escorando-se na lição de Eduardo Enterría, e na linha da atual

doutrina administrativista, a autora defende que a partir da evolução dos conceitos de discricionariedade e vinculação diversas situações consideradas anteriormente no âmbito dos atos discricionários passaram a ser consideradas vinculadas – passíveis, portanto, de revisão judicial, sendo um exemplo disso os conceitos jurídicos indeterminados, amplamente utilizados pela Lei 12.529/11. [...] Sustentam, ainda, que mesmo os aspectos discricionários que possam constar da decisão do CADE poderão ser controlados judicialmente pelo critério da razoabilidade e proporcionalidade. Nesse sentido, todas as decisões do CADE estariam sujeitas ao controle amplo, não apenas formal, mas também de mérito, do Judiciário. Filia-se a essa corrente Paula Forgioni, para quem, em um Estado Democrático de Direito, não se admite poder sem controle. Segundo a autora, a revisão judicial é a segurança do cidadão contra eventuais abusos ou enganos cometidos pelo Executivo. [...].

Destaca, ainda, o pensamento de Isabel Vaz, que, diferentemente dos demais autores anteriormente citados, defende a adoção de um modelo de jurisdição contida, admitindo o controle formal (e não de mérito) das decisões proferidas pelo Cade:

Divergindo dessa posição, Isabel Vaz sustenta que, salvo em caso de ofensa a princípios constitucionais, o mais adequado é que se adote o modelo de jurisdição contida, com o controle apenas formal das decisões do CADE. De acordo com a autora, as autoridades antitruste, no exercício de sua função judicante, estão sujeitas a diversas limitações, tais como a necessidade de motivar o ato decisório, a vinculação aos requisitos legais, dentre outras. Contudo, “a mais avassaladora entre todas as limitações é aquela decorrente da necessidade de se harmonizar as decisões antitruste com as políticas econômicas estabelecidas em um setor”. Dessa limitação, isto é, da importância de se conformar as decisões proferidas na seara do Direito Concorrencial com as políticas econômicas adotadas pelo Estado, decorre a necessidade de se adotar o modelo de jurisdição contida. Dito de outro modo: tendo em vista que o CADE, ao proferir sua decisão, já buscou adequá-la às políticas econômicas implementadas pelo Estado, convém circunscrever a ação do Judiciário ao controle da legalidade, preservando a integridade do aspecto material da decisão administrativa já proferida (PORTES, 2014 *apud* LIMA, 2018).

Em suma, depreende-se a existência de uma dicotomia entre aqueles que defendem a revisão ampla por parte do Poder Judiciário e os partidários da revisão judicial contida das decisões proferidas pelo Cade (e demais órgãos do Cade). Essa divergência encontra respaldo na natureza jurídica desses atos administrativos (discricionários ou vinculados). Sob a perspectiva de que os atos administrativos são discricionários, defende-se o controle judicial meramente formal e sob perspectiva da razoabilidade e proporcionalidade da conveniência e oportunidade da tomada de decisão por parte da Administração Pública; já sob a perspectiva de que os atos decisórios do Cade são vinculados, estender-se-ia ao Poder Judiciário a capacidade de análise e julgamento do mérito da decisão administrativa.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho foi realizado com o objetivo de analisar se, e em que medida, as decisões proferidas pelo Cade são passíveis de revisão perante o Poder Judiciário. A verificação se deu por meio da apresentação das posições da doutrina pátria acerca da revisão judicial dos atos administrativos.

A partir dos autores apresentados, percebeu-se a presença de um dissenso no que concerne à amplitude da revisão judicial dos atos administrativos, principalmente, os discricionários. Se, por um lado, admite-se de forma unânime a revisão quanto às questões formais (legalidade), o mesmo não se percebe em relação ao mérito dos atos administrativos. Nem mesmo o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição foi capaz de trazer unanimidade à questão.

De forma sintética, percebe-se a existência de uma dicotomia entre os autores acerca das decisões proferidas pelo Cade, no que tange à natureza discricionária ou vinculada dos atos emitidos pela autarquia, e à extensão do controle a ser exercido pelo Poder Judiciário (legalidade x mérito).

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 09/07/2018.

BRASIL. **Decreto n.º 9.266, de 15 de janeiro de 2018**. Altera o Decreto n.º 9.003, de 13 de março de 2017, que aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Ministério da Fazenda, remaneja cargos em comissão e funções de confiança, substitui cargos em comissão do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores - DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE, e altera o Decreto n.º 9.075, de 6 de junho de 2017, que dispõe sobre a composição e as competências da Comissão de Financiamentos Externos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/D9266.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9266.htm). Acesso em: 3 ago. 2018.

BRASIL. **Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 09/07/2018.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Secretaria de Acompanhamento Econômico – Seae**. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/seae>. Acesso em: 3 ago. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional n. 83/2004, e os últimos julgados do Supremo Tribunal Federal. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. vol. 3. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Eduardo Garcia. **O controle judicial das decisões do Cade**. Revista Eletrônica Sapere Aude. Disponível em: <<http://revistasapereauade.org/index.php/edicoes/anos-anteriores/ano-4-vol-1-12/ano-4-volume-4-novembro-2015/send/88-11-2015-ano-4-volume-4/307-j-o-controle-judicial-das-decisoes-do-cade-pg-180-203>>. Acesso em: 09/07/2018.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. **Direito processual civil contemporâneo, volume I: teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PORTO, Catarina Mota de Figueiredo. **Decisões do Cade e princípios constitucionais na ordem econômica**. Disponível em: <[www.fap-pb.edu.br/instituto/arquivos/revista\\_juridica\\_2015\\_artigo6.pdf](http://www.fap-pb.edu.br/instituto/arquivos/revista_juridica_2015_artigo6.pdf)>. Acesso em: 09/07/2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editora, 1998.

## A ATUAÇÃO DOS ADVOGADOS NOS PROCESSOS CÍVEIS DOS JUIZADOS ESPECIAIS DE JOINVILLE

Beatriz Regina Branco<sup>442</sup>  
Eliane Cristina Pereira da Silva<sup>443</sup>  
Henrico Sansigolo<sup>444</sup>  
Jeã Hadel de Araujo<sup>445</sup>  
Rafaela Mallmann Cembranel<sup>446</sup>

### RESUMO

O artigo apresenta os princípios que regem os processos nos Juizados Especiais, segundo a Lei nº 9.099/95; Como é tratada a atividade dos advogados nos Juizados Especiais Cíveis, para ao final analisar os dados coletados no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis de Joinville, entre o período de 01/01/2017 e 31/12/2017, sobre a atuação dos advogados nos processos. Para o desenvolvimento da pesquisa foi realizado o levantamento dos processos protocolados em 2017, nos Juizados Especiais Cíveis de Joinville, para analisar a atuação dos advogados nos processos, além de pesquisas bibliográficas. É perceptível que a atuação dos advogados nas ações dos Juizados Especiais Cíveis de Joinville é significativa apesar de a Lei garantir que o interessado possa ingressar com ações judiciais sem o auxílio de advogado para causas de até vinte salários mínimos. O artigo busca verificar de que forma os processos tramitam nos Juizados de Joinville, traçando um paralelo entre os processos que são ajuizados sem a atuação de um advogado em relação àqueles que são protocolados por meio de um advogado.

**PALAVRAS-CHAVE:** Juizados Especiais Cíveis, Advogados, Processos.

### 1. INTRODUÇÃO

A criação da Lei 9.099/95 beneficiou a sociedade, objetivando ampliar a efetivação do direito ao acesso a justiça. Nesse sentido, a criação dos Juizados Especiais Cíveis, com competência para julgar demandas cujo valor não ultrapasse quarenta salários mínimos e de menor complexidade, trouxe mais simplicidade e celeridade ao julgamento destes processos, que passaram a contar com uma Lei específica, com regras menos complexas e que visam sobretudo a resolução do conflito.

Juntamente com a Lei, surge o instituto do *jus postulandi*, ou seja, a possibilidade da parte, sem o auxílio de um advogado, ingressar em juízo e postular sua pretensão, em causas cujo valor não ultrapasse 20 salários mínimos.

Dessa forma, busca-se analisar de que forma os processos estão sendo protocolados nos Juizados Especiais Cíveis de Joinville, em relação possibilidade de ingresso sem a assistência de um advogado. Para isso, é necessário descrever os princípios norteadores dos Juizados Especiais, como a Lei 9.099/95 disciplina a atuação dos advogados nos Juizados Especiais, e então, ao final, apresentar e analisar os dados coletados a cerca dos processos protocolados nos Juizados Especiais Cíveis de Joinville no ano de 2017.

<sup>442</sup> Professora Mestre e Coordenadora do Programa de Extensão no curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: beabranco@uol.com.br

<sup>443</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: eliane.jaremczuk@gmail.com

<sup>444</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: henrico.sansigolo@gmail.com

<sup>445</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: jeahadel@gmail.com.

<sup>446</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: rafaelacembranel@yahoo.com.br.

## 2. CRIAÇÃO DOS JUÍZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Na lição de Rocha (2016), em 1988, o constituinte não apenas reiterou a previsão dos Juizados Especiais contida nas Constituições anteriores. Inseriu na Carta Magna referência aos Juizados Especiais de Pequenas Causas, criando então duas espécies de Juizados, os Juizados Especiais de Pequenas Causas, que necessitariam de Lei ordinária para sua regulamentação e os Juizados Especiais Cíveis e Criminais com atribuição de processar e julgar causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo.

Conforme previsão contida nos artigos 24 e 98 da Constituição Federal de 1988:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

X - criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas;

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

Pela leitura dos artigos supracitados observa-se que o constituinte previu a criação de um Juizado especializado em causas de menor complexidade, além de um Juizado para causas de menor valor.

Entretanto, Rocha (2016) leciona que a Lei 9.099/95, criou um modelo de Juizados especiais cíveis com dupla competência: as causas de menor complexidade e as causas de pequeno valor econômico, tratando-se então de um modelo único que atendia todas as competências atribuídas pela Constituição Federal.

Segundo Tourinho Neto e Figueira Júnior (2005), a Lei 9.099/95, é fruto do projeto de Lei 1.489-B, com os substitutivos dos projetos 1.480-C e 1.480-D, todos editados em 1989, e botaram término na discussão sobre a criação dos Juizados Especiais de Causas Cíveis e Criminais, previstos no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal.

O artigo 3º, da Lei 9.099/95, regulamenta a competência dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Conforme o *caput*, do referido artigo: “O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas”. No inciso primeiro do respectivo artigo está a previsão para as causas de pequeno valor “as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo”.

Frigini (2007), leciona que o *caput* do art. 3º, que estipula o teto do direito patrimonial, deve ser conjugado com as expressões finais do artigo 1º, da Lei 9.099/95.

O artigo 1º, da Lei 9.099/95 tem a seguinte redação:

Art. 1º Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência.

Pela lição de Frigini (2007), quando a legislador deixou de inserir no artigo 1º, qualquer referência a questões econômicas, teve a intenção de alargar a abrangência dos Juizados Especiais, já que além do critério econômico, a Lei 9.099/95, também abarcou outros tipos de demandas, tais como, execução de seus julgados. Assim, a competência dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais está além do valor econômico da lide.

Sobre o tema, Tourinho Neto e Figueira Júnior (2005), lecionam que os Juizados foram criados não apenas para a tentativa de composição amigável, mas também para o desenvolvimento de seus próprios processos, na forma instituída por Lei própria, qual seja, a Lei 9.099/95.

Ao tratar da competência dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais Rocha (2002), defende que os Juizados Especiais foram criados como uma espécie de ‘atalho’ à Justiça, por isso, a possibilidade do autor em escolher o rito dos Juizados ao invés do processo ordinário, faz parte da própria essência da Lei 9.099/95.

Verifica-se portanto que a competência dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais não está atrelada somente ao valor da lide. Visto que os Juizados possuem outras competências, definidas pela legislação. Além disso, os Juizados são competentes para julgar seus processos em todas as fases, não se limitando na tentativa de conciliação amigável e que cabe ao autor da ação decidir pelo processamento da sua ação no Juizado Especial Cível ou no rito ordinário do Código de Processo Civil.

Os Juizados Especiais Cíveis prestam um importante serviço ao jurisdicionado brasileiro, segundo dados do CNJ de 2016, existem nas Justiças Estaduais do país 511 (quinhentos e onze) Juizados Especiais exclusivamente cíveis, além de outros 731 (setecentos e trinta e um) Juizados acumulam competências cíveis e criminais, totalizando 1.242 (mil duzentos quarenta e dois) Juizados Especiais que atuam na área cível. Tais Juizados, segundo a mesma pesquisa do CNJ, são responsáveis pela tramitação de 4.237.892 processos no judiciário brasileiro.

### 3. OS PRINCÍPIOS NORTEADORES DOS JUÍZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS

Para que os Juizados Especiais alcançassem seu objetivo de simplificar os processos judiciais e tornar mais rápida a prestação jurisdicional, o legislador trouxe para este sistema princípios do Direito que balizam o magistrado na condução do processo. Tais princípios estão elencados no artigo 2º, da Lei 9.099/95: “Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”. Apesar do legislador ter utilizado a expressão critérios orientadores, o artigo elenca verdadeiros princípios processuais (TOURINHO NETO e FIGUEIRA JÚNIOR, 2005).

Segundo Alvim (2018, p. 220, apud MELLO, 1996):

*O princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico; sendo que o conhecimento dos princípios é que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que tem por nome sistema jurídico positivo.*

Pela definição apresentada pode-se observar que os princípios possuem extrema importância em qualquer sistema normativo, pois servem de base para a interpretação das normas. O magistrado utiliza os princípios como guia na interpretação da Lei ao caso concreto, extraindo a essência da norma para aplicá-la.

Segundo Frigini (2007), a Lei 9.099/95 ao fixar seus princípios tentou diminuir a dificuldade das partes em alcançar a solução para suas lides, reduzindo escritos e simplificando os ritos.

Apesar do artigo 2, da Lei 9.099/95, elencar cinco critérios, Rocha (2002, p.13, apud ROBERT), leciona que os princípios informativos dos Juizados Especiais são apenas três: oralidade, economia processual e instrumentalidade. Entende o autor que a oralidade gera concentração dos atos processuais e portanto celeridade. Economia processual consiste em realizar o maior número de atos processuais no menor tempo. Instrumentalidade, servindo o processo com instrumento para a prestação jurisdicional de forma rápida e justa. Portanto o princípio da instrumentalidade abarca a simplicidade e a informalidade.

Entretanto, neste trabalho, estudaremos, de forma breve, os cinco princípios elencados no artigo 2º, de Lei 9.099/95, ou seja os princípios da oralidade, da economia processual, da celeridade, da simplicidade e da informalidade.

#### ■ 2.1 Princípio da Oralidade

Rocha (2016), leciona que o princípio da oralidade é o mais importante, entre os princípios dos Juizados Especiais e um dos mais importantes no sistema processual pátrio e acrescenta que para um processo ser oral, não é preciso, nem recomendável, abolir a forma escrita. A oralidade, segundo os ensinamentos do autor, oferece meios para que às partes pratiquem os atos processuais através da palavra falada, que posteriormente serão registrados por escrito. Assim sendo, apesar da importância do princípio da oralidade, não significa que todos os atos serão produzidos apenas de forma oral, mas que

os atos serão produzidos predominantemente de maneira oral e posteriormente será reduzido a termo aquilo que for necessário.

Para Rocha (2016, p.29): “quatro aspectos podem ser associados ao chamado processo oral: a) a concentração dos atos processuais; b) a identidade física do juiz; c) a irrecorribilidade (em separado) das decisões interlocutórias; e d) a imediação”.

### 2.1.1 Concentração dos Atos Processuais

Segundo Tourinho Neto e Figueira Júnior (2005): “O princípio da concentração pressupõe que os atos processuais nas audiências sejam os mais concentrados possível, ou seja, realizados numa única etapa ou em audiências aproximadas”. Buscasse, dessa forma, fazer com que os atos praticados através da oralidade, não se percam com o tempo.

O artigo 27, da Lei 9.099/95, prevê que a instrução e julgamento deve ser realizada logo após a tentativa de conciliação, caso não seja instaurado o juízo arbitral, ou em no máximo 15 dias após a audiência conciliatória.

Art. 27. Não instituído o juízo arbitral, proceder-se-á imediatamente à audiência de instrução e julgamento, desde que não resulte prejuízo para a defesa.

Parágrafo único. Não sendo possível a sua realização imediata, será a audiência designada para um dos quinze dias subsequentes, cientes, desde logo, as partes e testemunhas eventualmente presentes.

Dessa forma, a concentração dos atos processuais permite ao juiz decidir o processo com as impressões ainda recentes em sua memória, através da prática do maior número de atos possível em um único momento ou com poucas audiências realizadas em um curto espaço de tempo (ALVIM, 2018).

### 2.1.2 Identidade Física do Juiz

Para que as partes possam utilizar a palavra falada, é preciso que o juiz que as ouça fique vinculado ao processo. Isso, pressupõem a existência de um diálogo entre as partes, dessa forma, a identidade física do juiz é um meio necessário para a efetivação da oralidade. Apesar da Lei dos Juizados Especiais não falar diretamente sobre a identidade física do juiz, o artigo 28, da Lei 9.099/85, determina que ao término da audiência de instrução e julgamento o juiz deverá proferir a sentença (ROCHA, 2016).

Exige-se, portanto, que o juiz que recebeu a inicial, conduza o processo, colhendo as provas, para ao final proferir a sentença (ALVIM, 2018).

### 2.1.3 Irrecorribilidade das Decisões Interlocutórias

Tal princípio permite o rápido andamento processual, uma vez que, torna irrecorríveis as decisões interlocutórias, que poderão ser apreciadas posteriormente no julgamento de eventual recurso da sentença. (ALVIM, 2018).

Para Tourinho Neto e Figueira Júnior (2005), o princípio se limita as decisões interlocutórias, para evitar a paralisação dos atos ou qualquer situação que possa prejudicar o andamento do processo. Ressalvam os autores, que esse princípio não pode ser interpretado de maneira absoluta, tendo maior aplicação na audiência de instrução e julgamento, já que se espera que a lide seja solucionada em um único ato processual.

### 2.1.4 Princípio do Imediatismo, Imediação ou Imediatidade

O imediatismo determina que o juiz deve realizar a colheita das provas de maneira direta, ou seja, em contato direto com os litigantes, além de propor a conciliação, demonstrar as questões controvertidas do processo e conversar com as partes e advogados, dispensando-se maiores formalidades, trazendo como resultado disso, a facilitação da composição amigável ou o melhor e mais rápido convencimento do juiz (TOURINHO NETO E FIGUEIRA JÚNIOR, 2005).

## ■ 2.2 Princípio da Economia Processual

Rocha (2016), define economia processual como a busca da racionalidade das atividades processuais, para a obtenção do maior número de resultados com o menor número de atos. Segundo o autor, a Lei dos Juizados Especiais, em diversos pontos, faz referência a efetividade e a economia

processual, como, na possibilidade de realização imediata da audiência de conciliação prevista no artigo 17 da Lei. 9.099/95.

#### ■ 2.3 Princípio da Celeridade

O princípio da celeridade contido na Lei 9099/99, traz consigo algumas promessas, pois, a ideia principal na criação dos Juizados Especiais seria sua brevidade, conforme expõe Chimenti, que “a maior expectativa gerada pelo Sistema dos Juizados é a sua promessa de celeridade sem violação do princípio da segurança das relações jurídicas” (CHIMENTI, 2004, p. 22).

Nos Juizados Especiais, os processos devem ter seu andamento de forma mais rápida, em relação aos procedimentos de justiça comum, de forma que a prestação jurisdicional seja alcançada mais rápida.

Assim, através do princípio da celeridade, os atos processuais devem ser praticados de forma a possibilitar que o processo caminhe em seu curso de forma rápida e ágil (ROCHA, 2016 apud MOREIRA).

#### ■ 2.4 Princípio da Simplicidade

Rocha (2016), preleciona que o legislador ao inserir a simplicidade como um princípio autônomo, pretendeu enfatizar que todas atividades realizadas nos Juizados Especiais deve ser externadas de forma que possibilitem o entendimento das partes, principalmente daquelas que estão desacompanhadas de advogados. Dessa forma, a simplicidade, objetiva afastar a utilização de termos complexos ou técnicos, possibilitando a melhor compreensão e participação dos que não têm conhecimentos jurídicos.

A determinação legal, contida no artigo 14, da Lei 9.099/95, de que a petição inicial será produzida de forma simples e com linguagem acessível, é um exemplo da aplicação do Princípio de Simplicidade que serve justamente para possibilitar o entendimento das partes, sem a necessidade de consultar um advogado.

#### ■ 2.5 Princípio da Informalidade

Segundo Tourinho Neto e Figueira Júnior (2005), o princípio da informalidade permite ao juiz buscar soluções alternativas de ordem procedimental, com o objetivo de alcançar uma prestação jurisdicional mais rápida e hábil.

Dessa forma, o princípio da informalidade flexibiliza questões procedimentais, para que o processo flua de maneira mais célere a alcance seu objetivo, qual seja, a prestação jurisdicional, de maneira mais rápida e eficaz.

### **3. A ATUAÇÃO DOS ADVOGADOS NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS**

Apesar da Constituição Federal reconhecer, através do artigo 133, a importância dos advogados para administração de justiça, a edição da Lei 9.099/95, possibilitou àqueles que possuem demandas, cujo valor não ultrapasse vinte salários mínimos, o ingresso com suas ações diretamente, ou seja, sem a necessidade de contratação de um advogado.

O artigo 9º da Lei 9.099/95, regulamenta a atuação dos advogados nos Juizados Especiais, dispondo que:

Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.

Pela leitura do artigo, observa-se que há dois critérios que determinam a atuação dos advogados nos Juizados Especiais. O primeiro critério é objetivo e decorre do valor da causa, considerando que as causas com valor superior a vinte salários mínimos a atuação do advogado é obrigatória. O segundo critério é subjetivo, pois o legislador deu ao cidadão a possibilidade de optar pela representação de um advogado nas causas com valor até vinte salários mínimos, ou seja, é a própria parte que decidirá se irá constituir um advogado para atuar na defesa de seus interesses.

Para Rocha (2016, p. 83):

[...] o legislador procurou afastar alguns dos entraves comuns aos procedimentos tradicionais, que poderiam comprometer a eficácia dos Juizados. Ocorre que, entre os obstáculos identificados pelo legislador, está o advogado, justamente aquele que tem a missão constitucional de promover o acesso à Justiça (art. 133 da CF).

O autor faz duras críticas ao artigo 9º da Lei 9.099/95, pois defende que a representação e não é apenas um direito da parte, mas uma obrigação do Estado-Juiz na prestação efetiva da tutela jurisdicional.

Por outro lado Tourinho Neto e Figueira Júnior (2017, p. 218), ao comentar sobre a atuação, sem advogados, das partes nos processos, afirmam que:

Quando litiga desacompanhado de procurador, age com mais sinceridade e franqueza, não se interessa pelas coisas do processo (o que, aliás, ele nem sabe o que é ou para que serve – felizmente), mas apenas pelo direito material, preocupando-se apenas em provar que “tem razão”.

A afirmação dos autores, converge com aos princípios norteadores de Juizados Especiais, pois ao focar no direito material, dispensando as questões meramente técnicas e processuais, estar-se-á aplicando a informalidade, a oralidade e a simplicidade.

Salvador (2000) defende que o disposto no artigo 9º da Lei 9.099/95 não pode ser considerado inconstitucional, pois a presença do advogado somente é indispensável, conforme o artigo 133 da Constituição Federal, nas causas em que sua atuação é obrigatória, ou seja, no caso de Juizados Especiais, naquelas com valor acima de 20 salários mínimos e na fase recursal.

Segundo Carvalho (2010, p.47) “como os Juizados cuidam de causas simples, uma pessoa que tenha um pouco mais de preparo intelectual pode estar apta a defender seu ponto de vista”, o preparo do autor para ingresso de sua ação, sem assistência de um advogado, passa pelas secretárias dos Juizados Especiais Cíveis, que são responsáveis por colher os pedidos do autor e reduzi-los a termo para posterior distribuição.

Dessa forma, as Secretarias dos Juizados Especiais Cíveis necessitam estar preparadas e estruturadas, não somente para colher os pedidos do autor, mas para prestar as informações necessárias ao autor, preparando-lhe para as etapas posteriores ao protocolo de seu pedido.

#### **4. ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS**

Como já exposto, o artigo 9º da Lei 9.099/95, possibilita que nas causas com valor de até 20 salários mínimos as partes estejam desacompanhadas de um advogado. Na prática, significa dizer que será a própria parte que irá realizar os atos processuais.

Diante desta faculdade, para traçar um paralelo entre os processos protocolados através de um advogado e aqueles propostos diretamente pelo autor, foram analisadas as ações ingressadas entre 01/01/2017 e 31/12/2017, nos três Juizados Especiais da Comarca de Joinville. Após o levantamento dos dados, através do Sistema de Automação da Justiça – SAJ, chegou-se ao número total de 6.526 processos, descartando-se as cartas precatórias e aqueles que foram redistribuídos aos Juízos Cíveis comuns.

Antes de adentrar aos processos cuja a assistência de um advogado é opcional, cabe destacar que a quantidade de sentenças proferidas, chega a 79% em relação aos processos protocolados, como demonstrado no gráfico abaixo:

Gráfico 1 – Sentenças proferidas nos processos protocolados entre 01/01/2017 e 31/12/2017



Fonte: Primária

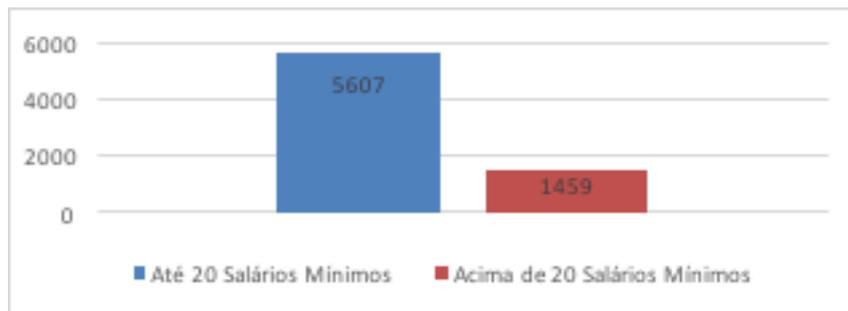
Dos 6.526 processos protocolados no período analisado, 5.151 foram sentenciados. O alto índice de sentenças proferidas, indica que os Juizados Especiais Cíveis de Joinville, têm cumprido com critério da celeridade, elencado no artigo 2º da Lei 9.099/95. Ressalta-se que estão sendo analisados apenas os processos protocolados no ano de 2017, o que significa dizer que o número de sentenças proferidas nos Juizados Especiais Cíveis de Joinville, durante o período é ainda maior.

O tempo da sentença dos processos nos Juizados Especiais Cíveis de Joinville, está dentro da média nacional que é de 10 meses, conforme dados do relatório do Conselho Nacional de Justiça – CNJ de 2018. Ainda segundo o mesmo relatório, o tempo para sentença na Justiça Comum é de 2 anos e 6 meses, observa-se assim, que a duração dos processos nos Juizados Especiais Cíveis é consideravelmente menor do que na Justiça Comum.

Dá análise dos processos em que a assistência de um advogado é opcional, ou seja, aqueles cujo valor não ultrapassa 20 salários mínimos nacionais, observou-se que apesar da presença do advogado ser opcional, ainda é alto índice de autores que ingressam suas demandas através de representação de um advogado.

Nos Juizados Especiais de Joinville, em 2017, estes processos corresponderam a 78% dos processos protocolados. O gráfico abaixo, demonstra a proporção dos processos protocolados em relação ao valor da causa:

Gráfico 2 – Relação entre Processos Protocolados e Valor da Causa, entre 01/01/2017 e 31/12/2017



Fonte: Primária

Apenas 1.459, dos 6.526 processos protocolados nos Juizados Especiais Cíveis de Joinville, em 2017, possuíam valor acima de 20 salários mínimos, e por consequência, a assistência de um advogado era obrigatória.

Sobre a atuação dos advogados, verificou-se que apesar da faculdade da presença do advogado nas ações cujo valor não ultrapasse 20 salários mínimos, apenas 18% dos processos foram protocolados diretamente pelo autor. O gráfico abaixo demonstra a proporção entre os processos protocolados sem advogado e aqueles protocolados através de um advogado:

Gráfico 3 – Relação entre processos protocolados, com valor de até 20 salários mínimos, com advogados e sem advogados.



Fonte: Primária

Do total de 5.607 processos protocolados com valor inferior a 20 salários mínimos, apenas 938 foram protocolados diretamente pelo autor, enquanto 4.128 foram protocolados através de um advogado.

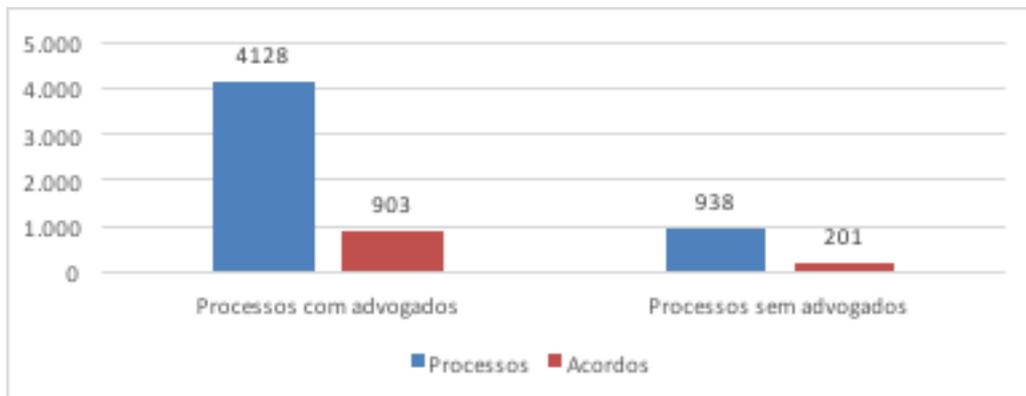
Apesar da maioria dos processos protocolados nos Juizados Especiais Cíveis de Joinville, não ultrapassarem o valor de 20 salários mínimos, e dessa forma, poderem ser propostos sem a assistência de um advogado, observou-se que o índice de ações propostas sem a assistência de um advogado é baixo, alcançando apenas 18%.

A alta taxa de participação dos advogados nos processos com valor de até 20 salários mínimos, pode indicar que a Lei 9.099/95, ainda não alcançou seu objetivo de levar simplicidade e informalidade aos processos. Outro fator que colabora com este índice, é a existência de uma certa mistificação do judiciário, muitas vezes visto como algo complexo, de difícil compreensão e que somente pode ser acessado por um advogado.

Ao comparar os processos protocolados através de um advogado com aqueles protocolados pelo próprio autor, em relação ao número de acordos celebrados e ao índice de sentenças recorridas, verificou-se poucas diferenças entre as ações.

Em relação ao número de acordos realizados nos processos, verificou-se que a proporção de acordos celebrados naqueles protocolados com advogado e aqueles protocolados diretamente pelo autor são equivalentes. Dos 4.128 processos com valor inferior a 20 salários mínimos, em 903 houve celebração de acordo. Já, dos 938 processos propostos diretamente pelo autor, em 201 houve acordo. Pelo gráfico abaixo, podemos observar a proporcionalidade entre os acordos celebrados nos processos protocolados com e sem advogado:

Gráfico 4 – Relação de acordos celebrados em processos com e sem advogados.



Fonte: Primária

Diante do gráfico, observa-se que o índice de acordos celebrados nos processos com advogados é de 22%, enquanto naqueles sem advogados é de 21%. Logo, a atuação do advogado não é um fator preponderante para celebração de acordos.

É necessário destacar também o número de recursos ajuizados nos processos dos Juizados Especiais Cíveis de Joinville, considerando que diante das turmas recursais, onde são julgados os

recursos dos Juizados Especiais, é obrigatório que as partes estejam representadas por um advogado, conforme disposto no § 2º do artigo 41 da Lei 9.099/95.

A obrigatoriedade da representação por um advogado na fase recursal dos processos, é um fator que pode levar o autor a optar pela contratação de um advogado desde a fase inicial da lide, porém, ao analisar o número de sentenças recorridas, observou-se que a quantidade de recursos é baixa em relação ao número de processos julgados, com será demonstrado no gráfico:

Gráfico 5 – Recursos opostos em relação aos processos protocolados com e sem advogado.



Fonte: Primária

Dos 5.067 processos com valor de até 20 salários mínimos analisados, verificou-se que apenas 437 tiveram a sentença recorrida, o que equivale a 8,62% do total de processos. Destes, 387 ocorreram em processos com advogados e 50 nos processos em que o autor ingressou diretamente com sua demanda. O índice de recursos nos processos com advogados perfaz 7,63%, enquanto nos processos sem advogados chega apenas 0,99%.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como aferido no levantamento de dados realizado, mesmo podendo atuar em feitos diretamente, o jurisdicionado ainda prefere estar assistido por um advogado, mesmo nos procedimentos que tem a escolha de poder dispensar a atuação daqueles.

Diante destas constatações, questiona-se a efetividade do conhecimento desta prerrogativa do jurisdicionado, que deve ser vista sob a ótica crítica, visto que talvez o Estado possa ter aparelhado o cidadão, mas negligenciado a necessidade dar conhecimento público para esta possibilidade.

A importância dos Juizados Especiais, como instrumento de acesso à Justiça é inquestionável, entretanto, é preciso dar mais efetividade aos instrumentos criados pela Lei 9.099/95, como a possibilidade de ingressar em juízo em causas de baixa complexidade e cujo valor não ultrapasse 20 salários mínimos.

Para dar efetividade a estes instrumentos, é necessário levar ao conhecimento dos cidadãos o direito de ingresso de demandas sem o auxílio de um advogado, além disso, as Secretarias dos Juizados Especiais Cíveis devem estar preparadas para esclarecer aos jurisdicionados todas as possíveis dúvidas quanto ao andamento de seu processo, proporcionando assim, mais segurança ao cidadão que busca a tutela jurisdicional desassistida de um advogado.

## 6. REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria geral do processo**. 21 ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

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

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 set. de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis Criminais e dá outras providências.** Brasília, DF, set 1995.

CÂMARA, Alexandre Freitas – Lições de Direito Processual Civil: volume 1, 25ª edição São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Mônica Rodrigues Dias de. In Tosta, Jorge (Coordenador). **Juizados Especiais Cíveis.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais e Federais:** (Lei n. 9.099/95 – parte geral e parte cível, comentada artigo por artigo em conjunto com a Lei dos Juizados Federais – Lei n. 10.259/2001). 7. ed. atual. e rev. São Paulo: Saraiva, 2004.

Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Justiça em números 2016: ano-base 2015. Brasília. 2016. Disponível de: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/05/4c12ea9e44c05e1f766230c0115d3e14.pdf>> Acesso em 12 de nov. 2018.

Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Justiça em números 2018. Disponível de: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>> Acesso em 08 de out. de 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. II. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

FRIGINI, Ronaldo. **Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis.** 3º ed. Leme: JH Mizuno, 2007.

ROCHA, Felipe Borring. **Juizados Especiais Cíveis, Aspectos Polêmicos da Lei 9.099 de 26/09/1995.** Editora Lumen Juris, 2 ed. Rio de Janeiro 2002

ROCHA, Felipe Borring. *Manual dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, 8ª edição.* Atlas, 04/2016.

SALVADOR, Antônio Raphael Silva Salvador. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais:** Estudos sobre a lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 Parta Prática, legislação e enunciados. São Paulo: Atlas, 2000.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais Estaduais Cíveis e Criminais:** Comentários à Lei 9.099/1995. 4 ed. reform. atual. e ampli. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

## 7. AGRADECIMENTOS

A realização deste estudo só possível através da participação dos acadêmicos Felipe André Guesser, Gabriela Queiroz dos Santos, Katia Maria Galeski, Letícia Narloch, Lucas Eduardo Schramm, Marcos Bruno da Fonseca Maria Elisa Giacomeli, Sabrina Marquardt e Thaise Raquel de Medeiros, bolsistas do Programa de Bolsa Universitárias de Santa Catarina – UNIEDU, que optaram pelo Programa de Extensão da Secretaria do Juizado da Univille e dedicaram seu tempo à realização de pesquisas e levantamento dos dados apresentados.

# MULTIPARENTALIDADE: EFEITOS PESSOAIS E PATRIMONIAIS DO RECONHECIMENTO SIMULTÂNEO DOS VÍNCULOS BIOLÓGICO E SOCIOAFETIVO NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

Izabele Balbinotti<sup>447</sup>

## RESUMO

Desde a Constituição de 1988, inúmeras foram as mudanças ocorridas nas famílias e nas relações filiais. A multiparentalidade – possibilidade de o filho ter dois pais e/ou duas mães - é uma dessas realidades, que considera a filiação registral, a biológica e a socioafetiva. Em setembro de 2016, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese de repercussão geral: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”. Assim, decidiu-se que inexistente supremacia entre as paternidades biológica e socioafetiva, sendo possível o reconhecimento simultâneo de ambas as formas de paternidade, desde que este seja o interesse do filho. Com a decisão, restaram abertas algumas questões relativas aos efeitos patrimoniais e pessoais destes vínculos que o Código Civil não previu e que os tribunais passarão a enfrentar com mais frequência nos próximos anos. Neste contexto, o objetivo da pesquisa será abordar os efeitos patrimoniais e pessoais da decisão no âmbito do Direito de Família e Sucessões, especialmente em relação a parentesco, nome, guarda, visitas, alimentos e sucessão, a partir de uma visão doutrinária.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito de Família e Sucessões, Multiparentalidade, Efeitos Pessoais e Patrimoniais.

## 1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, as relações familiares e filiais têm passado por inúmeras transformações. O modelo de família tradicional (patriarcal), composto por pai, mãe e filhos originários de um casamento deu lugar a outros tipos de relações, que vão além das hipóteses legais.

A Constituição de 1988 passou a reconhecer a união estável<sup>448</sup> e a família monoparental<sup>449</sup>, como entidade familiar. Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de união estável para casais do mesmo sexo<sup>450</sup>, em interpretação conforme à Constituição. Além destas formas de composição familiar há outros arranjos não reconhecidos legalmente, mas existentes de fato, como a família poliafetiva e o concubinato, por exemplo.

Dessas relações advêm filhos, que independentemente do reconhecimento jurídico da formação familiar, terão sempre seus direitos filiais garantidos.

A multiparentalidade – possibilidade de o filho ter dois pais e/ou duas mães - é uma realidade que surge com as novas constituições familiares e que considera a filiação registral, a biológica e a socioafetiva. Até 2016, os tribunais brasileiros enfrentavam a questão ora privilegiando a filiação biológica, ora privilegiando a filiação socioafetiva, havendo poucos casos de reconhecimento simultâneo.

Em setembro de 2016, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060, o Supremo Tribunal Federal fixou a seguinte tese de repercussão geral: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.

<sup>447</sup> Graduada em Direito pela Universidade da Região de Joinville – Univille. Residente judicial no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. E-mail: izabele\_bv@yahoo.com.br.

<sup>448</sup> Art. 226, § 3º, CF/88

<sup>449</sup> Art. 226, § 4º, CF/88

<sup>450</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132

Assim, decidiu-se que inexistente supremacia entre as paternidades biológica e socioafetiva, sendo possível o reconhecimento simultâneo de ambas as formas de paternidade, desde que este seja o interesse do filho.

A decisão previu “efeitos jurídicos próprios” do reconhecimento, mas deixou em aberto questões relativas aos efeitos patrimoniais e pessoais destes vínculos que o Código Civil não abarca e que os tribunais brasileiros enfretarão com mais frequência nos próximos anos.

Para discorrer sobre estes efeitos, o trabalho vai inicialmente traçar uma breve abordagem das novas formações familiares e da filiação à luz da Constituição Federal/1988 e do Código Civil/2002 e apresentar aspectos gerais da multiparentalidade para depois ponderar sobre os efeitos pessoais e patrimoniais do reconhecimento simultâneo dos vínculos biológico e socioafetivo no Direito de Família e Sucessões, a partir de uma visão doutrinária (estudo bibliográfico).

## **2. AS NOVAS FORMAÇÕES FAMILIARES E A FILIAÇÃO SOB A LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/1988 E DO CÓDIGO CIVIL/2002**

Com a Constituição Federal de 1988 se iniciou um processo de constitucionalização do direito privado, ressignificando princípios, regras e institutos do microsistema civilista. Especificamente no Direito de Família, como lembra Fux (*in* PÓVOAS, 2017), **passou-se a considerar a importância da afetividade nas relações, tendo como base o princípio constitucional da dignidade humana. Passou a aproximar-se a realidade do direito da realidade da vida social.**

Nas palavras de Calderón (2013, p. 6):

O novo paradigma passa a estar diretamente relacionado à afetividade, que se constitui em um dos elementos centrais identificadores do que se compreende por entidade familiar (parte da doutrina a conceitua por relações pessoais consubstanciadas pela afetividade, estabilidade e ostentabilidade). A alteração é de tal ordem que, com isso, a afetividade passa a integrar a própria estrutura da família contemporânea.

O posicionamento da afetividade no centro familiar representa a valorização do ser humano, como defende Cassetari (2014, p. 28):

A família moderna possui amparo no princípio da solidariedade, insculpido no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal, que fundamenta a existência da afetividade em seu conceito e existência e dá à família uma função social importante, que é a de valorizar o ser humano. Dessa forma, quando a família passa a realizar e concretizar a afetividade humana, ela desloca as funções econômica, política e religiosa para a afetiva, para determinar a repersonalização das relações civis, que valoriza mais o interesse humano do que as relações patrimoniais.

Como diz Gonçalves (2010, p. 22), “o Direito de Família é o mais humano de todos os ramos do Direito”. E essa humanidade traz particularidades.

Além do modelo de família tradicional (pai, mãe e filhos) há outras formas de organização familiar construídas historicamente, como as famílias de fato, as uniões estáveis, as coabitações concubinárias, as famílias mono e multiparentais e as uniões homoafetivas.

Reconhecidas constitucionalmente, a união estável (registrada ou não) se caracteriza como a convivência contínua, pública e duradoura entre pessoas de sexo diferentes com o objetivo de constituir família; já a família monoparental é formada por pai ou mãe e seus filhos, independentemente se a unicidade decorre de viuvez, dissolução de vínculo conjugal, serem filhos adotados por apenas uma pessoa ou mesmo casos de “produção independente” (PÓVOAS, 2017).

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar (união homoafetiva), abrindo a possibilidade de formalização do vínculo por união estável.

A família poliafetiva (relação entre mais de duas pessoas) e o concubinato (união de pessoas impedidas de casar) são relações não protegidas juridicamente, mas sociedades de fato.

Independentemente do arranjo familiar, a Constituição Federal/1988 e o Código Civil/2002 proíbem o tratamento discriminatório em relação aos filhos<sup>451</sup>. Havidos ou não do casamento ou por adoção, os filhos têm os mesmos direitos e qualificações<sup>452</sup>.

Um desses direitos é o reconhecimento do estado de filiação, que “configura direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, que pode ser exercitado, portanto, sem nenhuma restrição, contra os pais ou seus herdeiros”<sup>453</sup>.

A prova de filiação, em regra, se dá através da certidão do registro civil, uma vez que o fato jurídico do nascimento impõe a lavratura de um assento em cartório<sup>454</sup>. No entanto, é possível a comprovação do estado de filiação por outros meios, a teor do artigo 1.605 do CC/2002 (rol exemplificativo).

Em relação à socioafetividade, a prova de filiação é feita por meio da comprovação da posse de estado de filho, conforme enunciado 519 aprovado na V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal:

O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude da socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai (s) e filho (s), com base na posse do estado de filho, para que produza efeitos pessoais e patrimoniais.

A posse de estado de filho se comprova por meio de três requisitos: utilização do nome da família (*nominatio*), tratamento como filho pelo pai/mãe (*tractatio*) e reconhecimento da sua condição de descendente pela comunidade (*reputatio*).

### 3. ASPECTOS GERAIS DA MULTIPARENTALIDADE

A multiparentalidade “consiste no fato de o filho possuir dois pais ou mães reconhecidos pelo direito, o biológico e o socioafetivo.” (GONÇALVES, 2015, p. 315). Este reconhecimento tem como base maior o princípio da dignidade humana invocada pelo filho, pelo (a) pai/mãe biológico (a) ou pelo (a) pai/mãe afetivo (a)<sup>455</sup>.

Além da dignidade humana, afeto, proteção integral e melhor interesse da criança e do adolescente são as bases para o reconhecimento da multiparentalidade, que considera a filiação registral, a biológica e a socioafetiva.

Dias (2007, p. 68) aponta que “o direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto”. O entendimento é pacífico entre os estudiosos do tema.

Madaleno (2008, p. 66) diz que “o afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana”.

Para Póvoas (2017, p. 70), “afeto deve ser reconhecido como a relação de carinho, amor, cuidado e atenção mútuos entre pessoas, tenham elas relação parental ou conjugal”.

Simões (2018), diz que

Inegável é que o afeto encontra-se presente nas relações familiares tradicionais, sendo caracterizadas no tratamento mútuo entre cônjuges e destes para com seus filhos, que se vinculam não só pelo sangue, mas por amor e carinho.

Mesmo considerando a afetividade como ponto fundamental das relações familiares, até 2016, os tribunais brasileiros enfrentavam a questão ora privilegiando a filiação biológica, ora privilegiando a filiação socioafetiva. Poucos eram os tribunais vanguardistas, como o do Rio Grande do Sul, que decidiam pelo

<sup>451</sup> Art. 227, §6º, da CF/88 e art. 1.596, CC/2002.

<sup>452</sup> O Código Civil de 1916 estabelecia distinção entre filhos legítimos e ilegítimos. Filhos legítimos eram os nascidos de casal unido pelos laços do casamento, os demais eram ilegítimos. Estes últimos eram naturais (nascidos de homem e mulher entre os quais não havia impedimento matrimonial) e espúrios (nascidos de pais impedidos de casar na época da concepção).

<sup>453</sup> Resp 1618230/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 10/05/2017.

<sup>454</sup> Art. 1.603, CC e arts. 50 a 66 da Lei 6.015/73.

<sup>455</sup> Quando o filho é maior de idade, ele só poderá ser reconhecido se consentir. E o filho menor, poderá impugnar o reconhecimento nos quatro anos que se seguem à sua maioridade ou emancipação (Art. 1.614, CC/2002).

reconhecimento da paternidade biológica em determinado caso, mantendo-se no registro de nascimento o nome do pai afetivo. Aquela corte decidiu ainda em 2009 que:

Mesmo havendo pai registral, o filho tem o direito constitucional de buscar sua filiação biológica (CF, § 6º do art. 227), pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. Constituiu-se em decorrência da lei (art. 1.593, 1.596 e 1.597 do Código Civil e 227 da Constituição Federal), ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar. Nem a paternidade socioafetiva e nem a paternidade biológica podem se sobrepor uma à outra. Ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica<sup>456</sup>.

Tartuce (2012) já defendia que a multiparentalidade era um caminho sem volta do Direito de Família Contemporâneo: “o que se tem visto na jurisprudência até aqui é uma escolha de Sofia, entre o vínculo biológico e o socioafetivo, o que não pode prosperar em muitas situações fáticas”.

Em setembro de 2016, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060, o Supremo Tribunal Federal (STF) fixou a seguinte tese de repercussão geral: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios”.

Assim, decidiu-se que inexistente supremacia entre as paternidades biológica e socioafetiva, sendo possível o reconhecimento simultâneo de ambas as formas de paternidade, desde que este seja o interesse do filho. O relator, ministro Luiz Fux destacou que:

A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos.

Mesmo antes da decisão do STF, Póvoas (2017, p. 97) já defendia a viabilidade do reconhecimento simultâneo da parentalidade biológica e socioafetiva:

Se mostra perfeitamente viável e, mais que apenas um direito, é uma obrigação constitucional na medida em que preserva direitos fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo as já debatidas dignidade e afetividade da pessoa humana.

Para facilitar o reconhecimento, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento nº 63, em novembro de 2017, abrindo a possibilidade do reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva extrajudicialmente, diretamente nos cartórios de registro civil.

O provimento tem como bases norteadoras a ampla aceitação doutrinária e jurisprudencial da paternidade e maternidade socioafetiva, contemplando os princípios da afetividade e da dignidade da pessoa humana como fundamento da filiação civil. Considera a possibilidade de o parentesco resultar de outra origem que não a consanguinidade e o reconhecimento dos mesmos direitos e qualificações aos filhos, proibida qualquer designação discriminatória relativa à filiação.

Para que seja realizado o reconhecimento diretamente nos cartórios de registro civil, é necessário que os pais registrais da criança estejam de acordo com o reconhecimento e se a criança for maior de 12 anos de idade, a sua anuência também é necessária. Além disso, o pretense pai/mãe deve ser maior de dezoito anos de idade e deverá ser pelo menos dezesseis anos mais velho que o filho a ser reconhecido; a pessoa que pretende ser reconhecida como pai/mãe não pode ser o irmão/irmã, tio/tia, ou avô/avó da criança e não pode existir nenhum processo judicial em que se discuta a filiação.

<sup>456</sup> Apelação Cível nº 70029363918, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 07 maio 2009

#### 4. EFEITOS PESSOAIS E PATRIMONIAIS DO RECONHECIMENTO SIMULTÂNEO DOS VÍNCULOS BIOLÓGICO E SOCIOAFETIVO NO ÂMBITO DO DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES

O reconhecimento simultâneo e sem hierarquia do vínculo de filiação socioafetivo e biológico gera efeitos pessoais e patrimoniais no âmbito do Direito de Família e Sucessões para todos os envolvidos.

O primeiro efeito é o estabelecimento de vínculo de parentesco entre o filho e todos os parentes dos pais/mães. O Código Civil/2002 traz essa possibilidade quando estabelece em seu art. 1.593 que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. A multiparentalidade se encaixa em “outra origem” e estabelece o parentesco

Em linhas reta e colateral (até quarto grau) com a família do pai/mãe afetivos e pai/mãe biológicos, valendo este grau de parentesco para todas as hipóteses previstas em lei, inclusive impedimentos matrimoniais e sucessórios [...]. (PÓVOAS, 2017, p. 113).

Cassetari (2014, p. 113-114) ressalta que isso altera a árvore genealógica da família, estendendo a parentalidade aos outros membros:

Dessa forma, quando uma paternidade ou maternidade socioafetiva se constitui, essas pessoas estarão unidas pelos laços parentais, que dará ao filho não apenas um pai e/ou uma mãe, mas também avós, bisavós, triavós, tataravós, irmãos, tios, primos, sobrinhos etc. Já os pais também receberão, por exemplo, netos, bisnetos, trinotos e tataranotos socioafetivos. Isso se dá em relação de igualdade estabelecida nessa parentalidade, que trará, como já dito, as mesmas consequências do parentesco biológico.

Outro efeito é o direito de uso do nome dos pais. Póvoas (2017) sugere que o nome de um filho que teve a multiparentalidade reconhecida seja composto pelo sobrenome de todos os genitores, considerando esse direito como fundamental. Para o STJ: “o nome traduz a identidade da pessoa, a origem de sua ancestralidade, enfim é o reconhecimento da família, base da nossa sociedade”<sup>457</sup>.

Larronde (2008, p. 278) afirma “que a filiação é uma fonte de fenômenos jurídicos da mais alta importância, como a nacionalidade, a sucessão hereditária, o direito alimentar, o parentesco”. Assim, a multiparentalidade também gera obrigação alimentar, que deve obedecer ao disposto no art. 1.696 do Código Civil/2002, ou seja, “pais/mães biológicos e afetivos são credores e devedores de alimentos em relação ao filho, respeitando-se o binômio necessidade/possibilidade” (PÓVOAS, 2017, p. 115).

Barboza (1999, p. 140) ensina:

Indispensável salientar que o reconhecimento da paternidade afetiva não configura uma “concessão” do direito ao laço de afeto, mas uma verdadeira relação jurídica que tem por fundamento o vínculo afetivo, único, em muitos casos, capaz de permitir à criança e ao adolescente a realização dos direitos fundamentais da pessoa humana e daqueles que lhes são próprios, a saber: direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, assegurando-lhes, enfim, o pleno desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Desta forma, têm-se a obrigação alimentar decorrente do vínculo de parentesco socioafetivo, como dispõe o Conselho da Justiça Federal (CJF) no Enunciado 341: “Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar”.

Assim como já ocorre na parentalidade biológica, o dever de prestar alimentos é recíproco entre todos os parentes, consoante o caput do art. 1.694 do Código Civil.

457 RE 248.869/SP. Relator Min. Maurício Corrêa, julgado em 7 de agosto de 2003.

Dessa forma, o filho socioafetivo poderá pleitear alimentos dos seus avós, bisavós, irmãos, tios, sobrinhos, primos, e assim por diante, como também poderá ser demandado por isso, haja vista que a parentalidade não traz apenas bônus, mas também o ônus da responsabilidade alimentar (CASSETARI, 2014, p. 120).

Schreiber e Lustosa (2016, p. 862-863) lembram que os filhos têm o dever de ampararem os pais na velhice, carência ou enfermidade (art. 229, CRFB), incluindo o dever de alimentos:

Assim, pode ocorrer que um pai proponha ação de reconhecimento de paternidade socioafetiva, cumulada com alimentos, obrigando o filho socioafetivo, eventualmente, a pagar mais de uma pensão aos seus múltiplos pais.

No que diz respeito à guarda, a proteção da pessoa dos filhos encontra-se normatizada no Código Civil, a partir do art. 1.583, que, inicialmente, estabelece que a guarda será unilateral ou compartilhada.

Em caso de conflito, o critério a ser adotado será sempre o melhor interesse da criança, conforme determina a doutrina da proteção integral consagrada pela Constituição em seu artigo 227.

Descabe, assim, qualquer tentativa de estabelecer critérios em abstrato e *a priori*, específicos para as situações de multiparentalidade – tais como a preferência da definição da guarda em favor dos pais que moram juntos em detrimento do pai que mora sozinho –, eis que poderá o magistrado se convencer do contrário, no exame do caso concreto, com vistas à proteção dos interesses do menor (SCHREIBER; LUTOSA, 2016, p. 868).

Geralmente quem tem mais afinidade/afetividade com o filho ganha vantagem neste ponto. Pereira (2000, p. 49) adverte que “deve ser analisado em cada caso de litígio sobre a guarda da criança. Na realidade, se a criança for suficientemente madura, os Tribunais devem considerar a sua preferência”. Ao outro genitor deve ser reservado o direito de visitas, para a convivência com o filho.

Cassetari (2014, p. 127) sugere:

Aquele que não tiver a guarda dos filhos poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. Cumpre lembrar que o direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente. Assim sendo, verifica-se que tanto o pai quanto a mãe e os avós socioafetivos terão direito de conviver com o filho, podendo visitá-lo regularmente, enquanto houver o exercício do poder familiar.

A definição dos direitos sucessórios é o ponto mais palpitante da discussão em relação aos efeitos do reconhecimento da multiparentalidade.

No caso de sucessão na linha descendente, não há divergência, porque o Código Civil/2002 prevê a igualdade entre os filhos. Então, não há dúvidas de que o filho afetivo ou biológico entra na linha sucessória juntamente com os demais irmãos em condição de igualdade.

Schreiber e Lustosa (2016, p. 858-859) lembram que:

Independentemente da origem do vínculo, o filho será herdeiro necessário e terá direito à legítima. Ter direitos sucessórios em relação aos pais biológicos e, ao mesmo tempo, em relação aos pais socioafetivos não ofende qualquer norma jurídica, ao contrário, apenas realiza a plena igualdade entre os filhos assegurada pela Constituição. Ter um, dois, três ou até mais vínculos parentais decorre de contingências da vida, de modo que não há problema em haver irmãos legitimados a suceder em heranças distintas de seus respectivos ascendentes.

Já em relação à sucessão na linha ascendente, há discussão em relação à divisão da herança quando o filho falece sem deixar descendentes ou cônjuge/companheiro e possui todos os ascendentes em 1º grau na linha reta. O Código Civil/2002 dispõe que:

Art. 1.836 - Na falta de descendentes são chamados à sucessão os ascendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente.

[...] §2º Havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna.

Então, numa interpretação literal, poder-se-ia considerar que quando o filho tinha dois pais e uma mãe, a distribuição seria feita da seguinte forma: 25% para cada pai e 50% para a mãe (metade para a linha paterna e metade para a linha materna). No entanto, a doutrina vem se posicionando no sentido de fazer uma distribuição igualitária entre os genitores, ou seja, no caso apresentado, 1/3 para cada um.

Isso porque quando o Código Civil/2002 foi elaborado, não havia previsão para o reconhecimento da multiparentalidade. Segundo Póvoas (2017, p. 119 e 120), naquela época buscou o legislador fazer uma distribuição igualitária da herança aos ascendentes do falecido.

No mesmo sentido, Tartuce (2017) defende que se deve atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como ao direito fundamental da herança (art. 5º, XXX, CF/88), considerando a divisão igualitária entre os ascendentes.

Oliveira (2009, p. 2-3) também entende pela igualdade. Segundo ele, como pano de fundo do estudo do direito sucessório aloca-se a principiologia constitucional de respeito à dignidade da pessoa humana. Nesse contexto, a atribuição de bens da herança aos sucessores deve ser pautada de acordo com o critério de valorização do ser humano, de modo a que o patrimônio outorgado lhe transmita uma existência mais justa e digna dentro do contexto social.

Vale destacar que além dos efeitos no campo do Direito de Família e no Direito de Sucessões, o vínculo de parentalidade repercute também em outros ramos do Direito que não foram objeto deste estudo como: no Direito das Obrigações (por exemplo, na responsabilidade civil dos pais por atos dos filhos menores e no regime aplicável aos contratos de doação ou compra e venda entre pais e filhos); no Direito Administrativo (vedação ao nepotismo); Eleitoral (regras de inelegibilidade); Processual (regras de suspeição do juiz e de produção de prova testemunhal); Penal (circunstância agravante da pena) e Previdenciário (benefícios para dependentes). Estes efeitos poderão ser objeto de estudos posteriores.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho se propôs a apresentar como a doutrina posiciona os efeitos patrimoniais e pessoais do reconhecimento simultâneo das paternidades biológica e socioafetiva no Direito de Família e Sucessões.

Inicialmente, o artigo abordou as novas formações familiares e a filiação à luz da Constituição Federal/1988 e do Código Civil/2002, destacando a importância da afetividade nas relações, que tem como base o princípio constitucional da dignidade humana.

Apresentou algumas formas de arranjos familiares, reconhecidos ou não pelo direito, e frisou a proibição de tratamento discriminatório em relação aos filhos, destacando o reconhecimento do estado de filiação como um direito fundamental personalíssimo, indisponível e imprescritível.

O artigo também apresentou aspectos gerais da multiparentalidade, com seu conceito e princípios fundantes como dignidade humana, afetividade, proteção integral e melhor interesse da criança e do adolescente.

Apresentou a tese de repercussão geral do STF a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060 que decidiu pelo reconhecimento simultâneo e sem hierarquia dos vínculos biológicos e socioafetivos.

Discorreu ainda brevemente sobre o Provimento nº 63 do CNJ que abriu a possibilidade de reconhecimento voluntário da paternidade ou da maternidade socioafetiva extrajudicialmente, diretamente nos cartórios de registro civil.

Por fim, trouxe reflexões doutrinárias acerca dos efeitos pessoais e patrimoniais do reconhecimento simultâneo dos vínculos biológico e socioafetivo no Direito de Família e Sucessões, especialmente em relação a parentesco, nome, guarda, visitas, alimentos e sucessão.

Em conclusão, a pesquisa mostrou que o reconhecimento da multiparentalidade pelo STF representa um passo importante na formação de um Direito de Família plural no Brasil, que considera a força das situações fáticas, acolhendo as diferentes formas de família que já existem na prática e que não se enquadram nos códigos postos.

Com a plena igualdade entre a parentalidade biológica e socioafetiva, restam efeitos jurídicos pessoais e patrimoniais que se irradiam pelas árvores genealógicas de pais e filhos. A partir do entendimento doutrinário apresentado, pode-se concluir que não há dificuldades práticas nas famílias multiparentais que não possam ser solucionadas pelos aplicadores do direito, à luz do Código Civil e especialmente dos princípios constitucionais.

## 6. REFERÊNCIAS

BARBOZA, Heloísa Helena. Novas relações de filiação e paternidade. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Repensando o direito de família*. I CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO DE FAMÍLIA. Anais... Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 140.

BRASIL. Lei 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

\_\_\_\_\_. CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado 341*. IV Jornada de Direito Civil.

\_\_\_\_\_. CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado 519*. V Jornada de Direito Civil.

\_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Resp 1618230/RS*, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 28/03/2017, DJe 10/05/2017.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *RE 248.869/SP*. Rel. Ministro Maurício Corrêa, julgado em 07/08/2003, DJe 12/03/2014.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277*. Rel. Ministro Ayres Britto, julgado em 05/05/2011, DJe 14/10/2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132*. Rel. Ministro Ayres Britto, julgado em 05/05/2011, DJe 14/10/2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário nº 898.060*. Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 22/09/2016, DJe 24/08/2017.

\_\_\_\_\_. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. *Apelação Cível nº 70029363918*, Oitava Câmara Cível, Relator: Claudir Fidelis Faccenda, Julgado em 07 maio 2009.

CALDERÓN, Ricardo Lucas. *Princípio da afetividade no Direito de Família*. Disponível em: <[http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/principio\\_da\\_afetividade\\_no\\_direito\\_de\\_familia.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/principio_da_afetividade_no_direito_de_familia.pdf)>. Acesso em: 30 out 2018.

CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva: efeitos jurídicos*. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Provimento nº 63*, de 14 de novembro de 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em: 31 out. 2018.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das famílias*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FUX, Luiz. Prefácio. In PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. *Multiparentalidade: a possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos*. 2ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2017, pp. 15/17.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro – Direito de Família*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Direito Civil Brasileiro – Direito de Família*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LARRONDE, Hernán Troncoso. *Derecho de familia*. 11. ed. Santiago: Legal Publishing, 2008. p. 278

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

OLIVEIRA, Euclides de. *Direito de herança: a nova ordem da vocação hereditária*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 2-3.

PEREIRA, Tânia da Silva. *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2000.

PÓVOAS, Maurício Cavallazzi. *Multiparentalidade – a possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos*. 2ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2017.

SCHREIBER, Anderson; LUSTOSA, Paulo Franco. *Efeitos Jurídicos da Multiparentalidade*. Editora Pensar, Fortaleza, v. 21, n. 3, p. 847-873, set./dez. 2016.

SIMOES, Thiago Felipe Vargas. *A família afetiva – o afeto como formador da família*. Disponível em: <<http://promovebh.com.br/revistadedireito/art/a19.pdf>>. Acesso em: 29 out 2018.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. Ebook. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017

\_\_\_\_\_. *O princípio da afetividade no direito de família*. 2012. Disponível em: <<https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/oprincipio-da-afetividade-no-direito-de-familia>>. Acesso em: 31 out. 2018.

## O REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS PARA OS MAIORES DE 70 (SETENTA) ANOS DE IDADE

Natally Brito Silva<sup>458</sup>

### RESUMO

O presente estudo aborda a imposição do regime de separação obrigatória de bens para os maiores de 70 anos de idade que contraem matrimônio, nos moldes do artigo 1.641, inciso II, do atual código civil brasileiro. O tema é de suma importância uma vez que atinge os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da liberdade, restringindo a faculdade do idoso de optar pelo regime matrimonial que mais atenda aos seus interesses e de seu cônjuge, ao mesmo tempo em que se presume sua incapacidade e limita a autonomia da vontade. Possui como objetivos específicos: a) analisar os direitos e garantias concedidos aos idosos pela Constituição Federal de 1988, e pelo estatuto do idoso; b) abordar os principais aspectos do regime de separação obrigatória de bens; c) analisar a constitucionalidade e a aplicabilidade do art. 1641, II do CC.

**PALAVRAS-CHAVE:** Idosos, Princípio da Dignidade Humana, Regime de Separação Obrigatória Bens, Pacto Antenupcial.

### 1. INTRODUÇÃO

É certo que constitucionalmente a relação familiar tem interesses particulares, enquadrada inclusive pelo direito civil das famílias, com alicerces no direito privado, é indiscutível que é enquadrada do ponto de vista das ciências jurídicas, como a relação mais íntima e particular em nosso ordenamento, deste modo, não encontramos relação mais privada.

Efeitos econômicos de uma entidade familiar são concernentes aos interesses disponíveis, refletidos na escolha dos nubentes, para eleger o regime que melhor apraz ao casal. Temos inclusive positivado em norma, conforme consta no artigo 1.639, do Código Civil: *“É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver”*.

Elegendo desse modo, o regime de bens que julgarem conveniente para a futura união, entretanto, para exercer tal direito, antes será celebrado um negócio jurídico formal, o Pacto Nupcial, por meio de escritura pública, devendo ser registrado no Cartório de Imóveis, dessa forma a liberdade de escolha do casal será exercida nos moldes exigidos pela legislação, caso contrário, será considerado inválido (1.653, Código Civil).

Contudo, não é o que ocorre quando se trata de Casamento para os maiores de 70 (setenta anos), pois não há justificativa plausível de cunho moral e econômico.

Ao que parece, é nítido tratar-se de preconceito e discriminação contra o idoso, ferindo princípios da igualdade, liberdade e dignidade humana.<sup>459</sup> Para muitos a imposição do regime está distante de ser considerado precaução e cuidado com a esfera patrimonial da pessoa, é incoerente do ponto de vista constitucional. Segundo a norma positivada no artigo 1.641, II, CC, a punição de tal regime se dá ao violar impedimentos matrimoniais, bem como os que dependem de suprimento matrimonial para casar.

Ao idoso é assegurado tanto oportunidades quanto facilidades à preservação de sua saúde física e mental, reafirmados pelos direitos fundamentais que são amparados pela Constituição Federal de 1988, referentes a toda pessoa humana, sem esquecer que são consagrados posteriormente pelo Estatuto do Idoso, como podemos verificar em seu artigo 2º:

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por

<sup>458</sup> Acadêmica do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille. E-mail: [natallybrisi@gmail.com](mailto:natallybrisi@gmail.com)

<sup>459</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. V. Direito de Família. 25 ed. Revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira, 2017.

outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Princípios fundamentais como a Dignidade da Pessoa Humana (artigo 1º, III, CF/1988) considerado por muitos doutrinadores como um Macroprincípio, tutelam os direitos fundamentais da família, tendo como regulador das relações interpessoais o estado, assegurando toda dimensão ética que os envolve, respeitando a dignidade de cada indivíduo.<sup>460</sup> (Farias e Rosenvald, 2017).

Os primeiros princípios admitidos para a garantia da dignidade da pessoa humana, foram o da liberdade e o da igualdade. Nesse enfoque, o direito assume direção de determinar a liberdade de cada indivíduo, pela estrutura organizacional das leis em nosso ordenamento jurídico, que ao olhar de muitos, trata-se de uma situação contraditória, contudo, a liberdade para coexistir, necessita proporcionalmente da igualdade.<sup>461</sup> (Dias, 2016)

Nesse diapasão, a família não pode ser uma instituição que suspenda os direitos e garantias individuais quando se tratar de idoso, de outra sorte, deve ser reconhecida a aplicação de normas de responsabilidade civil, que assegurem um membro da família aos seus direitos lesados, por atos inconstitucionais, que respinguem em seus direitos patrimoniais ou extrapatrimoniais, das pessoas que possuem plena capacidade civil.<sup>462</sup> (Cardin, 2012)

## 2. DESENVOLVIMENTO

### ■ 2.1. Direitos e Garantias Concedidos ao Idoso pela Constituição Federal de 1988

Nossa Constituição, por meio de seu regime democrático, mostra desmedida preocupação com a dignidade da pessoa humana, e desse modo, fica claro sua oposição a qualquer forma de discriminação que atentem contra a liberdade e igualdade que norteiam a esfera familiar. Em se tratando disso, fica óbvio que todos têm a liberdade para escolher com quem se quer constituir matrimônio, bem como será constituída a estrutura moral e financeira de cada nova entidade familiar.<sup>463</sup> (Farias e Rosenvald, 2017).

Para todos existem a possibilidade de dissolver um casamento, ou mesmo, alterar o regime de bens que rege o mesmo, estabelecido em lei, pelo artigo 1.639, §2º, do Código Civil. O que reforça a ideia da liberdade como princípio basilar para a constituição familiar.

Todavia, de modo inconstitucional, essa liberdade não alcança os idosos (a partir dos 70 anos), que são forçados a constituírem matrimônio sob a égide do Regime de Separação Obrigatória de Bens (artigo 1.641, II, do Código Civil), e proibidos de posteriormente mudarem o regime, caso assim o decidam de comum acordo, pois são penalizados pela imposição da lei e justificado através do legislador, por alegação de cautela com o acervo patrimonial do idoso. “Não é admitida sequer a divisão dos bens amealhados durante a vida em comum, o que gera o enriquecimento ilícito de um dos cônjuges em detrimento do outro.”<sup>464</sup> (Dias, 2016).

Afrontando descaradamente o Princípio da Liberdade, tal contexto nos traz à tona a famosa citação do ilustre jurista Rui Barbosa: Tratar iguais com desigualdade ou desiguais com igualdade não é igualdade real, mas flagrante desigualdade.<sup>465</sup> (Barbosa, 1997).

E como fala Maria Berenice Dias: “A ideia central é garantir a igualdade, o que interessa particularmente ao direito, pois está ligada à ideia de justiça”<sup>466</sup>. E ainda, para robustecer: “Existe igualdade como reconhecimento, que significa o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam elas quais forem. Nada mais do que o respeito à diferença.”<sup>467</sup>.

<sup>460</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias. 9ª Edição. Salvador: Juspodivm. 2017. Vol. 6. Pág. 75

<sup>461</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 4º e-book baseada na 11ª ed. Imprensa, São Paulo: editora Revista dos tribunais, 2016. pág.49.

<sup>462</sup> CARDIN, Valéria Silva Galdino. Dano Moral no Direito de Família. São Paulo. Editora Saraiva, 2012.

<sup>463</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias. 9ª Edição. Salvador: Juspodivm. 2017. Vol. 6. Pág. 375

<sup>464</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 4º e-book baseada na 11ª ed. Imprensa, São Paulo: editora Revista dos tribunais, 2016. pág. 72.

<sup>465</sup> BARBOSA, Rui. Oração aos moços. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

<sup>466</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 4º e-book baseada na 11ª ed. Imprensa, São Paulo: editora Revista dos tribunais, 2016. pág. 50

<sup>467</sup> *Id. Ibd.*

Sendo assim, o direito justifica-se como regulador das relações humanas familiares (e fundamentais), sendo mister que não gere danos a ninguém. Contudo, é sabido que substituiu-se a ideologia familiar patriarcal pela ideologia do Estado, assenhorando-se da liberdade de cada pessoa, muitas vezes impondo premissas constrangedoras em torno da relação afetiva do indivíduo.<sup>468</sup>

Vale ressaltar que por meio da Súmula 377, do STF, mesmo na separação obrigatória (imposta por lei), existe direito à meação dos bens adquiridos<sup>469</sup>.

A súmula nos evidencia a preocupação em impedir a falta de bom senso, de comunicar bens amealhados na constância do casamento por esforço comum dos cônjuges. Fato que permitiria (até incentivaria) o enriquecimento sem causa de somente um dos cônjuges, e evitando o desamparo do outro consorte, que tenha prestado contribuição com objetivo econômico-financeiro da família.

O Regime que é foco central do estudo fere o princípio da autonomia da vontade visto que o texto legal regula em seu artigo 1.640, parágrafo único do Código Civil: “poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula.”

## ■ 2.2. Principais Aspectos do Regime da Separação Obrigatória de Bens para os Maiores de 70 Anos

Com a celebração do casamento, gera-se os efeitos patrimoniais, através do regime de bens, que consubstanciam-se por meio das normas positivadas que regem a relação jurídico patrimonial na vigência do matrimônio.<sup>470</sup>(Filho e Gagliano, 2017).

No Regime de Separação Obrigatória de Bens ou Regime Legal Obrigatório, é positivado no artigo 1.641, do Código Civil, nele é estabelecido casos que a lei impõe o tal regime. É polêmico, em especial, pelo inciso II, elencado no artigo 1.641, em que evidencia a limitação da autonomia privada. Como podemos analisar no disposto:

“Art. 1.641. É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:

I — das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;

II — da pessoa maior de 70 (setenta) anos;

III — de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial”.

No parecer de Maria Berenice Dias, conceitua-se o regime em questão da seguinte forma:

“Trata-se, nada mais, nada menos, de mera tentativa de frear o desejo dos nubentes mediante verdadeira ameaça. A forma encontrada pelo legislador para evidenciar sua insatisfação frente à teimosia de quem desobedece ao conselho legal e insiste em realizar o sonho de casar, é impor sanções patrimoniais, ou melhor, é retirar efeitos patrimoniais ao casamento.”<sup>471</sup> (Dias, 2016).

Sabe-se que efeitos na ordem pessoal e matrimonial são gerados com o casamento, e esses efeitos são refletidos na escolha do regime de bens que vigorará com a união do casal. Desse modo, se constitui a essência financeira do casamento, resultando na nulidade a constituição de um matrimônio sem o regime de bens. Esses regimes se consubstanciam como disciplinadores de relações econômicas dentro do casamento. O que se estende até em países estrangeiros, mesmo os de economia socialista.<sup>472</sup> (Pereira, 2017).

Para doutrinadores como Paulo Lôbo, essa norma (art.1641, II, CC) atenta contra a dignidade da pessoa humana: “por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-lo a tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz”. (Lôbo, 2011).

<sup>468</sup> *Id. Ibd.*, pág.70.

<sup>469</sup> Súmula 377 do STF: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

<sup>470</sup> FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Vol. 6. Pág.368

<sup>471</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 4º e-book baseada na 11ª ed. Imprensa, São Paulo: editora Revista dos tribunais, 2016. pág. 519

<sup>472</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. V. Direito de Família. 25 ed. Revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira, 2017. Pág. 236.

“Se existe receio de o idoso ser vítima de um golpe por conta de uma vulnerabilidade explicada por enfermidade ou deficiência mental, que seja instaurado procedimento próprio de interdição, mas disso não se conclua em favor de uma inadmissível restrição de direitos, simplesmente por conta da suidade.” (Filho e Gagliano, 2017)

A idade avançada não é sinônimo de incapacidade para a imposição do regime de separação legal e sim um ato de violento preconceito contra a pessoa idosa, que é constrangido a obrigatoriedade do regime a ser adotado por sua idade.<sup>473</sup>Filho e Gagliano explicitam a seguinte ideia:

“Aliás, com 60 anos (como era o limite original do dispositivo), 70 anos (na atual redação) ou mais idade ainda, a pessoa pode presidir a República. Pode integrar a Câmara de Deputados. O Senado Federal. Poderia, ainda, no limite etário original de 60 anos, compor a mais alta Corte brasileira, na condição de ministro!”(Filho e Gagliano, 2017, pág.388)

Nada mais justo que a licitude da escolha do regime de bens a ser adotado no casamento, se estenda a todos sem discriminação por condições peculiares de possuir idade avançada. Desde que claro, não atentando contra princípios de ordem pública, e nem contrariando a natureza do casamento, que é se constituir família com base nos laços afetivos.

O disposto da obrigatoriedade para os maiores de 70 não encontra justificativa plausível de ordem econômica e moral, visto que não se pode subsistir no suposto interesses por essa faixa etária<sup>474</sup>, sabendo que as outras faixas etárias também não estão isentas do famoso “golpe do baú”.(Pereira, 2017)

### ■ 2.3. Estatuto do Idoso

O Estatuto do Idoso trazido pela Lei 10.741 de 2003, é um divisor de águas para o direito dos que possuem idade maior que sessenta anos, nele é determinado mecanismos de proteção e fiscalização, inclusive impõe sanções caso haja descumprimento de suas normas nele estabelecido.

Foi resultado da reunião de diversas legislações esparsas, com intuito de buscar a dignidade humana, entre outras garantias fundamentais para os idosos. Vale ressaltar que possui aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, CF). Sendo essa conquista um marco para o idoso na sociedade, através da sua plubiscização em prol da causa do envelhecimento, com esta norma, agora o idoso pode exigir o respeito, tendo a lei como amparo que o respalda como sujeito beneficiário de bem-estar e dignidade, que lhes são devidas, como a qualquer outro cidadão brasileiro, independente de raça, cor, credo ou idade.

O 2º artigo trazido pelo EI, são reafirmados princípios constitucionais como o da Liberdade e da Dignidade, além da preocupação com sua sua integridade física e moral, bem como podemos analisar:

“Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.” (Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003)

Ressalta Maria Berenice Dias (2016), sobre o Estatuto: “Além de elencar as garantias de prioridade, também o Estatuto veda qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão (EI 4.º).”<sup>475</sup>

<sup>473</sup> FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. Vol. 6. Pág. 388.

<sup>474</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol. V. Direito de Família. 25 ed. Revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira, 2017. Pág. 244.

<sup>475</sup> DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias, 4º e-book baseada na 11ª ed. Impressa, São Paulo: editora Revista dos tribunais, 2016. pág. 1077.

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise do presente estudo coloca em voga a constitucionalidade do art. 1.641, II, do CC, nos traz à luz que a legislação guardiã do direito dos idosos é embrionária no Brasil, pois antes da Constituição Federal de 1988, eram escassos mecanismos para amparar os direitos da senilidade. As medidas existentes na época pré-Constituição de 1988, eram voltadas somente para recompensar um trabalho que havia sido prestado e não especificamente direitos pela condição peculiar que giram em torno da idade sênior, todos esses fatos foram um dos impulsos para a promulgação de nossa Carta Maior, por meio dela, foi assegurada proteção que abarcava outras áreas, e por conseguinte consagrados no Estatuto do Idoso (direitos fundamentais como: saúde física e mental, cultura, maior qualidade de vida, aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, entre outros).<sup>1</sup> art. 20, Estatuto do Idoso.

Não obstante, verificamos a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, CC, que traz em sua letra a obrigatoriedade do Regime de Separação Legal de Bens para os idosos a partir de 70 anos, o que fere a autonomia da vontade dentre outros princípios constitucionais já vistos no presente trabalho.

Ao longo de nossa história vimos que a senilidade em suma não é causa de incapacidade, não passa de mero preconceito. É sabido que os maiores de 70 anos, tem parcela significativa no Brasil e sua tendência populacional tende a se tornar ainda mais significativa daqui para 2060.<sup>476</sup> (Fonte: site do IBGE, 2018).

Vimos que nosso Código Civil possui excesso de preocupação com as relações patrimoniais, todavia, como demonstra Tepedino: "... os institutos do Direito Civil têm proteção condicionada ao atendimento de sua função social, cujo conteúdo é definido fora da órbita patrimonial."<sup>477</sup> (Tepedino, 2004).

Conclui-se, portanto, que o fato de envelhecer, é algo inerente ao ser humano, característica naturalmente peculiar de cada indivíduo, embora seja estigmatizado por muitos em nossa sociedade que possuem olhar discriminatório e preconceituoso. Todavia, esse simples decurso da vida a qual todos estamos suscetíveis a passar por ele, dito por alguns como "a melhor idade", é uma fase que não deve ser vista como usurpadora de direitos, onde exclui-se benefícios que são inerente a todos, ou recebe rótulos que restringem a plenitude de sua capacidade. Visto que temos dispositivos legais que consubstanciam direitos como o da integridade física, psíquica e moral, da autonomia da vontade, da liberdade, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, que são todos pertinentes a pessoa idosa.

### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm) > Acesso em: 02 dez. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal da República de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) > Acesso em: 02 dez. 2018.

BRASIL. **Estatuto do Idoso**. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/a-camara/estruturaadm/gestao-na-camara-dos-deputados/responsabilidade-social-e-ambiental/acessibilidade/legislacao-pdf/Legislaoidoso.pdf> > Acesso em: 02 dez. 2018.

BRASIL. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas**. Disponível em: < <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/> > Acesso em: 02 dez. 2018.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997

CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Dano Moral no Direito de Família*. São Paulo. Editora Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*, 4º e-book baseada na 11º ed. Impressa, São Paulo: editora Revista dos tribunais, 2016.

<sup>476</sup> Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>

<sup>477</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. pág. 396.

FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. 4ªed. São Paulo: saraiva, 2017. Vol. 6.

LÔBO, Paulo. Direito civil: famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: Direito de Família. 7ª ed. Revista, atualizada e ampliada, 2016, vol. 5.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. Vol.V. Direito de Família. 25 ed. Revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Famílias. 9ª Edição. Salvador: Juspodivm. 2017.Vol. 6.

## O DIREITO SISTÊMICO E UM NOVO OLHAR PARA CONFLITOS NOS DIVERSOS RAMOS DO DIREITO CIVIL

Marcelle Stähelin

### RESUMO

O objetivo do presente trabalho é analisar o olhar que o Direito Sistemico nos proporciona nos diversos ramos do Direito Civil. Serão abordadas as leis sistêmicas criadas por Bert Hellinger (pertencimento, hierarquia e equilíbrio), bem como a técnica da Constelação Sistemica por ele desenvolvida. Tratará, ainda, da definição de Direito Sistemico, seu surgimento no Brasil através do juiz Sami Storch, a diferença entre Constelação Sistemica e Postura Sistemica, e a previsão legal de utilização de métodos de solução consensual de conflitos, conforme o Código de Processo Civil de 2015 e a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça. Por fim, analisará como a visão sistêmica do Direito pode auxiliar na resolução de conflitos de diversos ramos do Direito Civil, tais como Direito de Família, Sucessório e Empresarial. Para realizar o presente estudo, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, traçando como problema de pesquisa o seguinte questionamento: “como o Direito Sistemico poderia auxiliar nas resoluções de conflitos nos diversos ramos do Direito Civil?”. A hipótese de que uma visão sistêmica do Direito Civil auxilia na solução de conflitos foi confirmada, entretanto as conclusões são parciais, pois a pesquisa ainda está em andamento. Observou-se que, quando se tem um novo olhar para o conflito apresentado pelas partes, buscando-se o que está além do aparente, bem como devolvendo aos envolvidos sua dignidade e autonomia, inclusive para resolver o conflito, permite-se encontrar uma solução mais sustentável e humanizada, em que todas as partes ganham ao final, promovendo-se a cultura da paz. A relevância acadêmico-científico-social se dá por ser um novo método a ser utilizado para resolução de conflitos, de modo que diminuirá a judicialização dos processos, auxiliando na crise do Judiciário, contribuindo para uma melhor qualidade na prestação jurisdicional.

**PALAVRAS-CHAVES:** Direito Sistemico. Direito Civil, Direito de Família, Direito Sucessório, Direito Empresarial, Processo Civil, Bert Hellinger, Constelação Familiar, Postura Sistemica.

### 1. INTRODUÇÃO

O que é Direito Sistemico? Como surgiu? O que são as constelações familiares e qual a sua relação com o Direito Sistemico? Essas e outras indagações são pertinentes para o tema, por meio do estudo de situações em que há um olhar sistêmico para os conflitos oriundos de diversos ramos do Direito Civil.

A metodologia utilizada para o presente estudo foi o método hipotético-dedutivo, tendo como alicerce do problema de pesquisa o seguinte questionamento: “como o Direito Sistemico poderia auxiliar nas resoluções de conflitos nos diversos ramos do Direito Civil?”. Como hipótese, tem-se que a visão sistêmica do Direito Civil auxilia na solução de conflitos. Observou-se também que a aplicação das Leis Sistêmicas de Bert Hellinger auxilia na tomada de consciência pela parte, com o consequente encaminhamento para a resolução do conflito.

Assim, o presente artigo dividiu-se da seguinte forma: em um primeiro momento serão abordadas as leis sistêmicas de Bert Hellinger, bem como a técnica de Constelação familiar por ele desenvolvida, além da definição de Direito Sistemico, seu surgimento no Brasil, a diferença entre Postura Sistemica e Constelação Sistemica, e a previsão legal para utilização da técnica. Posteriormente será apresentada uma análise sobre como a visão sistêmica do Direito pode auxiliar na resolução de conflitos de diversos ramos do Direito Civil, tais como Direito de Família, Sucessório e Empresarial.

### 2. LEIS SISTÊMICAS, CONSTELAÇÕES FAMILIARES E DIREITO SISTÊMICO

Bert Hellinger é um teólogo, filósofo e pedagogo alemão, que trabalhou por 16 anos como missionário em uma tribo Zulu, na África do Sul e desenvolveu a técnica das constelações familiares.

Teve como influências, Gestalt, psicanálise, dinâmicas de grupos, terapia primal, análise transacional, hipnoterapia, programação neurolinguística (PNL) e terapia familiar.

A constelação familiar está fundamentada em conceitos da sociologia, psicologia, fenomenologia, psicanálise, terapia sistêmica, familiar e estrutural.

Segundo Adhara Campos, a constelação sistêmica é

uma técnica terapêutica breve voltada para soluções, que trabalha por meio de representações e imagens e perspectivas de mais gerações (ideia da transgeracionalidade). Essa terapia está fundamentada nas Ordens do Amor ou Leis Sistêmicas, sistematizadas por Bert Hellinger a partir da década de 70, ocasião em que ele entrou em contato com a técnica por meio de Ruth Mc Clandon, Les Kadis e Thea Schönfelder (VIEIRA, 2018, p. 12).

A constelação familiar tem como base as três leis sistêmicas (ordens do amor ou leis do amor) desenvolvidas por Bert Hellinger, quais sejam: 1) Pertencimento; 2) Hierarquia; 3) Equilíbrio entre dar e tomar.

Pertencimento é vínculo, e se dá desde o momento da concepção, quando a pessoa já passa a pertencer ao seu sistema familiar: mesmo que desse embrião não nasça uma criança com vida, ela não se desenvolva ou seja abortada, nada disso exclui seu pertencimento. “A lei do pertencimento parte do princípio de que, nos sistemas, quando ocupamos um lugar, ele nos pertence, independentemente das circunstâncias ou fatores externos” (CARVALHO, 2018, p. 32).

Este princípio não se aplica apenas aos filhos e aos membros de um sistema familiar. O pertencimento deve ser observado em qualquer situação: os professores e alunos de uma universidade, a ela pertencem; os moradores de um condomínio pertencem a ele, os membros de uma congregação pertencem a esta, os advogados pertencem à OAB, todos os empregadores e empregados pertencem à empresa para a qual trabalham.

Para Bert Hellinger, se não for respeitado que todos pertencem, ocorre um desequilíbrio no sistema, de modo a possibilitar que os excluídos sejam incluídos. E esse desequilíbrio pode ser observado de diversas formas: uma relação conjugal que não dá certo por falta de reconhecimento da primeira esposa; falta de prosperidade na empresa que não reconhece o lugar do antigo dono; demissão quando houve desrespeito com o antigo funcionário.

A segunda lei é da Hierarquia e diz respeito à ordem e precedência: o que vem primeiro. Para Bianca Carvalho (2018, p.37), a hierarquia “corresponde ao lugar de cada um no sistema. Na posse do direito de pertencer, o membro do sistema precisa conhecer o seu devido lugar”.

Em uma família, observa-se a hierarquia entre os ascendentes e descendentes (bisavós, avós, pais, filhos, netos, bisnetos) bem como entre os irmãos, do mais velho para o mais novo (incluindo-se abortos e natimortos). Entre casais não há hierarquia, pois ambos os cônjuges se encontram lado a lado, um em relação ao outro.

Quando essa ordem não é observada, gera conflitos nas relações familiares, inclusive entre os casais.

De modo geral, todos os sistemas possuem uma hierarquia, determinada pelo momento em que alguém começou a fazer parte do sistema. Em uma empresa,

quem entrou primeiro tem precedência sobre aquele que chegou mais tarde, mas isso não é uma regra geral, porque precisamos olhar em que espécie de sistema estão inseridos. No caso de uma empresa familiar, mesmo que os filhos do proprietário venham a integrar uma empresa depois de um funcionário antigo, o lugar dos filhos precede ao do funcionário, porque a empresa é familiar, e esse sistema tem maior valor. Isso se aplica às famílias e também às organizações (CARVALHO, 2018, p. 39).

A última lei é a do Equilíbrio entre dar e tomar e refere-se à compensação. Conforme explica Bianca Carvalho (2018, p.39),

a lei do equilíbrio de troca – Dar e Tomar – é basicamente a possibilidade, dentro de uma relação, de ambos poderem oferecer e receber com certa paridade, favorecendo a sensação de bem-estar pela existência de justiça ou ausência de reivindicação. Se em uma relação, seja de afeto, amizade, trabalho ou negócio, uma das partes dá mais do que recebe, aquele

que recebe mais do que dá se sente pressionado a recompensar e não consegue, e aquele que dá demais e recebe nada ou pouco se sente desvalorizado, pois precisa receber algo e nem sempre consegue. Em qualquer uma das hipóteses, o efeito é a tensão nessa relação e o conseqüente afastamento ou sentimentos secundários, como mágoa, desconforto ou intolerância.

Assim, dessa breve explicação acerca das três leis sistêmicas já é possível entender a origem dos conflitos, sejam eles familiares, interpessoais, negociais ou empresariais.

E foi com esse novo olhar, com o conhecimento dessas leis, que o juiz Sami Storch iniciou os trabalhos com constelações familiares no Judiciário, dando origem à expressão “Direito Sistêmico”:

A expressão “direito sistêmico”, no contexto aqui abordado, surgiu da análise do direito sob uma ótica baseada nas ordens superiores que regem as relações humanas, segundo a ciência das constelações sistêmicas desenvolvida pelo terapeuta e filósofo alemão Bert Hellinger. (...) O direito sistêmico se propõe a encontrar a verdadeira solução. Essa solução não poderá ser nunca para apenas uma das partes. Ela sempre precisará abranger todo o sistema envolvido no conflito, porque na esfera judicial – e às vezes também fora dela – basta uma pessoa querer para que duas ou mais tenham que brigar. Se uma das partes não está bem, todos os que com ela se relacionam poderão sofrer as conseqüências disso. (2013, *web*).

Referido juiz iniciou os trabalhos em 2006, na Comarca de Itabuna, na Bahia, quando ingressou na magistratura. Segundo Storch (2016, *web*), “desde o início o uso de frases “sistêmicas” revelou-se de grande força, no sentido de sensibilizar as partes envolvidas no conflito, levando-as a olhar para um contexto maior”.

Posteriormente, após “algumas experiências em audiências com explicações sobre as dinâmicas sistêmicas dos relacionamentos, sugerindo a mentalização de frases, utilizando constelações com bonecos e visualizações” (Storch, 2016, *web*), referido magistrado iniciou um projeto, previamente autorizado pelo Tribunal de Justiça da Bahia, envolvendo palestras sobre o tema, culminando com a vivência, pelas partes, do método das constelações familiares aplicadas ao judiciário, que obteve bons resultados nos índices de acordos.

Segundo Eunice Schlieck, advogada e presidente fundadora da 1ª Comissão de Direito Sistêmico do Brasil, na Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil em Santa Catarina,

o Direito Sistêmico, pode ser percebido como uma releitura do conflito, a partir da compreensão dos princípios sistêmicos e do pensamento sistêmico, que possibilita ao operador do Direito um alcance do que está além do aparente e, ainda, resgatar a dignidade e a autonomia de vontade do indivíduo, direitos constitucionalmente garantidos. Com efeito, o Direito Sistêmico traz novas possibilidades de uma solução técnico-jurídica pacificadora e sustentável aos conflitos, permitindo que seus gestores protagonizem a cultura da paz. (Informação Verbal fornecida por Eunice Schlieck, dezembro de 2018, Rio de Janeiro RJ, II Congresso Nacional de Direito Sistêmico).

Referida Comissão, entende que o Direito Sistêmico vai além da utilização da técnica das constelações familiares no Poder Judiciário, pois,

atuar de forma sistêmica não significa necessariamente facilitar uma constelação sistêmica (familiar, organizacional ou estrutural) e, sim, realizar movimentos sistêmicos. Principalmente, requer uma constante atenção do profissional ao lugar que se encontra no momento em que está com o cliente, a fim de que perceba os limites do que deve ou não dizer e fazer (2018, *web*).

Ainda, acerca da nomenclatura utilizada, Caroline Vieira Ruschel, em sua tese de doutorado, assevera:

A constelação familiar está sendo usada no Direito com nomenclaturas diversas, tais como: Direito Sistêmico, Justiça Sistêmica, Advocacia Sistêmica. A Nomenclatura Direito Sistêmico carrega alguns problemas, pois para surgir um novo Direito, faz-se necessário um objeto próprio, o que não é o caso, mesmo porque a técnica pode ser aplicada de forma transversal por todos os profissionais do Direito (2018, *web*, p.217-218).

João Gilberto Rodrigues Bernardes bem sintetizou em seu artigo o que vem a ser Direito Sistêmico:

Desta forma, podemos concluir que o Direito Sistêmico não é uma novidade, tampouco uma criação contemporânea e, sim, pura e simplesmente a revelação da essência do próprio Direito, sendo mister a separação do Direito Sistêmico da aplicação de técnicas sistêmicas. É necessário abdicarmos do olhar que desconecta o Direito do ser humano e, conseqüentemente, de sua essência humana e fenomenológica, para que ele possa ser instrumentalizado por seus operadores a serviço da Cultura da Paz a qual todos somos objetivamente estimulados desde 2010 pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ (através da Resolução N° 125/2010), bem como por meio das disposições legais esculpidas no Novo Código de Processo Civil (Lei N° 13.105/2015) (2018, *web*).

Assim, denota-se que, em que pese haja a utilização das constelações familiares no judiciário, o Direito Sistêmico não se resume a isso, pois uma vez conhecedor da técnica das constelações, bem como das leis sistêmicas de Bert Hellinger, o profissional do Direito poderá adotar uma postura sistêmica, cujas características são: não julgamento, estado de presença, escuta ativa (percepção do essencial), percepção fenomenológica, comunicação não-violenta e autorresponsabilidade, sem intenção de salvar ou vingar a parte.

No tocante à previsão legal para a adoção da postura sistêmica bem como para a utilização da técnica das constelações familiares no Judiciário, o Código Civil de 2015, em seu artigo 3º, prevê que:

Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

No mesmo sentido, a Resolução n° 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, a qual dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, preconiza:

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Desta forma, percebe-se que o uso das constelações está em conformidade tanto com o Código de Processo Civil em vigor, quanto com a Resolução n° 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, por se tratar de um método consensual de solução de conflitos. Da leitura dos dispositivos acima, encontram-se as bases que sustentam e fundamentam a aplicação da visão sistêmica no Direito e na prática jurídica, de modo que aos operadores do Direito cabe “a tarefa de favorecer as condutas positivas e não estimular ações ou reações que caminham ao oposto daquilo que podemos chamar Justiça Sistêmica” (CARVALHO, 2018, p. 48).

Por fim, importante salientar que já existe um Projeto de Lei em andamento, nº 9.444/17, que dispõe sobre a inclusão da Constelação Sistêmica como um instrumento de mediação entre particulares, a fim de assistir à solução de controvérsias. Atualmente ele encontra-se aguardando designação de relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). O simples fato de existir este projeto de lei denota o crescimento e reconhecimento do Direito Sistêmico e a intenção de regulamentar a utilização das constelações familiares no âmbito do Judiciário.

### 3. A VISÃO SISTÊMICA NOS DIVERSOS RAMOS DO DIREITO CIVIL

#### ■ 3.1 Do Direito de Família

Desde que o juiz Sami Storch iniciou seus trabalhos em 2006, muitos foram os projetos realizados utilizando-se as constelações familiares para solução de conflitos no Judiciário. Entretanto, foi em 2015 que houve o reconhecimento desse trabalho a nível nacional, quando referido magistrado recebeu menção honrosa do Prêmio Conciliar é Legal, do Conselho Nacional de Justiça, pelo projeto “Constelações na Justiça”, desenvolvido na Comarca de Amargosa/BA.

A partir de então, diversos estados brasileiros vêm utilizando a técnica das constelações, que teve seu início em casos afetos ao Direito de Família.

Numa ação de divórcio, por exemplo, em que usualmente é definida a guarda dos filhos, valor da pensão e regime de visitas, dificilmente uma decisão judicial irá resolver o conflito se o casal continuar brigando e colocando os filhos contra seus genitores. A questão, normalmente não é pura e simplesmente o valor da pensão, ou quem ficará com a guarda. Há muitas emoções e sentimentos envolvidos e se não houver um olhar para além do aparente, é possível que após essa ação de divórcio, sejam propostas reiteradas novas ações, tais como de revisão de alimentos ou de guarda.

Sobre isso, analisou Sami Storch (2010, *web*):

Uma ofensa do pai contra a mãe, ou da mãe contra o pai, são sentidas pelos filhos como se estes fossem as vítimas dos ataques, mesmo que não se dêem conta disso. Sim, porque sistemicamente os filhos são profundamente vinculados a ambos os pais biológicos. São constituídos por eles, por meio deles receberam a vida.

O filho não existe sem o pai ou sem a mãe e, seja qual for o destino que os filhos construírem para si, será uma sequência da história dos pais.

Por isso é que, mesmo que o filho manifeste uma rejeição ao pai – porque este abandonou a família ou porque não paga pensão, por exemplo – toda essa rejeição se volta contra ele mesmo, inconscientemente. Qualquer ofensa ou julgamento de um dos pais contra o outro alimenta essa dinâmica, prejudicial sobretudo aos filhos. O mesmo ocorre quando o juiz toma o partido de um dos pais contra o outro, reforçando o conflito interno na criança.

A solução sistêmica, para ser verdadeira, precisará primeiramente excluir os filhos de qualquer conflito existente entre os pais, para que os filhos possam sentir a presença harmônica do pai e da mãe em suas vidas.

Ao utilizar as ditas “frases sistêmicas”, o magistrado também obteve maior número de acordos:

Explico, portanto, a importância de deixar o filho fora do conflito, e sugiro que se imaginem dizendo a ele frases como: “eu e seu pai/sua mãe temos problemas, mas isso não tem nada a ver com você; nós somos adultos e nós resolvemos”; “fique fora disso; você é só nosso filho”; “eu gostei muito do seu pai/sua mãe, e você nasceu de um momento de amor que tivemos”; “eu e seu pai/sua mãe estaremos sempre juntos em você”; “quando eu olho para você, vejo seu pai/sua mãe”.

Essas explicações têm se mostrado bastante eficazes na mediação de conflitos familiares e, na grande maioria dos casos, depois disso as partes reduzem suas resistências e conseguem chegar a um acordo.

Assim, comprova-se na prática das conciliações na Justiça a realidade do ensinamento de Bert Hellinger quando fala a respeito da “separação humilde”, dizendo que frequentemente,

na separação, procura-se o motivo, pois acredita-se que, sabendo o motivo, a separação poderia ser impedida. A procura do motivo é dominada por uma ideia de poder (STORCH, 2016, *web*).

Sobre o tema, afirma Bert Hellinger (2005, p. 118/119):

quando renuncio a procurar o motivo, sou obrigado a me submeter a um destino que não compreendo. Se faço isso, tenho uma outra possibilidade de me expor à separação, e também de me expor ao parceiro, do qual me separo. Aí não existem mais discussões. Reconhece-se: aconteceu algo e não está em meu poder mudar isso. Quando houve uma culpa que levou à separação, o que levou à culpa, também não está em nosso poder. Então se acabam essas diferenciações e isso promove a paz.

Storch escreveu diversos artigos acerca das primeiras experiências da utilização da técnica no judiciário, a viabilidade dos acordos, a descrição dos modelos originais da prática das constelações no judiciário, dentre outros:

As técnicas aplicadas vêm auxiliando na efetivação de conciliações verdadeiras entre as partes. Durante e após o trabalho com constelações, os participantes têm demonstrado boa absorção dos assuntos tratados, um maior respeito e consideração em relação à outra parte envolvida, além da vontade de conciliar – o que se comprova também com os resultados das audiências de conciliação realizadas semanas depois (os índices de acordos superam os 90%) e com os relatos das partes e dos advogados.

A abordagem coletiva na forma de palestras vivenciais ocupa relativamente pouco tempo (cerca de 3 horas) e atinge simultaneamente as partes envolvidas em algumas dezenas de processos. Muitas se identificam com as dinâmicas familiares umas das outras e aprendem juntas a reconhecer os movimentos prejudiciais e os que solucionam.

Posteriormente, quando da realização das audiências de conciliação, os acordos acontecem de forma rápida e até emocionante, pois os que participaram das vivências tendem a desarmar seus corações e reconhecer que, por trás das acusações e dos rancores mútuos, existe um sentimento de amor verdadeiro e a dor da frustração.

Dessa forma, além de contribuir para o aperfeiçoamento da Justiça, a prática também auxilia a melhorar a qualidade dos relacionamentos nas famílias – que, sabendo lidar melhor com os conflitos, podem viver mais em paz e assim proporcionar um ambiente familiar melhor para o crescimento e desenvolvimento dos filhos, com respeito e consideração à importância de cada um. Consequência natural disso é a melhora nos relacionamentos em geral e a redução dos conflitos na comunidade (STORCH, 2017, *web*).

Cabe ressaltar que, por se tratar de um Juiz de Direito, esta é a forma que ele se utiliza da técnica das constelações para realizar seu trabalho, sendo que varia de acordo com o caso em questão.

Diversos outros profissionais, tais como advogados, também se utilizam da postura sistêmica em seus atendimentos, sem “constelarem” os casos de seus clientes. Por manterem esse olhar mais amplo sobre os conflitos, realizam uma abordagem diferente, de modo a saírem da postura de “salvador” para assumirem a postura de advogado, detentor do conhecimento técnico-jurídico, com o qual irá auxiliar o seu cliente a encontrar a melhor solução para o conflito por ele trazido.

### ■ 3.2 Do Direito Sucessório

Conforme visto anteriormente, caso as leis sistêmicas (ordens do amor) não sejam observadas, ocorrem emaranhamentos no sistema familiar, ou seja, uma desordem. E essa desordem pode refletir em ações de inventário e partilha.

Segundo a advogada Rafaela C. de Souza (2018, *web*), diversas podem ser as causas “sistêmicas” para que os inventários não fluam normalmente, gerando morosidade em seu trâmite, chegando a levar de 10 a 20 anos sem nenhum tipo de resolução:

os herdeiros podem não estar “honrando” os bens deixados pelo falecido, e assim não conseguem “tomar” essa herança, ou até mesmo, não se sentem merecedores, e acabam dessa forma dificultando todo o processo, ou até mesmo, pode haver algo ou alguém oculto no sistema familiar que precisa ser “visto” e incluído, para que os herdeiros possam receber essa herança.

Referida profissional afirma que a utilização das constelações familiares em casos como esses, pode revelar o que estava oculto, ou seja, quais os reais motivos que causaram a demora na prática de determinados atos processuais:

aplicação dessa técnica no Judiciário pode auxiliar o destrave do andamento processual e com isso acontece a liberação das partes para fazerem o que acharem justo com seus quinhões, há uma ressonância também no advogado, ele também participa dessa conclusão e pode receber, além de seus honorários, também a consciência de que muitas vezes o conflito jurídico serviu a ambas as partes, tanto ao cliente quanto a ele próprio para seu crescimento pessoal e profissional.

Um exemplo prático e bem comum que ocorre em inventários é quando os herdeiros querem excluir do processo um filho do *de cujus* havido fora do casamento. Não são apenas as leis sistêmicas que afirmam que “todos fazem parte”, mas também a lei brasileira prevê que todos os filhos possuem direito à herança: “legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão” (artigo nº 1.791 do Código Civil).

Então, enquanto os herdeiros não aceitarem que aquele irmão concebido fora do casamento também faz parte do sistema familiar e possui direito à herança, é bem provável que o inventário leve mais tempo para ser julgado. Muitas vezes, nesses casos, o próprio inventariante, muitas vezes inconscientemente, deixa de apresentar documentos indispensáveis para o deslinde da ação, porque não quer que aquele herdeiro receba seu quinhão.

Outra situação bastante comum é quando o *de cujus* casou-se pela segunda vez e os filhos do primeiro casamento não aceitam que o pai tenha se casado novamente e constituído uma nova família. Neste caso, os filhos colocam-se em uma postura de superior em relação ao pai falecido, julgando-o por ele ter se separado da mãe deles e com a nova esposa ter tido filhos. Os primeiros filhos se sentem maiores que o pai e apenas quando voltarem a ocupar os seus lugares de filhos, honrando o pai, aceitando a hierarquia e o fato de que apenas o pai sabe o que é melhor para si, quando saírem da postura de arrogância de quererem mudar o passado e aceitarem tudo como foi, é que o inventário irá fluir normalmente, e cada um irá receber a parte que lhe cabe.

Isso é sistêmico, isso é fenomenologia. Quando cada um ocupa o seu lugar, tudo volta a fluir. Mesmo depois de adultos, os filhos sempre são pequenos em relação aos seus pais, porque vieram depois e receberam tudo o que os pais podiam lhes dar: a vida, o bem mais precioso.

### ■ 3.3 Do Direito Empresarial

A utilização das constelações em empresas não é algo novo. Tanto que existe até mesmo um nome para isso: Constelações Organizacionais.

Jan Jacob Stam teve o primeiro contato com as constelações familiares como consultor organizacional em 1996 e utiliza o método desde 1998. Em seu livro “A alma do negócio”, “apresenta uma visita sistêmica ao âmbito do trabalho, profissões e organizações” (2017, p. 11).

O método das constelações para a área de trabalho, profissões e organizações fora desenvolvido por Gunthard Weber e outros colegas:

Essas constelações mostram algo essencial sobre os sistemas, onde o filtro da opinião e do julgamento não se aplica. Essa abordagem sistêmica está diretamente ligada à realidade observada e nos deu novas visões sobre como organizações e pessoas, dentro das organizações, podem encontrar soluções. (STAM, 2017, p. 11).

O que faz com que um sistema organizacional seja saudável é a observação das três leis sistêmicas dentro das organizações: “cada pessoa tem igual direito a um lugar; há uma ordem correta de posições; há um equilíbrio entre dar e receber nas relações de troca” (STAM, 2017, p. 17).

Sobre a lei da hierarquia, por exemplo, Bert Hellinger cita: “se o fundador não for respeitado então isso terá influência sobre a moral trabalhista e também sobre a identificação com a empresa: ambos diminuirão” (STAM, 2017, P. 74).

Stam também ressalta:

“Bert Hellinger observou que em sistemas trabalha uma força que vigia a existência contínua do sistema em seu todo. Ele chama isso de consciência coletiva (...) O sistema não permite que algo ou alguém, que é essencial para a organização, seja excluído” (STAM, 2017, p. 19).

Ao ser questionado sobre como funcionam as constelações nas organizações, Bert Hellinger respondeu:

Primeiro terei que explicar como é o meu modelo. O modelo é derivado da constelação familiar. Em uma constelação familiar, uma pessoa busca indivíduos que se encontram em um grupo e que representarão membros de sua família e atribui lugares a eles, de acordo com a relação que existe entre eles e a pessoa. Sim que os representantes ocupam seus lugares, sentem-se exatamente como as pessoas que eles estão representando, embora eles não as conheçam. Dessa forma, obteremos uma clara imagem sobre aquilo que está acontecendo no sistema familiar. Quando adaptamos esse método para ser usado em uma organização ele nos apresenta um ótimo esboço da organização e a localização dos diferentes membros, departamentos, clientes e outros elementos importantes, uns em relação aos outros (...). Digamos que um diretor de uma organização escolhe representantes para seus gerentes e para si mesmo, e que ele faça isso sem pensar muito a respeito. Imediatamente ele já obtém uma clara imagem da relação dos gerentes entre si e com relação a ele. O diretor então se surpreende ao perceber que alguns dos gerentes se viram de costas para ele e se direcionaram para algo que está fora da organização. Ele não havia percebido isso antes (...). Significa que eles não estão satisfeitos com o que está acontecendo dentro da organização.

Em suma, as constelações organizacionais podem ser utilizadas como instrumento de diagnóstico – “o que está acontecendo aqui nesta organização, neste sistema”; como instrumento de prognóstico, por exemplo: “o que acontece se a empresa de tornar independente? Como os clientes reagirão? ”; como instrumento de mudança: questões de liderança, conflitos latentes e recorrentes, comportamentos que sobrecarregam a organização, (re) direcionamento da organização para objetivos e estratégias realizáveis; fusão ou edificação de uma organização; problemas de sucessão em empresas familiares; examinar o próprio lugar dentro da organização... (STAM, 2017, p. 134-136).

Enfim, são inúmeras as aplicações das constelações organizacionais. Contudo, assim como nas constelações familiares, “uma constelação pode trazer à luz o que realmente está acontecendo em uma organização e pode também apresentar possibilidades alternativas. O que o cliente irá fazer com essas informações é responsabilidade dele” (STAM, 2017, p. 138).

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Da análise obtida da leitura do material encontrado para a realização deste trabalho, denota-se que tanto a utilização da técnica das constelações familiares no judiciário quanto a adoção de uma postura sistêmica pelo profissional do Direito, seja ele qual for, vem a auxiliar na solução pacífica dos conflitos.

No trabalho realizado pelo juiz Sami Storch, está sendo observado um baixo grau de reincidência nos processos em que fora aplicada a técnica das constelações. Menos de 10% das famílias cujas ações já foram julgadas ingressaram com novos pedidos para serem analisados pelo magistrado.

O advogado, por sua vez, quando assumir uma postura sistêmica desde o início do atendimento de seu cliente no escritório, possibilitará que o conflito trazido seja resolvido extrajudicialmente e não haja necessidade de ingressar com uma ação no Judiciário.

A hipótese de que uma visão sistêmica do Direito Civil auxilia na solução de conflitos foi confirmada, entretanto as conclusões são parciais, pois a pesquisa ainda está em andamento.

A partir do momento em que for apresentado às partes esse novo olhar para o conflito, possibilitando que vejam o que está além do aparente, e que o profissional do Direito ocupe apenas o lugar que lhe cabe, de quem detém o conhecimento técnico-jurídico para auxiliar a parte a encontrar uma solução para seus conflitos, aliado ao conhecimento das leis sistêmicas de Bert Hellinger, lhes é devolvida a dignidade de decidir e resolver os seus problemas, sem colocá-los nas mãos de terceiros, sejam eles juízes ou advogados, pois estes não estarão mais ocupando o lugar de salvador.

Assim, a longo prazo, é possível que ocorra uma diminuição de ações judiciais, quando as pessoas perceberem que, tendo ao seu lado um profissional habilitado, é possível que cada um seja o responsável pela sua própria vida e pelo seu destino.

## 5. REFERÊNCIAS

BERNARDES, João Gilberto Rodrigues. **Direito Sistêmico: criado ou revelado?** 2018. Disponível em: <http://www.oab-sc.org.br/artigos/direito-sistemico-criado-ou-revelado/1898>. Acesso em: 07 dez. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm). Acesso em: 06 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 07 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei nº 9.444 de 2017. **Dispõe sobre a inclusão da Constelação Sistêmica como um instrumento de mediação entre particulares, a fim de assistir à solução de controvérsias**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2167164>. Acesso em: 06 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010. **Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências**. Brasília, DF: 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 06 dez. 2018.

CARVALHO, Bianca Pizzatto. **Constelações Familiares na Advocacia Sistêmica**. Joinville: Manuscritos Editora, 2018.

HELLINGER, Bert. **As Ordens do Amor**. São Paulo: Cultrix, 2017.

\_\_\_\_\_. **O Amor do Espírito**. 4. ed. Belo Horizonte: Atman, 2017.

\_\_\_\_\_. **Ordens da Ajuda**. 3. ed. Goiânia: Atman, 2013.

\_\_\_\_\_. **Um Lugar para os Excluídos**. 4. ed. Divinópolis: Atman, 2016.

OLDONI, Fabiano et al. **Direito Sistêmico: Aplicação das Leis Sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal**. 2. ed. Joinville: Manuscritos Editora, 2018.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Seccional de Santa Catarina. Comissão Estadual de Direito Sistêmico. **Postura Sistêmica na Advocacia**. 2018. Disponível em: [http://www.oab-sc.org.br/arquivo/galeria/87\\_94\\_5bf5beefb7b7d.pdf](http://www.oab-sc.org.br/arquivo/galeria/87_94_5bf5beefb7b7d.pdf). Acesso em 05 dez. 2018.

RUSCHEL, Caroline Vieira. **Os limites do Direito Ambiental na preservação dos recursos naturais comuns**: epistemologia da sustentabilidade e estudos de caso. 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/189036/PDPC1375-T.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>. Acesso em: 07 dez. 2018.

SOUZA, Rafaela C. de. **A Herança na visão do Direito Sistemico**. 2018. Disponível em: <http://www.saocarlosagora.com.br/coluna-sca/a-heranca-na-visao-do-direitosistemico/102594/>. Acesso em 06 dez. 2018.

STAM, Jan Jacob. **A alma do negócio**. 3. ed. Belo Horizonte: Atman, 2017.

STORCH, Sami. **O que é o direito sistemico?** 2010. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2010/11/29/o-que-e-direito-sistemico/> Acesso em: 05 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. **Direito Sistemico**: primeiras experiências com constelações no judiciário. 2016. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2016/08/23/publicado-artigo-sobre-as-primeiras-experiencias-com-constelacoes-no-judiciario/>. Acesso em: 05 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. **Direito Sistemico**: a resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares. 2017. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2017/09/22/artigo-descreve-modelo-original-de-pratica-de-constelacoes-na-justica-e-aplicabilidade-do-direito-sistemico/>. Acesso em 05 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. **Direito Sistemico**. 2013. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/>. Acesso em 05 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. **Constelações Familiares na Vara de Família viabilizam acordos em 91% dos processos**. 2014. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2014/03/19/constelacoes-familiares-na-vara-de-familia-viabilizam-acordos-em-91-dos-processos/>. Acesso em 05 dez. 2018.

VIEIRA, Adhara Campos. **A Constelação no Judiciário – Manual de Boas Práticas**. Disponível em: <ebookconstelacaonojudiciario.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. **A Constelação Sistêmica no Judiciário**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

## POLIAMOR: UMA NOVA FORMA DE FAMÍLIA

Salvio Gustavo Luz<sup>478</sup>

### RESUMO

O presente estudo trata sobre o poliamor como uma nova forma de família. Utilizando como base a recente decisão, não unânime, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que proibiu o registro de escrituras públicas para relações poliafetivas, pretende-se elencar os principais pontos debatidos e os seus reflexos no Direito de Família. O tema é de suma importância, uma vez que como a sociedade é mutável, o Direito precisa acompanhar as mudanças, regulamentando tais situações e garantindo a supremacia da Constituição Federal. Os objetivos específicos são: a) analisar quais foram os pontos e as teses debatidas na referida decisão; e b) elencar quais são os posicionamentos adotados pelos doutrinadores acerca do tema. A metodologia é de caráter qualitativo, do tipo bibliográfica. O método é dedutivo com nível de aprofundamento descritivo. A expectativa deste artigo é contribuir para os avanços no Direito de Família, enriquecendo debates acerca do tema em questão.

**PALAVRAS-CHAVE:** Poliamor, Relações Poliafetivas, Direito de Família.

### 1. INTRODUÇÃO

A sociedade é um corpo mutável, sendo que a Sociologia estuda fenômenos determinados por um momento histórico, ou seja, parte-se do pressuposto que as formações sociais e as sociedades não são eternas desde o seu início. Assim, mesmo que fosse possível determinar qual ou quais características marcaram o surgimento de uma sociedade, conclui-se que cada grupo de pessoas tem a capacidade de construir um complexo de regras, comportamentos e leis de forma dinâmica, que ao longo do tempo vão mudando<sup>479</sup>.

Sobre a mutação da sociedade, é importante citar os ensinamentos de Rocha<sup>480</sup>:

[...] pode-se concluir que aquelas regras de conduta e comportamento que formam e distinguem um grupo humano de outro tiveram causas diferentes e a cada momento novos fatores dominantes elevam cada agrupamento humano a formações diferentes.

Então, valores morais, formas de produção, formações familiares e repartição da riqueza social estão em permanente transmutação, podendo apresentar-se hoje tão completamente diferentes do ontem e do amanhã. A cada momento histórico, novas determinações influenciam as formações sociais e os destinos dos homens. Por isso dizemos que as sociedades são entidades em processo, movimento ao longo da história, envolvidas por fatores significativos de mudança. Povos diferentes, com culturas diferentes, formam diferentes formas de conviver e sobreviver, pelo conjunto, incorporando constantemente novos elementos transformadores.

Tal afirmação possui amparo nas revoluções históricas e a sua influência no Direito. Menciona-se a Revolução Industrial ocorrida no século XVIII como um importante marco para o Direito de Família, pois ela abalou a visão tradicional da família, descentralizando o poder patriarcal, pois o homem deixou de ser o único provedor da renda familiar<sup>481</sup>.

<sup>478</sup> Acadêmico do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille. E-mail: salvio.gustavo@gmail.com.

<sup>479</sup> ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Sociologia jurídica: fundamentos e fronteiras**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

<sup>480</sup> *Id. Ibid.*

<sup>481</sup> GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

No Brasil, o Estatuto da Mulher Casada (Lei n. 4.121/62) e a instituição do divórcio (EC 9/77 e Lei n. 6.515/77) são considerados um marco para o Direito de Família<sup>482</sup>.

Sobre o Estatuto da Mulher Casada, a célebre Berenice Dias<sup>483</sup> afirma que tal legislação “devolveu a plena capacidade à mulher casada e deferiu-lhe bens reservados a assegurar-lhe a propriedade exclusiva dos bens adquiridos com o fruto do seu trabalho”, a referida jurista destaca que com o advento do divórcio findou-se “a indissolubilidade do casamento, eliminando a ideia de família como instituição sacralizada”.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, revolucionou o Direito de Família, pois foi a partir dos princípios constitucionais que o Direito de Família pôde quebrar barreiras preconceituosas, fazendo com que as discussões acerca deste ramo do Direito sejam discussões sobre Direitos Humanos<sup>484</sup>.

Imprescindível mencionar, que a definição de família trazida pela Constituição Federal não é um conceito engessado e unívoco.

Assim, como defendido por Paulo Lôbo<sup>apud</sup> Gagliano e Filho<sup>485</sup>:

Os tipos de entidades familiares explicitados nos parágrafos do art. 226 da Constituição são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa. As demais entidades familiares são tipos implícitos incluídos no âmbito de abrangência do conceito amplo e indeterminado de família indicado no caput. Como todo conceito indeterminado, depende de concretização dos tipos, na experiência da vida, conduzindo à tipicidade aberta, dotada de ductilidade e adaptabilidade.

Realizado um panorama sobre o Direito de Família e a mutabilidade da sociedade, torna-se preciso entender qual é o amparo que o Direito dá aos casais poliafetivos.

Sobre uma possível definição de poliamor, Santos e Viegas<sup>486</sup> ensinam:

Poliamor se define como uma filosofia de vida que admite a possibilidade de uma pessoa manter um relacionamento amoroso íntimo e afetivo com duas ou mais pessoas ao mesmo tempo, com o conhecimento e consentimento dos envolvidos.

Fato é que, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) proibiu que os cartórios realizem escrituras públicas de uniões poliafetivas, conforme julgamento dos autos nº 0001459-08.2016.2.00.0000<sup>487</sup>.

O Conselho Nacional de Justiça foi criado a partir da emenda constitucional n. 45, tendo a sua competência definida no artigo 103-B, §4º da CRFB, qual seja, “o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes”<sup>488</sup>, além de outras atribuições oriundas de lei e dos incisos I a VII do referido dispositivo.

O julgamento que nos interessa decorre de um pedido de providências requerido pela Associação de Direito de Família e das Sucessões (ADFAS) contra o 3º Tabelião de Notas e Protesto de Letras e Títulos de São Vicente (SP) e do Tabelião de Notas e de Protesto de Letras e Títulos da Comarca de Tupã (SP), sendo requerido no ano de 2016 e julgado em 2018, tendo como relator o conselheiro João Otávio de Noronha<sup>489</sup>.

O placar da votação foi de sete votos pela proibição do registro de escrituras públicas de uniões poliafetivas (nos termos do voto do relator); cinco votos no sentido da divergência parcial do conselheiro Aloysio Corrêa, no sentido de permitir o registro, porém sem equiparação com os direitos da união estável;

<sup>482</sup> DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

<sup>483</sup> *Id Ibid.*

<sup>484</sup> PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>485</sup> GAGLIANO; FILHO, *op. cit.*

<sup>486</sup> SANTOS, Anna Isabella de Oliveira; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Poliamor: Conceito, Aplicação e Efeitos. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 12, n. 2, p. 360-389, fev. 2018. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/72546>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

<sup>487</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Pedido de providências n. 0001459-08.2016.2.00.0000. Requerente: Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS. Requerido: Terceiro tabelião de notas e protestos de letras e títulos de São Vicente-SP; Tabelião de notas e de protesto de letras e títulos da comarca de Tupã. Rel. João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 26 de junho de 2018. Diário da Justiça, Brasília-DF, 29 de junho de 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pjecnj/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=70df401956c31d05d787e0364c14923d19c71af1e0e234a5dcd2d2e62295b838f2f5ce2e9df92c67b6f36a7deeca497b39b484d172d84d8e>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2018.

<sup>488</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. 8. ed. Barueri: Manoele, 2016.

<sup>489</sup> BRASIL, 2018.

e um voto totalmente divergente, do conselheiro Luciano Frota, pela improcedência do pedido, permitindo a lavratura de tais certidões<sup>490</sup>.

Desse modo, o presente estudo pretende se aprofundar nas teses defendidas no referido julgado, buscando sintetizar quais os fundamentos jurídicos levantados.

## 2. ANÁLISE DO JULGAMENTO

### ■ 2.1 Votos procedentes

O relator do caso, o conselheiro João Otávio de Noronha se posicionou favoravelmente ao pedido de providências proferindo voto procedente para determinar que as corregedorias estaduais proibam a lavratura de escrituras públicas declaratórias de união poliafetiva<sup>491</sup>.

A seguir, faz-se uma breve síntese do voto do referido relator:

Inicialmente foi reconhecido que o rol apresentado pelo artigo 226 da CRFB não é de fato taxativo, sendo inclusive mencionado o julgado do STF ADI 4.277 e ADPF n. 132 que confere equiparação das uniões homoafetivas às heteroafetivas<sup>492</sup>.

É feito considerações de que a sociedade, em regra, possui as uniões monogâmicas como forma estrutural, sendo mencionado que é recente essa forma de relacionamento<sup>493</sup>.

É alegado que as noções familiares reconhecidas no Brasil são aquelas incorporadas aos costumes e vivências da sociedade e que os casos de casais poliafetivos são raríssimos e tal questão é até mesmo embrionária<sup>494</sup>.

Menciona-se que primeiro devem surgir as mudanças na sociedade e posteriormente as mudanças legislativas e que tal tipo de união não reflete a posição majoritária da sociedade acerca do tema e o surgimento de casais poliafetivos não representa uma situação hábil a alterar o mundo jurídico<sup>495</sup>.

Defende-se que a situação dos casais poliafetivos não se compara com os casais homoafetivos (que tiveram equiparação aos casais heteroafetivos), pois esses refletem mais a realidade da sociedade, o que propiciou o amadurecimento das pessoas ao olhar para essas relações<sup>496</sup>.

Acerca do tratamento jurídico, é referido pelo relator uma dificuldade em aplicar por analogia as regras que regulam as relações humanas monogâmicas<sup>497</sup>:

A regulação da vida amorosa plural não pode ser comparada à da vida amorosa em dupla por ser aquela mais complexa e sujeita a mais conflitos, dada a maior quantidade de vínculos. Além disso, existem consequências jurídicas que podem envolver terceiros alheios à convivência e criar novas obrigações ou proibições. Normas referentes à filiação, à inclusão em plano de saúde e ao estabelecimento de parentesco por afinidade, por exemplo, são questões que envolvem terceiros que não devem suportar ônus advindos da simples declaração de vontade dos envolvidos na relação “poliamorosa”. Há questões que transcendem o subjetivismo amoroso e a vontade dos envolvidos.

É reconhecido a complexidade da questão e caso haja um amadurecimento de tal relação, a matéria pode ser regulada por uma lei própria. Ademais, afirma-se que não se tem pretensão de condenar a forma de convivência alheia, mas uma situação pontual não possui aptidão para ser reconhecido como entidade familiar<sup>498</sup>.

<sup>490</sup> *Id Ibid.*

<sup>491</sup> *Id Ibid.*

<sup>492</sup> *Id Ibid.*

<sup>493</sup> *Id Ibid.*

<sup>494</sup> BRASIL, 2018.

<sup>495</sup> *Id Ibid.*

<sup>496</sup> *Id Ibid.*

<sup>497</sup> BRASIL, 2018, p. 10.

<sup>498</sup> BRASIL, 2018.

Defende-se que conforme o artigo 6º da Lei 8.935/94 o notário formaliza juridicamente a manifestação da vontade do declarante, porém o conteúdo lavrado deve ser lícito, não se admitindo situações contrárias à lei<sup>499</sup>.

Assim, ergue-se a tese de que a união poliafetiva viola o direito vigente, pois segundo o entendimento jurisprudencial é repellido a existência de uniões estáveis simultâneas ao casamento<sup>500</sup>.

Por fim, é alegado que a sociedade brasileira possui a monogamia como forma estrutural base e que a autonomia da vontade das partes não é ilimitada. Não é negado que o afeto possui um papel elementar da formação familiar, porém uma nova estrutura familiar não se cria por uma declaração de vontade junto a um tabelião<sup>501</sup>.

Acompanharam o relator, os conselheiros Márcio Schiefler, Maria Iracema Martins do Vale, Fernando Mattos, Valtércio Ronaldo de Oliveira, Valdetário Monteiro, André Luiz Godinho e Maria Tereza Uille Gomes<sup>502</sup>.

## ■ 2.2 Votos parcialmente procedentes

A divergência parcial foi levantada pelo Conselheiro Aloysio Corrêa da Veiga, sendo acompanhado pelos conselheiros Daldice Almeida, Arnaldo Hossepian, Henrique de Almeida Ávila e pela ministra Cármen Lúcia (presidente do CNJ)<sup>503</sup>.

Tal posicionamento, pode ser sintetizado no sentido que de fato o ordenamento jurídico não prevê a hipótese do poliamor, pois a Constituição Federal no artigo 226, parágrafos 3º e 4º, bem como o Código Civil nos artigos 1.514 e 1.723, positivam como família somente a união de duas pessoas<sup>504</sup>.

Porém, defende-se que o vício que contamina os instrumentos lavrados pelo notário, é de elevar a união poliafetiva à condição de entidade familiar, apenas<sup>505</sup>.

Assim, Aloysio Corrêa da Veiga defende<sup>506</sup>:

Ainda que não seja possível o reconhecimento das uniões poliafetivas como uniões estáveis, nem equipará-la a família, não se pode impedir que essas relações possam ser definidas em escritura pública para prevenir direitos e gerar obrigações. Pelo princípio constitucional que proíbe a discriminação é de se reconhecer tais relações como “sociedade de fato”, para a preservação de direitos e deveres apenas e tão-somente entre os partícipes dessas relações poliafetivas.

Portanto, conforme o referido conselheiro, não se pode negar o direito a escritura pública, podendo os participantes de tal tipo de relação dispor direitos e deveres com uma finalidade estritamente patrimonial, sendo mantido o impedimento de reconhecimento de união estável, enquanto não houver uma legislação específica que regule o caso<sup>507</sup>.

O conselheiro ainda destaca dois impedimentos que, segundo ele, não devem ser tratados na escritura pública<sup>508</sup>:

Primeiramente, a pretensão à escritura pública não tem o alcance de admitir direitos sucessórios, como ocorre com a união estável homoafetiva, não havendo que se dar interpretação ampliada na análise de ação direta de inconstitucionalidade.

Em segundo lugar, não se verifica possibilidade de o ato atingir direitos de terceiros; eventuais empecilhos administrativos para convalidar o contrato em relação a terceiros afetados pelos direitos pactuados pelas partes, é questão a ser dirimida no foro judicial próprio.

<sup>499</sup> *Id Ibid.*

<sup>500</sup> BRASIL, 2018.

<sup>501</sup> *Id Ibid.*

<sup>502</sup> *Id Ibid.*

<sup>503</sup> *Id Ibid.*

<sup>504</sup> *Id Ibid.*

<sup>505</sup> *Id Ibid.*

<sup>506</sup> BRASIL, 2018, p. 47.

<sup>507</sup> BRASIL, 2018.

<sup>508</sup> BRASIL, 2018, p. 48.

### ■ 2.3 Voto improcedente

Como já mencionado anteriormente, houve apenas um voto improcedente ao pedido. Tal voto veio do conselheiro Luciano Frota.

Sobre o tema, tal conselheiro entendeu que quando o STF reconheceu como entidade familiar pessoas do mesmo sexo, assentou-se a interpretação de que o artigo 226 do CRFB não aponta um rol taxativo para as formações de entidades familiares, até mesmo porque seria impossível o legislador prever todas as formas de família<sup>509</sup>.

Conforme o conselheiro, por mais que no caso em tela o STF não estava julgando a constitucionalidade ou não da união poliafetiva, deixou-se claro que o que constitui as entidades familiares são os pilares da afetividade, estabilidade e continuidade<sup>510</sup>.

Depois, é sublinhado que o princípio da dignidade da pessoa é o princípio fundamental da Constituição Federal, devendo ser o elemento de convergência de todo o ordenamento jurídico. Como o artigo 226 da CRFB estabelece a pluralidade das entidades familiares, por conseguinte as relações poliamorosas possuem abrigo constitucional<sup>511</sup>.

Foi destacado que a atuação do CNJ deve se limitar a atuação das serventias extrajudiciais, devendo ser debatido apenas se os cartórios extrajudiciais podem lavrar a escrituras de relacionamentos poliafetivos. Assim, é destacado pelo referido conselheiro Luciano Frota<sup>512</sup>:

É certo que o exercício da autonomia privada, inclusive nas questões denatureza existencial, encontra seus limites na licitude dos atos ou das manifestações devontade constituídas.

Entretanto, consoante já analisado, não há barreira jurídica para a declaraçãode união poliafetiva, eis que amparada tanto pelo sistema de liberdades que pauta o nossoEstado Democrático de Direito [...] A escritura pública nada mais é do que o instrumento jurídico de formalizaçãode uma declaração de vontade, celebrado perante um Tabelião, a quem compete alavratura, cujo escopo é o de conferir validade formal ao negócio jurídico e maior segurança jurídica aos interessados.

Proibir que se formalizem perante o Estado uniões poliafetivas com base emum conceito vetusto de entidade familiar, não abrigado pela Constituição, significaperpetuar uma situação de exclusão e de negação de cidadania que não se coadunacom osvalores da democracia.

## 3. POLIAMOR: ANALISANDO O TEMA

Conforme exposto até aqui, o poliamor como uma nova forma de família se encontra em grau de forte desamparo pelo Direito. A decisão do CNJ – base do presente estudo – escancara a prematuridade do tema e a necessidade de sua regulamentação.

Como se trata de um tema inovador e que demonstra mais uma mudança da sociedade, torna-se necessário entender o que essa mudança causa na vida das pessoas e qual impacto que isso terá na sociedade. Buscando entender tal questão, as Psicólogas Perez e Palma concluem<sup>513</sup>:

Os dados levantados através das entrevistas narrativas dos participantes e analisados com base na Análise do Discurso sob a perspectiva da Psicologia Social Sócio-Histórica e dos autores pós-estruturalistas elucidaram as expressões do poliamor. [...] a pesquisa demonstra que o poliamor fundamenta sua compreensão do amor a partir do amor livre, da não monogamia, da responsabilidade, da compersão, do respeito à individualidade, da liberdade sexual, da equidade de gênero e do diálogo. Tais fundamentos permitem

<sup>509</sup> BRASIL, 2018.

<sup>510</sup> *Id Ibid.*

<sup>511</sup> BRASIL, 2018.

<sup>512</sup> BRASIL, 2018, p. 38-39.

<sup>513</sup> PEREZ, Tatiana Spalding; PALMA, YáskaraArrial. AMAR AMORES: O POLIAMOR NA CONTEMPORANEIDADE. **Psicologia e Sociedade**, Belo Horizonte , v. 30, epub, 2018 . Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-71822018000100208&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822018000100208&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 10 de dezembro de 2018.

que os poliamoristas enfrentem as pressões sociais e estejam constantemente se (des) construindo e refletindo sobre suas relações.

Portanto, pode-se afirmar que os relacionamentos poliafetivos são saudáveis aos indivíduos, sendo apenas uma nova forma de amar e de constituir um núcleo familiar.

A Constituição Federal<sup>514</sup> positiva em seu artigo 3º, inciso I, “a construção de uma sociedade livre, justa e solidária” como um dos objetivos da República Federativa do Brasil, ainda, no artigo 1º, inciso III, é estabelecido a “dignidade da pessoa humana”, como um dos fundamentos da República.

O respeitado Sarlet<sup>515</sup> conceitua dignidade da pessoa humana da seguinte forma:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Ainda, sobre a dignidade da pessoa humana, Pereira<sup>516</sup> defende:

A dignidade é um macroprincípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e alteridade. São, portanto, uma coleção de princípios éticos.

Logo, proporcionar a felicidade e o respeito ao indivíduo é uma obrigação constitucional que deve ser promovida pelo estado. Dar eficácia jurídica às relações poliamorosas é acima de tudo respeitar a Constituição Federal e os seus princípios fundantes.

O princípio da dignidade da pessoa humana serve como uma unidade balizadora de todo o ordenamento jurídico, tendo uma função integradora. Todo o ordenamento jurídico deve convergir com o princípio fundante da Constituição de 1988<sup>517</sup>.

Interessante mencionar, que o direito civil passa pelo filtro da Constituição de 1988, tendo o princípio da dignidade da pessoa humana e o desenvolvimento doutrinário da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, dois pontos que demonstram a evolução que a Constituição Federal de 1988 trouxe ao Código Civil<sup>518</sup>.

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final do presente estudo, percebe-se a importância do Direito na vida das pessoas. O poliamor é um exemplo de uma vasta gama de temas que ainda precisam ser debatidos à luz de argumentos racionais e científicos e de que como pessoas que possuem um modo de vida diferente da maioria, acabam, por vezes, ficando desamparadas e a margem da sociedade.

O Direito deve ser entendido, acima de tudo, como uma ferramenta capaz de promover valores dignos e louváveis. Ter empatia com as outras pessoas é fundamental para a promoção de valores éticos.

<sup>514</sup> BRASIL. **Constituição (1988)**. 8. ed. Barueri: Manoele, 2016

<sup>515</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

<sup>516</sup> PEREIRA, 2012, p. 114.

<sup>517</sup> Sarlet, *op. cit.*

<sup>518</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 10 Dez. 2018.

Espera-se, que o presente estudo tenha demonstrado a necessidade do Direito acompanhar as mudanças na sociedade, a necessidade da interdisciplinaridade com outras áreas do saber (como, por exemplo, a Psicologia, Sociologia e Filosofia.) e de que toda interpretação jurídica deve estar em consonância com a Carta Constitucional.

## 5. REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Pedido de providências n. 0001459-08.2016.2.00.0000**. Requerente: Associação de Direito de Família e das Sucessões – ADFAS. Requerido: Terceiro tabelião de notas e protestos de letras e títulos de São Vicente-SP; Tabelião de notas e de protesto de letras e títulos da comarca de Tupã. Rel. João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 26 de junho de 2018. Diário da Justiça, Brasília-DF, 29 de junho de 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pjecnj/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/documentoSemLoginHTML.seam?ca=70df401956c31d05d787e0364c14923d19c71af1e0e234a5dcd2d2e62295b838f2f5ce2e9df92c67b6f36a7deeca497b39b484d172d84d8e>>. Acesso em: 10 de dezembro de 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição (1988)**. 8. ed. Barueri: Manoele, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família**. 8. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREZ, Tatiana Spalding; PALMA, Yáskara Arrial. AMAR AMORES: O POLIAMOR NA CONTEMPORANEIDADE. **Psicologia e Sociedade**, Belo Horizonte, v. 30, *epub*, 2018. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-71822018000100208&Ing=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822018000100208&Ing=en&nrm=iso)>. Acesso em: 10 de dezembro de 2018.

ROCHA, José Manuel de Sacadura. **Sociologia jurídica: fundamentos e fronteiras**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SANTOS, Anna Isabella de Oliveira; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. Poliamor: Conceito, Aplicação e Efeitos. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 12, n. 2, p. 360-389, fev. 2018. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/72546>>. Acesso em: 10 dez. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

## A APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO A PARTIR DE UM DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Victor Bambinetti Gonçalves<sup>519</sup>

### RESUMO

O presente trabalho tem como escopo reconhecer o direito ao esquecimento como direito da personalidade no Código Civil, a partir de um Direito Civil Constitucional. Para tanto, delimitar-se-á a liberdade de expressão para em seguida tratar especificamente do direito ao esquecimento. Posteriormente, far-se-á uma leitura constitucional dos artigos 20 e 21, do Código Civil, passando então à análise de precedentes do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, caracterizando-se como pesquisa qualitativa. Por fim, será realizada uma reflexão a respeito das possibilidades de aplicação do instituto na Lei vigente.

**PALAVRAS CHAVE:** Direito Civil Constitucional, Direito à Informação, Direito ao Esquecimento.

### 1. INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea encontra-se em um estado de intensa ligação. Embora presente uma verdadeira *retropia*<sup>520</sup>, na qual o futuro transforma-se em um local de pesadelos, propiciando um pavor de perder emprego, posição social, casa e pertences móveis, bem estar e prestígio, ainda assim é possível vislumbrar inúmeras guerras de anseios positivos e negativos entre os sujeitos.

Dentre esses interesses, denota-se na era da internet um verdadeiro choque entre os direitos à informação e a privacidade. Por conseguinte, constata-se uma tensão na proteção dos direitos da personalidade, sendo tal problemática fundamental para fins de debate.

O referido embate possui origem no próprio exercício da liberdade de expressão, direito imprescindível no Estado Democrático de Direito, sendo pressuposto para uma participação ativa do cidadão no desenvolvimento de um país. Ocorre que, atualmente, eventual prática desta garantia vem propiciando flagelos individuais, vindo a ser necessário trazer à baila o direito ao esquecimento à luz de um Direito Civil Constitucional.

O presente artigo tem como escopo refletir acerca da notória colisão entre o direito à informação e à privacidade, percorrendo a respeito das características, consequências e até mesmo requisitos para a configuração do ainda desconhecido direito ao esquecimento. Tudo isso, por intermédio de uma corrente metodológica que visa defender uma permanente leitura do direito civil à luz da Constituição Federal.

O trabalho objetiva trazer à tona situações atuais e problemáticas, a fim de estudar perspectivas de respostas possíveis à temática, sem deixar de lado a tutela da pessoa humana.

### 2. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Conforme depreende-se do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, a liberdade, junto à vida, segurança, propriedade e igualdade, constitui um conjunto de direitos fundamentais de brilhante relevância na ordem constitucional vigente. Fruto de intensa guerra histórica, a liberdade amplia-se com a evolução humana, e, segundo José Afonso da Silva “[...] o homem torna-se cada vez mais livre na medida em que se amplia seu domínio sobre a natureza e sobre as relações sociais”.<sup>521</sup>

<sup>519</sup> Acadêmico do curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille. E-mail: victor@fwjorge.com.br.

<sup>520</sup> BAUMAN, Zygmunt, *Retropia*, Trad. Renato Aguiar, Zahar, Rio de Janeiro, 2017, p. 12.

<sup>521</sup> SILVA, José Afonso da, *Curso de Direitos Constitucional Positivo*, 41ª edição, Malheiros, São Paulo, 2018, p. 233.

O direito geral de liberdade tem como função assegurar uma proteção isenta de lacunas da liberdade e das liberdades.<sup>522</sup> Para tanto, contém diversas formas, tal qual a liberdade de pensamento, englobando a opinião, religião, informação, artística e comunicação do conhecimento. O homem como ente social tem como necessidade expressar-se, compartilhar epistemologia e cultivar relações com os semelhantes, até mesmo de modo abusivo em determinados casos.

Para fins deste artigo, importante especificar no estudo da liberdade de comunicação. A respeito do tema, leciona José Afonso da Silva:

A liberdade de comunicação consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. É o que se extrai dos incisos IV, V, IX, XII, e XIV do art. 5º combinados com os arts. 220 a 224 da Constituição. Compreende ela as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação, e a organização dos meios de comunicação, esta sujeita a regime jurídico especial de que daremos notícias no final deste tópico.<sup>523</sup>

Portanto, o direito à informação encontra-se englobado na própria liberdade de comunicação, sendo decorrência de um dos aspectos externos da liberdade de expressão, isto é, a liberdade de manifestação do pensamento. Nos moldes do artigo 5º, IV, da Constituição Federal “é livre a manifestação do pensamento, vedado o anonimato”.

Por “informação” entende-se conhecimento de fatos, acontecimentos, situações de interesse geral, implicando em duas consequências lógicas jurídicas, quais sejam: a) o direito de informar, por qualquer meio de difusão; b) o direito de ser informado, imprescindível em um Estado Democrático de Direito. Dessarte, a liberdade de informação compreende aquela procura, acesso, percebimento, e difusão de informações ou ideias, independente do meio, gerando responsabilidades em caso de abuso.<sup>524</sup>

Contudo, evidente que o direito supracitado não é absoluto, possuindo limitações previstas diretamente pelo constituinte, bem como pela colisão com outros do mesmo *status*.<sup>525</sup> Dentre essas, pode-se citar interferências a fim de propiciar o direito de resposta e a compensação por dano moral, preservar a intimidade, vida privada, honra e imagem. Essas restrições contribuem de modo significativo para um personalismo e solidarismo, nos moldes do Direito Civil Constitucional, principalmente, em relação a igualdade e dignidade social.<sup>526</sup>

Possível destacar três elementos básicos que a manifestação deve conter para cumprir com seu real aspecto valorativo, de modo a não conceder margem para eventual ilícito civil, quais sejam: a) veracidade; b) atualidade; c) *animus narrandi*. Esse último, caracteriza-se como uma expressão heterogênea, sem conteúdo ofensivo com a finalidade de difundir fatos verdadeiros e atuais para a sociedade em geral ou determinado público previamente estipulado.

Portanto, a honra e imagem não são lesionadas somente por fatos inverídicos, vez que não basta uma informação ser verdadeira, devendo ainda ser atual e livre de anseios perjorativos, sob pena de gerar responsabilidade a ser discriminada à luz do caso concreto. Nesse sentido, alerta Anderson Schreiber:

De fato, cumpre examinar, mesmo em se tratando de fato verídico, se foram adotadas as medidas necessárias a proteger a reputação do envolvido, sem exageros e ilações voltadas, exclusivamente, à artificial produção de escândalos ou “furos” de reportagens. Somente assim se terá a garantia de que a liberdade de informação limitou-se ao seu escopo legítimo, sem intervir indevidamente na esfera da proteção à honra da pessoa humana.<sup>527</sup>

<sup>522</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, Curso de Direito Constitucional, 6ª edição, Saraiva, São Paulo, 2017, p. 486.

<sup>523</sup> SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros, São Paulo, 2018, p. 245.

<sup>524</sup> SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros, São Paulo, 2018, p. 250.

<sup>525</sup> MENDES, Gilmar, COELHO, Inocêncio Mártires, GONET BRANCO, Paulo Gustavo, Curso de Direito Constitucional, 4ª edição, Saraiva, São Paulo, 2009, p. 409.

<sup>526</sup> PERLINGIERI, Pietro, Perfis do Direito Civil, 3ª edição, Renovar, São Paulo, 2007, p. 35/37.

<sup>527</sup> SCHREIBER, Anderson, Direitos da Personalidade, 3ª edição, Atlas, São Paulo, 2014, p. 86.

Depreende-se então que, não obstante seja um direito constitucional, a manifestação de pensamento, principalmente a exercida por intermédio do direito à informação, deve manter cautela e respeitar seus pressupostos e finalidades, deste modo, evitando consequências jurídicas futuras e elevando em grau máximo a liberdade de expressão.

Os direitos da personalidade são os principais alvos dos eventuais abusos cometidos no exercício externo da liberdade de expressão. Premissa *sine qua non* do Direito Civil Constitucional, àqueles foram consagrados após a ordem constitucional de 1988, elevados a direitos fundamentais, por meio de um diálogo com o princípio identidade da dignidade da pessoa humana.

Dentre os direitos da personalidade e objeto deste estudo, vislumbra-se o direito ao esquecimento, consagrado doutrinariamente na edição do Enunciado 531<sup>528</sup>, da VI Jornada de Direito Civil, pelo qual se afirma que “a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade de informação inclui o direito ao esquecimento”. Em razão disso, já passa da hora de debater o direito ao esquecimento, levando em consideração o choque entre a informação e a privacidade, sempre com uma interpretação através de um Direito Civil Constitucional.

### 3. DESVELANDO O DESCONHECIDO: O DIREITO AO ESQUECIMENTO

O avanço tecnológico proporcionou inúmeras facilidades no cotidiano dos cidadãos, principalmente no que diz respeito a internet, a qual traz à baila uma capacidade quase ilimitada de armazenamento e propagação de dados. Em razão disso, imprescindível a cautelosa ponderação no seu uso, vez que concede somente difusão de conhecimento, mas também colisão de direitos fundamentais.

Além disso, tendo em vista a constante proliferação e divulgação de dados, a internet assume a liderança do meio de comunicação mais rentável, possuindo a preferência não somente de profissionais, mas como também qualquer cidadão com o desejo de compartilhar fatos. É justamente em razão disso que surge o direito ao esquecimento. Esse não consiste em apagar o passado ou reescrever a História<sup>529</sup>, mas sim naquele direito de impedir que o sujeito seja sempre identificado por intermédio daquele dado passado, incompatível com o que de fato é no período atual.

Originário da doutrina italiana, nasceu na ideia de ressocialização do ex-detento, vez que, se marcados como tal, dificilmente poderiam efetivamente retornar de modo digno e justa para a sociedade, divergindo integralmente do verdadeiro propósito de sua detenção por determinado lapso temporal. No Brasil, foi interpretado como “um direito de não ser lembrado contra sua vontade”<sup>530</sup>. Contudo, tal epistemologia pode remeter a equívocos, levando a crer na própria patrimonialização de um direito da personalidade, quando, na verdade, por intermédio do Direito Civil Constitucional, busca-se sua despatrimonialização.

Atualmente, é possível delimitar três correntes doutrinárias tratando sobre o tema, quais sejam: a) pró-informação: não da margem ao direito ao esquecimento, pois não consta expressamente na legislação brasileira, sendo contrário a memória e História do próprio povo; b) pró-esquecimento: o direito esquecimento além de existir, deverá prevalecer sempre, respeitando a dignidade da pessoa humana e reservando a intimidade e privacidade; c) intermediária: a Constituição brasileira não permite hierarquia entre a liberdade de informação e privacidade, sendo necessária a aplicação do método de ponderação no caso concreto.<sup>531</sup>

Embora haja controvérsia, o direito ao esquecimento aparentemente é cristalino na atual legislação, sendo possível desvelá-lo a partir de uma mera interpretação. A expressão *in claris non fit interpretatio* tem como pressuposto de que a norma seja uma unidade lógica e isolada empiricamente. Contudo, faz-se mister a utilização de um método de interpretação axiológico como superação da interpretação literal.

<sup>528</sup> O enunciado possui a seguinte justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

<sup>529</sup> SCHREIBER, Anderson, Manual de Direito Civil Contemporâneo, Saraiva, São Paulo, 2018, p. 143.

<sup>530</sup> STJ, 4ª Turma, Resp 1.334.097/RJ, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 28-05-2013.

<sup>531</sup> SCHREIBER, Anderson, Manual de Direito Civil Contemporâneo, Saraiva, São Paulo, 2018, p. 144.

A norma não está sozinha, vez que exerce uma função unida ao ordenamento e o seu significado muda com o dinamismo do ordenamento pertencente.<sup>532</sup> Nesse sentido, o Direito Civil Constitucional ensina que a interpretação é lógico-sistemática e teleológica-axiológica, com o escopo de atuar com fidelidade na busca dos valores constitucionais.<sup>533</sup> Não fosse assim, haveria uma completa desconexão entre a legislação constitucional e infracostitucional, divergindo da tutela geral de proteção da pessoa humana.

Os direitos da personalidade, fundamento máximo do Direito Civil Constitucional, são capazes de irradiar a dignidade da pessoa humana, assim, o seu respeito deve-se não somente em relação ao Estado, como a quaisquer atos privados, tais quais matérias jornalísticas. Aqueles possuem a finalidade de proteger a pessoa de interferências alheias, bem como promover a autonomia de suas decisões, deste modo, garantido a projeção individual da vida humana. Disso compreende-se a perspectiva existencialista do vigente Código Civil, desvinculando-se de seus aspecto puramente patrimonial.

Dessa senda, nota-se a necessidade de interpretação do artigo 20 e 21, do Código Civil nesse sentido. Afinal, não só neste diploma encontra-se a guarida da intimidade e privacidade, mas também no artigo 5º, X, da Constituição Federal. A privacidade consiste no “conjunto de informações acerca do indivíduo que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições, sem a isso poder ser legalmente sujeito”.<sup>534</sup> Por sua vez, intimidade pode ser definida como aquela esfera secreta, pessoal do cotidiano do indivíduo, permitindo a exclusão do conhecimento de outrem de quanto se refira à pessoa.

Não obstante, o rol de direitos da personalidade não é taxativo, sendo plenamente possível o reconhecimento de outros posteriores. No mesmo norte, Carlos Alberto Bittar ensina “os direitos naturais são inerentes à pessoa, e, por isso, caso o Estado não os reconheça, cabe aos indivíduos e aos grupos sociais organizados buscarem seu reconhecimento, lutando com isso contra a violência, a injustiça e a desigualdade”.<sup>535</sup>

Portanto, embora seja respeitável o posicionamento da corrente “pró-informação”, depreende-se ser cristalina a proteção da legislação no que concerne ao direito ao esquecimento. Isso porquê com o desenvolvimento da rede mundial de computadores há uma ameaça à privacidade das pessoas. Como pontua José Afonso da Silva “O amplo sistema de informações computadorizadas gera um processo de esquadramento das pessoas, que ficam com sua individualidade inteiramente devassada”.<sup>536</sup> E, evidentemente, a vigente Carta Magna atenta-se para essa ameaça, tutelando a privacidade das pessoas, inclusive por meio do direito de ser esquecido.

Eventual abuso no direito da informação geraria essa invasão na privacidade e intimidade do indivíduo, e, por conseguinte, daria azo para lesionar sua honra e imagem. A honra seria o conjunto de qualidades que configuram a dignidade, respeito, bom nome e reputação, sendo o direito fundamental do humano preservar essas qualidades. A imagem concerne ao aspecto físico, refletindo na personalidade moral, satisfazendo uma exigência espiritual e eminentemente moral.<sup>537</sup>

Assim, imprescindível a consideração do direito ao esquecimento, direito da personalidade que contribui para o desenvolvimento da existencia humana, coibindo preconceitos, discriminação, compensando a lesão à honra/imagem e resguardando a privacidade/intimidade. Contudo, afasta-se a corrente “pró-esquecimento”, pois, assim como outros direitos fundamentais, sua incidência dependerá das peculiaridades do caso concreto, tendo em vista a ausência de hierarquização de normas fundamentais.

Dessarte, o “direito de estar só” ou, para o direito americano “*right to be let alone*”, ou até mesmo para o espanhol “*derecho al olvido*” tem o condão de possuir plena autonomia, sendo, de modo irrefragável, a partir de uma leitura Civil Constitucional, um direito da personalidade, apto a desenvolver o aspecto existencial da vigente legislação.

<sup>532</sup> PERLINGIERI, Pietro, Perfis do Direito Civil, 3ª edição, Renovar, São Paulo, 2007, p. 72.

<sup>533</sup> PERLINGIERI, Pietro, Perfis do Direito Civil, 3ª, edição, Renovar, São Paulo, 2007, p. 72.

<sup>534</sup> PEREIRA, J. Matos, Direito de Informação, Lisboa: Associação Portuguesa de Informática, 1980, p. 15.

<sup>535</sup> BITTAR, Carlos Alberto, Os direitos da personalidade, 8ª edição, São Paulo, Saraiva, 2015, p. 38.

<sup>536</sup> SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros, São Paulo, 2018, p. 212.

<sup>537</sup> SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros, São Paulo, 2018, p. 211.

#### 4. APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL

Tal qual pontuado, vislumbra-se o direito esquecimento a partir da interpretação nos moldes do Direito Civil Constitucional. Esse, por sua vez, representa a ressignificação das categorias dos direitos fundamentais, a fim de atender as constantes mudanças na sociedade, fazendo com que o Direito Civil alcance sua vocação histórica, dessa forma, abrangendo todo o povo.<sup>538</sup>

Todavia, em razão das inúmeras ferramentas de difusão da comunicação atualmente, é constante a colisão entre a liberdade de expressão, mais especificamente no que concerne ao direito à informação e a privacidade/intimidade, e, por conseguinte, honra e imagem, dificultando a aplicação do direito ao esquecimento.

Em virtude disso, faz-se mister a interpretação por intermédio de um critério de proporcionalidade e função, vez que o direito deverá existir até o ponto de não infringir outro direito igualmente fundamental de personalidade e a informação somente poderá ser considerada quando retratar algo que transcende a esfera do direito da pessoa representada, isto é, além da veracidade, atualidade e *animus narrandi*, observar-se-á a hipótese de irrefragável interesse público hábil em justificar a divulgação. Portanto, assim como a liberdade é um direito de todos a privacidade também deve ser, sendo, inclusive, limitadora do uso da liberdade de expressão, deste modo, protegendo a personalidade da pessoa humana.

Embora o Marco Civil da Internet<sup>539</sup> tenha elencado a privacidade como disciplina do uso da internet no País, não abordou especificamente a matéria do direito ao esquecimento. Contudo, da mesma forma que extrai-se aquele do Código Civil à luz de uma interpretação Civil Constitucional, imprescindível compreender a nova legislação da mesma forma.

Porém, denota-se a ausência de delimitação concreta de seu objeto, limites e critérios utilizados para sua análise na jurisprudência pátria. Ver-se-á a omissão nas decisões na consideração do direito ao esquecimento como direito fundamental, dessa forma, sendo imprescindível a aplicação da plenitude do regime jurídico constitucional. Em síntese, a partir das decisões não é possível compreender o direito ao esquecimento como autônomo e seu real âmbito de proteção.

Possível destacar dois casos paradigmas a respeito do tema, isto é, os casos da Chacina da Candelária<sup>540</sup> e Aída Curi<sup>541</sup>, ambos com a relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão. Outrossim, outras são as semelhanças dos julgados, visto que ambos reconheceram o direito ao esquecimento, sendo julgados na mesma data, bem como dizem respeito à episódios exibidos pelo extinto programa “Linha Direta” da emissora “TV Globo”, nos quais foram retratados a morte de Aída Curi, em 1958 e o massacre popularmente conhecido como Chacina da Candelária, no ano de 1993.

Deveras tenha importante aspecto fático não se pretende no presente trabalho narrar de modo discriminado suas circunstâncias, mas sim delimitar a *ratio decidendi*, isto é, a conjuntura fático-jurídica que motivou as decisões.

Pois bem. O recurso especial interposto no “caso Aída Curi” deve-se a seus irmãos – Nelson, Roberto, Waldir e Maurício Curi -, em razão da exibição do caso em 29 de abril de 2004. Aqueles sustentaram o esquecimento do caso pela sociedade com o passar dos anos, afirmando ainda o flagelo que isso acarretaria para sua família, ante a retratação da morte e pós-morte de sua irmã, reabrindo feridas antigas, dessa forma, violando o direito ao esquecimento. Por maioria dos votos, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça acompanhou o relator, restando vencidos os Ministros Marco Buzzi e Maria Isabel Gallotti.

A parte vencida sustentou as seguintes teses para dar guarida a inexistência do dever de indenizar: a) impossibilidade de retratar o caso sem mencionar o nome de Aída Curi; b) ausência de dano moral, visto que o impedimento da liberdade de expressão seria desproporcional se comparado à dor da lembrança, tendo em vista o longo lapso temporal decorrido; c) o direito ao esquecimento não seria aplicável às vítimas, mas tão somente aos agentes praticantes do ato lembrado; d) a utilização do direito à informação foi regular, sem *animus narrandi* ofensivo à imagem de Aída Curi.

De outro norte, os que acompanharam o relator concluíram resumidamente da seguinte forma: a) a exibição do programa era desnecessária, não contribuindo com a justiça, objetivo principal do programa; b) inexistente atualidade no relato, estando, assim, ausentes um dos pressupostos do direito à informação; c)

<sup>538</sup> LOBO, Paulo, Metodologia do Direito Civil Constitucional, pp. 20, in Direito Civil Constitucional: A ressignificação da função dos institutos fundamentais no Direito Civil Contemporâneo e suas Consequências, TEPELINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson, LOBO, Paulo (Coord).

<sup>539</sup> Lei nº 12.965/2014.

<sup>540</sup> STJ, 4ª Turma, Resp. 1.334.097-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 28.05.2013.

<sup>541</sup> STJ, 4ª Turma, Resp. 1.335-153-RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 28.05.2013.

Aída era cidadã comum, sem razões para mitigar seu direito à intimidade, isto é, não era pessoa pública; d) consequência disso, é a inexistência de relevância pública e social no país, não possuindo o condão de fazer a informação prevalecer em detrimento da intimidade; e) a família havia se manifestado contra a exibição do programa.

Por sua vez, o autor da interposição do recurso no caso Chacina da Candelária foi Jurandir Gomes da França, serralheiro inocentado no fato que vitimou 8 pessoas na trágica noite de 23 de julho de 1993, sendo 6 delas crianças.

O episódio no programa “Linha Direta” ocorreu em 27 de julho de 2006, sendo hábil em ligar novamente sua imagem novamente ao massacre. Neste episódio, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça foi unânime em reconhecer o direito ao esquecimento.

No acórdão é possível colher os seguintes argumentos favoráveis: a) era possível exibir o programa sem revelar a identidade de Jurandir Gomes da França; b) o programa tinha a capacidade de ligar a imagem do inocente novamente com o fato criminoso, divergindo atualmente da sua imagem perante a sociedade; c) a exibição provocou graves consequências no seu cotidiano, forçando até mesmo a mudança de sua família do antiga local de morada, bem como trazendo impedimentos na busca de empregos; d) o autor da ação originária havia manifestado sua discordância com a reprodução dos fatos.

Dito isso, compreende-se a integral ausência de autonomia concedida ao direito ao esquecimento. Da fundamentação, na verdade, denota-se uma correta ponderação entre a intimidade/privacidade e o direito à informação, contudo, tendo como objeto um suposto abalo moral, decorrente de imagem e honra, isto é, sendo desconsiderado o direito da personalidade do esquecimento.

Prova disso é carência de requisitos para o pleito de direito ao esquecimento. Aspectos como lapso temporal, âmbito de proteção, titularidade da ação, critérios objetivos para ponderação, e até mesmo a existência positiva do direito ao esquecimento foram desconsiderados.

O distanciamento do concreto reconhecimento do referido tema diverge de necessidades da sociedade pós-moderna. Erik Jayme<sup>542</sup> pontua que a atual era, caracterizada pelo pluralismo, comunicação, intensa narração e retorno de preocupação com sentimentos e direitos humanos, criam uma nova forma de aplicação do Direito, deslocando a atenção para teorias jusfilosóficas.

E, no que concerne ao direito ao esquecimento, já foi visto a possibilidade de compreendê-lo a partir do Direito Civil Constitucional, sendo imprescindível exercer uma real tutela sobre ele, estabelecendo seus requisitos, ocasiões, e, evidentemente, limites.

## 5. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

Perceptível que o maior desafio do direito ao esquecimento é o constante e necessário avanço da *internet*, afinal, conforme celebra Anderson Schreiber “A internet não esquece”<sup>543</sup>. Por essa, é fácil difundir dados com enorme quantidade de informações, compartilhando, registrando e até mesmo salvando em uma rede pessoal.

Contudo, contém divergências também com a memória, direito à verdade histórica e, tal qual embasado anteriormente, a própria liberdade de expressão. Nessas colisões, evidente que somente a ponderação há de ser modo viável para solucionar o caso concreto.

No que tange à memória, por exemplo, cristalino que nos momentos de relatos fáticos hábeis a ultrapassar o interesse meramente individual, sendo de indubitável relevância pública, o direito de esquecimento há de ser deslocado, vez que não deverá ser absoluto, respeitando o método de colisão com outros direitos igualmente fundamentais.

Relevância, veracidade, atualidade e *animus narrandi*, portanto, são circunstâncias fortes para afastar a aplicação do direito ao esquecimento. Contudo, o que de forma alguma pode-se tolerar é a exploração de um fato sem tais características, servindo tão somente para satisfazer interesses privados. Porquanto, faz-se mister a mínima regulamentação, a fim de conceder a tardia autonomia ao tema tratado na presente obra. Enquanto isto não ocorrer, decisões continuaram afastando-se de seu verdadeiro viés axiológico explanado, à luz de uma ordem Civil Constitucional.

Estranha-se a ausência de citações expressas no Marco Civil da Internet. Entretanto, cumpre destacar o ARE 833248 RG/RJ, o qual foi concedido Repercussão Geral no Supremo Tribunal Federal

<sup>542</sup> JAYME, Erik, Direito Internacional privado e cultura pós-moderna. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, v.1, 2013.

<sup>543</sup> SCHREIBER, Anderson, Direitos da Personalidade, São Paulo, Atlas, 2011, p. 164.

sob a relatoria do eminente Ministro Dias Toffoli. Trata-se da continuação do caso Aída Curi anteriormente tratado. Espera-se da Jurisdição Constitucional um possível caminho para a harmonização do direito ao esquecimento com a atual legislação, delimitando ser âmbito de proteção. Enquanto isso não ocorre resta reconhecê-lo como autônomo e refletir sobre possibilidades de aplicação.

Há de se pensar bases introdutórias para a solução da problemática, tal qual eventual limitação do tempo da matéria de modo público. Isto é, a redução do tempo de matéria informativa diminuiria com veemência seu alcance. Contudo, isso certamente reduziria também de modo desproporcional a própria liberdade de imprensa.

Porém, a hipótese supra faz remessa a outra, inclusive existente no direito norte-americano. Trata-se da expressão “*notice and takedown*” aplicáveis em conteúdos expostos na internet. Em síntese, significa que o provedor do serviço específico será isento de responsabilidade se remover imediatamente a publicação após a devida notificação do lesionado.

A partir disso, seria possível impedir a extrema limitação do lapso temporal limite de retirada de notícias, o que certamente implicaria em constante flexibilidade da liberdade de expressão. A tese aparente ser plenamente aplicável no Brasil se regulamentada, podendo incidir positivos efeitos nas redes sociais, ligando-se, dessa forma, diretamente com o Marco Civil da Internet.

Contudo, algo que não se pode olvidar é o imprescindível raciocínio objetivo do método de ponderação em casos de colisão do direito ao esquecimento com o direito à informação. Isso, porque a regulamentação de modo apto a exercer o supra direito não pode ser absoluto, haja vista possuir a mesma hierarquia de outros direitos igualmente fundamentais.

Recentemente, em voto proferido na Reclamação 22.328 Rio de Janeiro, o eminente Ministro Luis Roberto Barroso sugeriu, em suma, o seguinte caminho: a) veracidade do fato; b) licitude do meio empregado para a obtenção da informação; c) a espécie de personalidade da pessoa objeto da notícia; d) local do fato; e) natureza do fato; f) existência de interesse público na divulgação; g) preferência por sanções *a posteriori*, que não envolvam a proibição prévia da divulgação.

Evidente que o relato deve ser verdadeiro, não podendo construir uma ficção acerca da vida do retratado. O meio de aquisição das informações também deve ser lícito, sendo inimaginável a hipótese de entrevistar forçadas ou até mesmo espécies de espionagem. A espécie de personalidade será levada em consideração para concluir se a pessoa tem caráter público, o que certamente importaria em maior flexibilidade da sua intimidade. O local e natureza do fato devem, no mínimo ser voluntários, tal qual uma entrevista espontânea.

Por seu turno, a relevância pensará no tocante a compreensão da supremacia do interesse público sobre o privado. Finalmente, há de vislumbrar se a censura é realmente necessária, refletindo se a posterior indenização não seria hábil para compensar a lesão.

Deveras seja um excelente início para poder-se pensar no método de ponderação, acrescentaria-se, ainda, duas considerações, quais sejam: a) se a publicação é atual, ou seja, o lapso temporal decorrido desde o fato originário da notícia; b) o *animus narrandi*, compreendendo a real intenção do provedor.

Certamente o tempo decorrido deverá influir na ponderação eventualmente realizada, tal qual ocorreu no caso Aída Curi. Além disso, a intenção da divulgação é de extrema importância, confundindo-se até mesmo com a sua legalidade, tendo em vista que seu desvio de finalidade pode implicar em abuso da liberdade de expressão.

Entretanto, ainda assim acredita-se que a prévia regulamentação por intermédio de Lei específica seria viável, pois, como ensina Lenio Streck, a utilização da ponderação pode dar azo para decisões pragmaticista, não promovendo a resolução efetiva e qualitativa de flagelos apresentados pela concretude do direito.<sup>544</sup>

A partir disso denota-se um bom começo, embora tardio, da possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento no país. Afinal o direito de todos à informação não é suficiente para justificar a lesão do âmbito mais privado do sujeito, o qual têm a opção de permancer esquecido, deste modo, reconhecendo o direito ao esquecimento como um direito da personalidade autônomo.

<sup>544</sup> STECK, Lenio Luiz, *Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*, 11ª edição, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2014, p. 422.

## 6. CONCLUSÃO

É momento de concluir. Compreende-se que com a chega da sociedade pós-moderna o Direito deve possuir uma atuação jusfilosófica, analisando os desafios advindos daquela por meio de um diálogo com outras ciências.

Atualmente, denota-se a presença de uma intensa difusão de informações, sem quaisquer filtros hábeis para evitar futuras lesões de direito da personalidade, principalmente, por intermédio das redes sociais.

Em razão disso, há uma cotidiana colisão entre a liberdade de expressão e o direito à intimidade e privacidade. Por sua vez, a liberdade de expressão abrange o próprio direito à informação, o qual de forma alguma pode ser absoluto, devendo cumprir pressupostos como veracidade, atualidade e *animus narrandi*.

A atual guerra entre o exercício dos direitos fundamentais supra demandam uma discussão a respeito do direito ao esquecimento, o qual, embora alvo de discussões doutrinárias e jurisprudenciais, foi omitido no Marco Civil da Internet.

Contudo, o objeto do artigo presente pode ser compreendido à luz de uma interpretação teológica-axiológica à luz de um Direito Civil Constitucional, sendo necessário ler os artigos 20 e 21, do Código Civil em conjunto com a intimidade, privacidade e a própria dignidade da pessoa humana, amplamente consagradas pela Constituição Federal vigente.

Em virtude disso, nota-se a faculdade que dispõe o titular de um fato pessoal de obter a remoção de dados divulgados, primando pela sua opção de ser esquecido, caracterizando, dessa forma, sua autonomia em relação a outros direitos da personalidade, referindo-se a fatos antigos que devem ser esquecidos.

Considerando seu constante desenvolvimento o Superior Tribunal de Justiça já proferiu decisões de forma a reconhecê-lo, todavia, sem delimitar seu âmbito de proteção, destacar limites, e, principalmente, interpretá-lo por meio de uma ordem civil-constitucional.

Atualmente é alvo de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, gerando esperança na comunidade jurídica acerca da sua concreta leitura constitucional pelo tribunal.

Deveras esteja pendente de julgamento, depreende-se sua possibilidade de aplicação, desde que obedecido um método objetivo de ponderação, visto que possui semelhante grau hierárquico com outros direitos igualmente fundamentais, tais quais o direito à memória e à liberdade de expressão.

Para tanto, dever-se-á levar em conta diversos quesitos, com especial atenção à relevância pública do ato divulgado, bem como a finalidade da difusão da informação, vez que essa deve cumprir fielmente o *animus narrandi*.

Contudo, o método de ponderação pode dar azo a solipsismo dos magistrados, visto que depende muitas vezes de critérios subjetivos. Em decorrência, conclui-se que a criação de mínimos parâmetros de exercício devem ser consideradas, podendo ser incluídas no Marco Civil da Internet e no Código Civil.

Dessarte, a criação de caminhos para a delimitação do direito ao esquecimento são imprescindíveis, devendo ser utilizado com cautela, evitando apagar memórias ou até mesmo a própria história de determinado grupo social. Porém, o certo é que tem o condão de um direito da personalidade, e, à luz do Direito Civil Constitucional, um direito fundamental no ordenamento brasileiro.

## 7. REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt, **Retropia**, Trad. Renato Aguiar, Zahar, Rio de Janeiro, 2017;

BITTAR, Carlos Alberto, **Os direitos da personalidade**, 8ª edição, São Paulo, Saraiva, 2015;

JAYME, Erik, **Direito Internacional privado e cultura pós-moderna**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, v.1, 2013;

LOBO, Paulo, **Metodologia do Direito Civil Constitucional**, pp. 20, in *Direito Civil Constitucional: A resignificação da função dos institutos fundamentais no Direito Civil Contemporâneo e suas Consequências*, TEPEDINO, Gustavo, FACHIN, Luiz Edson, LOBO, Paulo (Coord);

MENDES, Gilmar, COELHO, Inocêncio Mártires, GONET BRANCO, Paulo Gustavo, **Curso de Direito Constitucional**, 4ª edição, Saraiva, São Paulo, 2009;

PERLINGIERI, Pietro, **Perfis do Direito Civil**, 3ª edição, Renovar, São Paulo, 2007;

SARLET, Ingo Wolfgang, **Curso de Direito Constitucional**, 6ª edição, Saraiva, São Paulo, 2017;

SCHREIBER, Anderson, **Direitos da Personalidade**, 3ª edição, Atlas, São Paulo, 2014;

SCHREIBER, Anderson, **Manual de Direito Civil Contemporâneo**, Saraiva, São Paulo, 2018;

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direitos Constitucional Positivo**, 41ª edição, Malheiros, São Paulo, 2018;

STECK, Lenio Luiz, **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**, 11ª edição, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2014;

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 3ª ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.