

DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS

ESTADO, SOCIEDADE E EFETIVIDADE

Organizadores:

Elisabeth Maria de Mendonça Silva

Isael José Santana

Lisandra Moreira Martins

**DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS:
ESTADO, SOCIEDADE E EFETIVIDADE**

VOLUME I

O presente livro foi realizado com apoio da Fundação de Apoio ao Desenvolvimento do Ensino, Ciência e Tecnologia do Estado de Mato Grosso do Sul (FUNDECT) – Brasil



Fundação de Apoio ao Desenvolvimento do Ensino,
Ciência e Tecnologia do Estado de Mato Grosso do Sul

**Elisabeth Maria de Mendonça Silva
Isael José Santana
Lisandra Moreira Martins**

**DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS:
ESTADO, SOCIEDADE E EFETIVIDADE**

VOLUME I

Copyright © Autoras e autores

Todos os direitos garantidos. Qualquer parte desta obra pode ser reproduzida, transmitida ou arquivada desde que levados em conta os direitos das autoras e dos autores.

Elisabeth Maria de Mendonça Silva; Isael José Santana; Lisandra Moreira Martins [Orgs.]

Direitos humanos e fundamentais: estado, sociedade e efetividade. Vol. I. São Carlos: Pedro & João Editores, 2022. 288p. 16x 23 cm

**ISBN: 978-65-265-0188-7 [Impresso]
978-65-265-0189-4 [Digital]**

1. Direitos humanos. 2. Estado. 3. Sociedade. 4. Efetividade. I. Título.

CDD – 370

Capa: Petricor Design

Crédito: LIGHTFIELD STUDIOS - stock.adobe.com

Direitos autorais: ©LIGHTFIELD STUDIOS - stock.adobe.com

Ficha Catalográfica: Hélio Márcio Pajeú – CRB - 8-8828

Diagramação: Diany Akiko Lee

Editores: Pedro Amaro de Moura Brito & João Rodrigo de Moura Brito

Todos os textos que compõe a presente obra, em todas as suas formas, inclusive correção do vernáculo, fontes, normas legais e acadêmicas, não representam a opinião dos organizadores, assim são de inteira responsabilidade de seus autores(as) que respondem pelo que encontra-se exposto nos capítulos

Conselho Científico da Pedro & João Editores:

Augusto Ponzio (Bari/Itália); João Wanderley Geraldi (Unicamp/ Brasil); Hélio Márcio Pajeú (UFPE/Brasil); Maria Isabel de Moura (UFSCar/Brasil); Maria da Piedade Resende da Costa (UFSCar/Brasil); Valdemir Miotello (UFSCar/Brasil); Ana Cláudia Bortolozzi (UNESP/ Bauru/Brasil); Mariangela Lima de Almeida (UFES/Brasil); José Kuiava (UNIOESTE/Brasil); Marisol Barenco de Mello (UFF/Brasil); Camila Caracelli Scherma (UFFS/Brasil); Luís Fernando Soares Zuin (USP/Brasil).



Pedro & João Editores

www.pedroejoaoeditores.com.br

13568-878 – São Carlos – SP

2022

APRESENTAÇÃO

Esta obra intitulada “DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: ESTADO, SOCIEDADE E EFETIVIDADE” é uma coletânea de artigos elaborados pelos professores do curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Unidade Universitária de Paranaíba, isoladamente ou em conjunto com outros pesquisadores.

Com temas em diversas áreas do Direito, a obra consolida-se como um excelente material de pesquisa para aqueles que pretendem alçar um estudo mais aprofundado e pautado em sólido referencial teórico, o que certamente contribuirá para o necessário debate sobre os Direitos Humanos e Fundamentais nas vertentes propostas.

Os capítulos dessa obra demonstram o compromisso dos pesquisadores com questões que perpassam apenas a exigência da análise teórica, vai além, com o entrelaçamento de problemas pontuais na sociedade, o papel estatal e a luta pela reafirmação desses direitos. Os autores apresentam respostas aos anseios sociais advindos de uma modelo estatal democrático com o escopo de cumprir o papel da produção científica acadêmica, tão necessária para o desenvolvimento social e humano, seja em âmbito privado ou público.

É incontroverso que as transformações sociais refletem diretamente no mundo jurídico, com desafios lançados diariamente para que preceitos básicos sejam respeitados com efetividade, sobretudo, que a dignidade da pessoa humana torne uma prioridade desde a criação das normas, desenvolvimento de políticas públicas e desdobramentos judiciais. Nesse contexto, a perspectiva lançada nos artigos dessa obra se alinha à busca pelo respeito ao exercício da cidadania de forma significativa e sedimenta que o papel estatal é se volver a uma sociedade desprovida, em sua maioria, de efetividade de direitos básicos, o que marginaliza socialmente e vulnera milhões de pessoas.

Assim, a presente obra passa a fazer parte de um arcabouço de estudos jurídicos que vem proporcionando caminhos para o desenvolvimento social com a expansão, reconhecimento e

efetividade de direitos que reconhece a essência humana, a fragilidade e o clamor por respeito e dignidade.

Boa leitura e reflexão a todos!

Os Organizadores

PREFÁCIO

Honra-me o convite para prefaciar a obra coletiva coordenada pelos ilustres Professores Isael José Santana, Lisandra Moreira Martins e Elisabeth Maria de Mendonça Silva. O tema escolhido, **Direitos Humanos e fundamentais: Estado, sociedade e efetividade**, é-me muito caro, porque me recua no tempo para o momento em que escrevi minha tese de doutorado que tratou do papel do Ministério Público na efetivação dos tratados internacionais de Direitos Humanos. Me remete ainda, às edificantes vivências profissionais que tive, no Brasil e no exterior, voltadas à promoção dos Direitos Humanos.

O conjunto de articulistas, constituído por professores ou por dedicados estudiosos do tema, que atuam em diferentes setores do universo do Direito, levou à construção de uma obra rica de conteúdos, com diferentes e aprofundadas abordagens. Enfim, uma obra imprescindível.

Todos os artigos voltaram-se, por diversas vertentes, à análise e reafirmação do que constitui hoje o perfil constitucional do Estado brasileiro. Baseando-se portanto, no que marca a unidade dos temas, é que presente prefácio se propõe a realizar uma breve análise desse perfil.

Já no preâmbulo, a Constituição de 1988 estabelece a instituição de um Estado democrático

destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias (...).

Logo a seguir, nos art. 1º e 3º do texto, a Constituição estabelece os princípios fundamentais que demarcam os fundamentos e os objetivos da República Federativa do Brasil. Nas palavras de Celso Bastos: “Estes fundamentos devem ser entendidos como o

embasamento do Estado; seus valores primordiais, imediatos, que em momento algum podem ser colocados de lado”¹.

Dentre os fundamentos que alicerçam o Estado brasileiro, nos termos do art. 1º, II e III, da nossa Lei Maior, destacam-se a cidadania² e a dignidade da pessoa humana³.

Como objetivos fundamentais da República, ficaram definidos: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (I, II e III do art. 3º da Constituição Federal)⁴.

Percebe-se, a partir dos dispositivos mencionados, a grande preocupação da Carta de 1988 em assegurar a dignidade e o bem-estar da pessoa humana, como um imperativo de justiça social. O resguardo do direito à dignidade humana ganha nova dimensão, posto que enfaticamente privilegia os direitos fundamentais.

A Carta de 1988 também traz a inovação de ampliar a dimensão dos direitos e garantias, não mais se limitando a assegurar direitos individuais. O texto incorpora a tutela dos direitos coletivos e difusos, entendidos aqueles como os pertencentes “a grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma

¹ BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de direito constitucional*, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 148.

² Na observação de Celso Bastos, a cidadania “é um conceito que deflui do próprio princípio do Estado Democrático de Direito, podendo-se, desta forma, dizer que o legislador constituinte foi pleonástico ao instituí-lo. No entanto, ressaltar a importância da cidadania nunca é demais, pois o exercício desta prerrogativa é fundamental. Sem ela, sem a participação política do indivíduo nos negócios do Estado e mesmo em outras áreas do interesse público, não há que se falar em democracia”. Op. cit., p. 148.

³ Assevera Celso Bastos que embora a dignidade tenha um conteúdo moral, a preocupação do legislador constituinte foi mais de ordem material, ou seja, “a de proporcionar às pessoas condições para uma vida digna principalmente no que tange ao fator econômico. Por outro lado, o termo dignidade da pessoa visa condenar práticas como a tortura, sob todas as suas modalidades, o racismo e outras humilhações tão comuns no dia a dia de nosso país. Este foi, sem dúvida um acerto do constituinte, pois coloca a pessoa humana como fim último de nossa sociedade e não com simples meio para alcançar certos objetivos como, por exemplo, o econômico”. Op. cit. p. 148.

⁴ Como explica Celso Bastos, “a ideia de objetivos não pode ser confundida com a de fundamentos, muito embora algumas vezes, isto possa ocorrer. Os fundamentos são inerentes ao Estado, fazem parte de sua estrutura. Quanto aos objetivos, estes consistem em algo exterior que deve ser perseguido”. Op. cit., p. 149.

relação jurídica básica”⁵, estes últimos como “pertencentes a um número indeterminável de pessoas, titulares de um objeto indivisível, as quais estão ligadas entre si por um vínculo fático”⁶.

Com a finalidade de reforçar a imperatividade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, instituiu-se o princípio da sua aplicabilidade imediata, nos termos do art. 5º, §1º. Desse modo, a eventual omissão do Estado quanto a concretizar direitos fundamentais viola a ordem constitucional, tendo em vista a exigência de ação, ou seja, há dever de agir para a garantia de tais direitos. Nas palavras de Flávia Piovesan, “Implanta-se um constitucionalismo concretizador dos direitos fundamentais”⁷.

A Constituição de 1988, ao lado de consolidar a extensão de titularidade de direitos, como já mencionamos, também confirma o aumento da quantidade de bens merecedores de tutela, mediante a ampliação de direitos sociais, econômicos e culturais. Embora reconheçamos que direitos sociais foram incluídos já com a Constituição de 1934, podemos afirmar que esse quadro ganhou definitiva visibilidade com a atual Constituição brasileira, caracterizada como social, dirigente e compromissária.

Assim, além de afirmar no art. 6º que são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a moradia, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados, ainda estabelece, nos arts. 193 a 232, uma ordem social com amplo universo de normas que estabelecem programas, tarefas, diretrizes e fins a serem perseguidos pelo Estado e pela sociedade.

Na ordem econômica, o enfoque é valorizar o trabalho e a livre-iniciativa, com o fim de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames de justiça social, determinados no art. 170 da Carta de 1988.

Apesar da opção por adotar o sistema capitalista, isso não representa contradição com o modelo de Estado voltado ao bem-estar

⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 20ª. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 53.

⁶ SOUZA, Motaury Ciochetti de. *Ministério Público e o Princípio da Obrigatoriedade*. São Paulo: Método, 2007, p.35.

⁷ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit. Temas de direitos humanos*, 2ª. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 330.

social, conforme estabelecido no art. 193 da Constituição Federal⁸. Nesse sentido, a carta constitucional de 1988 confirma o esgotamento do modelo liberal de Estado, ampliando os bens merecedores de tutela, o que exige um Estado de bem-estar social eficiente, intervencionista e planejador.

A Constituição de 1988 procurou adequar-se à concepção contemporânea de cidadania, que tem suas raízes na Declaração Universal de Direitos do Homem de 1948, e que dá igual importância tanto aos direitos civis e políticos, como aos direitos sociais, econômicos e culturais. Ou seja, sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos restam reduzidos a meras categorias formais. Por outro lado, sem a realização dos direitos civis e políticos, os direitos econômicos e sociais esvaziam-se de verdadeira significação. Em suma, “não há mais como cogitar de liberdade divorciada de justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade”⁹.

Para confirmar a ideia ditada pela Declaração Universal, de que os direitos humanos são universais, inerentes à dignidade humana e não relativos às peculiaridades sociais e culturais, veio a Resolução n. 32/130 da Assembleia Geral das Nações Unidas, declarando que: “todos os direitos humanos, qualquer que seja o tipo a que pertençam, se inter-relacionam necessariamente, são indivisíveis, interdependentes”. No mesmo sentido, a Declaração de Viena de 1993, ao afirmar, em seu §5º, que os “direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos com a mesma ênfase”.

A Constituição de 1988 acolhe a concepção contemporânea de cidadania, na medida em que consagra a indivisibilidade dos direitos humanos. Do rol de direitos fundamentais, o mais amplo de toda história constitucional brasileira, constam em igualdade de tratamento e proteção os direitos civis e políticos e os direitos sociais, econômicos e sociais.

⁸ Esclarece Flávia Piovesan que: “[...] o Estado de bem-estar social não se confunde com o Estado socialista e com o regime da propriedade coletiva dos meios de produção, mas implica em modelo de Estado que concretize o direito a prestações positivas, o que resulta no desafio de arquitetar uma estrutura tributária e fiscal condizente com esse modelo – dificultoso desafio [...]”. *idem*, p. 332.

⁹ PIOVESAN, Flávia. *Op. cit. Temas de direitos humanos*, p. 338.

Em relação à universalidade dos direitos humanos, tendo o texto da constituição declarado a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º III), já assegurou a inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais a toda e qualquer pessoa sem discriminação. Além disso, consagrou a prevalência dos direitos humanos como um dos princípios a reger o Brasil na ordem internacional (art. 4º, II) e estabeleceu cláusula constitucional aberta a receber outros direitos, inclusive decorrentes de tratados internacionais (art. 5º, §2º), realçando que os direitos humanos são tema de legítimo interesse da comunidade internacional, transcendendo as fronteiras do Estado.

Também o quesito do processo de especificação do sujeito de direito está cumprido na Carta de 1988, já que foram incluídos capítulos dedicados, por exemplo, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso e aos índios. Assim, a alguns específicos sujeitos de direitos é deferido tratamento jurídico especial e diferenciado, atendidas suas particularidades.

Traçado o perfil constitucional do Estado brasileiro, bem como a concepção de cidadania consagrada pela Carta de 1988, necessário analisar a responsabilidade do Estado no processo de consolidação dos três elementos essenciais da cidadania: a indivisibilidade, a universalidade e o processo de especificação do sujeito de direito.

No que se refere à indivisibilidade, compete ao Estado proteger e defender os direitos civis e políticos, bem como implementar e realizar os direitos econômicos, sociais e culturais. Flavia Piovesan, após frisar que os direitos fundamentais – sejam civis e políticos, sejam sociais, econômicos e culturais – são acionáveis e demandam séria e responsável observância, assim se expressa:

A política deixa de ser concebida como um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado. Os domínios da política passam a sofrer limites, mas também imposições, por meio de um projeto material vinculativo, cuja concretização é confiada aos órgãos constitucionalmente previstos. Surge verdadeira configuração normativa da atividade política¹⁰.

¹⁰ PIOVESAN, Flávia. Op. cit. *Temas de direitos humanos*, p. 342.

Ainda no que tange à indivisibilidade, emerge da Constituição a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais. Assim, os direitos fundamentais possuem força vinculante, impondo aos poderes públicos constituídos, dentro do seu âmbito de atuação, a tarefa de realizar a função prospectiva, dinamizadora e transformadora desse princípio¹¹.

Em relação à universalidade dos direitos humanos, a responsabilidade do Estado consiste no desafio de garantir o exercício da cidadania sem discriminação. Consiste, também, na tarefa de conferir cumprimento às obrigações internacionais assumidas relativamente aos direitos humanos, decorrentes dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Tendo esses tratados recebidos, por parte do legislador constitucional, tratamento jurídico diferenciado, posto que recepcionados com *status* constitucional, cabe ao Estado conferir a eles rigorosa observância, já que vinculam juridicamente o Estado brasileiro.

Por fim, no que toca ao processo de especificação do sujeito de direito, a responsabilidade do Estado concentra-se na instituição de políticas públicas que introduzam tratamento diferenciado e especial a grupos sociais especialmente vulneráveis.

No caso brasileiro, podemos dizer que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, em face da sistemática de monitoramento internacional que proporciona e em face do extenso rol de direitos que assegura, veio a redefinir o próprio conceito de cidadania. Às garantias nacionais são adicionadas garantias de natureza internacional. Desse modo, a realização plena dos direitos da cidadania envolve o exercício efetivo e amplo dos direitos humanos, nacional e internacionalmente assegurados.

Assim, a Constituição de 1988 abre a perspectiva de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela estabelece, pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que toma possível concretizar as exigências de um Estado de justiça social cujo fundamento é a dignidade da pessoa humana.

Encerro este prefácio com manifestação de júbilo e agradecimento pelo convite, indicando ao leitor que a presente obra expande, por diferentes enfoques, as breves considerações que aqui

¹¹ Idem, p. 344.

externei. E tenho a certeza de que se tornará referência para os estudiosos dos Direitos Humanos.

Eloisa de Sousa Arruda¹²

¹² Professora nos cursos de Graduação e de Pós-graduação da PUC-SP. Doutora, Mestre e Graduada em Direito pela PUC-SP. Procuradora de Justiça aposentada. Foi Secretária Estadual da Justiça em São Paulo.

SUMÁRIO

A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO DO ACIDENTE DE TRABALHADO FACE À REFORMA TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIA	19
Heloísa Helena Silva Pancotti Luiz Gustavo Boiam Pancotti	
A INVENÇÃO EUROPEIZADA DOS DIREITOS HUMANOS EM RELAÇÃO AOS POVOS INDÍGENAS BRASILEIROS: reflexões culturais a partir de Joaquín Herrera Flores	39
Elisabeth Maria de Mendonça Silva Marília Rulli Stefanini	
A TEORIA DO SUPORTE FÁTICO APLICADA AO NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	59
Mário Lúcio Garcez Calil Robson Martins	
BUROCRACIA E A CULTURA DO “JEITINHO BRASILEIRO”	83
Elisabeth Maria de Mendonça Silva Marília Rulli Stefanini	
COLABORAÇÃO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS PARA A EFETIVAÇÃO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO	103
Aires David de Lima Manoel Gustavo Silva Santana Neto	
COMPLIANCE E PROCESSO PENAL: O MECANISMO DA INVESTIGAÇÃO INTERNA CORPORATIVA E OS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO	121
Lisandra Moreira Martins Pedro Henrique Hernandez Argentina	

CRIME DE ASSÉDIO: breves reflexões	139
Eva Maira Cogo da Silva Isael José Santana	
DIREITOS DA PERSONALIDADE: HERANCA DO EMBRIÃO IN VITRO NO BRASIL	155
Léia Comar RIVA Etiene Maria Bosco BREVIGLIERI	
MORADIA E DIGNIDADE HUMANA: atuação judicial nas grandes desocupações urbanas e o (des)compromisso como o “novo” direito de propriedade	175
Claudia Karina Ladeia Batista	
NOTAS SOBRE DIREITOS HUMANOS E CIVILIZAÇÃO EM GIORGIO AGAMBEN	199
Mário Lúcio Garcez Calil Erika Silvana Saquetti Martins	
NOTAS SOBRE A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE SOCIOAMBIENTAL: o direito à cidade sustentável e a concretização da dignidade da pessoa humana	213
Juliano Gil Alves Pereira	
O CRIMINAL COMPLIANCE APLICADO AO CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	229
Rodrigo Cogo Débora Garcia Santos Pedro Henrique Hernandez Argentina	
O PAPEL DA DITADURA MILITAR NA FALÊNCIA DA PANAIR DO BRASIL: Estado de exceção e Lawfare no Direito Empresarial	249
Rogério Nogueira Guimarães Carlos Augusto de Oliveira Diniz Alessandro Martins Prado	

**POBREZA E SELETIVIDADE PENAL: notas a partir da
criminologia crítica e dos direitos humanos**

Isael José Santana

Cledione Jacinto de Freitas

273

A EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO DO ACIDENTE DE TRABALHO FACE À REFORMA TRABALHISTA E PREVIDENCIÁRIA

Heloísa Helena Silva Pancotti¹

Luiz Gustavo Boiam Pancotti²

Introdução

Este trabalho possui o objetivo de demonstrar a ocorrência de acidente de trabalho frente às relações de emprego, especificamente com relação à precarização da proteção social diante das novas estruturas ocupacionais, inclusive em razão das regras da Lei 13.429/17 e a EC 103/19.

Na conclusão, demonstra-se a que a nova regulamentação da terceirização irá gerar mais encargos sociais, visto que a ocorrência de acidente de trabalho é superior quando se estabelece contrato direto de mão de obra.

1. Das transformações da estrutura ocupacional

É indiscutível que a chamada Revolução Tecnológica da Informação trouxe inúmeras transformações nas relações humanas a partir do final do século XX estendendo seus efeitos ao nosso século. Esta Revolução cujo berço é americano, mais precisamente oriunda do chamado Vale do Silício, modificou a vida cotidiana de toda a humanidade. Simultaneamente, pudemos sentir os efeitos da globalização, já que a tecnologia da informação derrubou as fronteiras

¹ Advogada, Consultora jurídica, Especialista em Direito Processual pela UNITOLEDO, Mestre em Direito pela Fundação Eurípedes Soares da Rocha de Marília – Univem/SP, Doutoranda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná- UENP.

² Advogado, Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP, Mestre em Direito Difusos e Coletivos pela UNIMES/SANTOS, Doutor em Direito Previdenciário pela PUC/SP; Pós Doutor pela Universidade Estadual do Norte do Paraná- UENP; Professor de Direito da Seguridade Social da UniToledo de Araçatuba e Professor Adjunto de Direito da Seguridade Social da UEMS – U.U. de Paranaíba/MS.

continentais tornando as distâncias menores e as barreiras lingüísticas cada vez menos impeditivas.

Do alinhamento destes fenômenos, surgiram as economias globais com características de se desenvolverem através de intrincadas redes de interação empresarial utilizando-se da mais alta tecnologia de produção.

CASTELLS (2016, p.119/120) afirma que *estamos testemunhando um ponto de descontinuidade histórica*. Isto porque as novas tecnologias informacionais se infiltraram em todos os aspectos da vida humana, sendo inevitável que se formem *conexões infinitas sobre diferentes domínios*. Um dos domínios seria a estrutura ocupacional e do emprego, que passa a sofrer alterações estruturais. Estas alterações gradualmente estão provocando a modificação de postos de trabalho de setores de produção de bens e serviços para sua prestação, o surgimento de profissões administrativas e especializadas, o fim do emprego rural e industrial como conhecemos e a aplicação cada vez mais intensa de tecnologias de informação no meio de trabalho.

Ocorre que, na contramão das alterações percebidas, ao invés de se pensar na adaptação da estrutura ocupacional e do emprego frente à nova realidade mediante o estudo e a especialização da mão de obra, um forte movimento capitaneado pelas grandes empresas transnacionais, pretende flexibilizar as modalidades de contratação de mão de obra em países em desenvolvimento a fim de aumentar seus próprios lucros, testando modelos falidos empregados nos anos 70/90, que não converteram em bons resultados.

Exemplo disso foi a promulgação da Lei 13.429/17 que trata da flexibilização decorrente do tele trabalho, bem como da terceirização da contratação de mão de obra da atividade fim e as modalidades propostas no Projeto de Lei 6.787 de 2.016 do Poder Executivo, compreendido no pacote do governo da chamada Reforma Trabalhista. Essa mudança acarreta impreterivelmente impactos na seara previdenciária, especialmente em relação aos benefícios acidentários, cuja emissão de CAT pode trazer prejuízos ao empregado.

A possibilidade da terceirização da atividade fim para suprir demanda temporária ou complementar de mão de obra, considerando-se para tanto *aquela oriunda de fatores imprevisíveis ou quando decorrente*

*de fatores imprevisíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal*³, aliada às novas modalidades de jornadas que se introduziu, converteu os já minguantes empregos na indústria em empregos de baixos salários, de jornada parcial, sem proteção social, precarizando as relações de emprego e seus conseqüências.

Outrossim, o conjunto das reformas protege sobremaneira o patrimônio dos tomadores de mão de obra, facilitando o esbulho dos direitos trabalhistas de todos os subcontratados.

2. A FRAGILIDADE DOS CONTRATOS TERCEIRIZADOS

Segundo dados fornecidos pelo Dieese⁴, no ano de 2.014 acerca das atividades terceirizadas em detrimento das contratadas, foram observadas diferenças impactantes em diversos aspectos da contratação da mão de obra.

A taxa de rotatividade é duas vezes maior nas terceirizadas sendo que 44,1% possuíam dois vínculos no ano, 85,9% da jornada dos terceirizados durava entre 41 e 44 horas semanais, com salários em média 23,4% menores e maiores taxas de afastamento em razão de acidentes de trabalho.

Nas contratações terceirizadas, à medida que se aumentava a faixa salarial, mais se notava a predominância masculina, restando às mulheres os menores salários.

Todas estas estatísticas são baseadas em informações constantes na RAIS, já que o Ministério da Previdência Social não disponibiliza para a consulta os dados dos benefícios acidentários (CNIS).

O cenário que se delineou evidenciava as desigualdades oriundas desta modalidade de subcontratação inclusive no aspecto tributário, que comprometia o equilíbrio atuarial fiscal e previdenciário, em razão da observância da preferência das empresas em optar pelo simples e supersimples com muito mais vantagens tributárias.

Por estas razões apontadas, temia-se que a promulgação de legislação autorizadora da terceirização das atividades fim pudesse agravar em demasia este cenário desanimador sob todos os aspectos

³ Artigo 2º, parágrafo 2º da Lei nº 13.429/2017.

⁴ Informações obtidas no sítio <http://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTec172Terceirizacao.pdf>, consulta realizada em 30/05/2017.

especialmente sob o ponto de vista dos direitos sociais conquistados a duras penas pela classe trabalhadora no Brasil.

Entretanto o que mais se temia, foi concretizado, pela promulgação da Lei 13.429/17 que versa sobre os contratos de trabalho temporário e a terceirização.

As projeções acerca da acentuação das desigualdades e da precariedade das proteções sociais são catastróficas sob vários aspectos.

2.1-As Alterações do Contrato Temporário

A nova legislação ampliou o conceito de trabalho temporário, tornando possível a modalidade de contratação para demandas complementares *oriundas de fatores imprevisíveis ou, quando decorrentes de fatores previsíveis, tenha natureza intermitente, periódica ou sazonal*⁵ e ampliou o prazo dos contratos de 90 para 180 dias com possibilidade de renovação para mais 90 dias, vedando a recontração do mesmo funcionário antes do cumprimento de um intervalo de 90 dias. Porém, findos os noventa dias, o empregado poderá ser recontraado, o que estimula a prática de “rodízios” de contratação temporária entre as empresas.

Em face disso percebe-se que se a carência para a percepção do primeiro seguro desemprego é de 16 meses, estamos admitindo a possibilidade de que uma classe de trabalhadores poderá ficar desempregada e sem proteção social toda vez que o contrato temporário chegar ao fim.

Logicamente, em razão das benesses para o setor empresarial que esta modalidade de contratação traz, já que torna a demissão menos onerosa para o empregador, atrelada à possibilidade da terceirização da atividade fim e porque não dizer a quarteirização, a previsão é de que as empresas optem por esta contratação gerando uma legião de trabalhadores desprotegidos que ficará a cargo do assistencialismo.

Com efeito, aqueles que tiverem dificuldades em se recolocar profissionalmente ficarão sob o manto do assistencialismo público,

⁵ Artigo 2º, parágrafo 2º da Lei 13.429/17.

cujas regras para a sua percepção também estão sendo alvo de revisão, aumentando cada vez mais a dificuldade para o seu acesso.

Como não existe no Brasil nenhum mecanismo de controle e fiscalização rígida neste setor, facilmente podem-se criar pessoas jurídicas, seja lá qual for o seu ramo de atividade, com a finalidade única e exclusiva de participarem em processos licitatórios, possibilitando a disputa por meio de valores contratuais abaixo do mercado, em suma: inexecutáveis. Este cenário faz com que empresas desapareçam na calada da noite, restando aos trabalhadores o desemprego repentino e uma conta de direitos trabalhistas impagáveis.

SUPIOT (2014, p. 133/134.) exemplifica muito bem estas estratégias capitalistas que geram prejuízos aos trabalhadores, pois extrapolam os limites da exploração aceitável da mão de obra, negando aos trabalhadores a contrapartida financeira ao esforço empenhado, pela dificuldade em se alcançar o patrimônio dos seus sócios.

As coisas complicam quando essa sociedade cria filiais ou passa ao controle financeiro de outra, se inscrevendo, assim, em um grupo de sociedades com contornos nebulosos e movediços. Elas tornam-se opacas quando a empresa se ramifica em vinculações contratuais de dependência, unindo sociedades sem conexões capitalistas, como, por exemplo, no caso de terceirização ou de concessão de exploração de títulos. Essa organização em redes tem como efeito uma diluição do pólo patronal da relação de trabalho, que se torna difícil, às vezes impossível de identificar.

...

No âmbito social, este fenômeno de inapreensibilidade do empregador não se exprime apenas nos meios marítimos, mas principalmente em todas as empresas com estrutura complexa, no centro das quais os detentores do capital, procuram, segundo a máxima de Milton Friedman, captar os lucros e fugir das responsabilidades.

Os cofres públicos doravante são também onerados, na medida que os recolhimentos tributários deixam de ser realizados, fazendo com que o INSS possua uma fantástica lista de devedores que estão no rol das empresas que mais lucraram ano após ano, como é o caso das instituições financeiras privadas, por exemplo.

Diante da ausência legislativa que permitisse regular a terceirização, o ativismo judicial do Tribunal Superior do Trabalho, por

meio da sua Súmula 331⁶, possibilitou a proteção do empregado em relação à inadimplência das verbas trabalhistas perante as empresas tomadoras de mão de obra.

Com fim protecionista, mediante uma decisão puramente política, o STF, por meio do RE 760.931 decidiu que inexistente qualquer tipo de responsabilidade por parte da Administração Pública, Direta, autárquica ou fundacional, quando este for tomador de mão de obra, in verbis:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, vencido, em parte, o Ministro Marco Aurélio, fixou a seguinte tese de repercussão geral: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93". Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 26.4.2017.

⁶ SUMULA 331 - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral

Esta decisão corrobora o entendimento antigo do STF quando ao proferir a decisão na ADC nº 16, declarou a constitucionalidade do artigo 71, § 1º da Lei 8.666/93, *in verbis*:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.

Corroborando este cenário desastroso, a disseminação da contratação de mão de obra terceirizada e temporária enfraquece o pleito por melhores condições, tornando cada vez mais assimétrica a relação entre a força de trabalho e o capital, conforme observa SUPIOT (2014, p.124).

É o que acontece hoje em dia: a liberdade de empreender foi emancipada dos quadros jurídicos nacionais, enquanto que a liberdade sindical e o direito de greve ficaram ali presos. Esse contexto não só desequilibra as relações entre sindicatos e grandes empresas, mas torna o direito à greve extremamente inoperante.

Desta forma, a nova estrutura ocupacional que se aproxima distancia cada vez mais a proteção social do trabalhador com flagrante retrocesso social.

2.2 A Maior Propensão a Acidentes de Trabalho

Segundo, DIEESE (2011, p. 15), existe na terceirização flagrante desproteção e fragilidade física do trabalhador no ambiente de trabalho:

Uma das repercussões mais contundentes da precarização do trabalho gerada pela terceirização é a elevada incidência de acidentes do trabalho graves e fatais entre trabalhadores terceirizados. Embora

encobertos das estatísticas oficiais do Ministério da Previdência Social, dados da fiscalização do trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego, divulgados em 2005 em um seminário sobre o tema, indicam que de cada dez acidentes de trabalho ocorridos no Brasil, oito são registrados em empresas terceirizadas e nos casos em que há morte, quatro entre cinco ocorrem em empresas prestadoras de serviço.

Estes dados são subestimados, haja vista a característica brasileira da recusa na emissão do CAT, causando notável subnotificação de casos que permitam ter uma noção realista das ocorrências acidentárias e dos resultados de óbitos relacionados a acidentes e doenças profissionais.

A extensão da modalidade de contratação à atividade fim, permite a terceirização da contratação para o trabalho rural onde a fiscalização das condições de trabalho é precária e os riscos do exercício da profissão são grandes, potencializando a ocorrência de infortúnios.

Assim, a nova legislação introduz no ordenamento jurídico uma inovação prejudicial aos trabalhadores, contrariando fundamentos do Estado Democrático de Direito, insculpidos no artigo 1º da Constituição Cidadã, qual seja: a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Legalizou-se a possibilidade de legiões de trabalhadores em situações degradantes e desprotegidas, amedrontados pelo fantasma do desemprego e da fome. A assimetria entre as partes envolvidas - tomador de mão de obra e empregado terceirizado - bem como os parâmetros trazidos pela lei ao exercício da atividade, não permitem que figure no meio ambiente do trabalho condições dignas ao trabalhador. Situação que promove injustiças previdenciárias relacionadas à aposentadoria especial e especificamente aos benefícios acidentários.

A discriminação se inicia ao diferenciar os direitos laborais do empregado terceirizado e do empregado regular, além da proteção previdenciária, que para o terceirizado se restringe aos benefícios acidentários, já que esta modalidade de contratação dificilmente permite que se verba recolhimentos suficientes para o cumprimento da carência necessária para a percepção dos demais benefícios previdenciários.

É, portanto, inadmissível que trabalhadores vinculados à mesma empresa, na mesma função possuam proteção social diferentes. SUPIOT (2014, p 105 e 115), aponta com muita propriedade a imprescindível necessidade de condições igualitárias aos trabalhadores, insculpida naquele texto, a que o autor se refere como o Espírito da Filadélfia;

O fim principal de qualquer política nacional e internacional é a realização do direito de todos os seres humanos de perseguir o seu progresso material e seu desenvolvimento espiritual na liberdade e na dignidade, na segurança econômica e com chances iguais.

....

Considerar isso pressuporia a elaboração de um novo tipo de normas combinando, de uma parte o reconhecimento de certo número de princípios diretores decorrentes da noção de trabalho decente, e, de outra parte, o engajamento contratual dos Estados em definir, com a ajuda das instituições financeiras internacionais, e negociando com as organizações representativas dos trabalhadores, as condições locais ou nacionais de sua aplicação.

Negar ao trabalhador a proteção social no ambiente de trabalho, submetendo-o a condições, diferenciadas em relação a seus pares é uma infração grave ao texto da Convenção 111 da OIT, que dispõe que *toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito **destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;***

3. A incapacidade laborativa e acidente de trabalho

A incapacidade laborativa é uma das contingências protegidas pelo atual Sistema de Seguridade Social em diversas modalidades, havendo previsão de benefícios para incapacidade temporária ou definitiva, parcial ou total, decorrente ou não de acidente de trabalho.

As prestações da previdência social resumem-se em serviços e benefícios, consistindo estes últimos em prestações pecuniárias pagas pela Previdência Social aos segurados ou aos seus dependentes, de forma a atender a cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; maternidade; salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; e pensão por morte do

segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.

A partir das contingências sociais acima mencionadas, a incapacidade laborativa seguem os seguintes benefícios:

a) Aposentadoria por Incapacidade Permanente: traduz a ideia de proteção contra a incapacidade para o exercício de qualquer atividade profissional, sem a possibilidade de recuperação ou reabilitação profissional para, no futuro, exercer uma atividade remunerada, decorrente de acidente de trabalho ou não.

b) Auxílio por Incapacidade Temporária: por incapacidade do segurado, parcial ou temporária, para o exercício do seu trabalho ou de sua atividade profissional habitual, mas não para o exercício de outras que estejam ao seu alcance, decorrente de acidente de trabalho ou não.

c) Auxílio-acidente: quando não mais existe a incapacidade para o trabalho, mas persistem sequelas decorrentes de acidentes de qualquer natureza ou de doença profissional, reduzindo a capacidade do segurado para o exercício da sua atividade habitual.

Nestas três espécies de benefícios por incapacidade, a sua origem pode ser decorrência de acidente de trabalho (acidentária) ou em decorrência de qualquer outro fator (previdenciária), sendo aquela dispensada a carência, nos termos do artigo 26, II da Lei 8.213/91, e nesta a carência de 12 contribuições mensais (art. 25 da Lei 8.213/91).

Cabe observar que não será devida a concessão de benefícios àqueles portadores de doença preexistente, isto é, ao segurado portador de patologia incapacitante antes do ingresso no RGPS (artigo 42, § 2º, da LBPS).

Porém, é possível que o segurado ingresse no RGPS já portador de doença e que receba benefício em decorrência da mesma, caso em que terá o ônus de comprovar o agravamento desta moléstia após a sua inscrição e a consequente incapacidade laborativa.

Desta forma, o que se proíbe é o pagamento de benefício por incapacidade ao segurado que ingressa no sistema em condição de incapacidade para o trabalho

As tabelas sistematicamente publicadas pela ANASPS, a concessão de benefícios tem aumentado a níveis preocupantes, ameaçando o equilíbrio atuarial do Sistema de Previdência Social.

Desta forma, o Governo Federal demonstrou preocupação constante em editar reformar e minirreformas que, além de dificultam

o acesso à cobertura previdenciária, diminui o valor do benefício, sem abrir espaço para o diálogo e a discussão de soluções alternativas para o enfrentamento da crise que se instala. Ao mesmo tempo em altera unilateralmente as regras garantidoras do bem-estar social, desonera em impostos setores da indústria, aumentando a carga sobre os contribuintes que deveria proteger.

3.2 Acidente de trabalho e a natureza do seu risco

Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho (art. 19 da Lei 8.213/91).

Considera-se acidente do trabalho as seguintes entidades mórbidas (art. 20 da Lei 8.213/91), a saber:

I. doença profissional (ocupacional): assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar - acontece em decorrência a contínua exposição do trabalhador aos chamados agentes de risco, que podem ser: físicos, químicos e outros. EX: perda auditiva pelo ruído; intoxicação de chumbo (montador de bateria); pulmão de pedra ao aspirar o ar impuro em minas

II. doença do trabalho: assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I. É acometido pela doença devido a um fator particular que se relaciona com a função, mas não é uma regra. Ex: LER/DORT

Por força da Lei 8.213/91, equiparam-se também ao acidente do trabalho:

a-) Concausa: o acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação;

b-) O acidente sofrido pelo segurado no local e no horário do trabalho, em conseqüência de ato de agressão praticado por terceiro ou companheiro de trabalho; ofensa física intencional, inclusive de

terceiro, por motivo de disputa relacionada ao trabalho; ato de imprudência, de negligência ou de imperícia de terceiro ou de companheiro de trabalho;

c-) A doença proveniente de contaminação acidental do empregado no exercício de sua atividade;

d-) O acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho: na execução de ordem ou na realização de serviço sob a autoridade da empresa; na prestação espontânea de qualquer serviço à empresa para lhe evitar prejuízo ou proporcionar proveito; em viagem a serviço da empresa, inclusive para estudo quando financiada por esta dentro de seus planos para melhor capacitação da mão-de-obra, independentemente do meio de locomoção utilizado, inclusive veículo de propriedade do segurado; no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado (mais conhecido como acidente de trajeto ou *in itinere*).

Assim, resumidamente, observa-se que a definição de acidente de trabalho pauta-se pela natureza da prestação de serviço, local em que este ocorre, ainda que praticado por ato de terceiro.

Portanto, o **risco** em relação à questão acidentária remete-nos para probabilidades ou possibilidades sobre a ocorrência de eventos futuros, surgindo também associado a uma certa **contingência** decorrente das diversas dinâmicas do mundo social. Para NIKLAS LUHMANN (2006, p. 45), um ator sabe das consequências do seu agir e procede na consciência tanto do possível sucesso da sua ação como de possíveis danos. Isto é, a vida em sociedade, em face da existência das incertezas futuras, faz de cada um a exigência de adotar certos comportamentos e tomar certas decisões, sendo que algumas decisões humanas podem envolver consequências, isto é, desastres, catástrofes, danos. O risco significa a ideia da controlabilidade dos efeitos colaterais e dos perigos produzidos pelas decisões, onde o conhecimento serve para transformar os riscos imprevisíveis em riscos calculáveis.

Desta forma, verifica-se a adoção da responsabilidade pelos riscos no Acidente do Trabalho por meio de duas indenizações cumuláveis: a com base no **Risco Integral** decorrente do seguro social exigida perante o INSS; e a com base no **Risco Social** exigida pelo empregador (Art. 7º, XXVIII da CF/88 c.c. art. 121 da Lei 8.213/91 c.c. p.ú. art. 927 do NCC).

Denomina-se como **risco social** o dever de indenizar tem lugar sempre que o fato prejudicial é uma decorrência da atividade ou profissão do lesado. Foi ela desenvolvida especificamente para justificar a reparação dos acidentes ocorridos com os empregados no trabalho ou por ocasião dele, independentemente de culpa do empregador. O **risco social**, portanto, é o aprofundamento doutrinário do risco profissional, onde se enfrenta de forma específica o acidente do trabalho como risco social, pondo em voga o princípio da solidariedade social em razão da tutela do valor social do trabalho.

A teoria do **risco integral** é uma modalidade extremada da doutrina do risco destinada a justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência de nexos causal. Mesmo na responsabilidade objetiva, embora dispensável o elemento culpa, a relação de causalidade é indispensável. Pela teoria do **risco integral**, todavia, o dever de indenizar se faz presente tão-só em face do dano, ainda nos casos de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito ou força maior.

3.3 Responsabilidade decorrente do Acidente de Trabalho

Como foi observado antes, o acidente de trabalho gera duas indenizações cumuláveis, uma exigida perante o INSS, por meio da concessão de benefícios por incapacidade de natureza acidentária, e outra responsabilidade, de natureza (extra)contratual, perante o empregador, nos termos do permissivo constitucional⁷.

Isto porque a proteção previdenciária não é plena, ou seja, não é apta a ressarcir o trabalhador de todos os prejuízos sofridos, reparando-o de forma integral reconstituindo ao seu *status quo ante*. Razão pela qual, permite-se ao empregado pleitear a indenização por danos materiais (lucros cessantes e danos emergentes), bem como o dano moral.

São excludentes de responsabilidade as doenças degenerativas, a inerente ao grupo etário, àquela que não produza a incapacidade laborativa e a doença endêmica (art. 20, § 1º, alíneas da Lei 8.213/91).

Preliminarmente é necessário desde já deixar claro que a Lei 13.429/17 não estabeleceu regra alguma sobre a responsabilidade do

⁷ Art. 7º - (...) XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, **sem excluir a indenização a que este está obrigado**, quando incorrer em dolo ou culpa.

tomador do serviço ou da empresa terceirizada decorrente de acidente de trabalho. Assim, ficará a cargo da doutrina e da jurisprudência essa incumbência.

3.3.1 – Responsabilidade perante o Seguro Social

A caracterização do infortúnio sempre ficará na dependência da existência do nexo de causalidade entre a incapacidade laborativa ou doença e a atividade que este desempenha na empresa, dentro da aplicação da técnica da causalidade adequada. Como adota-se neste trabalho a **Teoria do Risco Integral** na proteção previdenciária, não há necessidade da existência do dolo ou culpa do empregador para que o segurado receba o benefício acidentário do INSS (aposentadoria por invalidez, auxílios doença ou acidente), permitindo-se até em admitir a culpa exclusiva da vítima, ou ato de terceiro.

Para tanto, a fim de que o segurado possa usufruir da proteção previdenciária decorrente do acidente do trabalho ou da doença, o legislador atribuiu ao empregador/empresa a responsabilidade de comunicar o acontecimento decorrente do acidente de trabalho, ou a doença, fazendo com que o segurado fique dispensado de ter que tomar a iniciativa para pleitear o benefício da qual tem direito.

O CAT (Comunicação de Acidente de Trabalho), nos termos do artigo 22 da Lei 8.213/91, é de responsabilidade da empresa que deverá comunicar o acidente do trabalho à Previdência Social até o primeiro dia útil seguinte ao da ocorrência e, em caso de morte, de imediato, à autoridade competente, sob pena de multa variável entre o limite mínimo e o limite máximo do salário de contribuição, sucessivamente aumentada nas reincidências, aplicada e cobrada pela Previdência Social, por meio de formulário próprio.

Em se tratando de terceirização, a dúvida que surge é: qual empresa? A terceirizada ou a tomadora? Ou ambas? O contrato entre ambas poderá distribuir estes ônus?

O artigo 12, § 2º da Lei 6.019/74 estabelece expressamente que a empresa tomadora ou a empresa cliente é obrigada a comunicar à empresa de trabalho temporário a ocorrência de todo acidente cuja vítima seja um assalariado posto à sua disposição, considerando-se local de trabalho, para efeito da legislação específica, tanto aquele

onde se efetua a prestação do trabalho, quanto a sede da empresa de trabalho temporário.

Assim, a lei limita-se a dizer que a tomadora tem a responsabilidade de informar à empresa de trabalho temporário a ocorrência de acidente de seus funcionários posto à sua disposição. Porém, com relação à emissão do CAT perante a Previdência Social, a legislação é omissa.

Ao nosso ver, a responsabilidade da emissão da CAT deverá ser feita pela empresa tomadora de serviço e, na falta dela, por parte da empresa trabalho temporário, à exemplo do que acontece com o trabalho avulso.

A omissão do empregador ao emitir a CAT, podem formalizá-la o próprio acidentado, seus dependentes, a entidade sindical competente, o médico que o assistiu ou qualquer autoridade pública, não prevalecendo nestes casos o prazo previsto neste artigo. Porém, a realização desta comunicação não exime a empresa ao pagamento da multa prevista no caput do artigo 22 da Lei 8.213/91.

Eis que novamente paira a dúvida: em se tratando de terceirização, quem deve pagar esta multa? Como a responsabilidade solidária não se presume, deverá estar expressamente prevista em lei, ou por convenção entre as partes, acredita-se que deverá ser a carga da empresa de contrato temporário, sem prejuízo de ação regressiva em face da tomadora de serviço que se omitiu ao procedimento, nos termos do artigo 930 do Código Civil.

Ademais, a falta da emissão da CAT não é fato impeditivo para o reconhecimento da natureza acidentária da incapacidade, desde que apurada por meio da Perícia Médica Previdenciária.

Por fim, vale registrar que a competência para apreciar e julgar as ações de concessão de benefícios acidentários perante o INSS é da Justiça Comum Estadual, por força da interpretação *contrarii sensu* do artigo 109, inciso I da Constituição Federal.

3.3.1 Responsabilidade perante a Empresa

Trata-se da responsabilidade do empregador perante o empregado sobre os prejuízos experimentados decorrentes de acidente de trabalho. Muito se discute na doutrina e na jurisprudência sobre a natureza desta responsabilidade, se subjetiva ou objetiva.

Para alguns, como a fonte da relação jurídica entre o tomador de serviço e o trabalhador decorre de um contrato de trabalho, tem-se defendido que a responsabilidade do empregador tem como fundamento a teoria da culpa contratual, ou seja, subjetiva, onde se deve comprovar a ocorrência da culpa *lato sensu*. Isto sem prejuízo do postulado constitucional que expressamente aponta a indenização a que este está obrigado (empregador), quando incorrer em dolo ou culpa.

Por outro lado, em contraponto a esta corrente doutrinária, a responsabilidade civil objetiva do empregador em relação à acidente de trabalho nos termos da Teoria do Risco, a despeito do disposto no artigo 927, parágrafo único do Código Civil. Isto porque, com base nesta corrente, a objetivação desta responsabilidade decorre nas hipóteses em que a atividade é desempenhada, em razão de sua natureza.

O Enunciado 377, aprovado na IV Jornada de Direito Civil prescreve que "*O art. 7.º, XXVIII, da Constituição Federal não é impedimento para a aplicação do disposto no art. 927, parágrafo único, do Código Civil quando se tratar de atividade de risco*".

Assim, o motorista de cargas perigosas ou de valores, segurança/vigilante armado, vaqueiro, capataz na pecuária, que seja vitimado por acidente de trabalho, por exercer atividades tidas pela lei trabalhistas como perigosas, insalubres ou até mesmo de alto risco de vida, aplicar-se-á a responsabilidade objetiva.

No que se refere ao critério de indenização, os **danos patrimoniais ou materiais** se dão pelos prejuízos ou perdas que atingem o patrimônio corpóreo de alguém. Eles se subdividem em:

a-) **danos emergentes ou positivos**: onde são aqueles que efetivamente se perdeu, como por exemplo na lesão corporal (art. 949 do CC) onde o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido. No caso de homicídio (art. 948 do CC) deverá ser reembolsado pelo pagamento de despesas com o tratamento do morto, funeral, luto da família

b-) **Lucros cessantes ou danos negativos**: são aqueles que se deixou de receber ou lucrar. No caso de lesão corporal os lucros cessantes corresponderão à medida da redução da capacidade laborativa até ao fim da convalescença ou completar a idade de 73 anos (média do IBGE) se esta não for possível. O quantum indenizatório será apurado por meio da tabela de Seguros de Vida da

SUSEP, que através de alíquotas apontam os valores a serem recebidos. No caso do homicídio com a prestação de alimentos indenizatórios ou ressarcitórios devidos à família. Neste caso é devida indenização a título de lucros cessantes aos dependentes do falecido, levando-se em conta a vida provável daquele que faleceu, com base nas seguintes verbas: Arrimo de família: 2/3 do salário da família por mês + FGTS + 13° + Férias, até o limite de vida (73 anos de acordo com a média do IBGE). Em caso dos dependentes serem beneficiados pela indenização, o limite temporal será de até 25 anos do herdeiro mais novo. Em caso de filho menor que trabalhava: lucros cessantes até os 25 anos de idade no percentual de 2/3, após cai pela metade até os 70 anos. Lembrando que os lucros cessantes poderão ser exigidos de uma só vez sendo um direito potestativo do credor nos termos do artigo 950, p.u. do NCC.

Os **danos morais** também são devidos ao empregado ou a sua família, constituindo dano *in re ipsa*, onde o abalo emocional e o sofrimento são presumidos, cuja prova de sua ocorrência é dispensada.

Porém, a questão final em matéria de terceirização é: quem deve indenizar? O tomador de serviços? A empresa de contrato temporário? Ambas? Solidária ou subsidiariamente?

O *caput* do artigo 942 determina a responsabilidade solidária de todos aqueles que concorrem para o ato ilícito que causa danos à vítima, sendo que esta responsabilidade solidária abrange todas as pessoas designadas no artigo 932, inclusive o empregador ou comitente em relação ao seu preposto. A legislação consolidada já regulava esse tema, via artigo 455 da CLT.

Quando o empresário transfere a terceiros a execução de parte da sua atividade, deve atuar com bastante diligência, escolhendo criteriosamente empresas que tenham capacidade técnica, econômica e financeira para arcar com os riscos do empreendimento, sob pena de ficar caracterizada a culpa “in contraendo” ou culpa “in eligendo”. Deve também, fiscalizar com rigor o cumprimento do contrato de prestação de serviços e a observância dos direitos trabalhistas dos empregados da contratada, especialmente o cumprimento das normas de segurança, higiene e saúde dos trabalhadores, para não ver caracterizada, por sua omissão, a culpa “in vigilando”. (OLIVEIRA. 2008, p. 398)

Finaliza Sebastião Geraldo de Oliveira, a respeito da terceirização, que *“essa prática empresarial não pode servir de desvio improvisado ou artifício engenhoso para reduzir ou suprimir direitos dos trabalhadores, sobretudo daqueles que foram vítimas de acidentes do trabalho ou doenças profissionais”* (2008; 399).

A jurisprudência dos tribunais em geral, acolhe a tese de responsabilidade solidária entre a tomadora e a terceirizada (empregadora direta do obreiro). A 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, aprovou o Enunciado 44 que diz o seguinte:

44. Responsabilidade Civil. Acidente Do Trabalho. Terceirização. Solidariedade. “Em caso de terceirização de serviços, o tomador e o prestador respondem solidariamente pelos danos causados à saúde dos trabalhadores. Inteligência dos artigos 932, III, 933 e 942, parágrafo único, do Código Civil e da Norma Regulamentadora 4 (Portaria 3.214/77 do Ministério do Trabalho e Emprego)”.

Portanto, a responsabilidade entre tomadora e terceirizada, nos casos de acidente de trabalho, deve ser tratada sob a ótica do Direito Civil e, por conseguinte, reconhecendo a solidariedade entre as empresas.

Na Lei 13.429, sancionada pelo presidente da República, não há qualquer dispositivo expresso que traga a responsabilidade solidária ou subsidiária da tomadora em casos de responsabilidade civil por acidente de trabalho.

A lei, que conta com três artigos, altera dispositivos da Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências (artigo 1º); e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros (artigo 2º).

A Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04 (Súmula Vinculante 22).

Conclusão

A terceirização cria uma precarização das condições de trabalho – salários, meio ambiente, a discriminação – fazendo surgir uma subclasse de empregados: os terceirizados.

Com efeito, constata-se uma desigualdade econômica e de condições de trabalho trabalhadores contratados diretamente, com igual ou melhor capacitação técnica fazem serviços e ocupam funções idênticas ou semelhantes ao terceirizados – mas em condições mais desfavoráveis.

Isto gera uma quase total ausência de qualificação e requalificação profissional, com maior rotatividade nos empregos, gerando prejuízo de representação sindical dos trabalhadores, o que dificulta o diálogo ou negociação com as empresas.

Enfim, a terceirização da mão de obra, seja por atividade fim ou meio, potencializa a ocorrência dos acidentes de trabalhos.

Isto se dá pelo fato do tratamento diferenciado que as tomadoras de serviço adotam em relação a seus funcionários e comparação aos funcionários da empresa contratada. É praxe eu as tomadoras de serviço estipulem no contrato de terceirização a responsabilidade do fornecimento dos EPI's aos funcionários temporários pela contratada. Este tratamento desarmônico no mesmo ambiente de trabalho possibilita a ocorrência de acidentes e criação de situações geram prejuízos sociais.

Com isso, haverá um aumento substancial de concessão de benefícios de natureza acidentária criando maior encargos tributários aos contribuintes e às folhas de salário.

REFERÊNCIAS

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2016.

DIEESE, CUT Nacional, Secretaria das Relações de Trabalho/CT. Secretaria da Saúde do Trabalhador. **Terceirização e Desenvolvimento, uma conta que não fecha**. São Paulo: DIEESE/CUT 2011.

GENEBRA, OIT. **Convenção 111 de 15.06.1960**, disponível para consulta no sítio <http://www.oitbrasil.org.br/node/472> , pesquisado em 23/09/2022.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Universidad Iberoamericana/Colección Teoría Social. Traducción Silvia Pappé, Brunhilde Erker y Luís Felipe Segura. Coordinador de Traducción: Javier Torres Nafarrete. 3ª Edición en Español. México D.F. 2006.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Indenização por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional**. 4ª Ed., Editora LTr, 2008.

SUPIOT, Alain. **O Espírito da Filadélfia. A justiça social diante do mercado total**. Porto Alegre: Sulina, 2014.

A INVENÇÃO EUROPEIZADA DOS DIREITOS HUMANOS EM RELAÇÃO AOS POVOS INDÍGENAS BRASILEIROS: reflexões culturais a partir de Joaquín Herrera Flores

Elisabeth Maria de Mendonça Silva¹

Marília Rulli Stefanini²

INTRODUÇÃO

Este capítulo de livro consubstancia-se em um instrumento destinado a reflexões a despeito da necessidade de reconstrução dos Direitos Humanos em relação aos povos indígenas brasileiros, já que o “modelo” adotado desde a origem edifica-se em certa padronização da cultura e direito eurocentrista, o que, por conseguinte, torna inefetiva a ideia de Direitos Humanos para todos os humanos.

Ademais, ao analisar os contextos dos direitos indigenistas, tem-se que, desde sempre, há manifesta ideologia integracionista dos diferentes em contexto social e normativo brasileiro, posto que a cronologia legalista/social brasileira se encontra permeada pelo etnocentrismo cultural, o que, por seu turno, torna translúcido o choque entre o metaprincípio Constitucional intitulado de respeito à Dignidade Humana e a práxis.

Assim sendo, em dado agrupamento humano, a cultura tende a alcançar a coletividade por meio da demonstração de armazenamento daquilo que é considerado benéfico socialmente, e do que foi mantido

¹ Doutora em Direito no Programa de Doutorado da PUC/SP. Mestre em Direito no Programa de Mestrado da Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha” (UNIVEM). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UNAES (Campo Grande). Graduação em Direito na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Docente efetiva do curso de graduação em Direito da UEMS – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. (elizabethpba@uems.br)

² Doutora em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito no Programa de Mestrado da Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha” (UNIVEM). Graduação em Direito na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Docente colaboradora na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba, bem como nas Faculdades Integradas de Paranaíba-FIPAR. (mariliastefanini@yahoo.com.br)

para resguardar e regular as interações culturais posteriores. Portanto, embora cada cultura possua traços exclusivos e distintivos das demais, tais como a historicidade, causalidades, linguagens, símbolos, signos, significados, crenças, valores, integrações etc., observamos sua universalização na sociedade sob a vertente de que integrantes de outras culturas poderão estudá-las, mas não praticá-las.

Nesses moldes, a proposta de sustentação deste texto calca-se na arguição de que o processo de “produção” dos Direitos Humanos considerou tão somente a visão europeia, em que o “outro” (indígena brasileiro) fora “esquecido” propositalmente para a fortificação da colonização a partir de um modelo político neoliberal.

Em que pese, no decorrer das análises culturais apresentadas, notamos que as medidas adotadas pelos entes estatais de forma tradicional para constituir, decodificar e implementar a atuação das lideranças quanto ao Direito não se atentam à compulsoriedade de participação dos coletivos indígenas na tomada de decisão naquilo que é inerente aos seus modos de existir, perpetuando, com isso, a política colonialista tendente a não os considerar no universo democrático.

É preciso compreender a retórica dos Direitos Humanos sob o aspecto de uma reconstrução, ao passo que se deva rejeitar o universalismo atemporal como vertente do absolutismo cultural, bem como rechaçar o relativismo absoluto a partir do viés da descoesão democrática cultural. Desta feita, o debate a partir do universalismo e relativismo precisa ser substituído por um diálogo multicultural a fim de conciliar as diversas acepções sobre dignidades humanas.

Com o objetivo de fundamentar as análises propostas por este capítulo, trouxemos à baila uma possível hipótese de reconstrução dos Direitos Humanos quanto aos povos indígenas brasileiros, problematizando a teoria crítica dos Direitos Humanos entabulada por Joaquín Herrera Flores, sendo que, para tanto, utilizamo-nos de pesquisas de cunho qualitativo, descritivo, bem como revisão de literatura e documentos normatizados. Quanto aos métodos empregados, informamos que são: dedutivo quanto às pesquisas teóricas; e histórico, considerando a ausência de historicismo para a criação dos direitos aqui analisados.

1. Breves notas a respeito do “direito a ter direitos”

Antes de andetrarmos à seara propriamente dita da reconstrução dos Direitos Humanos é preciso ponderar sobre o que se compreende por nacionalidade. Assim sendo, o verbete nação é concebido como: “Nação – agrupamento humano, em geral numeroso, cujos membros fixados num território, são ligados por históricos culturais, econômicos e linguísticos, povo ou tribo indígena.” (SARLET, 2001, p. 337).

Deste modo, sabe-se que essa terminologia e seus significados sempre se encontraram ligados à noção do plural, ou seja, um grupo de pessoas; contudo, na atualidade ainda é permeada por conflitos e incertezas. A par disso, Albuquerque Mello discorre que:

A nacionalidade, em sentido jurídico [...] o preponderante não é a figura da nação, mas a do Estado (que pode abranger diversas nações). O indivíduo que tem uma nacionalidade, significa que ele tem a “qualidade de membro de um Estado (Ilmar Penna Marinho). A definição de nacionalidade, no segundo sentido analisado, é a de “vínculo jurídico – político que une o individualismo ao Estado”.

[...] Para o Direito Internacional este instituto é da maior importância uma vez que a nacionalidade fez com que determinadas normas internacionais sejam ou não aplicadas ao indivíduo. [...] Para o direito interno só o nacional: a) tem direitos políticos e acesso às funções públicas; b) tem obrigação de prestar o serviço militar; c) tem plenitude de dos direitos privados e profissionais; d) não pode ser expulso ou extraditado. (MELLO, 1992, pp. 669 e segs.).

Nos moldes do acima mencionado, tem-se que a ideia de nacionalidade não considera o sujeito exclusivamente, mas a concepção do Estado, podendo, inclusive, um mesmo Estado comportar diversas nações, na acepção jurídica do termo. Isso posto, a nacionalidade tem relação umbilical com a “qualidade de membros de um Estado”, capaz de interligar sujeitos em uma mesma relação estatal.

De acordo com o autor supracitado, a nacionalidade perfaz-se como um elo de identificação em plano internacional, posto que estabeleça limites quanto à aplicação de normas ditas alienígenas; noutro giro, em plano interno/nacional, denota a característica de o indivíduo possuir direitos políticos e promoção às políticas públicas; dever no que diz respeito ao serviço militar; a assunção de direitos individuais de cunho privado e justabalhistas; bem como, a

impossibilidade de expulsão e extradição, já que, por exemplo, de acordo com a Constituição brasileira de 1988, os seus nacionais, natos ou naturalizados, regra geral, não poderão ser expulsos ou extraditados (BRASIL, 1988, Art. 5º, inciso LI).

Imperioso destacar que, para Celso Lafer (1988, p. 166), o primeiro e principal direito de todo indivíduo é o direito a possuir direitos, encontrando-se essa construção relacionada à concepção de cidadania, e não necessariamente à nacionalidade, donde as relações estatais possuem uma delimitação geográfica fixada por/para conveniência coletiva.

Destarte, a noção de cidadania, por meio do totalitarismo, é cravada na ideologia de que o direito a ter direitos é o mantra humano universal, que apenas se consubstancia por meio do reconhecimento da cidadania.

Traz-se à baila um trecho da obra “O Sistema Totalitário”, em que Hannah Arendt destacou:

Com o aparecimento das minorias na Europa Oriental e do Sul, e com a incursão dos povos sem Estado na Europa Central e Ocidental, um elemento de desintegração completamente novo foi introduzido na Europa pós-guerra. A desnacionalização tornou-se uma poderosa arma de política totalitária, e a incapacidade de constitucional dos Estados – nações europeias de proteger os direitos humanos dos que haviam perdido os seus direitos nacionais permitiu aos governos opressores impor a sua escala de valores até mesmo sobre os países oponentes. Aqueles a quem haviam escolhido como refugio da terra – judeus, trotskistas, etc. – eram realmente recebidos como o refugio em toda parte; aqueles a quem a perseguição havia chamado indesejáveis tornavam-se de facto os indesejáveis da Europa. (ARENDE, 1978, pp. 349, 355, 375, 385-387).

Assim sendo, questiona-se: seriam os povos indígenas os indesejáveis do Brasil? Para responder a este questionamento é primoroso observar que a Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão (1791) considerou um indivíduo abstrato, inexistente em qualquer lugar do mundo, assim como não se estendeu aos povos “atrasados”, ou seja, àqueles que ainda não tinham conquistado a válvula motriz da soberania, já que desde sempre foram oprimidos pelos exploradores totalitários.

Ademais, negou-se aos povos indígenas brasileiros o “direito a ter direitos”, que deveria ser extensivo a todos os cidadãos e cidadãs e não apenas a pessoas não indígenas, uma vez que foram “devolvidos” em razão das suas diferenças quanto à “civilização” soberana, restando-lhes a ausência de cidadania e a sua cultura ignorada. Esses signos e significados orientaram, desde sempre, uma atuação estatal e social geral, brasileira pautada na exclusão, dividindo os seus povos entre “sociedade brasileira” e de outra banda os incontáveis povos indígenas.

Na comprovação dessas arguições, é preciso considerar o inconformismo quanto à dogmática normativista brasileira, vez que mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988, conhecida como “Constituição Cidadã”, os direitos indigenistas nela dispostos, tal como, por exemplo, o direito à autodeterminação cultural; direito à demarcação de terras; e, exercício dos modos de vida, ainda são diuturnamente violados em nome dos interesses estatais liberais.

A fim de reafirmar o exposto, tem-se que:

No tema que nos toca, a discriminação contra as comunidades indígenas (repetição permanente) é muito mais perene e eficaz do que o conjunto de direitos e garantias juridicamente assegurados, nacional e internacionalmente (inovação constante), tendo por base a ideia de superioridade cultural (fundamento da discriminação) e a satisfação de necessidades produtivas, superioridade cultural que ganha similaridade e contiguidade discursiva no contexto justificatório da discriminação. (OLIVEIRA, 2013, p. 58)

Assim sendo, considera-se que na origem da “modernidade”, ou seja, durante o período de aproximação entre europeus e indígenas por meio das práticas marítimas expansionistas, edificou-se o pensamento de que os povos indígenas deveriam ser escravizados em razão de sua “selvageria”.

Em decorrência disso, na primeira modernidade, as ideologias políticas pautadas no exercício do poder fizeram com que se perpetuasse a discriminação a partir do cunho teleológico, por meio dos fundamentos de incapacidade jurídica dos povos indígenas, já que compunham uma “raça transitória e em extinção”.

E, por último, a noção das diferenças a partir da Segunda Guerra mundial reverberaram em uma afirmação em plano mundial sobre a

plena capacidade indígena, ao menos em cunho formal. Entretanto, se não se fala mais em incapacidade, quais seriam os fundamentos para a falência, desde sempre, dos Direitos Humanos em relação aos povos indígenas brasileiros?

A resposta a essa indagação é permeada por incontáveis fatores, desde a sua concepção histórico-social-normativa como sujeitos desprovidos de cidadania, até mesmo os traços fortificados pelo preconceito, o que conduz à ideia sustentada por Pierre Claster de “sociedades com estado e sociedades sem estado” (CLASTER, 2003, pp. 207 e segs.).

Essa diferença é notada quando se revisita o passado, já que o Brasil constituiu-se a partir de um sistema de ideias calcado na repulsa às diferenças, focado em modelos de organização e comportamentos, sendo que os diferentes deveriam ser assimilados pelos elitistas em uma busca incessante pela manutenção do poder em um modelo sistêmico, no qual se busca a cessação das irritações sociais pela conservação da homeostase.

Se não bastasse, os povos indígenas brasileiros, e não somente eles, apresentam-se como a materialização da discriminação estatal e social, posto que o Estado estrutura-se, materialmente, em posturas de desconsideração às diferenças por meio da indiferença, mesmo que existam parcas normas reconhecendo-os como sujeitos de direitos. A práxis deixa translúcida a máxima de que as posturas pautam-se na negativa, como dito alhures, do “direito a ter direitos”.

Assim, entre rupturas e persistências, entre repetição permanente e inovação constante, repete-se aos longos desses quinhentos anos, o mesmo comportamento de discriminação, de eliminação, de políticas assimilatórias, que tendem no fim ao cabo, a eliminar a diferença. (OLIVEIRA, 2013, p.61).

Deste modo, considerando que as posturas estatais apoiadas, sobremaneira, pela sociedade não indígena são, e sempre foram, edificadas em uma (im)política com viés discriminatório, o que, por seu turno, perpetua uma construção ocidental hegemônica dos Direitos Humanos, e, por conseguinte, é pungente falarmos em reinvenção desses direitos com o objetivo de resguardar aos povos indígenas brasileiros o “direito a ter direitos”.

2. A reinvenção dos direitos humanos: uma abordagem baseada em Joaquín Herrera Flores

Preliminarmente, cumpre destacar que a análise da reconstrução dos Direitos Humanos, especialmente quanto aos povos indígenas brasileiros, neste ensaio, possui como base bibliográfica a obra de Joaquín Herrera Flores intitulada de “A (re)invenção dos Direitos Humanos” (2009), publicada em terras brasileiras pela Fundação Boiteaux.

Frisa-se, ainda, que nosso objetivo não se pauta no esgotamento e resumo da obra, mas em reflexões de teses emprestadas por Flores (2009) para fundamentar o propósito acadêmico, qual seja, a produção de ponderações críticas sobre a necessidade latente de uma nova perspectiva sobre tais direitos em relação aos povos indígenas brasileiros.

Deste modo, Flores (2009) teceu sua teoria crítica sobre a compreensão dos Direitos Humanos, possuindo suas bases literárias na pedagogia de Paulo Freire no sentido da libertação dos sujeitos. Assim sendo, para o autor, as concepções de mundo não são triviais e estáticas, o que culmina com uma visão do direito não como é, mas como está sendo.

Ademais, os Direitos Humanos demandam análises acuradas e complexas, já que possuem relação intimista com ideologias e culturas que ecoam nos modos de ser e estar das múltiplas existências humanas. Constatou o autor que a visão de que as normas pautam-se em construções abstratas não afasta sua “missão” tecnicista e instrumentalista, contudo, deixa notório o aspecto de que essa normatividade é composta pela construção histórica e pelos significados dados pelos sujeitos.

Uma das pautas do autor refere-se à questão de que, mesmo no século XXI, ainda se observam muitas violações e não efetividades dos Direitos Humanos, o que pode ser explicado pelo contexto histórico e político de suas formulações, qual seja, especialmente, a Guerra Fria. Contudo, faz ponderações que nos levam a refletir acerca dos tempos “modernos”, no sentido de o leitor perceber que atualmente vive-se em um neoliberalismo permeado pela globalização, donde potências econômicas controlam o mercado financeiro, tal como o FMI, OMC e o Banco Mundial.

A par disso, no capítulo da obra intitulado de “*De qué hablamos cuando hablamos de derechos humanos: los derechos humanos como processos*”, enfatiza os fundamentos de tais normas, a partir de um subtópico destinado à compreensão do “por quê”, “o que” e o “para quê”.

Primer plano – El “qué” de los derechos

[...]

Por tanto, nosotros no comenzamos por "los derechos", sino por los "bienes" exigibles para vivir con dignidad: expresión, confesión religiosa, educación, vivienda, trabajo, medio ambiente, ciudadanía, alimentación sana, tiempo para el ocio y la formación, patrimonio histórico-artístico... Fijemonos bien, estamos ante bienes que satisfacen necesidades y no de un modo "a priori" ante derechos. Los derechos vendrán después de las luchas por el acceso a los bienes. Unas veces esas luchas podrán apoyarse en sistemas de garantías ya formalizados (y ahí la lucha jurídica se une a la lucha social de un modo importante: www.agirdroit.org/fr/presentejuristes.php); pero otras veces, las luchas no podrán apoyarse en alguna norma y situarse en planos de ilegalidad (vease el caso de las prácticas sociales por acoger, proteger y promover las migraciones en el contexto europeo: Las normas jurídicas resultantes nos servirán para garantizar, como decimos, de un modo no neutral un determinado acceso a dichos bienes. De ahí su importancia. Pero, de ahí también, su carácter instrumental y su apego a los intereses y expectativas de quien ostenta la hegemonía en la sociedad de que se trate. (FLORES, 2009, pp. 24-25).

Deste modo, e a partir da citação acima, os Direitos Humanos não devem ser interpretados como um conjunto de normas que os sujeitos possuem por simplesmente serem humanos, mas deve-se distanciar desta visão puramente formalista e afastada do contexto material. Sugere, então, que os Direitos Humanos componham certo apanhado de normas que garantam o acesso aos bens da vida, pois se não forem vistos sob este prisma, jamais se poderá pensar em efetividade, uma vez que não seriam assegurados meios de garantias reais a despeito dos movimentos sociais cíclicos.

Destarte, os Direitos Humanos consubstanciam-se em resultados temporais de lutas sociais, originadas pela dificuldade ou inexistência de acesso aos bens materiais e imateriais. Por isso, nota-se uma abordagem diferente do que já fora explanado, já que aqui não se vislumbram tais direitos como concessões estatais ou internacionais,

mas como conquistas dos excluídos, especialmente, neste capítulo, dos povos indígenas brasileiros.

Segundo piano- El "por que" de los derechos

[...]

'Por que"luchamos por los derechos?

[...]

Comenzamos a luchar por los derechos, porque con- sideramos injustos y desiguales tales procesos de division del hacer. Y para ello, todas y todos necesitamos gozar de condiciones materiales -e inmateriales- concretas que permitan acceder a los bienes necesarios para la existencia. (FLORES, 2009, p. 25).

As justificativas de “o porquê” existentes nos Direitos Humanos devem ser feitas no sentido de os empecilhos à promoção dos bens sociais estarem relacionados à hierarquização social; litígios étnicos; pluralidade cultural; disputas territoriais; dentre incontáveis questões. Em razão disso, diz-se que a luta incessante dos povos indígenas brasileiros pelos Direitos Humanos não advém de sua condição humana, mas de processos históricos de negação social e da (im)política estatal no que diz respeito aos bens vitais, a partir de suas peculiaridades e diferenças, especialmente, culturais.

Dessa forma, se mantivermos a ideia de que esses direitos são construções puramente abstratas, e não processos de lutas sociais históricas, perpetuaremos as relações de poder. A par disso, é preciso uma reconstrução de óptica, considerando que para além das relações de poder, existem os efeitos do poder.

Para tanto, existe uma dualidade de condutas: em primeiro lugar necessita-se da compreensão de que referidos direitos traduzem-se em alternativas governamentais de controle europeizado das condutas sociais e judiciais; enquanto que de outro modo, a efetividade das relações sociais homeostáticas pautam-se no empenho quanto ao respeito à pluralidade existencial de forma material, com o fito de proporcionar o acesso equânime e horizontal aos bens materiais e imateriais.

Tercer Plano- El "para que" de los derechos

De este modo, las derechos humanos serfan las resultados siempre provisionales de las luchas sociales par la dignidad. Entendiendo par dignidad, no el simple acceso a las bienes, sino que dicho acceso sea

igualitario y no este jerarquizado a priori par procesos de division del hacer que colocan a unos en ambitos privilegiados a la hara de acceder a las bienes ya otros en situaciones de opresión y subordinación. Pero, ¡cuidado! Hablar de dignidad humana no implica hacerlo de un concepto ideal o abstracto. La dignidad es un fin material. Un objetivo que se concreta en dicho acceso igualitario y generalizado a las bienes que hacen que la vida sea "digna" de ser vivida. [...]

Si existe un fenomeno que se resiste a esa supues- ta "neutralidad" científica es el de los derechos humanos. Sobre todo, para una teoria como la nuestra que se compromete a reflexionar intelectualmente ya proponer dinamicas sociales de lucha contra los procesos hegemonicos de division del hacer humano Que neutralidad podemos defender si nuestro objetivo es empoderar y fortalecer a las personas ya los grupos que sufren esos incumplimientos dotandolos de los medios e instrumentos necesarios para que, plural y diferenciadamente, puedan luchar por la dignidad? De ahi, nuestra insistencia en que una vision actual de los derechos tenga que partir de nuevas bases teoricas e inducir a practicas renovadas en las luchas "universales" por la dignidad. (FLORES, 2009, pp. 26-27).

De forma concanetada, é preciso repensar a dignidade humana e os meios de concretizá-la. Assim sendo, não basta a implatação de mecanismos, tais como, por exemplo, políticas públicas, para a efetivação dos Direitos Humanos. É preciso ir além! Necessita-se de uma reconstrução crítica da teoria que versa sobre a dignidade, ao passo que não merece prosperar uma normatização de dignidade sob o crivo, exclusivo, daqueles que são privilegiados economicamente, mas, também, dos marginalizados.

Desta maneira, ao referirmo-nos aos povos indígenas brasileiros, para além de almejar-se o direito a ter direitos, necessita-se de uma reinvenção crítica em plano formal, o que significa que as diferenças multiculturais dos povos devam ser afirmadas desde a concepção dos direitos humanos, desconstruindo a normatividade que nega as diferenças.

Consequentemente, a ideia de que os Direitos Humanos encontram-se postos em Tratados, Pactos e Convenções Internacionais e por isso precisam apenas de mecanismos internos de adaptação forja e mascara o intuito adaptativo das normas aos anseios e necessidades sociais.

Com isso, a teoria crítica de Flores (2009) edifica-se em um repensar e, por conseguinte, reconstruir essas normas, posto que não se deva

manter as ideologias existentes à época dos anos setenta, vez que as necessidades sociais mudaram, e por isso os direitos também precisam ser revisitados, mesmo que se intitulem de Direitos Humanos.

A par disso, o autor evidencia questões, sete, relativas às complexidades que imbricam os Direitos Humanos, sendo a primeira relativa aos contextos culturais, donde as concepções sobre os Direitos Humanos não deram conta de considerar essas complexidades, uma vez que em suas construções formais adotou-se apenas a cultura europeia, delimitando um “mínimo ético” a todos os povos situados em todos os contextos mundiais, ou seja, aplicou-se ao globo terrestre uma noção de dignidade humana somente sob o viés europeizado (universalização).

1) La complejidad cultural - En las derechos humanos se da una confluencia estrecha entre elementos ideológicos (que se presentan como "universales) y premisas culturales (que tienen con ver con las entornos de relaciones "particulares" donde la gente vive).

Como veremos a lo largo de todo el texto, vamos a partir de una afirmación muy importante para comenzar a comprender los derechos humanos desde su complejidad: los derechos humanos, como tales, han surgido en Occidente como respuesta a las reacciones sociales y filosóficas que supuso la conciencia de la expansión global de un nuevo modo de relación social basada en la constante acumulación de capital. Recuerdese la polémica sobre el Nuevo Mundo del siglo XVI y los esfuerzos de Francisco de Vitoria par extender abstractamente lo que se denomina el ius commercii: es decir, el derecho a establecerse comercialmente en las tierras conquistadas. (FLORES, 2009, pp. 30-31).

De outra banda, mas não em sentido oposto, Flores (2009) aborda a complexidade empírica, aduzindo que o formalismo consagrador do sujeito de direitos pela simples característica de nascerem humanos faz com que lhes sejam inerentes os Direitos Humanos (jusnaturalismo). Entretanto, nessa toada de pensamento, dever-se-ia desconsiderar qualquer outro fator para o reconhecimento desses direitos, o que não soa razoável, pois a tutela de Direitos está umbilicalmente interligada à existência social do sujeito, e não à sua concepção natural.

Ou seja, o gozo dos Direitos Humanos depende, por exemplo, do aspecto social, econômico e cultural do indivíduo em relação à

sociedade em que se insere e é inserido, o que, por conseguinte, ocasiona maior ou menor acesso a certos bens e direitos.

2) *La complejidad empírica* - En segundo lugar, esa complejidad se agudiza cuando vemos que el fundamento que justifica la "universalidad" de los derechos se sustenta en un pretendido conjunto de premisas empíricas: los seres humanos tienen todos los derechos reconocidos en los textos internacionales por el mero hecho de haber nacido. Los derechos se presentan como un hecho que está ahí, dado de una vez por todas. Además, es algo que tenemos todos y todas sin tomar en consideración nuestras circunstancias particulares. Esto puede ser visto como algo positivo, pues "parece" generalizar lo que se dice en la Declaración "Universal". Es como si nos dijeran, todos tenéis los instrumentos y los medios para construir vuestro palacio de cristal. Dos preguntas surgen inmediatamente cuando partimos de la complejidad del concepto: Por qué, entonces, no todos podemos construirlo? E, incluso, ¿no habrá pueblos en los que sus habitantes no quieran el palacio de cristal prometido por los derechos, sino una pequeña tienda en medio del desierto situada cerca o al lado de una fuente de agua potable? Las cosas no son fáciles. (FLORES, 2009, p. 32).

Outro elemento apontado por Flores (2009) diz respeito à complexidade jurídica dos Direitos Humanos. Para ele, a “criação” dos Direitos Humanos precisa valorar, de forma sistêmica, as questões e processos sociais relativos aos valores, ética, moral e princípios singulares dos incontáveis povos, principalmente no que diz respeito à divisão de funções adotadas por um modelo neoliberal, posto que se assim não for, estar-se-á ratificando, apenas, a edição formal de normas oriundas da simples e frígida função estatal legiferante. Senão vejamos:

3) *La complejidad jurídica* - A este grado de complejidad hay que añadir algunas consideraciones jurídicas muy necesarias puesto que los defensores de los "derechos humanos" luchan por extender política y judicialmente la convicción de que estamos ante "normas jurídicas" integralmente exigibles frente a los tribunales. Si esto es así y de hecho ocurre de esta manera en el caso de algunos derechos, como los individuales: libertades de expresión, información, de concepción religiosa, etcétera- debemos detenernos un momento para saber un poco más acerca de lo que es una norma jurídica. Quizá esto nos explique las razones por las cuales los derechos individuales (civiles y políticos) son

inmediatamente aplicables y las derechos sociales, económicos y culturales son solo principios para "orientar" las políticas económicas. [...]
El sistema de valores hegemónico en nuestros días es mayoritariamente neo-liberal, y, par consiguiente, pone par encima a las libertades funcionales al mercado y par debajo a las políticas públicas de igualdad social, económica y cultural. De este modo, la aplicación efectiva de las normas reconocidas en las constituciones o en las diferentes ordenamientos jurídicos no van a poder ser aplicadas en beneficio de un acceso igualitario a las bienes, sino en función de las "valores" que se postulan desde dicho sistema económico, que tanta influencia ha tenido en el desmantelamiento de lo que en nuestra constitución se denomina Estado Social. (FLORES, 2009, pp. 35 e 38).

Já em relação à complexidade científica, o fator que demanda reconstrução dos Direitos Humanos é concernente ao fato de que a abstração desses direitos faz com que não ocorram suas efetividades, uma vez que conotem normas principiológicas vagas. Todavia, sinaliza, inclusive, para o fato de que a delimitação desses direitos poderia ocasionar maiores desigualdades no acesso à existência digna relativa ao mínimo ético.

Nesse diapasão, sugere Flores (2009) que a reconstrução dos Direitos Humanos, no que toca à complexidade científica, deva focar seus horizontes nos mandamentos de otimização prática máxima, posto que apenas dessa forma atingir-se-á a materialização da investigação científica sobre tais direitos.

4) La complejidad científica - Sin embargo, sea par la propia generalidad de sus premisas o par la dispersion de enfoques, gran parte de las acercamientos teóricos que han intentado comprender la naturaleza de los derechos han caído en puras abstracciones, en vacías declaraciones de principios o en meras confusiones con categorías afines. Cualquier acercamiento a los derechos que simplifique o reduzca su complejidad, supone siempre una deformación de peligrosas consecuencias para las que cada día sufren las injusticias de un orden global basado en la desigualdad y en la invisibilización de las causas profundas de su empobrecimiento. (FLORES, 2009, p. 38-39).

Conquanto, a complexidade filosófica é explicitada por meio da alusão a Platão acerca do essencialismo, em que Flores (2009) destaca que esse teórico é demasiadamente amplo para expor a existência dos Direitos Humanos, posto que tal fundamento os conceba sob o

flanco da natureza humana apartada da práxis, o que, por seu turno, não considera as peculiaridades dos indivíduos por meio de uma visão universalista ocidentalizada de forma hegemônica.

5) La complejidad filosófica - Por ello, es preciso ser conscientes de que en nuestro mundo - a pesar de la influencia de la filosofía platónica y su división de la realidad en un mundo de esencias puras y otro de apariencias impuras-, no hay cabida para esencialismos de uno u otro tipo. Todo esencialismo, sea de la clase que sea, es el resultado de una tendencia filosófica, desgraciadamente muy extendida, a considerar una forma de reaccionar frente al mundo por encima de cualquier otro modo de percibir y actuar en él. Postular esencias consiste, por tanto, en superponer a la pluralidad de significados y símbolos que los seres humanos proponemos para entendernos mutuamente una esfera unitaria y homogénea de productos culturales que reduce la complejidad de lo real a lo que se considera ideológicamente como algo absoluto y separado de la capacidad humana de creación, interpretación y transformación del mundo. Esta tendencia, al final termina en alguna forma de dogmatismo a partir del cual unos los privilegia y otros por el quieren o pretenden convencer a los demás de que, aunque sean víctimas de un determinado orden, esto no es más que una apariencia o un momento temporal que acabará culminando por sí mismo en la felicidad universal. En definitiva, el esencialismo de los derechos humanos (los seres humanos tienen ya los derechos) propicia la ignorancia y la pasividad, en lugar de promover el conocimiento y la acción. (FLORES, 2009, p. 42).

Ademais, a penúltima análise diz respeito à complexidade política. De acordo com o autor, os Direitos Humanos não são apenas construções jurídicas, mas, também, políticas, e por isso sofrem diuturnamente as influências dos cunhos ideológicos. Assim sendo, não valorar as obliquidades culturais ocasionará falhas quanto à efetividade dos Direitos Humanos.

Destarte, para que haja implementação efetiva desses direitos, imperiosa se torna, ainda, a observação política de maneira plural em relação a todos os contextos a que os Direitos Humanos servirão, sob pena de se fortalecer unicamente a ideologia europeia, o que ocorre, sobremaneira, desde sempre.

6) La complejidad política - Las preguntas son muchas. Veamos algunas: Podemos hoy entender los derechos del mismo modo que lo hacían las que redactaron la Declaración de 1948? Dada la situación actual de predominio

global de grandes corporaciones empeñadas en apropiarse de lo público en su beneficio privado. Nos podemos sentir satisfechos ante análisis puramente formales y descontextualizados de los derechos? Si respondemos afirmativamente a tales cuestiones, surge otra aún más inquietante: ¿Estamos buscando en el lugar adecuado? ¿Llegaremos algún día a recobrar nuestra "cartera"? ¿Nos situamos en un lugar seguro o más bien nos tambaleamos como marionetas en manos de magníficos y poderosos creadores de opinión? [...]

Los derechos humanos deben ser estudiados y llevados a la práctica políticamente, primero, desde un saber crítico que desvele las elecciones y conflictos de intereses que se hallan detrás de todo debate preñado de ideología, y, segundo, insertándolos en los contextos sociales, culturales y económicos en que necesariamente nacen, se reproducen y se transforman. Solo de esta manera podremos adaptarnos a las situaciones cambiantes y poder luchar con más armas que el conjunto de certezas heredado de una visión del mundo caduca e irreal. Frente a hechos nuevos, nuevas formas de resistencia. Así la derrota de Anteo preanunciara nuestra victoria. (FLORES, 2009, pp. 44-46).

Por fim, a complexidade econômica, segundo o autor, precisa ser compreendida como uma alteração na perspectiva de atuação pública em contextos neoliberais, sendo que o Estado deve destituir-se da atuação focada na regulação de mercado, assumindo certa postura desmistificadora da ideologia neoliberal dos Direitos Humanos.

7) *La complejidad económica_ Par lo que respecta a nuestro tema, los derechos humanos en el siglo XXI, el enfrentamiento entre Heracles y Anteo nos advierte de dos cosas: primero, no debemos anquilosar el discurso y la práctica de los derechos en las décadas de influencia de la economía keynesiana y su correlato político de Estado benefactor. Desde las años 70, con las llamadas teorías neocontractuales de la justicia, el orden capitalista ha cambiado radicalmente el contexto en el que vivimos. Los no tan nuevos "amos del mundo" han aprendido de aquel proconsul británico para Oriente Media que escribió lo siguiente: "nosotros no gobernamos Egipto; solo gobernamos a sus gobernantes" • El papel regulador del Estado ha cambiado de un modo radical. Lo mismo ocurre con el trabajo, como forma de acción humana creadora de valor social. En este "cambio de contexto", el trabajo productivo y todos los valores a él asociados han pasado a ser algo secundario con relación a la especulación financiera y al afán predatorio de empresas transnacionales que, amparadas bajo el principio liberal de lo que no está expresamente prohibido está permitido, actúan mundialmente trastocando e impidiendo*

cualquier politica de redistribucion social de la renta. Estamos ante otro contexto económico. Ya no nos podemos sentir seguros en el universe conceptual de certezas que predominaban en las anas 60 y 70 del siglo XX. Nos han levantado del suelo y no debemos seguir dando patadas al aire. (FLORES, 2009, p. 46).

Por tudo isso, as complexidades abordadas acima se traduzem na necessidade de uma reconstrução dos Direitos Humanos a partir da dissociação de seus ideais com a universalização hegemônica, ou seja, é preciso a implantação de uma observação concreta a partir dos crivos políticos, econômicos e culturais de todos os povos, o que, excessivamente, influencia na normatização e consequente efetividade material.

Assim sendo, confluir complexidade empírica com jurídica resulta na utopia de que Direitos Humanos são inerentes às condições humanas, o que, do ponto de vista prático, não ocorre, bastando uma simples inspeção ocular sobre as nações economicamente desenvolvidas e aquelas que não o são. Deste modo, permanecer afirmando que o fato de nascer com vida (e até mesmo a vida intrauterina) asseguraria a efetividade de direitos humanos parece não se apresentar como correta, pois haveria tais direitos àqueles nascidos onde e como?

Nessa toada, Flores (2009) dispôs que para uma reconstrução não ocidentalizada dos Direitos Humanos é necessário o estabelecimento de algumas condições, sendo a primeira relativa ao fato de que é pungente garantir uma visão realista dos universos em que se objetiva implementar os Direitos Humanos; a criticidade deve ser concebida como uma ideologia combativa no sentido de fortalecer as existências em confronto com as imposições ocidentais, ou seja, é necessário conscientizar a população sobre suas existências e direitos singulares; a penúltima, e terceira condição, calca-se no fato de que esse pensamento crítico emerge dos e para os coletivos, no sentido de permitir-lhes meios adequados pela busca da concretização de suas dignidades; e, por fim, o criticismo favorece à continuidade das lutas e práxis contra dominantes, hegemonicamente ocidentalizadas.

Por conseguinte, a reconstrução não ocidentalizada dos Direitos Humanos implica na pungência do repensar tais direitos sob a triagem prática, material, e não apenas teoricamente abstrata, uma vez que todos

e todas demandem proteção cultural reacionária no intuito de efetivarem suas dignidades, no caso deste capítulo, os povos indígenas brasileiros.

A espinha dorsal dessa reconstrução edifica-se na alternativa de se arrazoar os Direitos Humanos fora de um modelo eurocentrista, mas sob o viés crítico que considere os processos históricos de todos os povos, pois somente assim haverá efetividade em relação aos sujeitos pertencentes a todas as castas sociais, o que rompe com o paradigma da servidão jurídica abstrata.

Por fim, adverte-se que a teorização crítica proposta por Joaquín Herrera Flores (2009) traduz-se em uma reconstrução crítica dos Direitos Humanos edificados, desde sempre, sob uma vertente eurocêntrica. Para tanto, o autor sugere que referidos direitos dispostos em normas internas e internacionais não são efetivados em razão de sua construção considerar tão somente as complexidades ocidentais hegemônicas.

Em razão disso, é preciso ponderar que a construção de referidos direitos está ligada a um determinado contexto histórico, o que, por conseguinte, exige uma reconstrução no intuito de promover a adaptação dos seus vetores aos anseios e necessidades sociais atuais, por meio de uma reconstrução pautada nas lutas sociais para acesso aos bens materiais e imateriais de todos os povos, tais como os povos indígenas brasileiros.

Considerações finais

Conforme abordado alhures, o presente edificou suas bases nas contribuições do jurista Joaquín Herrera Flores acerca da efetividade dos Direitos Humanos dos povos indígenas brasileiros a partir da importante ideia de Constituição como força normativa sobre as demais áreas jurídicas e sociais.

Assim sendo, os Direitos Humanos Fundamentais de um povo devem ser efetivados a fim de se garantir a Dignidade dessas gentes. Porém, o que se observa em plano concreto brasileiro é a perpetuação da construção dos Direitos Humanos sob a perspectiva hegemônica europeizada, o que, conseqüentemente, não respeita a ideia de emancipação e reconhecimento dos sujeitos de forma multifocal.

Posto isso, de acordo com a crítica de Herrera Flores (2009), é preciso compreender a construção dos Direitos Humanos sob a

conjectura histórica e social, donde deverão ser reconstruídos por meio de um viés dialogicamente e dialeticamente intercultural, em referência às múltiplas diversidades, na busca pela implementação da real Democracia em combate à (im)política estatal no que diz respeito aos povos indígenas brasileiros.

Destarte, propusemos uma reinvenção que não desconsidere os indígenas no momento da construção dos Direitos Humanos Fundamentais. Desta feita, devem-se observar tais direitos como produtos culturais abertos e com trocas permanentes de informações, sem marginalizar nenhum grupo.

É preciso realizar uma política de resgate, donde as atuações estatais e sociais se desgarrem dos valores morais, econômicos e religiosos como válvula motriz para o não reconhecimento das diferenças. Não há o que se falar em reconhecimento das diversidades sociais quando se adota uma (im)política nacional.

Assim sendo, não nos posicionamos apenas no sentido de reconhecer a efetividade em relação à concretização dos direitos considerados fundamentais, mas na necessidade, também, de participação do indígena na construção desses direitos, ou seja, na posituação, já que não se pode efetivar “algo” que na origem positivadora desconsiderou-se grupos diferenciados em razão da cultura.

Neste giro, as atuações do Estado devem pautar-se no fenômeno do pluralismo jurídico não monopolizado pelo Estado, mas exercido por meio de abordagens multifocais que não discriminem as amostras sociais. Entretanto, é visível a não adoção efetiva de um pluralismo jurídico no Brasil, o que denota a existência de um modelo eurocêntrico no que diz respeito à política-liberal.

Para tanto, é preciso alterar o modelo vertical adotado pelo Estado em relação à sociedade a partir de sua transformação em um sistema circular, donde todos os sujeitos participem ativamente da construção social/normativa. Nessa esteira, demanda-se reconhecimento do “outro” a partir de suas particularidades pluralistas para que se rompa a utopia de que apenas o direito estatal é considerado legítimo nas alocações jurídicas.

O reconhecimento e amparo da dignidade humana da população indígena é urgente e responsabilidade da coletividade integral, sociedade e Estado.

Referências

- ARENDR, Hannah. **O sistema totalitário**. Tradução Roberto Raposo. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1978.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01 fev. 2022.
- CANOTILHO, José Joaquim. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina. 2003.
- CLASTER, Pierre. **A sociedade contra o estado**. Tradução: Theo Santiago, 2003.
- FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos Direitos Humanos**. Tradução: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Bioteux, 2009.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- OLIVEIRA, Marcus Vinícius Xavier de. A (im)política indígena contemporânea. 2013. In: **Temas de Filosofia Política Contemporânea**, Porto Alegre: RS, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- STEFANINI, Marília Rulli. **A Inefetividade dos Direitos Fundamentais em Relação aos Povos Indígenas: um olhar a partir do contexto sul-mato-grossense**. 268 fls. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Doutorado em Direito - PUC/SP. 2022. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/bitstream/handle/24020/1/Marilia%20Rulli%20Stefanini.pdf>. Acesso em: 27 set. 2022.

A TEORIA DO SUPORTE FÁTICO APLICADA AO NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Mário Lúcio Garcez Calil¹

Robson Martins²

Introdução

A teoria geral do direito se modificou radicalmente partir da segunda metade do Século XX até o presente, refletindo-se em vários aspectos, especialmente na teoria das normas constitucionais, situação que resultou na radical modificação dos paradigmas da interpretação constitucional.

Um dos principais desafios da hermenêutica se relaciona à concretização de direitos fundamentais sociais positivados nas Constituições. Em regra, contudo, tais direitos foram constitucionalizados por intermédio de princípios. Assim, sua abstração resta prejudicada quanto à sua aplicação nos casos concretos.

A referida tarefa se demonstra ainda mais necessária no âmbito da Constituição da República de 1988, em decorrência de um extenso catálogo de direitos fundamentais notadamente consagrados por seu texto, por meio de princípios que se encontram, frequentemente, em conflito no plano dos fatos.

Uma das diversas teorias voltadas à concretização lógica e fundamentada de direitos fundamentais é a do suporte fático, que conjuga elementos jurídicos e fáticos na determinação do âmbito de proteção que uma norma alcança no plano dos fatos, a partir das características de um caso concreto.

Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho é estudar os conceitos relacionados à teoria do suporte fático dos direitos fundamentais, assim como sua aplicabilidade ao regime jurídico dos

¹ Doutor em Direito, com pós-doutoramento e estágio pós-doutoral. Professor Associado da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS)

² Doutor em Direito. Procurador da República.

direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, bem como de suas especificidades e princípios explícitos e implícitos.

Justifica-se o presente estudo, especialmente em decorrência da constante e evidente necessidade colocada pela atual hermenêutica constitucional de se criarem novas formas de concretizar os direitos fundamentais de forma mais efetiva e legítima, de maneira a realizar satisfatoriamente as diretrizes constitucionais.

1. O suporte fático dos direitos fundamentais

A teoria do suporte fático, na tradição jurídica brasileira, não se aplica ao regime dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados. Apesar disso, pode configurar um molde interpretativo capaz de aprimorar a hermenêutica constitucional brasileira, desde que compreendidos seus fundamentos.

1.1 Conceitos fundamentais

Há, de início, alguns temas essenciais naquilo que se relaciona ao conceito de suporte fático, especial naquilo que concerne à aplicabilidade da referida teoria ao regime jurídico dos direitos fundamentais, notadamente naquilo que se relaciona à Constituição Federal de 1988 e suas características.

Nesse sentido, o âmbito de proteção dos direitos fundamentais deve ser interpretado de maneira ampla, de maneira que qualquer ação, fato, estado ou posição jurídica que possa fazer parte do “âmbito temático do direito fundamental” precisa ser considerado como protegido *prima facie* (SILVA, 2006, p. 25).

Trata-se o suporte fático de um conceito praticamente desconhecido no direito constitucional brasileiro sendo, dessa forma, utilizado (com diferentes nomenclaturas) no direito penal (*tipo penal*), no direito tributário (*hipótese de incidência e fato gerador*), bem como no direito privado (SILVA, 2006, p. 28).

A partir de Robert Alexy, apenas os dois elementos compõem o conceito de suporte fático dos direitos fundamentais. Virgílio Afonso da Silva, porém, defende a colocação da fundamentação constitucional junto ao conceito de suporte fático, sendo possível

haver, simultaneamente, a intervenção estatal em um direito fundamental e uma fundamentação para ela (SILVA, 2006, p. 35).

Fala-se, aqui, em *intervenção estatal fundamentada*. Quando isso ocorre, não há violação a um direito fundamental, mas uma *restrição*. O suporte fático pode ser dividido em abstrato e fático. O primeiro ompõe-se de fatos ou atos do mundo descritos por uma norma e para cuja realização ou ocorrência se prevê uma conseqüência jurídica (SILVA, 2009, p. 35-68).

Preenchido o suporte fático, ativa-se uma conseqüência jurídica. O suporte fático concreto, por sua vez, é ocorrência concreta, no mundo da vida, de fatos ou atos que a norma jurídica juridicizou em abstrato. A verificação da ocorrência do suporte fático em sentido concreto dependerá de sua configuração em abstrato (SILVA, 2009, p. 68).

No direito constitucional, a teoria faz entender que a forma de aplicação dos direitos fundamentais depende da extensão do suporte fático, somada às exigências de fundamentação concretas, à possibilidade de restrição, e até mesmo à existência de colisões entre direitos fundamentais. (SILVA, 2009, p. 68).

O suporte fático é composto por três elementos: âmbito de proteção, correspondente ao âmbito de bens protegidos por um direito fundamental; intervenção estatal, relacionado à intervenção na esfera de liberdade protegida do indivíduo; e a fundamentação constitucional, cuja ausência daria ensejo à conseqüência jurídica do direito fundamental. (SILVA, 2009, p. 72-74).

Para se definir, concretamente, os bens protegidos, duas respostas são possíveis: ou se inclui qualquer característica componha o “âmbito temático” de um direito fundamental; ou é necessária uma “triagem prévia”, quanto às suas relações com o âmbito de proteção amplo ou restrito pela intervenção estatal, se o Estado intervier nas liberdades individuais (SILVA, 2009, p. 72-74).

Em todo caso, há a conjunção de elementos de conteúdo jurídico e fáticos que se enquadram quanto aos jurídicos, resultando na aplicação do preceito ao contexto fenomênico, partindo-se, de tal modo, de um alto grau de abstração voltado ao silogismo que possibilite a subsunção da norma ao fato.

Virgílio Afonso da Silva sintetiza as bases para a aplicação da teoria do suporte fático quanto os direitos fundamentais que incorpora seus três elementos: “Se APx e não-FC(IEEx), então CJx”.

Assim, se x é algo garantido pelo âmbito de proteção do direito fundamental (AP x) e não há fundamentação constitucional para tal ação estatal, (não-FC(IE x)), deverá ocorrer a consequência jurídica prevista pela norma de direito fundamental para o caso de x (CJ x). (SILVA, 2009, p. 75).

Desse mesmo modo na hipótese de uma norma de direito fundamental não for restringida, no caso concreto, por intermédio de uma ação estatal limitativa que, por sua vez, encontre-se fundamentada constitucionalmente, aquilo que é protegido pela referida norma precisão a ocorrer no mundo dos fatos.

A teoria do suporte fático fornece base segura para a construção de um formato de decisão jurídica sobre os direitos fundamentais que considere os princípios como *mandamentos de otimização*, por levar em conta todos os fatores (juríficos e fáticos) que se deve considerar para que se encontre uma norma aplicável ao caso.

Para se averiguar a possibilidade de aplicação da teoria ao regime jurídico dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, é necessário estudar cada um dos elementos do conceito. Inicialmente, então, deve-se trabalhar a questão das sub-teorias do suporte fático restrito e do suporte fático amplo.

1.2 A teoria do suporte fático a partir de Robert Alexy

A teoria do suporte fático é uma fórmula que determina que, no caso de os requisitos demandados para a configuração de uma situação jurídica estejam preenchidos, tanto no que tange ao suporte fático abstrato quanto naquilo que concerne ao suporte fático concreto, passa a existir no plano concreto, tornando-se exigível.

Uma norma apenas pode ser uma restrição a um direito fundamental se for compatível com a Constituição. Caso seja inconstitucional, pode até ter a natureza de uma intervenção, contudo, não tem o condão de restringir tal direito. Normas são restrições a direitos fundamentais apenas se forem constitucionalmente adequados (ALEXY, 2008, p. 281).

De acordo com Roberto Alexy, a necessidade de incorporação da intervenção estatal ao conceito de suporte fático se demonstra “[...] pelo fato de que a abrangência da proteção *prima facie* depende, em

igual medida, da extensão do conceito de bem protegido e da extensão do conceito de intervenção” (ALEXY, 2008, p. 305).

A consequência jurídica de uma norma se dá se todas as suas condições forem satisfeitas, sendo possível, de tal modo, construir um conceito de suporte fático do direito fundamental que seja capaz de abarcar a totalidade das condições voltadas a uma consequência jurídica definitiva do referido direito (ALEXY, 2008, p. 307).

De maneira que a consequência jurídica definitiva de um direito fundamental ocorra, o suporte fático deve ser preenchido e a cláusula de restrição, não. Para que não ocorra, é necessário ou que o suporte fático não seja preenchido ou que a cláusula de restrição o seja (ALEXY, 2008, p. 308).

Essa constatação é a base lógica para dois tipos construções fundamentadoras no âmbito dos direitos fundamentais: a do suporte fático amplo e a do suporte fático restrito. (ALEXY, 2008, p. 308). Caso uma norma de direito fundamental não seja restringida, seu âmbito de proteção deve ocorrer no mundo dos fatos.

A teoria do suporte fático fornece uma base segura para a construção de um formato de decisão jurídica acerca de direitos fundamentais que considere princípios como mandamentos de otimização, levando em conta os fatores jurídicos e fáticos que precisam ser considerados para que se encontre uma norma aplicável ao caso.

2. suporte fático restrito e amplo

A partir da teoria central relacionada ao suporte fático pode ser encarada de duas formas, uma restrita e uma ampla, tornando-se necessário estabelecer as correspondentes diferenças entre ambas, de maneira a fixar suas bases e conceitos centrais e suas possíveis aplicações para o regime de direitos fundamentais brasileiros.

2.1 Suporte fático restrito

A teoria do suporte fático restrito, em decorrência de sua abstração excessiva, assim como sua falta de aplicabilidade, não se faz compatível com a concretização dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, em decorrência, inclusive, da considerável quantidade de princípios explícitos em colisão.

Apesar disso, faz-se necessário estudar, no âmbito da temática ora tratada, a referida teoria. A conceituação de que se trata concerne à falta de garantia, quanto a determinadas ações, estados ou posições jurídicas que poderiam ser, abstratamente, subsumidas ao âmbito de proteção das referidas normas (SILVA, 2009, p. 79-80).

Em regra, os partidários da referida teoria, como Müller, Zippelius e Rawls costumam ter, ao menos, dois pontos em comum, quais sejam, a busca pela essência de um direito ou determinada manifestação humana e a rejeição à idéia de colisão entre os direitos fundamentais (SILVA, 2009, p. 92-94).

As teorias que se baseiam no suporte fático restrito para os direitos fundamentais têm como tarefa primordial, fundamentar aquilo que se inclui e o que não deve ser incluído no âmbito de proteção de tais direitos, assim como definir qual é extensão do conceito de intervenção estatal em tal âmbito (SILVA, 2009, p. 92-94).

As teorias relacionadas a essa linha de pensamento são conservadoras e marcadas pela impossibilidade da atualização no que tange ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais à realidade cambiante, tendo em conta que os conceitos de especificidade e de tipicidade definem o âmbito da norma (SILVA, 2009, p. 96).

Mais do que isso, as teorias apoiadoras do suporte fático restrito são, em regra, baseadas em exemplos estapafúrdios, que não demonstram sua aplicabilidade e utilidade, mas, sim, buscam somente demonstrar as conseqüências negativas da tese contrária, que é a do suporte fático amplo (SILVA, 2009, p. 97).

A teoria do suporte fático amplo, em sentido contrário e em decorrência de suas especificidades, especialmente naquilo que se relaciona à aceitação das possibilidades de conflitos entre princípios, aparentemente é a melhor e mais efetiva teorização naquilo que tange aos direitos fundamentais.

2.2 Suporte fático amplo

A teoria do suporte fático amplo faz com que, ao invés de se aplicarem, abstratamente, limites imanentes aos direitos fundamentais, permite a ampliação das possibilidades de proteção *prima facie* de tal direito, ao menos inicialmente, até que a operação

de sopesamento determine, no caso concreto, aquilo que é por ele protegido.

Geralmente, o suporte fático restrito define aquilo que é definitivamente protegido, enquanto o amplo define aquilo que é protegido somente como primeiro passo, já que a definição das situações abarcadas pelo direito fundamental depende do sopesamento antes de se decidir por sua proteção definitiva (SILVA, 2009, p. 109).

De tal modo, a pergunta sobre aquilo que compõe o âmbito de proteção de um direito fundamental tem conseqüências menos drásticas, podendo ser substituída pela pergunta “o que é protegido *prima facie* por esse direito?”, que, entretanto, precisa ser respondida de uma forma determinada (SILVA, 2009, p. 109).

Nesse âmbito, toda ação, estado ou posição jurídica que tenha alguma característica que, de forma isolada, componha o “âmbito temático” de certo direito fundamental deve ser considerada como abrangida pelo seu âmbito de proteção, independentemente da consideração de outras variáveis (SILVA, 2009, p. 109).

As exigências que o modelo do suporte fático amplo impõe à argumentação implicam maior grau de proteção aos direitos fundamentais. A primeira conseqüência é não somente a ampliação, no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, como, também a ampliação na extensão do conceito de “intervenção” (SILVA, 2009, p. 111).

Se a proteção se tratar de um direito fundamental autônomo, este depende da classificação de uma intervenção em seu âmbito, restrição constitucionalmente aceita ou violação inconstitucional, tende a ser mais efetiva quanto maior for a extensão do âmbito de proteção e do próprio conceito de “intervenção” (SILVA, 2009, p. 111-112).

A incorporação das restrições aos direitos fundamentais ao suporte fático provoca a necessidade de aferir sua constitucionalidade concreta, sendo que essas restrições devem ser analisadas sob o prisma da técnica da proporcionalidade, como forma de resolver conflitos entre princípios.

No caso de direitos fundamentais, qualquer juízo apenas será correto se resultar de um sopesamento correto. Se esses juízos forem fundamentados de maneira independente de um sopesamento, sua correção depende de se saber se o resultado poderia ser o resultado de um sopesamento corretamente realizado (ALEXY, 2008, p. 322).

A necessidade de sopesamento, portanto, demanda, uma teoria ampla do suporte fático que inclua, no âmbito de proteção de cada direito fundamental, tudo o que milite em favor de sua proteção, já que o suporte fático não depende somente do conceito de “bem protegido”, como, também, da extensão do conceito de intervenção. (ALEXY, 2008, p. 323).

Assim, o conceito de suporte fático amplo demonstra ser o mais adequado para que seja possível utilizar a referida teoria naquilo que toca à concretização dos direitos fundamentais na Constituição de 1988, já que considera a existência de conflitos constantes entre os vários constitucionais.

3. Intervenções estatais e limitações aos direitos fundamentais

As intervenções estatais são componentes da formulação do suporte fático dos direitos fundamentais, tornando necessário analisar qual teoria é a mais adequada ao regime jurídico dos direitos fundamentais da Constituição de 1988. Há, basicamente, duas teorias relacionadas a tais restrições: uma interna e outra, externa.

3.1 Teoria interna

No âmbito da teoria interna, aplica-se uma lógica de solução similar àquela aplicável aos conflitos entre regras: a do tudo ou nada, de modo que, se uma regra for válida e aplicável a determinado caso, sua consequência jurídica é válida e, então, uma das regras tem que ser declarada invalidada, extirpada do ordenamento. (ALEXY, 2008, p. 92).

Além disso, os direitos fundamentais e sua extensão são definidos a partir da teoria interna e não podem, assim, participar em um processo de sopesamento, tendo em vista que toda vez que alguém exercita algo garantido por um direito fundamental tal garantia tem que ser definitiva não apenas *prima facie* (SILVA, 2009, p. 129).

Mais do que isso, a impossível distinção estabelecida entre “direito *prima facie*” e “direito definitivo”, no âmbito da teoria interna, é algo que decore da determinação de seu pressuposto central, ou seja, da correspondente unificação da determinação do direito e de seus limites imanentes (SILVA, 2009, p. 129).

Ao unificar o direito e seus limites imanentes, ignora-se a relação de precedência *prima facie* entre os princípios jurídicos e, por conseguinte, a possibilidade de conflitos entre tais normas, estabelecendo-se relações de precedência imutáveis, o que torna referida teorização inaplicável às Constituições que não admitem hierarquia entre suas normas.

A teoria interna considera que os direitos fundamentais cuja restrição não é expressamente autorizada pela Constituição não podem ser objeto de autênticas limitações legislativas, mas, somente, de delimitações que devem cingir-se e desvelar o conteúdo normativo constitucionalmente previsto (PEREIRA, 2006, p. 140).

Na falta de norma da Constituição autorizando o legislador de forma expressa a restringir os direitos, poderá explicitar somente limites já contidos na norma constitucional. Apenas nos casos nos quais o texto constitucional prevê a possibilidade de interferência do Poder Legislativo, sua atuação consistirá em efetiva limitação ao direito fundamental (PEREIRA, 2006, p. 140).

As intervenções estatais limitativas, na referida teoria, não restringem direitos fundamentais, apenas concretizando e configurando direitos internamente, pois detalham suas formas de exercício dentro de seu próprio conteúdo constitucional (PEREIRA, 2006, p. 141) quanto a limites já contidos previamente no ordenamento constitucional.

Há duas etapas na determinação da “esfera normativa”: a identificação do conteúdo, correspondente ao âmbito de proteção; e a determinação de limites externos decorrentes da necessidade de conciliá-los com outros direitos e bens constitucionais, em decorrência das limitações estabelecidas pelo próprio preceito que outorga o direito (PEREIRA, 2006, p. 142-147).

“Imanente”, no âmbito da teoria interna das limitações aos direitos fundamentais, expressa a qualidade daquilo que é intrínseco, natural e indispensável (PEREIRA, 2006, p. 183). Assim, a referida teoria implica na rigidez de tais limitações, sendo impossível desvencilhar o próprio direito de sua restrição.

A aplicação de um direito fundamental ao caso concreto demanda a averiguação da correspondência entre o conteúdo aparente do direito e seu conteúdo verdadeiro. Dessa maneira, a identidade entre âmbito normativo e suposto de fato. Assim sendo, o

conteúdo aparente equivale ao conteúdo verdadeiro e tem-se um direito definitivo (OLSEN, 2008, p. 119).

De tal maneira, a relação entre o direito e a realidade passa pelo “filtro” de sua restrição, que não pode ser dele separado, de forma que o direito aparente não é uma posição normativa, mas uma expectativa de uma posição normativa concreta, correspondente ao direito fundamental de conteúdo verdadeiro (OLSEN, 2008, p. 119).

A teoria interna, relacionada ao suporte fático restrito, não admite a existência de conflitos entre normas, sendo, assim, incompatível com o regime jurídico dos direitos fundamentais da Constituição, que consagra, expressamente, vários direitos fundamentais em permanente embate, ao contrário daquilo que ocorre na teoria externa.

3.2 Teoria externa

Conforme Robert Alexy, apenas se admite uma restrição a um direito fundamental se houver, em uma colisão, a atribuição de um peso maior a um dos princípios colidentes no caso concreto (ALEXY, 2008, p. 296). Esse raciocínio não se coaduna com uma teoria interna dos direitos fundamentais, que admite a existência de limites imanentes, pois:

Mais do que isso, a diferença entre limites imanentes e restrições a direitos fundamentais decorrentes de colisão é facilmente perceptível, podendo ser traduzida pelo binômio declarar/construir, enquanto os casos de colisões se constituem novas restrições a direitos fundamentais, caso se trate de limites imanentes previamente existentes (SILVA, 2009, p. 132).

Aqui, há duas normas válidas que entram em conflito: uma estatui o direito *prima facie* e a outra estabelece a restrição. Dessa forma, o direito definitivo se extrai após a ponderação, de forma que a teoria externa é incompatível com a noção de que as normas de direito fundamental estabelecem somente comandos definitivos, ou seja, regras (PEREIRA, 2006, p. 151).

Nesse conteto, A teoria externa permite maior operacionalidade na atuação dos poderes públicos quanto aos direitos fundamentais no caso concreto, pois fornece mecanismos mais claros e transparentes à identificação da legitimidade das restrições, ou seja,

de intervenção redutora do âmbito de proteção do direito fundamental (OLSEN, 2008, p. 125).

Com a teoria externa, relacionada ao suporte fático amplo, pode-se identificar o âmbito de garantia do princípio com aquilo que resta da atuação redutora da restrição constitucionalmente fundamentada. Ao contrário, qualquer intervenção deixará de ser restrição para configurar violação. (OLSEN, 2008, p. 125).

As normas, assim, não trazem restrições intrínsecas, mas, sim, colidem no plano concreto com outras normas, de forma que a teoria externa das restrições, ao admitir o permanente conflito entre princípios, melhor se adapta ao regime jurídico dos direitos fundamentais colocado pela Constituição Federal de 1988.

4. Os limites dos limites e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais

A partir da teoria do suporte fático, além do suporte fático amplo e restrito e das teorias interna e externa dos direitos fundamentais, faz-se imperioso tratar da questão relacionada ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, correspondente a aquilo que se pode denominar de “limite dos limites”

4.1 O conceito de núcleo essencial

De começo, a proteção ao núcleo essencial foi inicialmente prevista expressamente pela Lei Fundamental alemã, especificamente em seu Art. 19, §2º, que determina, por sua vez, que, em nenhuma hipótese, um direito fundamental poderá ser atingido em seu conteúdo essencial (ALEMANHA, 1949, n.p.).

O princípio da proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais é um dos mais debatidos limites dos limites e, ainda que não explicita na Constituição de 1988, a proteção ao conteúdo essencial se infere, logicamente, da própria rigidez constitucional. (PEREIRA, 2006, p. 366-376).

Destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental por restrições descabidas, desproporcionais. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 243) e, assim, sem fundamento constitucional. A garantia do conteúdo essencial foi criada para controlar

a atividade do Poder Legislativo, visando evitar possíveis excessos na regulamentação dos direitos fundamentais (LOPES, 2004, p. 7).

Em decorrência de um dos elementos componentes do suporte fáticos dos direitos fundamentais serem, justamente, a restrição constitucionalmente fundamentada, a construção acerca do conteúdo essencial dos direitos fundamentais é algo determinante para a aplicação da teoria ao regime dos direitos fundamentais da Constituição de 1988.

4.2 Conteúdo essencial absoluto

Na teoria denominada absoluta, o conteúdo essencial equivale a um núcleo rígido, resistente à ação limitadora do legislador. Assim, a proteção do núcleo implica que a parte periférica estaria totalmente desprotegida, por isso, o direito poderia ser lesionado sem a necessidade de afetação de seu núcleo. (LOPES, 2004, p. 14).

Assim, o conteúdo essencial do direito é uma esfera de proteção intangível e abstratamente identificável. Trata-se, de tal maneira, de um núcleo fixo que, por sua vez, não depende de ponderação, de maneira que o conteúdo essencial é algo único e, portanto, sempre o mesmo (PEREIRA, 2006, p. 372).

A teoria absoluta, ao contrário da relativa, não adota visão relacional e dinâmica do conteúdo essencial, entendendo-a como reduto estático e incondicional que não pode ser ultrapassado. O direito fundamental pode ser bipartido: uma parte essencial, e, assim, inviolável, e uma parte não essencial, que pode ser objeto de restrição (PEREIRA, 2006, p. 372-373).

É possível explicar tal concepção a partir da imagem gráfica de círculos concêntricos. O círculo exterior é composto por faculdades periféricas ou acidentais, que podem ser sacrificadas para salvaguardar outros bens jurídicos. O círculo interior é um núcleo fixo e de contornos precisos, que não pode ser transposto sem uma inconstitucionalidade (PEREIRA, 2006, p. 372-373).

Além disso, a teoria absoluta do núcleo essencial dos direitos fundamentais apresenta vários problemas evidentes. Inicialmente, as estratégias hermenêuticas destinadas a demarcar o perímetro de proteção dos direitos podem resultar em vários subjetivismos e arbitrariedades (PEREIRA, 2006, p. 374).

Assim, na teoria absoluta, cada direito fundamental tem um núcleo, no qual não é possível intervir (ALEXY, 2008, p. 298). Assim, relaciona-se inegavelmente à teoria do suporte fático restrito, bem como à teoria interna das limitações aos direitos fundamentais, de forma que, quem subscreve à primeira, subscreve às demais, por uma questão de adequação lógica.

No mesmo sentido, estabelecer núcleos essenciais fixos equivale, na realidade, à aplicação da lógica do *tudo ou nada* (validade ou invalidade) a princípios jurídicos que consagram direitos fundamentais. Trata-se de um retrocesso teórico inaceitável, pois a diversidade social não cabe mais na estreita bitola do positivismo jurídico. (CALIL; OLIVEIRA, 2008, p. 79).

A decisão acerca de princípios passa necessariamente pela técnica da ponderação e, em decorrência do fato de que a teoria do conteúdo essencial absoluto dispensa a utilização da referida técnica, essa tese não se adapta a uma construção adequada ao regime jurídico dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988.

4.3 Conteúdo essencial relativo

A teoria relativa do núcleo essencial propõe que este somente pode ser encontrado no caso concreto, além disso, por intermédio da solução do conflito entre os princípios por intermédio da operação de ponderação, aferindo-se o objetivo perseguido pela norma restritiva. (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 244).

O conteúdo essencial, portanto, é aquilo que resta após a operação de sopesamento. Assim, as restrições que respeitem a máxima da proporcionalidade não violam o núcleo essencial, mesmo que no caso concreto. Dessa forma, a garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade (ALEXY, 2008, p. 298).

A teoria relativa não tem a garantia do conteúdo essencial como uma barreira autônoma à atividade legislativa, mas, sim, como um reforço da exigência de proporcionalidade das restrições (PEREIRA, 2006, p. 372). De tal modo, relaciona-se à teoria do suporte fático amplo, assim como à teoria dos limites externos aos direitos fundamentais.

Dessa forma, o conceito passa a não desempenhar qualquer papel material ou substancial, mas puramente processual, pois o

trabalho legislativo é analisado apenas porque incide em um direito constitucionalizado, e argumentativo, porque a garantia depende mais do discurso utilizado em favor ou contra a norma reguladora do que do conteúdo em si. (LOPES, 2004, p. 14).

Mais do que isso, caso a proporcionalidade e o conteúdo essencial pudessem ser conceituados de modo distinto, sem qualquer relação, seria imperioso aceitar que restrições a direitos fundamentais, mesmo que proporcionais, pudessem eventualmente afetar seu conteúdo essencial (SILVA, 2006, p. 43).

Na teoria relativa, aquilo que é essencial depende de condições fáticas e colisões entre diversos direitos e interesses no caso concreto, a significar que o conteúdo essencial de um direito não é sempre o mesmo, podendo variar de situação para situação, a depender dos direitos envolvidos em cada caso (SILVA, 2009, p. 196).

O conteúdo essencial dos direitos fundamentais é consequência da aplicação da ponderação, pois ambos os conceitos guardam uma íntima relação, pois restrições a direitos fundamentais que passaram no teste da proporcionalidade não podem afetar o conteúdo essencial dos direitos restringidos (SILVA, 2009, p. 197).

Isso ocorre porque a definição desse conteúdo não é baseada meramente na intensidade da restrição, de maneira que uma restrição não invade o conteúdo essencial simplesmente por uma restrição intensa (SILVA, 2009, p. 198). Há, portanto, uma necessária correlação entre ponderação e conteúdo essencial.

Assim, haveria a necessidade de uma dupla garantia. Inicialmente, os direitos em jogo deveriam ser ponderados, entretanto, o resultado da referida ponderação somente poderia ser aceitável caso respeitasse a condição de não-esvaziamento do conteúdo essencial daqueles direitos (SILVA, 2009, p. 199).

O sopesamento de normas constitucionais, em sua formulação, pressupõe a primazia de um dos princípios em conflito no caso concreto, no entanto, sem o aniquilamento do outro, de maneira que a otimização depende das condições fáticas e jurídicas concretas, sendo que tais condições advêm da situação concreta.

Desse modo, o conteúdo essencial previsto no art. 19, §2º, da Lei Fundamental, não cria, quanto à máxima da proporcionalidade, nenhum limite adicional à restringibilidade de direitos fundamentais. Por ser ela

equivalente a uma parte da proporcionalidade, ela fornece mais uma razão a favor da vigência dessa máxima (ALEXY, 2008, p. 301).

A teorização dos princípios como mandados de otimização pressupõe uma certa rigidez do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Não se trata, porém, de uma rigidez estática, mas, sim, da garantia de que o princípio que não poderá alcançar a precedência estabelecida pela ponderação não será excluído.

5. O suporte fáticos dos direitos sociais

Em que pese as divergências acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, faz-se possível aplicar a teoria do suporte fático a essa modalidade, inclusive naquilo que se relaciona aos conceitos essenciais da referida teoria, levando-se em conta, entretanto, as suas características mais essenciais.

5.1 Do suporte fático dos direitos sociais

De maneira a determinar uma teoria acerca do suporte fático dos direitos sociais, é necessário entendê-los como direitos de suporte fático amplo, a significar que a não-realização daquilo que é exigido por tais direitos é, mesmo que por omissão, uma restrição a esses direitos (SILVA, 2009, p. 249-250).

De tal forma, se “proteger direitos sociais” implica exigência de ações estatais, a resposta à pergunta “o que faz parte do âmbito de proteção desses direitos?” tem de incluir ações. “Proteger direitos”, assim, significa “realizar direitos”, de modo que o âmbito de proteção de um direito social é composto pelas ações estatais que fomentem sua realização (SILVA, 2009, p. 77).

Demanda-se, além disso, uma inversão no conceito de intervenção estatal, pois, no caso da dimensão negativa, “intervir” equivale a agir de maneira restritiva ou reguladora no âmbito de proteção de uma liberdade, enquanto, no caso dos direitos sociais, ocorre o oposto, de modo que “intervir” equivale a não agir ou agir de forma insuficiente (SILVA, 2009, p. 77).

De tal modo, para que haja uma intervenção judicial no âmbito dos direitos sociais, é necessário verificar se a ação poderia, eventualmente, realizar o direito fundamental, sendo necessário aferir

se há fundamentação jurídico-constitucional para a omissão. Apenas no caso a omissão ser infundada, pode-se imaginar uma margem de atuação judicial (SILVA, 2009, p. 251).

Assim, no âmbito do suporte fático dos direitos sociais, se x é uma ação estatal que fomenta a realização de um direito social (DS x) e a inércia ou insuficiência quanto a x (IEx) não é fundamentada constitucionalmente (-FC), então, a consequência jurídica é o dever de realizar (SILVA, 2009, p. 78).

Demonstra-se, portanto, que, uma prestação for insuficiente, há violação à Constituição (OLSEN, 2008, p. 301). Tendo em conta que as restrições aos direitos sociais ocorrem não por ação, mas por omissão, é necessário proceder à especificação da dimensão da proporcionalidade enquanto proibição de insuficiência.

5.2 Proporcionalidade como proibição de insuficiência

Tendo em conta que, para que a determinação da (in)constitucionalidade das restrições a direitos sociais demanda-se a operação relacionada à aferição da proporcionalidade de determinada omissão estatal, e, portanto, não de uma ação, esta, conseqüentemente, deve ser compreendida em outro dimensionamento.

O Estado é restringido, de um lado, por limites superiores, de proibição de excesso e, de outro, por limites inferiores, da proibição de não-suficiência. Caso diferentes ações realizem o objeto da otimização em medidas diferentes e constitucionalmente contrárias, para cada um deve-se indagar em que medida sua aplicação é ordenada pela Constituição (LEIVAS, 2008, p. 283).

Nesse âmbito, a primeira particularidade da proibição deficiente é a de que, em regra, as intervenções do Estado em direitos sociais não se concretizam em atuações, mas, sim, omissões. O objeto do controle de constitucionalidade na proibição deficiente é uma omissão legislativa ou administrativa absoluta ou parcial (BERNAL PULIDO, 2008, p. 170).

A omissão parcial é uma atuação estatal que não protege o direito social ou que o protege de maneira deficiente em decorrência de não favorecer a satisfação da necessidade básica implícita no direito na maior

medida possível. Trata-se, portanto, da execução de uma prestação deficiente por parte do Estado (BERNAL PULIDO, 2008, p. 170-171).

Exemplo disso é o de que uma prestação precária dos serviços de saúde, que não cubra sequer os serviços de urgência produz uma intervenção no direito social, tendo em vista que a atuação estatal não consegue satisfazer por completo as necessidades básicas protegidas pelo direito (BERNAL PULIDO, 2008, p. 171).

A proporcionalidade incide em dupla dimensão, atuando como parâmetro de controle de atos do poder público, respeitando o núcleo essencial do direito restringido, não podendo, a pretexto de promover um direito, desguarnecer a proteção de outro, que deve permanecer em um patamar minimamente eficiente de realização e garantia (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 33).

A proporcionalidade assume, no lugar da feição original de proibição do excesso, ligada à concepção de Estado liberal e a direitos fundamentais de defesa, a de proibição da insuficiência (*untermaBverbot*), conceito inerente ao Estado Social Democrático de Direito, cuja Constituição engloba direitos fundamentais sociais (OLSEN, 2008, p. 301).

De tal modo, uma prestação insuficiente por parte do Estado corresponderia a uma violação à Constituição. Se a conduta não for apta a realizar a prestação material de uma na norma de direito fundamental, ela não será adequada no sentido da proibição da conduta insuficiente (OLSEN, 2008, p. 301-303).

Deve, portanto, submeter-se ao controle de constitucionalidade e imediatamente afastada enquanto possibilidade concreta de realização de realização do fim constitucional (OLSEN, 2008, p. 303). A proibição de insuficiência demanda que o legislador, por ser obrigado a praticar uma determinada ação, não possa deixar de alcançar os limites mínimos do direito social em questão.

Tal inversão, da proibição de excesso à proibição de proteção insuficiente é que conferire racionalidade lógica à teoria do suporte fático aplicada aos direitos a prestações, no momento da aplicação da técnica da proporcionalidade, devendo, entretanto, passar pelas correspondentes adequações, inclusive naquilo que concerne ao seu núcleo essencial.

6. O núcleo essencial dos direitos sociais

Compreendida a utilização da proporcionalidade como proibição de proteção insuficiente no âmbito da concretização dos direitos fundamentais sociais, naquilo que se relaciona à aplicação da teoria do suporte fático, é imperioso tratar, de maneira específica, de seu núcleo essencial, suas relações com o mínimo existencial e o direito social definitivo.

6.1 Núcleo essencial e mínimo existencial

A doutrina do núcleo essencial foi desenvolvida como garantia de proteção de direitos, liberdades e garantias e, em certa alguma medida, dos direitos análogos, porém, somente na parte metodologicamente sustentada pela analogia. O problema, entretanto, é o de saber se ela não deve ser alegada aos direitos econômicos, sociais e culturais (CANOTILHO, 2008, p. 262).

O padrão mínimo para assegurar condições materiais indispensáveis a uma existência digna limita a atuação do legislador, e tem sido identificado como o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, blindado contra eventuais intervenções estatais e sociais. (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 21-25)

Mais do que isso, o conteúdo da dignidade da pessoa humana não equivale, necessariamente, ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, pois nem todos os direitos fundamentais tem fundamento direto na dignidade da pessoa humana, e, assim, um conteúdo certo em dignidade (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 25).

Assim, não é correto afirmar que o conteúdo em dignidade dos direitos, sempre variável, seja, sempre, equivalente ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Ainda que não haja um conteúdo que possa ser diretamente reconduzido à dignidade ou a um mínimo existencial, nem por isso os direitos sociais deixam de ter um núcleo essencial (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 25).

O núcleo essencial até pode ser identificado com o conteúdo em dignidade, especialmente quanto a direitos sociais. Assim, tal conteúdo poderia ser compreendido como constituindo a garantia do mínimo existencial, porém, tal constatação não afasta a circunstância

de que o conteúdo existencial não é o mesmo para cada direito social (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 26).

É necessária utilização de uma interpretação no caso da extração de alguma consequência jurídica quanto à proteção negativa ou positiva dos direitos sociais e de seu conteúdo essencial, seja ele diretamente vinculado a alguma existência concreta da dignidade da pessoa humana ou não (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 26).

Dessa maneira, no que se relaciona ao modelo ora tratado, baseado na teoria externa das restrições aos direitos fundamentais, o conteúdo essencial coincide com o mínimo existencial, que, por sua vez, equivale ao último conteúdo essencial dos direitos fundamentais, sendo irreduzível e indisponível (LEIVAS, 2008, p. 318).

O conteúdo mínimo é um conceito aplicável não apenas a direitos, como, também, a setores da população, podendo identificar o número mínimo de pessoas que o Estado deve proteger no caso de crise econômica, obrigando-o a identificar as populações vulneráveis para, assim, permitir a fruição de seus direitos sociais (CARBONELL, 2005, p. 201).

A proteção do núcleo essencial, quanto aos direitos sociais, permite a necessária relativização dos direitos fundamentais, possibilitando resguardar a harmonia do sistema constitucional como um todo, bem como proteger os interesses dos titulares destes direitos no caso concreto (OLSEN, 2008, p. 156-157).

Quanto aos direitos fundamentais sociais a prestações, nos quais a atividade do legislador é mais constante, a garantia do núcleo essencial fornece um parâmetro a mais de controle da constitucionalidade, bem como não permitir restrições ao conteúdo essencial (OLSEN, 2008, p. 157).

De tal modo, o mínimo existencial é o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, notadamente se aceita a tese do núcleo essencial relativo, concernente ao resultado do procedimento de ponderação, não se podendo fixar os direitos que compõe esse mínimo existencial de maneira abstrata.

6.2 O direito fundamental definitivo a prestação

Qualquer omissão, parcial ou absoluta, que constitua intervenção em um direito social é inconstitucional, a menos que seja justificada

por exigências dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito e, além disso, garantido-se que o direito que não tiver sua precedência reconhecida em concreto não desapareça do Ordenamento.

O direito fundamental completo, no entanto, é algo complexo, porém, de aferição possível. É composto, por sua vez, de elementos de estrutura bem definida, sendo que, entre essas posições, há relações claramente definíveis, especialmente as de especificação, de meio-fim e de sopesamento (ALEXY, 2008, p. 253).

Toda omissão, seja parcial ou absoluta, que constituía uma intervenção a um direito social deve ser considerada inconstitucional, especialmente se desafiar seu núcleo essencial, ao menos que seja justificada por intermédio das exigências dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O preenchimento do suporte fático é condição para que a consequência jurídica da norma possa ocorrer. Ao contrário daquilo que defende a teoria interna, o direito definitivo não é algo definido *a priori*, mas, sim, apenas nos casos concretos, após a aplicação da técnica do sopesamento ou proporcionalidade (SILVA, 2006, p. 29-31).

Quanto ao suporte fático dos direitos sociais, é preciso preencher o âmbito de proteção do direito em pauta e a intervenção estatal, bem como ontrapor os dois elementos). Além disso, caso não haja fundamentação constitucional para a intervenção, não há restrição, mas, sim, de uma violação, determinando-se que a consequência jurídica deva ocorrer (SILVA, 2006, p. 31).

Dessa maneira, o conteúdo definitivo do direito fundamental é definido a partir de fora, de condições fáticas e jurídicas existentes. Quanto aos direitos sociais, o que se tem de fundamentar não é uma ação, mas, sim, uma omissão, ou, alternativamente, uma ação insuficiente. Caso contrário, surge um direito definitivo à realização de tal ação (SILVA, 2006, p. 40-78).

Assim, no caso dos direitos sociais, a inércia é tida como restrição aos direitos fundamentais sociais, enquanto as fundamentações para essas restrições devem ser constitucionalmente fundamentadas a partir de uma situação concreta. Caso contrário, é imperioso que o direito social seja realizado.

E necessário, entretanto, distinguir, de um lado, a “medida” de proteção e cuidado e, de outro, as “alternativas” pelas quais se atinge

o âmbito da prestação prescrita. Somente após preenchidos os dois pressupostos, a “medida” e as “alternativas”, é que será possível individualizar o “dever de proteção”, e determinar se este foi ou não cumprido (QUEIROZ, 2006, p. 80).

No caso de a fundamentação para a restrição ao direito fundamental ser constitucional, determinando-se que o direito fundamental social não se realize, ainda resta necessário preservar o núcleo essencial do direito à prestação, correspondente ao mínimo existencial, para não se permitir que o princípio que não alcançou precedência seja ceifado do ordenamento jurídico.

Considerações finais

A teoria dos princípios confirma a modificação paradigmática da teoria geral do direito. A separação entre princípios e regras confirma a separação entre o direito escrito e o principiológico. A Constituição de 1988 consagrou vários direitos fundamentais expressamente. Tais normas estão em constantes conflitos, a serem resolvidos por meio da ponderação.

O conceito de suporte fático é pouco desconhecido no direito constitucional brasileiro, utilizado com diferentes nomenclaturas em outros ramos jurídicos. Referida teoria dita que a concretização de direitos fundamentais depende da extensão do suporte fático, da fundamentação concreta, da possibilidade de restrição, e da existência de colisões entre direitos fundamentais.

O conceito de suporte fático se divide em restrito e amplo. Aquela, por sua abstração excessiva e dificuldades de aplicação, não é compatível com o regime dos direitos fundamentais da Constituição de 1988. Já o suporte fático amplo é o mais quanto à sua utilização para concretizar seus direitos fundamentais.

Esta, por sua vez, considera a existência de conflitos constantes entre princípios. Sobre as intervenções estatais há duas teorias, uma interna e outra externa. Aquela se relaciona à teoria do suporte fático restrito, não admitindo conflitos entre normas e não sendo, portanto, compatível com a Constituição de 1988.

Na teoria externa, concernente ao suporte fático amplo, identifica-se o âmbito de garantia do princípio como aquilo que resta da atuação redutora da restrição, de maneira que as normas não

trazem restrições intrínsecas, mas, sim, colidem com outras, sendo, assim, a teoria que melhor se adapta à Constituição.

A formulação de “limite aos limites” foi inicialmente prevista pela Lei Fundamental alemã, dirigida ao controle da atividade do Poder Legislativo, para evitar possíveis excessos na regulamentação dos direitos fundamentais. Quanto ao Brasil, é possível extrair essa formulação do regime jurídico da Constituição.

A teoria se divide em absoluta e relativa. Aquela se relaciona à teoria do suporte fático restrito e à teoria interna das limitações. Tendo em conta que dispensa a utilização da técnica da ponderação, não é adequada à Constituição de 1988, pois a condição dos princípios de mandados de otimização pressupõe a falta de rigidez do núcleo essencial.

Demanda, sim, a garantia de que o princípio que não alcance a precedência estabelecida pela ponderação não seja excluído, sendo, portanto, a teoria mais adequada ao regime jurídico da Constituição de 1988. A teoria, conjugada com a teoria da limitação dos direitos fundamentais e do conteúdo essencial, pode ser no regime jurídico dos direitos fundamentais.

Naquilo que se relaciona aos direitos sociais, entretanto, as restrições não se referem a atuações positivas do Estado, mas, sim, a omissões, que, por sua vez, somente podem comprometer a concretização desses direitos no caso de não serem incompatíveis com a Constituição. Além disso, não podem comprometer seu núcleo essencial, coincidente com o mínimo existencial

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. **Lei Fundamental de Bonn**. 1949. Disponível em: www.brasil.diplo.de. Acesso em: 29 out. 2022.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BERNAL PULIDO, Carlos. **O direito dos direitos**: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

CALIL, Mário Lúcio Garcez; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. **Hermenêutica do princípio republicano: o caminho para a compreensão da fazenda pública**. **Universitária**: revista do curso de mestrado em direito. Araçatuba, v. 8, n. 1, p. 74-105, jul. 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CARBONELL, Miguel. La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. (org.) **Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli**. Madrid: Trotta, 2005.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 279-312.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**, v. 164. Brasília: Senado Federal, p. 7-15, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti. (org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 13-50.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, v. 4, p. 23-51, 2006.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BUROCRACIA E A CULTURA DO “JEITINHO BRASILEIRO”

Elisabeth Maria de Mendonça Silva¹
Marília Rulli Stefanini²

Introdução

A sociedade brasileira foi construída sobre relações pessoais, cujo interesse se retrata nas mais variadas áreas de convivência social. Contexto este que acontece ao mesmo tempo em que leis e normas são institucionalizadas, cumprindo o formalismo necessário aos órgãos públicos e empresas privadas.

Frente ao convívio embasado em relações, a lei é formulada para os cidadãos brasileiros, enquanto que as lacunas da lei prestam-se aos amigos e familiares, qualquer pessoa que possa servir a um favor, favorecimento ou troca de interesses. Tal prática tende a aumentar o abismo social de desigualdade existente entre a lei que é aplicada aos cidadãos e cidadãs que se confrontam perante a lei, isso sem enumerar a herança da escravidão e do patriarcalismo, que assombram o Brasil até a atualidade.

A desigualdade exposta é corroborada no número crescente de desempregados, da fome, favelização, criminalidade, resultados de tantas pessoas que não vislumbram um futuro de direitos e vida digna.

É frente a este ciclo vicioso de condição social que aparece a burocracia que, assim como leciona Weber (1973), é o resultado da

¹ Doutora em Filosofia do Direito no Programa de Doutorado da PUC/SP. Mestre em Direito no Programa de Mestrado da Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha” (UNIVEM). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela UNAES (Campo Grande). Graduação em Direito na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Docente efetiva do curso de graduação em Direito da UEMS – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. (elizabethpba@uems.br)

² Doutora em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito no Programa de Mestrado da Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha” (UNIVEM). Graduação em Direito na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Docente colaboradora na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba, bem como nas Faculdades Integradas de Paranaíba-FIPAR. (mariliastefanini@yahoo.com.br)

estruturação do poder estatal, do sistema de administração pública e da sociedade à qual se aplica.

Tal dinâmica seria perfeita se o Estado garantisse o acesso e o atendimento a todos os cidadãos e forma igualitária, o correto emprego de poder e de controle dos seus agentes. No entanto, o que se percebe é uma burocracia repleta de protocolos de conduta e mecanismos de hierarquização, algo problemático e que é um empecilho que trava todo o sistema, na qual acaba por ser utilizada como forma de seleção, voltada para a satisfação de interesses, além da disparidade de oportunidades e desigualdades sociais.

Na tentativa de burlar o sistema da burocracia com seu emaranhado de protocolos, o brasileiro busca o caminho desviante na busca de soluções rápidas e eficazes para alcançar o objetivo proposto, configurando o estigma de “jeitinho brasileiro”, que macula toda uma coletividade, ainda que a grande camada da população sequer tem a opção do jeitinho.

Assim sendo, o tema justifica-se como consequência das desigualdades sofridas pelo povo brasileiro que ainda são rotulados pelo estigma de povo do “jeitinho”, como se todos os cidadãos tivessem a oportunidade de beneficiar-se dele ou então que o utilizasse cotidianamente. Trata-se de uma pesquisa de cunho qualitativo, descritivo, pelo método dedutivo.

1. A formação cultural do povo brasileiro

As pesquisas a respeito da sociedade brasileira, nas variadas áreas do conhecimento, perfilham a natureza familiar da formação cultural do povo brasileiro. A afirmativa é demonstrada no cotidiano do país em que o grande calabouço brasileiro são as relações formadas o tempo todo, umas obedecendo às relações pessoais de família, de amizade, de interesse e de compadrio, ao mesmo tempo que outras serão regidas pelas leis e normas gerais, com o passo da burocracia, pelo formalismo.

O brasileiro, então, convive com essas situações cotidianamente, em todos os setores possíveis e imagináveis da sociedade, do órgão mais simples ao supremo. A regra brasileira aplicada aos amigos e familiares compreende aquilo que pode ser feito nas lacunas da lei; enquanto isso, aos demais cidadãos, aplica-se a letra dura e morosa da lei.

Ademais, a formação histórica social brasileira torna-se flagrante, reconhecida de forma imediata e clara quando uma dessas confrarias é parte em qualquer processo que envolve a Administração Pública, sobretudo quando nelas sobressaem uma ascendência familiar com alguma notoriedade ou compadrio, sendo esse um fato social que contraria a prática – tanto legislativa quanto constitucional – que apregoa a igualdade perante a lei.

O sociólogo Boaventura de Sousa Santos, no livro “Pela mão de Alice” (2003, p.163) apresenta as ambiguidades entre o Estado, o poder estatal, e sociedade civil e os contrapontos entre o direito positivo e o direito “socialmente eficaz”, em destaque, afirma o seu questionamento social quanto às desigualdades existentes, assim apresentado: “A igualdade dos cidadãos perante a lei passou a ser confrontada com a desigualdade da lei perante os cidadãos” (SANTOS, 2003, p. 165).

Destarte, a desigualdade explanada se intensifica na sociedade brasileira quando se adiciona outro membro de influência ímpar, reproduzindo-se a relação entre os “senhores e os escravos” mediante essas ligações de afinidade e de formulação pessoal que, a seu tempo, desenvolverão futuras situações de “trocas de favores” e favorecimentos.

Sob outra vertente de análise, a formação da sociedade pátria é condição singular ao processo legal, tendo em vista que a interpretação e o cumprimento das leis são objetos de uma composição cultural e social, cujas relações pessoais e cujas possibilidades de negociação assumem um papel peculiar como característica do “homem cordial” de Holanda (1995). Como consequência, tem-se uma sociedade em que grande parte dos brasileiros não discerne o público do particular, de modo a não saber como agir em situações e lugares cujas relações sejam absolutamente impessoais.

O cenário exposto se confirma tendo em vista que a história do Brasil revela o quanto o patriarcalismo concentrou o poder e hierarquizou o povo de tal forma que desenvolver uma consciência política passou a ser uma empreitada utópica frente à engrenagem social e estrutural do Brasil, tal como afirma Holanda (1995, p. 146):

No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a

interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impeciosa. Dentre esses círculos, foi sem dúvida o da família aquele que se exprimiu com mais força e desenvoltura em nossa sociedade. E um dos efeitos decisivos da supremacia incontestável, absorvente, do núcleo familiar – a esfera por excelência dos chamados “contatos primários”, dos laços de sangue e coração – está em que as relações que se criam na vida doméstica sempre forneceram o modelo obrigatório de qualquer composição social entre nós. Isso ocorre mesmo onde as instituições democráticas, fundadas em princípios neutros e abstratos, pretendem assentar a sociedade em normas antiparticularistas.

Frente à formação cultural brasileira, a herança da escravidão e do patriarcalismo e as desigualdades sociais, a problemática social brasileira se torna cada vez mais complexa, sendo cada vez mais potencialmente visível por meio do seu expressivo número de desempregados, assim como pelos elevados índices da fome, da favelização, da violência e da criminalidade – particularmente nestes dois últimos – como única alternativa ou rebate por parte daqueles que não vislumbram um futuro de direitos e de vida digna (STRECK, 2004).

O cenário exposto agrava-se com a desestruturação do Estado e a ampla desigualdade que há no Brasil, fatos que geram um dano ao patrimônio público de grande monta, seja no alto gasto de erário público para atender a população menos favorecida e mais necessitada, seja na formação de outras tensões, tais como o aumento de procedimentos e de exigências da burocracia. Isto porque o ente estatal precisa selecionar a coletividade de alguma forma, posto não conseguir atender a todos indistintamente.

A prática estatal, no entanto, dá origem a um círculo vicioso estrutural no qual o conflito econômico se transfere para o sistema político, que retorna ao econômico devido ao custo dos programas sociais, que demanda o redirecionamento de recursos, que acaba onerando o Poder Público, que exige uma política de redução da intervenção estatal, aumentando a burocracia que volta ao início do circuito indicado primeiramente (HABERMAS, 1997).

2. A Burocracia Brasileira

A composição, o regramento e os procedimentos dos órgãos estatais são estabelecidos a partir da Constituição Federal, estendendo-se até o menor dos atos normativos de uns desses entes governamentais. Já o conjunto de regras formais e materiais que estabelecem a estrutura administrativa do Estado ou de organizações ligadas ao Poder Público é chamada de “burocracia” – termo existente desde meados do século XIV.

O vocábulo “burocracia” (*bureaucratie*, de origem francesa) advém de *bureau*, que, por sua vez, advém de *bure* – em latim, “pano de lã”. Inicialmente, esse tecido correspondia ao de uma toalha disposta em cima da mesa sobre a qual se despachavam os negócios oficiais. Mais tarde, passou-se a utilizar a mesma raiz para designar qualquer móvel sobre o qual esses negócios eram registrados habitualmente. Depois de um tempo, a palavra passou a ser empregada para designar, com o mesmo nome, a localidade onde se encontrava a mesa utilizada para esses registros (TENÓRIO, 1981).

Para Habermas (1997), o Estado surge com o estabelecimento de uma burocracia particularizada na executiva da administração pública e na promoção da justiça, destinada a dar andamento a ações políticas de programas de Estado, assim como também particularizada na solução de conflitos em geral.

Weber (1973) se dedicou ao esboço das organizações governamentais, relacionando a hierarquia e a autoridade dos governantes com os governados, estabelecendo que há uma profunda relação e diferenciação entre as épocas e a identificação daqueles que estão no poder. É dele o conceito de burocracia mais utilizado na doutrina, tomada como “[...] estrutura de poder hierarquizada segundo a qual certos indivíduos – os burocratas – participam ou executam as decisões de uma organização (seja pública ou privada), graças à sua qualidade de manipuladores de um determinado sistema de gestão, chamado burocrático” (WEBER, 1973, p. 12).

Na sequência da análise do autor, o Estado de direito é tomado como o fruto da liquefação empírica e normativa do direito (normas) e da política (atuação do Estado), tendo-se a existência da burocracia como fundamental para o direcionamento de ambos.

Em conformidade com os estudos de Weber (1973), a burocracia encontra-se, então, diretamente relacionada a três elementos: à estrutura do poder estatal, ao sistema de administração do Estado e à sociedade na qual se aplica. A princípio, a burocracia foi criada para organizar e hierarquizar os atos dos serviços públicos, dando-lhes a necessária ordem, a necessária razão e o atendimento necessário aos jurisdicionados. A esse respeito, Weber (1973) acrescenta que uma organização é racional quando é eficiente. Mais adiante, ele considera ainda que a vida do indivíduo dentro de um Estado é impossível sem o elenco de dispositivos de regramento da administração pública, inclusive no que se refere à atuação dos próprios entes que estão relacionados com o Poder Público.

É a burocracia que dispõe dos mecanismos e protocolos de conduta, de orientação e de posicionamento das instituições públicas em relação ao cidadão, dando ao povo a segurança jurídica da sequência e da conclusão das decisões. Contudo, os transtornos de ordem organizacional, social e econômica fazem com que o Estado crie cada vez mais regramentos e exigências, desencadeando um processo burocrático sem fim, dispendioso e ineficaz.

Para Habermas (1997), o Estado surge com o estabelecimento de uma burocracia particularizada na executiva da administração pública e na promoção da justiça, destinada a dar andamento a ações políticas de programas de Estado, assim como também particularizada na solução de conflitos em geral.

Cumprir apresentar outro doutrinador que escreveu sobre a burocracia, Merton (1970), que apontou variáveis na organização de Weber (1973), às quais chamou de disfunções da burocracia, levando em conta as situações de interferências informais que ocorrem em qualquer sistema e o potencial humano. Segundo ele, as disfunções da burocracia são ocasionadas com consequências imprevisíveis ao processo, principalmente as que estão relacionadas à ineficiência e à imperfeição de pessoas que ocupam os mais diversos cargos públicos. A dinâmica seria criteriosamente perfeita se o Estado garantisse o acesso e o atendimento a todos os cidadãos de forma igualitária, assim como se pudesse assegurar o correto emprego de poder e de controle dos seus agentes.

Frente à prática do ente estatal brasileiro, voltada à satisfação dos interesses particulares dos seus próprios representantes e/ou dos de

algum outro grupo específico, da disparidade de oportunidades e desigualdades sociais, não é por acaso que o termo burocracia caiu na concepção popular como algo problemático, como um empecilho que trava todo o sistema governamental e, por extensão, como um processo dispensável na solução de conflitos dos cidadãos.

Fato é que o cidadão brasileiro apenas reproduz a engrenagem criada pelo próprio Poder Público, que corrompe as instituições para atender a interesses particulares, ignorando as necessidades da população. Tal como assevera Holanda (1995, p. 85), “A família patriarcal fornece [...] o grande modelo por onde se hão de calcar, na vida política, as relações entre governantes e governados”. A edição contínua de protocolos e instâncias para a execução dos serviços públicos gera para a sociedade brasileira a sensação de que as regras burocráticas são instituídas como mecanismo de controle, como uma espécie de processo seletivo disposto a hierarquizar ainda mais a função do Estado para com os seus cidadãos.

As indagações aqui expostas não ignoraram o fato de que a Administração Pública carece do cumprimento de regramentos e até mesmo de determinadas formalidades para assegurar o seu bom funcionamento; entretanto, frente às necessidades de ordem organizacional, social e econômica que permeiam o Estado, o Poder Público tem recorrido, cada vez, à adoção de medidas que configuram um processo burocrático que, não bastasse ser muito dispendioso e nem sempre eficaz, acaba por se tornar mais um mecanismo para potencializar a desigualdade e a exclusão social.

Para sobreviver e driblar as necessidades cotidianas vivenciadas pelos brasileiros, o sociólogo Roberto DaMatta (1991) explica que o cidadão vive nessa confusão social que resulta em comportamentos ambíguos e contraditórios, portando-se diferentemente de acordo com o local e momento.

É como se tivéssemos duas bases através das quais pensássemos o nosso sistema. No caso das leis gerais e da repressão, seguimos sempre o código burocrático ou a vertente impessoal e universalizante, igualitária, do sistema. Mas no caso das situações concretas, daquelas que a "vida" nos apresenta, seguimos sempre o código das relações e da moralidade pessoal, tomando a vertente do "jeitinho", da "malandragem" e da solidariedade como eixo de ação. Na primeira escolha, nossa unidade é o indivíduo; na segunda, a pessoa. A pessoa

merece solidariedade e um tratamento diferencial. O indivíduo, ao contrário, é o sujeito da lei, foco abstrato para quem as regras e a repressão foram feitos (DAMATTA, 1991, p. 169).

A burocracia e a atuação do Poder público tornam-se um dos impedimentos estruturais que intensificam a desproporção de oportunidades, das condições de segregação e de fronteiras, fatos estes que induzem o cidadão a romper com as normas estatais e apelar para o caminho desviante na busca por soluções rápidas e eficazes. É o chamado “jeitinho brasileiro” para alguns. Para a inquietação que precede este texto, é a reprodução do comportamento dos que detém o poder por aqueles que vivem entre a invisibilidade e a sobrevivência.

3. O “Jeitinho Brasileiro”

A princípio é importante destacar que a formação histórica e cultural de uma sociedade reflete nos contextos que determinam a vida dos cidadãos cotidianamente. Desta forma, o fato de a formação do povo brasileiro ser oriunda de uma sociedade escravocrata que impôs uma hierarquização entre os brasileiros, classificando-os em “superiores” e “inferiores”, além de se basear nas relações interpessoais envolvendo família, amizade ou compadrio, é diretamente responsável pelo estigma do “jeitinho brasileiro” aplicado a qualquer pessoa, inclusive como característica constitutiva da própria identidade nacional.

Infelizmente, nas mais diversas regiões deste país continental, os comportamentos que expressam a imagem do povo brasileiro contrastam o ideal de postura ética – que acaba muitas vezes validando o estigma apresentado – e a real condição de grande parte da população – cuja luta diária se dá em nome da sua própria sobrevivência, a exemplo dos moradores das favelas (nas grandes cidades), bem como em relação aos cidadãos carentes e vulneráveis (independentemente da sua localidade).

Ter essa concepção e ratificar esta cicatriz do “jeitinho brasileiro” é ignorar a premissa da prática ética, qual seja, o exercício da liberdade de decisão, já que o comportamento da grande massa da população é determinado por condições alheias à sua vontade ou faculdade. Desta forma, não há que se falar em ética para retratar tal comportamento tendo em vista que este não é fruto de uma escolha já que a maior camada

da população brasileira não dispõe dessa oportunidade. O “jeitinho” aí, portanto, retrataria justamente essa realidade: a da falta de opção.

Para o sociólogo Jessé Souza (2017), a figura do “jeitinho” aplicada à população brasileira indistintamente, é uma prática dos membros da chamada “elite brasileira”, à qual ele responsabiliza pela criação desse estigma. Nas suas lições ele explica que se trata da camada social brasileira que atua cotidianamente para garantir a manutenção e o atendimento dos seus desejos e interesses, valendo-se desse comportamento característico para imputar aos pobres todas as mazelas do País.

Destaque mais do que merecido ao autor, inclusive esta é a razão pela qual, por meio dos seus discursos de ódio, a “elite brasileira” incita os demais cidadãos de uma outra camada social brasileira – a “classe média” – a repudiar os vulneráveis, atribuindo a estes últimos o que, na realidade, corresponde às suas próprias condutas reprováveis. Fazendo crer que são eles os representantes desse “jeitinho” pelo qual todo o povo brasileiro é reconhecido, e não ela própria.

Ainda a respeito da marca apresentada, Souza (2017) chama atenção para a necessidade de compreendermos a relação entre a escravidão e a sociedade brasileira a fim de que possa ser formada uma visão social, econômica e política do que é o Brasil na atualidade, além de esse entendimento tornar possível vislumbrarmos como esse mecanismo funciona.

Segundo ele, o primeiro ponto de verificação é o fato de que o Brasil manteve a escravidão por longos 300 (trezentos) anos e de que, quando finalmente se deu a abolição da escravatura, o escravo não foi alçado à condição de cidadão brasileiro, com todos os direitos e deveres constitutivos de qualquer membro da coletividade, mas, sim, expurgado da coletividade branca, de modo que só lhe restou integrar-se com os demais irmãos, com os quais formou a camada social mais pobre e vulnerável do país.

Nessa direção, da segregação própria da escravidão à sua exclusão social de homem livre, desencadeou-se uma ruptura de conceituação e de posicionamento social que, na realidade, pouco mudou. A aversão àqueles antes escravizados e, depois, aos escravos excluídos permaneceu, sendo que as mudanças sociais decorrentes desse processo são feridas sociais até hoje não cicatrizadas precisamente por resultarem de um abandono estrutural

que deixou esses indivíduos perdidos em relação à sua identidade e à posição social à qual pertenceriam.

Nesse diapasão, Souza (2017) identifica a emergente “classe média” brasileira, composta pelos brasileiros que se classificam entre a elite (classe dos cidadãos que detêm o poder econômico) e a classe “inferior” dos frutos da escravidão (também chamada por eles de “ralé”). Na visão do sociólogo, a classe média brasileira convive e opera para se firmar entre a idolatria e a cobiça dos que compõem a elite, reservando o seu desprezo e o seu complexo de superioridade àqueles que compõem a “ralé”.

Nesse conflito social da classe média é que a elite brasileira, ainda orientada pelo seu pensamento escravocrata, manipula o mercado, a política e a sociedade, enaltecendo o ódio aos mais necessitados e desviando as atenções da problemática central do país, que a envolve. Assim, ela imputa a responsabilidade pela corrupção ao Estado e às políticas sociais, enquanto a verdadeira corrupção acontece, cotidianamente, pelos detentores do poder político e econômico – ou seja, ela própria –, que assumem a imagem de benevolentes e de geradores de empregos e oportunidades.

Especificamente na obra “A elite do atraso”, Souza (2017) se refere à operação judicial e policial da “Lava Jato” (extinta em fevereiro de 2021) como uma manobra da elite brasileira que causou muitos abalos na vida dos brasileiros. Principalmente por, mediante o pretexto do “combate à corrupção”, instigar a coletividade numa reprovação à igualdade social. A esse discurso assimilado vultuosamente pela classe média, o estudioso chama de “tolo”, afirmando ainda que a operação em questão se assemelhava ao combate de um “aviãozinho do narcotráfico”, que condena o indivíduo que atua como “avião” (ou “mula”), enquanto o tráfico de drogas comandado pelo patrão ou chefe continua livre e sem a sua identidade.

Nessa conjuntura, Souza (2017) reflete que a grande mazela nacional que enfrentamos não é a corrupção do Estado brasileiro e que esse não é o fator determinante da desigualdade social do Brasil: antes, as origens da penúria e da exclusão social advêm de uma sociedade de origem escravocrata, na qual a classe média segue tratando “com reservas” tudo o que é oriundo da “ralé” ou que simplesmente a representa. Isto porque os membros dessa classe média encontram pontos em comum somente com a elite, com a qual

querem se associar, e não se identificam, por conseguinte, com a inferioridade das classes “vulgares”.

Importa esclarecer que esse tipo de postura é comum a todas as demais sociedades com a mesma origem escravocrata – à exceção de vários países da Europa, que romperam com essa tradição, elevando todos os seus cidadãos à condição de seres humanos por meio da educação e de políticas sociais que lhes asseguraram paridade diante das oportunidades, mas que não enumeraremos aqui para não fugir ao objeto central da presente investigação.

No Brasil, entretanto, os miseráveis e componentes da “ralé” continuam na mesma condição; inclusive, os trabalhos que lhes são disponibilizados são os mesmos do Brasil Colônia, abrangendo a sua atuação na lavoura, nos serviços domésticos e na construção civil, não bastasse sequer conseguirem romper com os limites da informalidade.

Embora seja certo que a malandragem e o “jeitinho brasileiro” podem ser observados em todas as camadas sociais, também não resta dúvida de que essa conduta está diretamente vinculada ao contexto socioeconômico no qual esses mesmos cidadãos se movimentam. Na prática, isso significa que, no Brasil, dados as particularidades e os interesses da elite na qual está concentrado o maior percentual de poder, quanto mais acesso e oportunidade, maior a probabilidade de incidência nesse comportamento, ainda que de forma muito mais específica e, também, bem menos evidente.

Já para a população que reside nas favelas, nas regiões afastadas e, principalmente, onde o controle de organizações criminosas imperam, esses meios de negociação são muito mais restritos e, por isso mesmo, bastante reduzidos, não obstante a tentativa elitista de recriminá-la também por essa prática que é muito mais característica dela própria, não bastasse seguir assegurando as suas vantagens individuais acima das necessidades desse coletivo.

Em suma, ainda nas lições de Souza (2017), o estigma do “jeitinho brasileiro” relacionado à grande parte da população remete ao malabarismo cotidiano do brasileiro que se vê na necessidade de seguir vivendo sem dispor de alimentação adequada, sem moradia digna, sem acesso a atendimento médico e hospitalar de qualidade, sem acesso à educação e à segurança pública – portanto, sem nenhuma ligação com o sentido pejorativo da expressão que remete a

“malandragem” e relacionado com a estrutura de poder social e econômico imposto ao povo pátrio.

4. A Burocracia e a Cultura do “Jeitinho” como Resultados do Poder

Como um Estado de Direito, o Brasil precisa atuar intrinsecamente em sintonia interna com o direito e a política. Inicialmente, pela expectativa legal, tanto o arcabouço jurídico quanto arcabouço político apresentam funções específicas; no entanto, eles mantêm uma comunicação mútua perante a sociedade.

Para ilustrar a ligação entre o direito e a política, Habermas (1997) leciona que o primeiro é um sistema normativo que abdica da violência em favor da coerção que é legalmente institucionalizada³; já o segundo se desenvolve por meio do poder cuja violência é consentida institucionalmente, até mesmo para afiançar a prática da preponderância legal. Assim, o nexos de integração entre o direito e a política é mecanismo de garantia de que ambos exerçam as suas funções mútuas da mesma forma com que atuam nas suas funções específicas.

Habermas (1997) observa e aponta também que, com o nascimento do ente público e da sociedade contemporânea, o direito passou a ser codificado e conduzido por instituições públicas que exercem o poder de atender às necessidades e às vontades individuais e coletivas da comunidade, assim como o poder de controlar e de acompanhar os atos do Estado que precisam ser revestidos de legalidade.

Para demonstrar a atuação do poder comunicativo das normas ao poder estatal, Habermas (1997) também assinala que a administração pública precisa seguir uma autoprogramação fundamentada no princípio da soberania popular – o que não significa que os cidadãos deverão se reunir em assembleias tais como na Grécia antiga, mas que a representatividade política precisa, efetivamente, expor as necessidades e as vontades da população. Afinal, é no desenho de uma sociedade participativa que a soberania popular se faz mais presente, de modo a diminuir a distância da convivência e a problemática social

³ A coerção própria da norma é dispensada pelo direito quando ocorre o cumprimento da mesma por acatamento ou reverência.

da coletividade e do Estado, seja por meio da normatização, seja mediante as suas ações.

Por meio desse entendimento – e consonante a realidade de tantos países, entre os quais se encontra o Brasil –, Habermas (1997) defende que o Estado de Direito, tanto no exercício da administração pública quanto na atividade legislativa e judiciária, está vinculado às normas já concebidas no ordenamento jurídico, cuja legitimidade será garantida se a aplicação dessas normas estiver voltada à conduta de isonomia, de inclusão e de redução das desigualdades sociais. Ainda segundo ele, a teoria da argumentação precisa da participação de todas as partes da sociedade para que haja lógica na prática administrativa, sem a conduta divergente para um mesmo sujeito de direito, dependendo da posição ou da expressão social que ele representa. Trata-se da aquiescência de que os procedimentos burocráticos serão igualitários, bem como da observação dos problemas de relevância social sem que haja a imposição singular da vontade de alguém em específico.

Diante do exposto, o direito seguido pela Administração Pública, não pode se prender a um sistema fechado⁴ e injusto (Žižek, 2003 apud GRILLO, 2014), baseando-se apenas na posição da lei que contraria e ignora a vivência de uma coletividade. A direção de ambos é a manutenção e o amparo da dignidade da pessoa humana, trabalho este que se perde sem a observação da ética. A elaboração e a aplicação das leis se legitimam se estiverem direcionadas à promoção e à aplicação da justiça tal como ela for necessária, com todas as diversidades sociais que existem numa sociedade.

No Brasil, a constituição de um Estado Democrático de Direito destinou ao Supremo Tribunal Federal (STF) – órgão máximo do Poder Judiciário – a tarefa de cuidar e garantir o cumprimento da Constituição Federal, do mesmo modo como atribuiu ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) a função de zelar pelo sistema federativo de governo e de uniformizar o entendimento da legislação federal pelos

⁴ A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann (2016, p. 79) enfatiza que os “sistemas sociais operam [...] fechados sobre a sua própria base operativa, diferenciando-se de todo o resto e, portanto, criando seu próprio limite de operação”. E segue a sua assertiva: “o fechamento é condição da abertura do sistema ao ambiente: o sistema só é capaz de estar atento a responder à causalidade externa por meio das operações que ele próprio desenvolver”

órgãos inferiores demonstra uma estrutura na solução de conflito que deveria atender às necessidades da sociedade brasileira e não fosse pelo fato do acesso à justiça, primordialmente, se esbarra em barreiras de cunhos econômico, cultural e social. E, ainda, ultrapassar e vencer a burocracia estatal.

Ainda nessa mesma publicação, Souza (2018) explicita que o seu entendimento segue na mesma vertente do de Bourdieu (1989), explicando que a composição da sociedade brasileira não pode ser pautada exclusivamente nas relações de parentesco, pois aquilo que observamos a respeito do comportamento do brasileiro independe da sua integração familiar ou das suas relações de compadrio: para esse sociólogo, o que está em questão entre os sujeitos é uma interação que está condicionada à obtenção ou não de vantagens ou favores – posição esta que diverge daquela de DaMatta (1991).

Nesse sentido, Weber (1999) classificou a dominação legítima nos três seguintes tipos: a) a tradicional, feudal ou patrimonial, cuja aceitação da autoridade se baseia na crença da legitimidade e se dá pelos costumes; b) a carismática, na qual a aceitação provém da lealdade e da confiança nas qualidades de quem governa (nesse caso, tem-se a figura de um líder ou chefe cujo carisma seja singular ou excepcional; e c) a racional-legal ou burocrática, cuja dominação ocorre pela crença na legalidade e na legitimidade das leis e dos regulamentos porque a sociedade acredita que o que está na lei é legítimo e deve ser cumprido.

Detendo-se sobre a obra de Weber (1973), Chiavenato (2003) defende a burocracia, apontando as inúmeras vantagens sociais decorrentes da sua aplicação, tais como: a racionalidade, a partir da qual se conta com a precisão com que cada cargo é definido, com a sua responsabilidade correspondente; o procedimento organizado metodologicamente, que viabiliza a previsibilidade dos atos – o que aumenta a confiança nos resultados; a celeridade nas decisões obtidas pela ordem e a uniformidade de rotinas e regulamentos; e a facilidade de substituição de funcionários do sistema burocrático, tendo em vista que o trabalho é profissionalizado e objeto de treinamentos especializados ao órgão. Acerca dessa última vantagem, mais especificamente, a atribuição das funções e das competências aos funcionários públicos lhes permitiria executar a sua atribuição de forma a atender pertinentemente às demandas dos cidadãos.

É sob essa apreciação, aliás, que Weber (1973) elegia a burocracia como o aparelhamento por excelência, pois se pautava na sua racionalidade e na adequação dos atos públicos como meios destinados ao fim desejado. De acordo com Weber (1973) e Chiavenato (2003), portanto, a burocracia é destinada à eficiência e à excelência, devendo prever e ditar com precisão a sequência e a forma com que os atos se darão. Para o sucesso da sistematização idealizada por Weber (1999), ele traçou os três seguintes fatores para direcionar e gerir a burocracia nos órgãos públicos: a) o incremento de uma capitalização monetária: na burocracia, a moeda adquire o espaço da féria em espécie para os funcionários, permitindo a concentração do comando e o fortalecimento da administração burocrática; b) o crescimento quantitativo e qualitativo dos trabalhos administrativos do Estado Moderno; c) a superioridade técnica – em termos de eficiência – do tipo burocrático de administração como uma potência autônoma para conferir a sua prevalência. Weber (1973) idealizou um sistema burocrático eficiente e racional como ele deve ser, não obstante a impossibilidade de uma organização racional por natureza, uma vez que as ações nela praticadas advêm de seres humanos; logo, imprevistos, imperfeições e até mesmo condutas inadequadas são previstas e inevitáveis.

Merton (1970), entretanto, explica que a forma de burocracia apresentada por Weber (1973) é ilusória quando se trata da atuação do Estado sobre os seus subordinados nessa constante luta de poder e de permanência no poder. Trata-se de uma questão que direciona a burocracia para além daquilo a que ela originalmente deveria servir, incorporando-lhe excesso de formalismo e de documentação protelatória, redundando na sua ineficiência e inadequação.

Posto o Estado nos três poderes que o compõem, verificamos que em todos eles estão presentes o poder simbólico representativo da classe dominante e a subjugação das demais camadas sociais. Desta forma é que entendemos a urgente necessidade de que o ente público estabeleça critérios mediante os quais se dê esse ajustamento social de interesses, de modo que não apenas as ações tendenciosas da figura estatal não fiquem tão manifestas, mas, principalmente, que não preponderem sobre os demais interesses. E, nesse processo de ajustamento, que sejam igualmente revistos os mecanismos de controle e de seleção social que culminam na burocracia – a qual,

muito embora se caracterize como um conjugado de normas formais e materiais para a organização e a estruturação da administração pública, acaba se estabelecendo em todos os organismos do Estado mediante a imposição de uma série de regras.

Já em contrapartida ao que foi até então exposto, o Estado liberal é regido pelas regras do mercado financeiro e econômico por livre competição entre os entes e os cidadãos. Nele, os fatores de produção são o trabalho e o capital, que imperam na sociedade de maneira a lhe angariar cada vez mais lucros. Ou, ao menos, a uma pequena parcela dela. A essa disputa do Estado liberal com o Estado do bem-estar social, Habermas (1997, p. 506) chama de “dilema estrutural da sociedade complexa”, no qual o econômico e o social ameaçam a racionalidade, reduzem a cidadania e podem transformar os membros da sociedade em fregueses das burocracias e do judiciário.

Nesse cenário, a burocracia é parcial em relação ao poder de determinadas pessoas e grupos, causando o distanciamento do serviço público de cidadãos que já carecem de poder aquisitivo e estrutural, desencadeando uma exclusão social ainda mais gritante – e, justamente, a de comunidades às quais o Estado deveria socorrer. Habermas (1997) demonstra a falência do Estado liberal e do Estado do bem-estar social justamente por conta dessa disputa conflituosa na qual os mais atingidos e prejudicados são a população mais necessitada de atenção do Poder Público. Para o autor, a proposta do liberalismo consiste em viabilizar ao povo a oportunidade de trabalhar livremente e vender da forma que lhe convier a sua força de trabalho, seguindo o princípio da igualdade e da oportunidade. No entanto, para que isso acontecesse, todos os membros da coletividade precisariam estar em paridade de oportunidade para negociar o seu produto no mercado, sem distinção de classes.

Ainda entre os principais temas que transbordam das esferas políticas e econômicas para as páginas impressas ou digitais dos jornais e da mídia em geral, constam também fatos relativos: à instabilidade na segurança jurídica; a práticas jurídicas diversas (em todas as instâncias) dependendo das pessoas (e da classe social a que pertencem essas pessoas) que são partes nos litígios; a problemas de acesso à justiça ou mesmo da sua aplicação; a situações de aclamação ao direito posto na mesma intensidade de casos de impunidade; à burocracia e às suas disfunções pela instauração de um sem número de regras e de

procedimentos sem fim; à garantia seletiva dos direitos fundamentais, entre os quais figura o princípio do devido processo legal, que abrange especificamente as classes sociais mais elevadas, em detrimento da marginalização das demais; a prerrogativas específicas de parte seleta da sociedade brasileira no que concerne às garantias individuais; à aplicação da lei, portanto, não de forma indistinta, mas distintamente; a questões de força e de disputa pelo poder, da mesma forma como em relação à imposição ou ao abuso de poder. Isso sem contar a quantidade de matérias em que sobressai o comportamento do “jeitinho brasileiro” e da malandragem generalizada, característico nas negociações das mais distintas origens.

Considerações finais

A desestruturação do Estado brasileiro agravado pela ampla desigualdade social e econômica faz com que a Administração Pública crie mais e mais protocolos e procedimentos de conduta que compõem a burocracia, tendo em vista que o poder público não tem condições de atender todos os cidadãos. Esta demanda popular resulta em um sistema burocrático que funciona como processo seletivo inatingível para muitas pessoas.

Indubitavelmente, a burocracia é necessária, em ênfase a lição de Weber (1973) que a define como sendo meio de organização e hierarquização dos atos e serviços públicos. No entanto, no Brasil, esta funciona como impedimento estrutural de acesso aos órgãos públicos, que intensifica as desigualdades e é usada como objeto de segregação e fronteira.

Em destaque a lição de Merton (1970) que responsabiliza a burocracia por suas disfunções ocasionadas pela ineficiência e imperfeição das pessoas que ocupam os diversos cargos públicos.

Seguindo o ensinamento anterior, Merton (1970) explica que a burocracia apresentada por Weber (1973) é imaginária diante da atuação de um Estado em constante luta por poder e permanência do poder, utilizando dos mecanismos de conduta e protocolos da Administração Pública para além daquilo a que deveria servir, anexando-lhe excesso de formalismo e de documentação protelatória, redundando na sua ineficiência e inadequação.

No meio de tamanha quantidade de protocolos que compõem a burocracia brasileira, o estigma de “jeitinho brasileiro” se intensifica e se torna mais comum, já que o caminho desviante se mostra uma alternativa de ver seus objetivos analisados.

A pesquisa demonstra que o rótulo de “jeitinho” é aplicado de forma errônea e injusta ao povo brasileira, tendo em vista que a prática do caminho desviante pressupõe um comportamento de ruptura ética e liberdade de escolha, postura esta que não condiz com a realidade da sociedade brasileira que vê em tal atitude uma falta de opção que não corresponde à liberdade de escolha.

Em análise de outra ótica, percebe-se que malandragem e o “jeitinho brasileiro” podem ser observados em todas as camadas sociais, também não resta dúvida de que essa conduta está diretamente vinculada ao contexto socioeconômico no qual esses mesmos cidadãos se movimentam, mesmo porque, a grande parcela da população não tem sequer esse caminho.

Na prática, isso significa que, no Brasil, dados as particularidades e os interesses da elite na qual está concentrado o maior percentual de poder, quanto mais acesso e oportunidade, maior a probabilidade de incidência nesse comportamento, ainda que de forma muito mais específica e, também, bem menos evidente.

Já para a população que reside nas favelas, nas regiões afastadas, esses meios de negociação são muito mais restritos e, por isso mesmo, bastante reduzidos, não obstante a tentativa elitista de recriminá-la também por essa prática que é muito mais característica dela própria, não bastasse seguir assegurando as suas vantagens individuais acima das necessidades desse coletivo.

E desta forma, a burocracia é um condão parcial em relação ao poder e condição social de determinadas pessoas e grupos, gerando o distanciamento do serviço público de cidadãos que já carecem de poder aquisitivo e estrutural, desencadeando uma exclusão social ainda mais gritante – e, justamente, a de comunidades às quais o Estado deveria socorrer.

Referências

- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução: Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Difel, 1989.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.
- CHIAVENATO, Idalberto. **Introdução à teoria geral da Administração**. 6. ed. São Paulo: Editora Campus; Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.
- DAMATTA, Roberto. **Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1991.
- DAMATTA, Roberto. **A casa & a rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1997.
- GRILLO, Marcelo Gomes Franco. **O Direito na filosofia de Slavoj Žižek**. São Paulo: AlfaOmega, 2014.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1. Título original: Faktizität und Geltung. Beitrage zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Petrópolis: Vozes, 2016.
- MERTON, Robert K. **Sociologia: teoria e estrutura**. Tradução: Miguel Maillat. São Paulo: Mestre Jou, 1970.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pósmodernidade**. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2003.
- SILVA, Elisabeth Maria de Mendonça. **Estado e “Poder Paralelo”: dois mundos separados por uma linha tênue**. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. São Paulo: [s.n.], 2021. 267p. il. ; 29 cm.
- SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato**. Rio de Janeiro: Leya, 2017.
- STRECK, Lênio Luiz. **Constituição ou Barbárie? A lei como possibilidade emancipatória a partir do Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2004.
- TENÓRIO, Fernando Guilherme. **Weber e a burocracia**. Revista do Serviço Público, [s.l.], ano 38, v. 109, n. 4, p. 79-90, out./dez. 1981.

WEBER, Max. **Ensaio de sociologia e outros escritos**. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os Pensadores, v. 37.)

WEBER, Max. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, DF: Editora Universidade de Brasília, 1999. v. 1.

ŽIŽEK, Slavoj. **Violência: seis reflexões laterais**. Tradução: Miguel Serras Pereira. São Paulo: Boitempo, 2014.

COLABORAÇÃO DOS SUJEITOS PROCESSUAIS PARA A EFETIVAÇÃO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Aires David de Lima¹

Manoel Gustavo Silva Santana Neto²

Introdução

O presente trabalho objetiva perquirir acerca da recorrente crítica imputada ao Poder Judiciário brasileiro, quanto à morosidade na entrega do bem da vida buscado pelas partes, assim como algumas alternativas para auxiliar a solucionar o litígio de maneira justa, célere e efetiva e que também possa fomentar o diálogo entre as partes e, doutra banda, prevenir a ocorrência de futuros novos litígios.

Os dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) dão mostra da produtividade dos juízes brasileiros, bem como o número de novas demandas instauradas a cada ano, o que demonstra claramente a predileção do brasileiro pela prestação jurisdicional quando da ocorrência de conflitos.

Algumas alternativas ao Judiciário foram implantadas, dentre elas a mediação e a conciliação, que também podem suceder no bojo do processo, ou a arbitragem, de configuração extrajudicial.

A Constituição Brasileira de 1988 foi denominada de “Constituição Cidadã” e, nesse ínterim, elencou como direito fundamental a razoável duração do processo, dentre outras garantias, tais como a gratuidade da justiça aos comprovadamente hipossuficientes, bem como a completa assistência jurídica e gratuita sob a incumbência do Estado aos reconhecidamente carentes de recursos.

¹ Doutorando em Direito pela Universidade de Marília (Unimar). Professor Efetivo da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). E-mail: airesnpj@yahoo.com.br.

² Mestrando em Estudos Jurídicos, ênfase em Direito Internacional pela Must University. Mestrando em Educação pela UEMS. Advogado e Técnico Administrativo da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). E-mail: manoel_gustavo@hotmail.com

Pela importância que uma prestação jurisdicional efetiva representa para a pacificação social, o constituinte reconheceu a celeridade processual como direito individual fundamental. Desse modo, uma relação processual demorada pode frustrar as expectativas dos jurisdicionados que se vêm lesados em seu direito.

Muito embora parecer uníssono entre os operadores do direito acerca da morosidade da prestação jurisdicional, não é consenso entre as partes (autor e réu), ao menos declaradamente, o sincero anseio de que o processo se desenvolva de uma maneira célere, pois, muitas vezes, uma das partes tem certo interesse na delonga.

Buscou-se compreender a conciliação, mediação e a arbitragem, como meios auxiliares na busca pela justiça, e como se desenvolvem e as garantias asseguradas às partes para que não ocorra uma segunda lesão em seu direito, desta vez até mesmo mais qualificada tendo em vista estar travestida de uma suposta reparação.

Assim, esses meios oferecem benefícios tais como um deslinde mais rápido dos processos, assim como especialização em alguma área temática, além disso, podem significar um custo reduzido, se comparados aos dos processos instaurados perante o Poder Judiciário.

A solução rápida dos conflitos no meio jurídico, trazendo aos jurisdicionados uma resposta aos seus anseios processuais, pode e deve ser estimulada pelos juízes, partes e todos aqueles que, de forma direta ou indireta, intervêm nessa relação, representando um benefício para toda a sociedade, por recompor, o mais rápido possível, a ordem rompida com a ocorrência do conflito.

Levando-se em conta essas problemáticas, esses meios surgiram como formas de auxiliar na distribuição da justiça e, por consequência, pacificar a sociedade, reequilibrando-a para o fim de que os sujeitos em litígio economizem tempo e dinheiro, ao invés de enfrentar uma longa espera com o tramitar do processo e, em momento posterior, com a impetração de recursos que, muitas vezes, acabam se demonstrando meramente protelatórios.

Assim, analisando a legislação brasileira contemporânea, no que concerne à celeridade processual, verifica-se a disposição de diversos meios de que se podem valer as partes no bojo do processo, ou até mesmo extrajudicialmente, como relevantes instrumentos para uma rápida, justa e eficaz solução do caso concreto submetido à

apreciação, se comparados às demoradas ações judiciais submetidas a diversos ritos processuais.

Deste modo, o objeto do estudo é pautado na observação e análise da importância das diversas soluções aos conflitos, o que as partes podem adotar para colaborar na celeridade da solução do litígio e os conseqüentes benefícios trazidos à sociedade, ao sistema judicial brasileiro, e principalmente aos envolvidos nas mais diversas questões.

Objetivou, ainda, a compreensão acerca de algumas formas de solução de litígios de que as partes podem se valer tais como a arbitragem, conciliação e mediação para que estes se tornem cada vez mais prementes no sistema de distribuição da justiça, para o fim de se aproximar da realidade brasileira e poder desfrutar cada vez mais da confiança da sociedade.

Também se fez necessário refletir sobre esses institutos alternativos, que igualmente podem ser desenvolvidos no bojo dos processos, ou de forma extrajudicial, e ainda como estes meios podem auxiliar na rápida solução dos litígios, apresentando-se como relevante aporte ao Judiciário brasileiro na celeridade processual, aumentando a credibilidade das partes em litígio com a satisfatória efetivação desse direito individual fundamental daqueles que procuram exercer a plenitude de um direito.

1. Evolução dos meios de solução dos litígios

A jurisdição, dentre a polissemia que o vocábulo apresenta, tanto coloquial quanto técnico, para efeitos desta pesquisa, será tomada como

[...] o conjunto de poderes reconhecidos à atividade judiciária do Estado [...] os poderes deste para resolver com independência sobre todas as relações jurídicas que se desenvolvem dentro de seu território. É o poder em abstrato de aplicar o direito a uma pretensão. (SOIBELMAN, 1996, p. 209-210)

Muito embora as inúmeras utilidades que a jurisdição apresenta como poder/dever de dizer o direito sob a incumbência do Estado, ainda não se encontra em um estágio de perfeita realização, pois muito embora no atual momento histórico representar a mais importante forma de pacificação social, não lhe faltam críticas, muitas vezes irrogadas por aquele que poderiam dar maior efetividade a seus

enunciados e, outras vezes, por alguns pouco familiarizados com a sistemática processual.

Uma retrospectiva história registra o quanto se avançou nesta área, se comparado com as primeiras aparições de que se tem notícia, pois estas não passavam de “encenações” na solução do litígio que, sob a ótica de um expectador do século 21, representa nada mais que a vitória do mais astuto e destemido sobre o mais fraco e tímido.

Inaugurando as formas de se solucionar os conflitos que a humanidade conheceu, temos a autotutela ou autodefesa, que de justo nada tinha, pois, “[...] quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com a sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO; 1993, p. 24-25).

Em um segundo momento, conheceu-se as concessões mútuas, representadas pela desistência, submissão e transação, que caracterizou a autocomposição e, muito embora representasse significativo avanço, padecia dos mesmos percalços do sistema anterior, pois dependiam somente da vontade das partes (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1993).

Na vereda de uma solução mais justa, tendo em vista que nas formas anteriores apenas as próprias partes chegavam a uma decisão, por meio do consenso ou até mesmo de imposição, o que representava a vitória do mais forte, sobre o mais desvalido, novos métodos foram pensados, se chegando à solução proferida pelo árbitro, escolhido pelas partes dentre anciãos ou sacerdotes, que detinham conhecimentos dos usos e costumes locais ou da suposta vontade das divindades (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1993).

Este passo representou importante marco com a interferência de um terceiro a proferir uma decisão, rompendo-se com o exacerbado individualismo que caracterizou os sistemas anteriores e, mesmo se utilizando do misticismo, eram os substratos disponíveis na época em que até os fenômenos naturais eram atribuídos aos deuses.

Nesses estágios, o Estado, nos moldes em que já se conhece, era extremamente incipiente, sem organização e força suficientes a se imiscuir no conflito entre as partes, o que fazia com que estas buscassem os meios à sua disposição para a satisfação de seu direito violado.

Com uma noção de Estado se firmando, tornou premente que este tomasse para si a missão de distribuir a justiça, tendo em vista os

malefícios que os sistemas anteriores apresentavam, realizando-se a transição da Justiça Privada para a Justiça Pública ou Justiça Oficial (THEODORO JÚNIOR, 2001).

A este poder/dever atribuído ao Estado de solucionar os casos que lhe são apresentados se denomina jurisdição, que muito embora na contemporaneidade seja o mais aceito como apto a cumprir a importante tarefa de distribuir a justiça, no entanto, não lhe faltam críticas e busca de alternativas para uma maior agilidade, simplicidade e efetividade quanto aos resultados práticos que as partes vieram em busca quando apresentaram suas demandas.

A ocorrência de conflito é um fato social. Não se tem notícia de nenhuma sociedade em que se viva em perfeita harmonia. No entanto, pode-se dizer que o sistema está ajustado, no sentido de que, quando da ocorrência do conflito, o Legislativo tenha o regulamentado por meio dos diversos enunciados legais e o Judiciário tenha a atribuição de aplicar esta normativa ao caso concreto, até mesmo podendo se utilizar de outros meios para integrar o sistema legal.

É de se dizer que, a partir do momento em que o Estado chamou para si a missão de dizer o direito, proibiu que os particulares fizessem justiça pelas próprias mãos, vedando, de regra, o uso da autotutela, que apenas é permitido em situações excepcionais e nos estritos termos da lei.

A autocomposição, remodelada, vem sendo amplamente utilizada até mesmo no bojo do processo judicial no que tange aos direitos disponíveis, assim como a arbitragem, que foi repaginada em suas aparições iniciais e passou a fazer parte do arcabouço legal na distribuição da justiça.

Atualmente, tem-se a jurisdição como o principal sistema na distribuição da justiça aos casos concretos, colocando-se como alternativas ao Poder Judiciário na resolução de conflitos, a arbitragem que consiste em uma técnica fora do Poder Judiciário, em que as partes se valem para uma resolução de seus litígios sendo esta decisão, a ser proferida por um ou mais árbitros revestida de força equivalente a uma sentença judicial.

Sobre a eficácia da sentença arbitral, prescreve o artigo 31 da Lei nº. 9.307/1996, que “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do

Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo” (BRASIL, 1996).

Além da arbitragem, outros métodos podem ser utilizados no bojo do procedimento judicial, ou até mesmo completamente apartado, contribuição de sobremaneira para uma efetiva realização do direito buscado pelas partes na satisfação de seus interesses.

Também podem ser citados os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº. 9.099/95), de grande relevância para uma maior aproximação da comunidade ao judiciário, na resolução das pequenas demandas que muitas vezes encontravam insuperáveis obstáculos burocráticos a serem superados, o que desestimulava a parte na busca de seus direitos

2. A jurisdição e os meios extrajudiciais de solução de litígios

A jurisdição é exercida por juízes, que na sua atividade, pronunciam a quem pertence o direito à vista do caso concreto que lhe é submetido. Para se chegar a uma sentença de procedência, não é suficiente apenas ter o direito, pois a prova desse direito é tão importante quanto ele, de acordo com o consagrado apotegma *allegare nihil et allegatum non probare paria sunt*³, vindo este verbalizado nos artigos 369 e 373 do CPC/15, apenas excepcionalizado em raríssimas situações.

No entanto, também se verifica no Código algumas outras maneiras de solucionar o conflito através do incentivo a uma maior participação das partes no diálogo e busca de soluções. Estes métodos são denominados alternativos, pois se trata de uma opção colocada à disposição das partes envolvidas no conflito, que, de regra, podem se socorrer ao Poder Judiciário, tendo em vista a garantia constitucional de inafastabilidade deste (BRASIL, 1988).

É o que prescreve o artigo, 5º, XXXV da CF/88:

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:

³ Tradução livre: Nada alegar e não provar o alegado, são coisas iguais.

[...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (BRASIL, 1988)

O Judiciário não pode ser preterido, salvo raríssimas exceções elencadas também na Constituição, sendo a conciliação e a mediação meios democráticos, que se colocam dentro do procedimento ou até mesmo ao lado do Poder Judiciário, na reparação de lesão ou ameaça a direito, também visando uma pacificação social.

Para uma maior efetivação do acesso à justiça, no ano de 2004, por meio da Emenda Constitucional nº. 45, acrescentou-se mais um ingrediente ao supracitado dispositivo, para o fim de se pensarem em formas e mecanismos para que, em todos os Poderes e instâncias esta inafastabilidade da apreciação judicial e acessibilidade não caísse no vazio, pelo descrédito na justiça devido às delongas na tramitação das causas.

Nesse contexto, agregou-se a este parágrafo 5º, o inciso LXXVIII, para o fim de que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988).

Esta inclusão foi um marco de muita utilidade no âmbito do Judiciário brasileiro, cuja extensão não se é possível mensurar, sendo que, a todo o momento, se pensam em leis, instrumentos, investimentos, capacitações, dentre outras iniciativas para que efetivamente possa, na prática, dar vazão a referida garantia.

Algumas inovações podem ser citadas, a exemplo da Lei nº. 9.099/95 que, muito embora editada antes da previsão constitucional da razoável duração do processo, contemplou uma infinidade de demandas que podem ser resolvidas de maneira mais rápida e simplificada.

No bojo do procedimento instituído pela Lei nº. 9.099/95 estimula-se a conciliação para abreviar o processo, favorecendo espaço e oportunidade para que as partes possam dialogar e chegar a um acordo, o que a prática vem demonstrando tratar-se de uma maneira rápida e eficaz para uma resolução instantânea do processo judicial que, muitas vezes, demandariam anos para serem solucionadas, se seguissem o procedimento comum, além do custo que representa para toda sociedade.

Assim, com a Lei nº. 9.099/95 surgem alternativas, como a proposta de acordo, e a promoção do diálogo, dentro de um procedimento judicial, tendo em vista os diversos benefícios

oferecidos, podendo ser citados os reduzidos custos e a promoção do entendimento entre os contendores, até mesmo para o fim de prevenir futuros novos conflitos.

Como prescrevem os artigos 1º e 2º da Lei nº. 9.099/95, o legislador visou com essa técnica atalhar o procedimento com o intuito de uma maior celeridade aos processos distribuídos aos Juizados Especiais como segue abaixo:

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 a **conciliação**, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência.

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** (BRASIL, 1995) (grifos nossos).

Como se percebe, a própria lei que criou os juizados cíveis e criminais no país, têm por base a economia processual e a celeridade, objetivando sempre que possível a conciliação ou a transação, bem como a resolução rápida dos conflitos judiciais, o que representa benefício tanto à credibilidade da justiça quanto para os jurisdicionados e também para toda a sociedade pela maior confiança que passa a depositar neste Órgão.

Uma sociedade em que não se verifica a ocorrência de conflitos é utópica, pois estes estão amalgamados nas próprias relações e pelas mais diversas razões, no entanto, apenas parte desses chega a ser conhecido pelo Judiciário, o que ocorre, muitas vezes, pela descrença na justiça, desconhecimento da lei por parte da população, ou até mesmo por acreditarem que os processos no Brasil levados ao Judiciário são demorados e de burocrática tramitação.

Uma alternativa ao Judiciário é a arbitragem, que tem como características a informalidade, oferecendo às partes a grande vantagem na resolução ágil nas controvérsias apresentadas, também traz o atrativo do domínio específico do árbitro quanto à matéria apresentada, ao contrário do juiz que deve analisar uma gama enorme de assunto.

A Lei traça alguns parâmetros para que o procedimento arbitral seja regular. Assim, a sentença proferida pelo(s) árbitro(s) deve obedecer a alguns requisitos e conter, no mínimo, o disposto na respectiva Lei,

podendo, apenas em circunstâncias excepcionais, catalogadas no artigo 32 da Lei nº. 9.307/1996, ser anulada pelo Poder Judiciário.

No entanto, apresenta como desvantagem em relação ao Judiciário este mesmo informalismo, pois pela inexistência de regras adremente estabelecidas pode gerar certa insegurança quando do desenrolar do procedimento, ademais, nem todas as matérias podem ser conhecidas e decididas pelos árbitros.

Em seu artigo 1º, a referida legislação estabelece quem pode ser parte na relação. Assim, apenas as pessoas capazes podem valer-se da arbitragem como alternativa ao sistema judiciário brasileiro para dirimir conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis (BRASIL, 1996).

A Resolução nº. 125/2010 deu maior visibilidade e ênfase a estes métodos que ampliam o diálogo entre as partes, dentre eles a arbitragem, a mediação e a conciliação, prescrevendo em seus artigos 1º e 2º:

Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Art. 2º Na implementação da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social, serão observados:

I - centralização das estruturas judiciárias;

II - adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores;

III - acompanhamento estatístico específico. (BRASIL, 2010)

Estas formas alternativas de resolução dos litígios, representados pela conciliação, mediação e arbitragem se encontram inseridos na legislação extravagante, como a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e também no Código de Processo Civil de 2015, que até mesmo em alguns procedimentos especiais concedeu maior atenção à figura do mediador, tal como sucede às Ações de Família. É o que prescreve os artigos 694 e 695 do Código de Processo Civil:

Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do

auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.

Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694. (BRASIL, 2015)

Esta inclusão consiste em uma valiosa inovação na processualística brasileira, rumo a uma maior promoção do diálogo, uma vez que pela própria abrangência da mediação, insculpida no artigo 165, § 3º do mesmo Codex, a atuação do mediador se dará preferencialmente quando as partes já mantêm algum tipo de vínculo anterior à ocorrência do litígio, sugerindo caminhos para a composição. (BRASIL, 2015).

O Código de Processo Civil ressaltou a importância, da arbitragem, conciliação e mediação, estimulando seu uso na resolução dos litígios para o fim de proporcionar maior agilidade na tramitação das demandas processuais.

Com o amparo desses instrumentos, se contribui para a diminuição de longas esperas nas resoluções dos processos submetidos ao Judiciário, o que aumenta por consequência a sua credibilidade, pois a demora é fator de desestabilidade, uma vez que pode forçar à aceitação de acordos desvantajosos para os menos favorecidos, que se vêem sem fôlego suportar as delongas do processo.

Desse modo, a conciliação, arbitragem e a mediação, favorecem consideravelmente na diminuição de processos, auxiliando com grande relevância o Poder Judiciário na sua precípua função de pacificador da sociedade.

O reconhecimento na nova sistemática processual foi de tamanho relevo que no capítulo I do Código que rege as normas fundamentais do direito processual civil, já constar a prescrição, em seu artigo 3º, a importância da arbitragem, conciliação e mediação, além de outros métodos de solução de conflitos:

Art. 3º 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 (BRASIL, 2015).

Assim, o objetivo principal do Código de Processo Civil de 2015 é o estímulo à mediação e à conciliação. Inclusive na própria petição, a parte pode manifestar seu interesse na sua realização: “A petição inicial indicará: [...] VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação” (BRASIL, 2015).

O incentivo a soluções menos desgastantes e mais rápidas possível, com a colaboração efetiva dos contendores, oportuniza aos jurisdicionados a buscarem a efetividade de seus direitos sendo um importante aporte a amenizar o problema da litigiosidade contida, que é um fator de grande instabilidade social.

Assim, compreende-se a relevante contribuição ao Poder Judiciário dessas formas alternativas de solução de conflitos, pois se amplia a oportunidade de acesso a justiça, o que por consequência diminui o número de processos judiciais, promovendo uma maior celeridade para o fim de uma melhor efetivação do direito das partes que podem ver seu pleito analisado de maneira rápida e eficaz.

3. O mito do anseio das partes por celeridade processual

Alguns dados sobre o poder Judiciário demonstram a quantidade de feitos e o crescente aumento da produtividade a cada ano. Assim,

O Poder Judiciário concluiu 26,9 milhões de processos em 2021, uma expansão de 11,1% no número de casos solucionados em relação a 2020. No mesmo período registrou-se o ingresso de 27,7 milhões de novas ações – incluídas as que retornaram a tramitar –, revelando um crescimento de 10,4%. (MELO; BANDEIRA, 2022, n. p.).

Assim, os investimentos, tanto em capacitação de pessoal como em tecnologia não cessam, no entanto, os novos desafios representados pela sociedade consumerista e a era informacional representaram também significativo potencial de lesão ao direito de

outrem, que também necessita do Legislador na sua regulação e do Judiciário na sua efetivação.

Muito embora uníssonas as vozes quando conclamam por uma maior celeridade do processo, na prática este fato não se demonstra na promoção de iniciativas nesse sentido, pelas próprias partes (ou ao menos por uma delas) para agilizarem ações que lhe cabem na rapidez deste e pelas mais diversas razões.

O Código Processual de 2015 buscou promover uma cultura colaborativa entre todos os envolvidos no processo, tanto que em seu artigo 6º prescreve: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva” (BRASIL, 2015).

A princípio soa anacrônico este enunciado, pois como podem partes antagônicas cooperarem? No entanto, esta contradição é muito mais aparente do que real, uma vez que ambos devem buscar a promoção da justiça, sendo nessa empreitada parceiros nesse escopo maior.

Algumas acusações quanto ao Judiciário ser o único responsável pela morosidade, acreditamos ser de veracidade duvidosa, no entanto amplamente defendida não apenas na sociedade, mas também na esfera jurídica, Moreira (2004, p. 1), assevera que:

Quanto aos mitos a que alude o título [O futuro da Justiça: Alguns Mitos], longe de estarem ainda por formar-se na vaga silhueta do amanhã, são - ao contrário - fenômenos presentes aqui e agora: bem mais assustadores, por isso mesmo, que qualquer espectro longínquo. O que liga uma coisa à outra é a minha convicção de que, se quisermos realmente progredir neste campo, precisamos desde logo exorcizar certos fantasmas que não raro se materializam graças ao ectoplasma da nossa própria miopia.

Depois dessa análise conceitual que nos convida a uma revisão de conceitos e uma abertura a fatos novos, Moreira procura espanar alguns mitos que, de tão longa data enraizados, já viraram verdadeiros clichês. No quesito rapidez, desdobra Moreira (2004) em alguns “submitos” que, para efeito desta pesquisa colacionou-se os que mais se aproximam da temática proposta.

O primeiro tópico que Moreira (2004, p. 2) procurou desmistificar é “[...] a crença, bastante difundida, de que se cuida de fenômeno

exclusivamente brasileiro [...] ousou assinalar que o problema é praticamente universal e alarma não poucos países do primeiro mundo”.

O segundo ponto que Moreira (2004, p. 2) deitou atenção é “[...] a idéia de que todos os jurisdicionados clamam, em quaisquer circunstâncias, pela solução rápida dos litígios”, assertiva a que também atribuiu o qualificativo de “submito” do mito “A rapidez acima de tudo (ou: quanto mais depressa, melhor)”

Continuando, “ideia ingênua: basta alguma experiência da vida forense para mostrar que, na maioria dos casos, o grande desejo de pelo menos um dos litigantes é o de que o feito se prolongue tanto quanto possível”. (MOREIRA, 2004, p. 3).

Elencando algumas condutas procrastinatórias, visando a delonga do processo, não excluindo sequer meios “ilícitos” para isso. É um fato muito pouco assumido por aqueles que labutam na seara jurídica que preferem apontar o Judiciário como único responsável pela demora do processo.

Alguns desestímulos ao interesse na delonga do processo também podem ser verificados no Código de Processo Civil de 2015, quando trata da tutela de evidência, prevista no artigo 311 que reza:

Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

Assim a tutela de evidência serve como um contra-estímulo quando, pelas peculiaridades do caso concreto, uma das partes vem se beneficiando com a demora da lide, ou seja, “[...] o direito da parte requerente é tão óbvio que deve ser prontamente reconhecido pelo juiz”. (NERY JUNIOR; NERY, 2021, p. 831).

Com uma rápida solução dos litígios, se corrobora com a disseminação da cultura de que o acesso à Justiça é um direito de todos, e o decesso uma garantia realizável para que os menos favorecidos economicamente não sejam forçados a fazer acordos desvantajosos por não mais suportarem as delongas do processo.

A mediação que foi promovida em 2015, quando da publicação da Lei nº. 13.140, cujo principal objetivo é sua maior efetivação no cotidiano daqueles que estão em contenda, deve ser incentivada pelos

operadores do direito, dentre eles procuradores, membros do Ministério Público e demais intervenientes. Prescreve o 1º, parágrafo único, da Lei nº. 13.140/2015:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia (BRASIL, 2015).

No entanto, alguns princípios fundamentais devem ser observados na mediação, para que, em nome de uma suposta celeridade não se atropelem princípios secularmente consagrados e acarrete o descrédito do próprio sistema. Assim:

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

- I - imparcialidade do mediador;
- II - isonomia entre as partes;
- III - oralidade;
- IV - informalidade;
- V - autonomia da vontade das partes;
- VI - busca do consenso;
- VII - confidencialidade;
- VIII - boa-fé (BRASIL, 2015)

Dessa forma, o instituto da mediação é regido por princípios basilares, colocando-se à disposição da parte a busca pela melhor opção para a solução de seus conflitos. A mediação se norteia pelo consenso, o que denota uma participação ativa das partes no diálogo, no respeito e na cultura de paz.

Analisando a importância que a mediação representa, verifica-se que essa é uma importante ferramenta no que tange à diminuição do volume de processos perante o Poder Judiciário, representando também um lado pedagógico na prevenção de novos litígios, uma vez que promove o diálogo, para o fim de as partes resolverem, por si mesmas, as possíveis controvérsias que possam vir a surgir.

Considerações finais

Os meios de resolução de conflitos acompanham o próprio amadurecimento social, pois como se pôde conferir, como se sucedia nos primórdios, a força bruta imperava até mesmo por uma questão de sobrevivência, o que refletia, também, quando da defesa dos direitos.

A ampliação do diálogo, bem como a aproximação das instituições encarregadas de promover a justiça da comunidade, têm sido uma característica na desmistificação de um Judiciário alheio aos reclames sociais.

Nesse ínterim, alguns meios alternativos de solução de conflitos foram pensados – muitos deles resgatados –, em novos moldes e aperfeiçoados para os dias atuais, tais como a autocomposição, e a arbitragem.

Busca-se, cada vez mais, através do diálogo, pôr fim à lide, com a participação dos contendores na busca de soluções. A eficácia dessas iniciativas para o incremento da credibilidade na justiça demanda respeito à lealdade, à boa-fé e ao cumprimento do que fora avençado pelas partes, o que vem contribuindo consideravelmente para a diminuição de processos no Poder Judiciário brasileiro.

A falta de empenho de todos os envolvidos no processo na promoção do diálogo, assim como o fomento à chamada cultura do litígio lotam os tribunais, o que torna o Judiciário bastante lento, muito embora os incessantes investimentos.

Deve-se, assim, incentivar a paz em todos os âmbitos, no entanto, exigir que a sociedade evite o conflito é utópico, pois as diversas interações são potencialmente promotoras de desgastes e desentendimentos, funcionando o Judiciário na missão de mediador, como algodão entre dois vidros, promovendo o entendimento e reequilibrando a sociedade.

Nortear as partes para uma solução através do consenso é a melhor opção para enfrentar a tramitação arrastada de processos com custos elevados não apenas financeiros, mas também emocionais, colocando as partes como expectadores de recursos que se mostram meramente protelatórios.

São fatores que, se não contornados pela sociedade, podem abarrotar o Judiciário ainda mais, diminuindo a confiança dos

jurisdicionados e de toda a sociedade quanto à fundamental garantia do acesso a justiça.

No entanto, para o sucesso dessa empreitada, exige-se o esforço de todos e de cada um, tendo em vista que, muitas vezes, a severa crítica atribuída exclusivamente ao Poder Judiciário quanto à morosidade do feito deve ser compartilhada com os demais envolvidos na relação, pois são recorrentes as procrastinações, pelas mais diversas razões por aqueles que poderiam proporcionar efetiva vazão a esta celeridade.

Alguns métodos alternativos para a resolução dos conflitos foram incorporados no bojo do procedimento judicial, tendo em vista as utilidades oferecidas para a realização de uma justiça rápida e efetiva e naquelas em que o diálogo é elemento primordial, tais como nas relações de família ou de outras de relação anterior que precisa ser cultivada até mesmo para a prevenção de novos litígios. Assim, buscou-se promover ainda mais a resolução pelas próprias partes através da mediação e da conciliação.

Como se pode notar, apesar da edição do Código de Processo Civil de 2015 e constantes investimentos tanto tecnológico quanto em pessoal, visando uma prestação jurisdicional justa, rápida e efetiva, muito ainda resta fazer para que este intento seja alcançado em sua plenitude. No entanto, com o engajamento de todos os sujeitos do processo, muito se pode fazer com o instrumental já existente.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 16 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 16 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 16 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública**; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 17 out. 2022.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 9 ed. 2 tir. 1993. São Paulo-SP, Malheiros.

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 suas providências**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 17 out. 2022.

MELO, Jeferson; BANDEIRA, Regina. **Justiça em Números 2022**: Judiciário julgou 26,9 milhões de processos em 2021. Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/justica-em-numeros-2022-judiciario-julgou-269-milhoes-de-processos-em-2021/#:~:text=Justi%C3%A7a%20em%20N%C3%BAmeros%202022%3A%20Judici%C3%A1rio,processos%20em%202021%20%2D%20Portal%20CNJ&text=O%20Poder%20Judici%C3%A1rio%20concluiu%2026,solucionados%20em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20a%202020>. Acesso em: 18 out. 2022.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual** (oitava série). 1 ed. São Paulo. Saraiva: 2004.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 20 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SOIBELMAN, Leib. **Enciclopédia do Advogado**. 5 ed. rev. e amp. Rio de Janeiro, RJ: Tex, 1996.

TAVARES, Daniele Silva Lamblém. **Mediação**: ferramenta de empoderamento dos jurisdicionados para a cultura do consenso em um contexto de respeito aos precedentes judiciais. 1. ed. Porto Alegre: Paixão Editores, 2021. v. 1. 106p.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 36 ed. V. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

COMPLIANCE E PROCESSO PENAL: o mecanismo da investigação interna corporativa e os princípios da ampla defesa e do contraditório

Lisandra Moreira Martins¹

Pedro Henrique Hernandez Argentina²

Introdução

O mundo corporativo, bem como as relações entre as empresas, segue um fluxo de crescimento contínuo no cenário nacional e global. Neste sentido, com o aumento deste foco sobre as pessoas jurídicas, estas devem buscar se manter no mercado da melhor forma possível.

As empresas brasileiras estão se preocupando com a forma com que seu público externo as observa. A fonte deste cuidado exacerbado infelizmente não é positiva. O Brasil nos últimos anos, ou melhor, as empresas brasileiras, tem se destacado de forma prejudicial no mercado global, tendo como ponto de partida, a Operação Lava Jato.

As empresas precisaram se adequar e se proteger do perigo que este estereótipo brasileiro pode causar. Hoje, uma empresa que não tenha seus padrões éticos e morais bem alinhados não é vista com bons olhos pelo mercado corporativo.

Surge, então, a cultura do compliance que tem como essência a integridade e a conformidade, inclusive, são nomes que também podem ser dado ao programa. O programa de compliance no Brasil teve como berço a Lei da Empresa Limpa, que trouxe os primeiros aspectos do que seria o programa de integridade. Contudo, restava prematura a definição que ali continha.

¹ Doutora em Direito Processual Penal pela PUC/SP; Docente do Curso de Direito e da Pós-Graduação em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (e-mail: lisandramm.adv@hotmail.com) e Advogada.

² Pós-graduado em Direito Corporativo e Compliance pela Escola Paulista de Direito; Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul e pós-graduando no MBA em Gestão Estratégica de Organizações pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (e-mail: pedro.sano@hotmail.com) e Advogado.

Neste caminho, o Brasil no ano de 2015, supriu algumas lacunas que ainda estavam presentes na Lei nº 12.846 de 2013, por meio do Decreto nº 8.420, que insta salientar, foi revogado em 2022.

Foi apenas no ano de 2015 que o termo “programa de integridade” foi abarcado no ordenamento jurídico brasileiro, fazendo referências ao que seria a cultura de compliance, oriunda de solos americanos.

Com esta necessidade de adequação e implementação de programas de conformidade, as empresas são como vagões de trens que buscam se manter nos trilhos do comportamento ético, moral e, por óbvio, legal. Ou seja, é necessária obediência às normas legais que constam nos ordenamentos jurídicos, nacional e internacionais. Mas é preciso, também, que as empresas demonstrem e firmem suas políticas de comportamento.

Todavia, uma empresa que viole os preceitos que defende por meio do programa de compliance, pode vir a descarrilar. E “sair dos trilhos” da integridade pode causar danos e prejuízos irreparáveis para uma instituição. Os valores de uma empresa – extrapola-se as delimitações apenas financeiras – pode prejudicar a imagem da pessoa jurídica, ou seja, causa danos reputacionais.

Grandes empresas foram notícia nestes últimos anos tendo em vista o péssimo comportamento que estavam apresentando, ferindo dentre muitos direitos, os direitos humanos. Empresas que, por exemplo, foram autuadas pelo Ministério Público para que revisassem e aplicassem o programa de compliance de forma efetiva.

Neste sentido, o compliance deve ser estruturado de forma única e singular para cada pessoa jurídica, o que significa dizer que não existe um modelo padrão de compliance. É necessário que cada empresa estipule o seu programa sob medida, na intenção de corresponder às necessidades específicas de cada lugar em que será implementado.

Desta forma, o programa de integridade também tem como um de seus objetivos auxiliar o Estado na execução de suas funções. Isto porque, por meio da autorregulação regulada o Estado permite que instituições privadas elaborem mecanismos de incentivo e promoção daquilo que buscam efetivar. Ou seja, de forma delimitada, o Estado permite que as empresas elaborem seus programas de compliance para auxiliar na vigilância que seria responsabilidade do setor público.

Dentre vários mecanismos do compliance que estruturam um programa efetivo, tem-se a investigação interna corporativa. O ponto de partida de uma investigação interna pode ser a denúncia feita por um *hotline*³ – que corresponde a maioria dos casos – bem como fruto de uma auditoria interna, uma revisão periódica do programa.

O canal de denúncia é uma das ferramentas indispensáveis na implementação da cultura do compliance, isto porque é por meio desta ferramenta que a empresa, especificamente o setor de compliance, toma conhecimento do ato ilícitos que está sendo praticado e pode instaurar a investigação interna para apuração do acontecimento.

Importante salientar que a investigação interna corporativa é uma ferramenta que constitui o programa de integridade de uma pessoa jurídica, por este motivo, não deve ser comparada a uma investigação realizada por institutos públicos e tampouco deve ser equiparada ao inquérito policial.

Representa, portanto, um pilar do compliance a ser desenvolvido no íntimo de uma empresa. É visto, portanto, como uma forma de colaboração com o Estado, caso seja necessário levar ao conhecimento dos responsáveis judiciais. Todavia, em inúmeras situações, os levantamentos obtidos pela investigação interna é utilizado para decidir qual o próximo passo a ser tomado em relação ao funcionário causador do ato danoso. E se necessário for, a empresa corrobora com as investigações do Estado fornecendo o material obtido.

Apesar de não constituir uma investigação estatal, a investigação interna deve respeitar e estar em consonância com o direito pátrio como um todo, inclusive o direito penal. Desta forma, se por meio da autorregulação regulada o Estado permite essa participação do privado, é preciso que este atue de acordo com os preceitos do serviço estatal prestado, incluindo os princípios que norteiam o sistema como um todo, eis a reflexão do presente estudo.

³ Canal de denúncia (tradução do autor).

1. O canal de denúncia como ferramenta do compliance e ponto de partida da investigação interna corporativa

Visando melhor apresentar as ideias aqui propostas, é mister iniciar elucidando a cultura de compliance. Neste sentido, o programa de integridade constitui um conjunto de ferramentas, mecanismos e pilares que possuem como objetivo detectar, prevenir e remediar os riscos que as empresas estão suscetíveis. Desta maneira, por meio da função tríplice do compliance, a empresa busca manter seus padrões éticos, morais e legais. O ordenamento jurídico brasileiro, no Decreto nº 11.129 prevê:

Art. 56. 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: [...] I - prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira (DECRETO Nº 11.129, 2022, n.p.).

A cultura de compliance, portanto, possui alguns pilares que estruturam um programa de integridade efetivo. Esses pilares integram um sistema de mecanismos que são essenciais para o funcionamento esperado pela empresa. Este conjunto de ferramentas instituídos pela empresa, demonstram a preocupação da pessoa jurídica em manter seus padrões de conformidade. Para a FEBRAN - Federação Brasileira de Bancos (2018, p. 07), “compliance transcende a ideia de “estar em conformidade” às leis, regulamentações e autorregulamentações, abrangendo aspectos de governança, conduta, transparência e temas como ética e integridade”.

Desta forma, a cultura de compliance será constituída por códigos de conduta, treinamentos corporativos, revisões periódicas, auditorias e entre outros mecanismos, destaca-se o *hotline*. Este último, bem como os demais itens que constituem os pilares do programa estão abarcados no Decreto nº 11.129, que regulamenta a Lei nº 12.846, de 2013, popularmente conhecida como Lei Anticorrupção Brasileira ou Lei da Empresa Limpa, em seus incisos presentes no artigo 57.

O inciso X, do decreto supracitado, prevê: “canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e

terceiros, e mecanismos destinados ao tratamento das denúncias e à proteção de denunciantes de boa-fé”.

Segundo pesquisa realizada por uma das maiores empresas na área, a KPMG, que faz parte das chamadas *Big Four*⁴, denominada Perfil do Hotline no Brasil, realizada no ano de 2020, traz que dentre as 60 empresas que participaram da pesquisa, 85% delas possuem canal de denúncia implementado. E ainda de acordo com os dados levantados (2020, p. 08), “o *website* é o meio mais utilizado para receber relatos, seguido de telefone e e-mail”.

Os dados colhidos por uma das maiores e mais renomadas empresas na área de compliance aponta que as empresas estão aderindo e compreendendo a necessidade e importância de se estipular um meio de comunicação na empresa. Meio de comunicação este que faz conexão entre pessoas que possuem algo para denunciar e o setor que vai receber e tratar a denúncia da maneira devida. Para a *Association of Certified Fraud Examiners*⁵ – ACFE (2022, p. 24), “*maintaining a hotline or reporting mechanism increases the chances of earlier fraud detection and reduces losses*”⁶.

É uma forma da empresa demonstrar sua preocupação em manter seus padrões estipulados pela cultura de compliance, permitindo a existência de um canal de comunicação em que tanto o público interno (funcionários, sócios) como externos (clientes, fornecedores) possam denunciar alguma prática que vá contra os preceitos que a empresa prega. Nesta seara, concorda Marcos Assi em sua obra sobre compliance (2018, p. 40), “sempre que houver a identificação de prática fraudulenta ou lesiva por parte de determinado gestor ou colaborador, um canal de denúncia deve estar à disposição para reporte, investigação e aplicação das sanções devidas”.

Desta forma, ainda de acordo com a KPMG, em seu Guia prático de compliance (2020, p. 94), “o canal de denúncias é o meio de comunicação utilizado para realizar uma denúncia de um desvio de conduta praticado por qualquer pessoa que se relacione com a entidade ou que em seu nome atue”.

⁴ Big Four é o nome utilizado para fazer referência as quatro maiores empresas contábeis com especialidade na área de auditoria e consultoria no mundo.

⁵ Associação de Examinadores Certificados de Fraudes.

⁶ Manter uma linha direta ou mecanismo de denúncia aumenta as chances de detecção precoce de fraudes e reduz as perdas (tradução do autor).

O recebimento da denúncia não necessariamente precisa ser anônima, mas prioriza-se que seja, tendo em vista que os canais de denúncias anônimos apresentam melhores resultados, pois os usuários acreditam ser mais seguro. Insta salientar que a retaliação em ambientes profissionais é algo que ainda acontece com frequência. O tratamento correto da denúncia faz surgir confiança no canal implementado e por este motivo deve ser incentivado, para que cada vez mais sejam relatadas as atitudes antagônicas à cultura de compliance. Bem coloca Julio Ballesteros Sanchez:

Por tanto, no debemos observar tan solo la configuración de los canales de denuncia, sino incentivar en sentido amplio y preventivo la promoción de una cultura organizacional honesta y ética, puesto que esto será decisivo para que los empleados se vean motivados a denunciar internamente⁷. (BALLESTEROS SANCHEZ, 2020, p. 45).

Afirmam Alessandra Gonsales e Daniel Sibille (2019, p. 248), “as investigações internas geralmente começam com uma denúncia ou suspeita de violação legal, das políticas internas, fraude ou até mesmo um crime”. Posteriormente a denúncia, o setor de compliance precisa fazer levantamentos para verificar a possível veracidade daquilo que fora relatado; para, como próximo passo, instaurar de fato a investigação interna corporativa. Resumo Pagotto e Fernandes (2019, n.p.), “uma investigação interna é um conjunto de ações articuladas para esclarecer determinados fatos ocorridos envolvendo uma pessoa jurídica e, deste modo, subsidiar o processo de tomada de decisões.

É necessário que seja feito um levantamento prévio antes do início da investigação interna ter início, tendo em vista os custos que esta envolve. Neste sentido, após a verificação real da necessidade, será iniciado a investigação interna corporativa.

2. O procedimento da investigação interna corporativa

As investigações internas corporativas não podem e nem devem ser comparadas com as investigações inerentes ao Estado, isto por que as

⁷ Portanto, não devemos apenas observar a configuração dos canais de denúncia, mas também estimular, de forma ampla e preventiva, a promoção de uma cultura organizacional honesta e ética, pois isso será decisivo para que os colaboradores se motivem a denunciar internamente (tradução do autor).

investigações internas corporativas, como o próprio nome bem sugere, são aquelas realizadas no interior de uma empresa com o objetivo de averiguar aquilo que fora noticiado para o setor do compliance. De forma pontual, Thomas Rotsch coloca que (2022, p. 147) “por investigações internas se entende investigações no interior de empresa”.

Desta forma, a investigação interna tem como função verificar o que foi relatado. Uma empresa que se compromete com sua cultura de conformidade não pode deixar de averiguar uma denúncia, isto por que está em pauta a credibilidade dos mecanismos do compliance. Por este motivo, a tratamento correto da denúncia é fundamental; tendo em vista ser uma forma da empresa demonstrar que se preocupa em combater os atos ilícitos que aconteçam, bem como demonstrar a todos que não existe impunidade nesse aspecto. Concordam os autores Alessandra Gonsales e Daniel Sibille:

A realização de investigações internas requer uma série de decisões que variam de acordo com a gravidade da investigação, bem como a resposta esperada do Poder Público. Infelizmente, essas respostas nem sempre são previsíveis, por isso, será sempre melhor realizar uma investigação com base nas melhores práticas de compliance (GONSALES; SIBILLE, 2019, p. 260).

Segunda a Lei nº 12.846/2013, lei que combate a corrupção no cenário brasileiro, caso uma empresa venha a responder por algum ato ilícito, a investigação interna corporativa pode ser considerada como uma atenuante. Isto porque, conforme o artigo 7º, inciso VII, da mencionada lei, “serão levados em consideração na aplicação das sanções: a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações”. Para Matheus de Alencar (2017, p. 121), “nesta seara, os procedimentos de investigação interna passam a ter papel crucial, uma vez que é por meio delas que as corporações obtêm as informações necessárias para denunciarem um delito ocorrido nas suas estruturas”.

Após ser verificado elementos mínimos que configurem que possa ter acontecido de fato alguma ação suspeita, alguns autores classificam como fase preliminar, a empresa decide se irá ou não prosseguir com a denúncia. Caso decida por dar continuidade ao procedimento de investigação, tem início a abertura da investigação.

É nesta fase que a empresa deve decidir quem será responsável por coordenar a investigação interna corporativa. Por ser um tema novo, não existe no ordenamento jurídico brasileiro uma forma específica de como deverá ser feita a investigação; contudo, a certeza

que se tem é que todo o procedimento deve ser pautado na imparcialidade e confidencialidade.

A investigação pode ser realizada por um setor interno da empresa – setor do compliance e o setor jurídico – ou um serviço terceirizado, em que uma equipe especializada é contratada para coordenar.

Muitas empresas preferem que a equipe de investigação interna corporativa seja composta por advogados. Apesar de não ser uma obrigatoriedade, como já foi ressaltado não existir exigências legais sobre o tema, os advogados possuem os conhecimentos técnicos necessários e possuem a premissa do sigilo profissional. Conforme elucida o Provimento nº 188/2018 da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu artigo 6º “o advogado e outros profissionais que prestarem assistência na investigação não têm o dever de informar à autoridade competente os fatos investigados”.

Concordam os autores André Gustavo Isola Fonseca e João Vitor Serra Netto Panhoza (2022, p. 157): “esse direito é exclusivo aos advogados, não restando preservado o mesmo regramento quando a investigação é realizada exclusivamente por outros profissionais fora da advocacia”. No mesmo sentido, Eduardo Lemos Lins de Albuquerque:

Não por acaso, é bastante recomendável que estes procedimentos sejam conduzidos por advogados, pois além do conhecimento jurídico, de extrema utilidade nestas situações, tal profissional tem, ainda, o seu sigilo profissional garantido, não sendo obrigado a prestar esclarecimentos à Justiça, nem tampouco a entregar o material derivado da investigação interna para as autoridades (ALBUQUERQUE, 2018, p. 128).

Algumas empresas e alguns autores defendem que a investigação deve ser realizada por um setor externo a empresa, uma equipe terceirizada. Isto porque, a imparcialidade e a confidencialidade estariam mais garantidas. Neste sentido, podemos perceber que o autor Thomas Rotsch pontua de forma bastante clara que (2022, p. 148), “não importa se a própria empresa conduz as investigações internas ou se as investigações são conduzidas por terceiros externos”. Pelo contrário, de forma sensata as investigações internas são efetuadas com frequência por equipes externas de investigação”.

Delimitada a equipe que estará à frente da investigação interna, a próxima fase será iniciada, denominada como instrução. A instrução é o momento de colheita de provas que evidenciem o objeto da investigação interna corporativa. Aqui é fundamental que haja uma delimitação, ou seja, um escopo da investigação, demarcando as fronteiras do procedimento, quem são os envolvidos e qual dano a atividade resultou. Explica Beatriz Angela Gimenez Costa:

O processo de investigação interno servirá, além de identificar, para julgar e aplicar a sanção ao empregado que descumprir as normas do Programa de Compliance. Quanto mais transparência a empresa tiver ao tratar seu Programa e Canal de Compliance, proporcionalmente, terá mais preocupações reportadas (COSTA, 2019, p. 26).

A etapa que finaliza a investigação interna corporativa é classificada como fase conclusiva. Aqui, é o momento em que a equipe que esteve à frente da investigação elabora um dossiê detalhado sobre como a investigação aconteceu, quais procedimentos foram realizados, os meios com que as provas foram obtidas e a apresentação da conclusão da investigação interna corporativa.

A análise deste documento pelo comitê responsável irá definir quais as medidas e sanções cabíveis para o caso concreto; o dossiê é um documento de proteção para a empresa caso o funcionário busque medidas judiciais demandando a empresa. Ainda de acordo com o posicionamento da autora Beatriz Angela Gimenez Costa (2019, p. 27), “caso o objeto da investigação necessite de análise documental, é realmente imperioso que a empresa preserve a documentação com o intuito de se resguardar tanto na investigação, quanto em um possível processo judicial ingressado pelo empregado”.

Importante salientar que, mesmo que não exista no ordenamento jurídico brasileiro normas específicas que forneça as diretrizes de como a investigação interna corporativa deve prosseguir, a empresa deve respeitar e seguir os parâmetros do ordenamento pátrio, não podendo, desta forma, ferir aquilo que o Estado já determina. Por este motivo é que se defende que a cultura de compliance deve estar pautada nos princípios que o nosso direito estipula e defende. Concorde-se com a afirmação proposta por Eduardo Lemos Lins de Albuquerque (2018, p. 129) que, “é preciso

ressaltar que mesmo em uma investigação interna, o direito de defesa dos potenciais envolvidos precisará ser garantido”.

3. A investigação interna e os princípios da ampla defesa e do contraditório

Conforme já pontuado, a atuação do setor de compliance, e todos os seus mecanismos, é pautado naquilo que é denominado como *enforced self-regulation*⁸. A autorregulação regulada significa que o Estado permite que o compliance atue em parceria com ele. Obviamente, são impostas fronteiras para esta atuação do ente privado, mas o Estado permite que este atue em sua colaboração. Isto que dizer que a empresa pode incluir em sua estrutura mecanismos de compliance, tais como códigos de conduta, canal de denúncia, investigações internas e dentre outros mecanismos, contudo, de forma a ser “regulada” pelo Estado.

Neste sentido, quando a empresa realiza a investigação interna corporativa ela está auxiliando com uma demanda estatal, tendo em vista que, caso seja necessário medidas judiciais, a empresa já realizou um levantamento de provas e indícios que poderão ser utilizados pela investigação realizada pelo poder judiciário. O Tribunal de Contas da União esclarece o assunto:

A investigação tratada nesse mecanismo não é a mesma realizada pela polícia judiciária (polícia civil e polícia federal) ou pelo Ministério Público. Nos referimos aqui à atividade administrativa promovida pela própria organização, com o objetivo de buscar informações relevantes para esclarecer um incidente específico de fraude e corrupção. Nos normativos legais e na prática das organizações, a investigação é comumente chamada de “investigação preliminar”, “sindicância investigativa” ou simplesmente “apuração”, mas para fins deste referencial será chamada apenas de “investigação”. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – TCU, 2018, p. 78)

Sobre a colaboração entre público e privado, destaca Robert Chesnut (2021, p. 14), “sempre precisaremos de que os governos gerenciem defesa, infraestrutura, serviços sociais, policiais e outras

⁸ Autorregulação regulada ou correção (tradução do autor).

funções básicas de uma sociedade, mas o setor privado tem a oportunidade de assumir um papel muito mais ativo como motor do bem social

Pelo motivo da empresa se pautar na autorregulação regulada é que toda a cultura de compliance deve estar estruturada nas premissas que o Estado defende, não podendo, desta forma, agir violando medidas presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Cabe então salientar que a investigação interna, ou seja, aquela realizada no íntimo de uma empresa e que em nada se confunde com àquela a ser desenvolvida pela função estatal, Thomas Rotsch bem denomina como “investigação separada” (2022, p. 148), “a esse respeito, o termo de investigação separada – por óbvio, separada da atividade estatal – é mais adequado”.

Ainda sobre a importância de não confundir as investigações, ressalta Pagotto e Fernandes (2019, n.p.), “todavia, por ser potencialmente confundida com a investigação promovida por autoridades públicas, estas sim completamente externas a pessoas jurídicas, a expressão “investigação interna” se disseminou no Brasil”.

E mesmo sendo diferente, precisa sim respeitar os comandos oriundos da legislação, seguindo, portanto, os princípios processuais constitucionais. Princípios podem ser considerados como uma espécie de norma a ser seguida, muitos podem ser extraídos da Constituição Federal. Para Guilherme Nucci (2022, n.p.), “princípio, em Direito, significa uma base para a interpretação das normas e um horizonte a ser perseguido para a devida realização dos fins de concretização de justiça”.

As investigações internas corporativas devem acontecer sob a égide de dois grandes princípios processuais constitucionais penais, ampla defesa e do contraditório. Reforça Francisco Mendes a ideia que:

É por isso, inclusive, que o Estado incentiva sua adoção. Ao pensar sobre os motivos pelos quais a Administração incentiva os programas de compliance, nota-se que se trata de uma espécie de compartilhamento da atividade própria do poder público com os agentes privados. Ou seja, entende-se que a sociedade tem algo a ganhar se for criado um incentivo para que as próprias empresas sejam parcialmente responsáveis por garantir o cumprimento da legislação. Evidentemente, o Estado não abdica dessa atividade (e nem poderia fazê-lo), mas conscientemente confere aos agentes privados um papel maior na observância da lei,

criando incentivos palpáveis para as empresas que desenvolverem um programa efetivo de compliance (MENDES, 2017, p. 31).

O setor responsável pelo programa de integridade, para ser efetivo, deve idealizar todos seus projetos em consonância com os princípios que o Estado exige. Por este motivo, a investigação interna corporativa que investigue qualquer atitude suspeita no cenário da empresa, não pode extrapolar os limites impostos pela autorregulação regulada.

Os princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório caminham entrelaçados entre si e ambos possuem amparo constitucional, elencados no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que traz “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

A respeito, define Guilherme Nucci (2022, n.p.), que “são os informativos basilares da ciência processual, na esfera criminal, muitos dos quais possuem respaldo constitucional, enquanto outros foram constituídos ao longo de anos de conclusões doutrinárias e jurisprudenciais”.

A pessoa que está sendo alvo de uma investigação interna corporativa tem que possuir os mesmos direitos que um investigado pela esfera estatal. Neste sentido, Eduardo Lemos Lins de Albuquerque *apud* Nietto Martín:

Ao acusado deve ser garantido o direito de ser informado com clareza sobre os fatos a ele imputados, de revisar as provas já produzidas, de anexar, ele mesmo, novas provas que possam comprovar sua inocência, de contar com um advogado etc. Tudo isto com a finalidade de respeitar, durante as investigações, o princípio do devido processo, que deve ser igualmente observado nestes procedimentos (ALBUQUERQUE, 2018, p. 131 *apud* Nietto Martín, 2015, p. 257).

O princípio da ampla defesa tem como fundamento que a pessoa que está sendo investigada tenha conhecimento de que a investigação esteja acontecendo e possa ter a oportunidade de se defender. Contudo, é necessário que sejam feitas ponderações acerca do assunto. Após a denúncia recebida, por exemplo pelo canal de denúncia, é necessário que a ampla defesa seja concedida quando não houver mais riscos de interferência do investigado nos resultados.

Por se tratar de uma investigação em uma empresa, é possível que provas e depoimentos sejam prejudicados, por este motivo, a investigação deve ser conduzida da forma mais cautelosa possível, oportunizando no momento seguro a ampla defesa do investigado. Segundo Norberto Avena (2022, n.p.), “a ampla defesa traduz o dever que assiste ao Estado de facultar ao acusado toda a defesa possível quanto à imputação que lhe foi realizada”.

Assim como a ampla defesa, deve estar presente também o princípio do contraditório, que caminha ao lado do primeiro princípio já mencionado. Deverá haver um momento na investigação interna corporativa que o investigado será ouvido e terá a oportunidade de esclarecer sua versão sobre o ocorrido e, também, ter ciência do que está acontecendo. Sobre este princípio, esclarece Guilherme Nucci (2022, n.p.), “trata-se da oportunidade de ter ciência dos fatos alegados pela parte contrária, podendo apresentar a sua versão, além de produzir as provas de seu interesse, acompanhando as produzidas pelo adversário”.

Neste sentido, quando uma investigação interna é finalizada, o setor de compliance – podendo atuar juntamente com um comitê responsável – precisa definir o que será feito. Caso a falta cometida pelo funcionário se enquadre em uma situação considerada grave pela empresa, a penalidade maior que ele poderá sofrer, no cenário trabalhista, será a demissão por justa causa. Sobre isso, Beatriz Angela Gimenez Costa:

Como a justa causa é a medida mais grave aplicada ao empregado, com a extinção do contrato de trabalho, caso seja decidida pela sua aplicação e o empregado ainda não tenha sido ouvido durante o processo de apuração, é importante que haja a oitiva com o intuito de resguardar seu direito ao contraditório e ampla defesa (COSTA, 2019, p. 30).

Por este motivo, a investigação interna corporativa é essencial para o funcionamento efetivo do programa de compliance. Por meio dela que a empresa verifica a autenticidade da denúncia recebida, que não pode ser desconsiderada. O correto tratamento da denúncia demonstra o desempenho e preocupação com o setor de integridade com o programa.

Quando uma empresa se compromete com a cultura de compliance e com a efetividade de seus mecanismos, como canal de denúncia e investigação interna corporativa, ela destaca sua boa-fé e

interesse em seu programa de integridade; reforçando, também, para seu público interno e externo que casos semelhantes não serão desconsiderados e sim, investigados e punidos.

E se a empresa estiver em posição de vítima, ou seja, empresa vítima da situação, por reflexos de atos ilícitos praticados por clientes, terceiros ou funcionários, a investigação interna aponta quais os danos que a empresa sofreu, bem como poderá buscar os melhores meios de responsabilizar os envolvidos, seja internamente, com as punições previstas nos códigos da própria empresa, seja externamente, com medidas judiciais. Demonstrando e reforçando, assim, os padrões éticos, morais e legais que a empresa defende, servindo exemplo para que seus colaboradores entendem a importância do tema para a pessoa jurídica em questão.

Considerações finais

As discussões acerca do tema compliance ainda são muito recente no Brasil. Os programas de integridade estão se desenvolvendo no país de forma progressiva, pois o assunto é essencial para a nossa realidade.

Desde os escândalos da Operação Lava Jato, o compliance vem sendo trabalhado de forma mais minuciosa e tem sido uma preocupação da justiça. Este ano de 2022, um novo decreto que regulamenta a Lei Anticorrupção entrou em vigor, o que demonstra um interesse em atualizar e manter o tema ativo.

As empresas buscam cada vez mais estar em compliance. Significa dizer que elas estão empenhadas em desenvolver mecanismos de programa de integridade, na intenção de possuir uma cultura de compliance efetiva – e não apenas de fachada – para demonstrar que a empresa possui normas e padrões éticos, morais e legais.

O compliance faz parte de um sistema denominado autorregulação regulada. Sistema em que o Estado permite que as instituições privadas criem mecanismos para se vigiarem, ou seja, códigos de comportamento, auditorias, canais de denúncia e outros tão importantes para a aplicabilidade do programa. Tudo isso com a supervisão e limites impostos pelo Estado.

Se Estado e compliance atuam em conjunto, faz sentido que o primeiro dite os princípios sob o qual caminha, e justo que o segundo

siga os mesmos passos. Neste sentido, o programa de compliance não pode agir de forma contraditória ao imposto pelo Estado. É necessário, portanto, que as ferramentas do programa de integridade esteja em consonância com as normas que o Estado zela.

Por este motivo, mesmo que a investigação interna corporativa seja um mecanismo da própria empresa, esta precisa funcionar dentro dos ditames legais. Não faz sentido que a mesma funcione violando a autorregulação regulada.

Por funcionar dentro de um ambiente corporativo, pode ser que adaptações sejam realizadas, mas estes direitos do investigado jamais deveram ser suprimidos. O desenvolvimento de uma investigação interna corporativa, mesmo que em empresas privadas, deve ser guiado pelo ordenamento jurídico nacional. A título de exemplo, o código de conduta de uma pessoa jurídica não pode contradizer e tampouco violar as normas da Constituição Federal; bem como um regimento interno não pode trazer normas que violem a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Destarte, o programa de compliance é um instituto recente em solos brasileiros e que tem muito para agregar, contudo é preciso que seja estruturado sob as normas das leis já existentes no país. Caso contrário, o programa de integridade que por meio da autorregulação regulada pode somar positivamente no desempenho estatal, irá se tornar um mecanismo que viole as normas impostas pelo Estado.

Referências

ALBUQUERQUE, Eduardo Lemos Lins de. **Compliance e crime corporativo** – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

ALENCAR, Matheus de. **Mecanismos de proteção do empregado nos programas de criminal compliance**/Matheus de Alencar – São Paulo: LiberArs, 2017. (Coleção Carolina III).

ASSI, Marcos. **Compliance [livro eletrônico]: como implementar**/ Marcos Assi; com a colaboração de Roberta Volpato Hanoff. – São Paulo: Trevisan Editora, 2018.

Association of Certified Fraud Examiners (ACFE). **Occupational Fraud 2022: A Report to the Nations**. Disponível em <https://acfepublic.s3.us->

west-2.amazonaws.com/2022+Report+to+the+Nations.pdf. Acesso em 25 de out. de 2022.

AVENA, Norberto. **Processo penal** / Norberto Avena. – 14. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Método, 2022.

BALLESTEROS SÁNCHEZ, Julio. **Pautas y recomendaciones técnico-jurídicas para la configuración de un canal de denuncias eficaz en organizaciones públicas y privadas. La perspectiva española.** Derecho, Lima, n. 85, p. 41-78, jul. 2020. Disponível em http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0251-34202020000200041&lng=es&nrm=iso. Acesso em 26 de out. de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa de 1988.** https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso em 26 outubro de 2022.

BRASIL. **Decreto nº 11.129, de 11 de julho de 2022.** Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial de combate a fraude e corrupção: aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública**/Tribunal de Contas da União. – Brasília: TCU, Coordenação-Geral de Controle Externo dos Serviços Essenciais ao Estado e das Regiões Sul e Centro-Oeste (Coestado), Secretaria de Métodos e Suporte ao Controle Externo (Semec), 2ª Edição, 2018.

CHESNUT, Robert. **Integridade Intencional: Como Empresas Inteligentes Podem Liderar uma Revolução Ética**/Robert Chesnut; traduzido por Diego Franco Gonçalves. – Rio de Janeiro: Alta Books, 2021.

COSTA, Beatriz Angela Gimenez. **Grandes Temas do Direito Brasileiro: compliance/coordenação** Ana Cristina Kleindienst. –São Paulo: Almedina Brasil, 2019.

Federação Brasileira de Bancos (FEBRAN). **Guia boas práticas de compliance. Edição revista e atualizada 2018.** Disponível em https://cmsarquivos.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/febraban_manual_compliance_2018_2web.pdf. Acesso em 25 de out. de 2022.

FONSECA, André Gustavo Isola; PANHOZA, João Vitor Serra Netto. Comitê de Direito Penal Empresarial de Escritórios *Full Service* – COPE. Investigações corporativas e seus reflexos nas demais áreas do direito in **Advocacia contemporânea e a interdisciplinaridade do direito penal empresarial**/ Comitê de Direito Penal Empresarial de Escritórios *Full Service* – COPE. – 1. ed., 1 reimp. – Belo Horizonte, São Paulo, D'Plácido, 2022.

GONSALES, Alessandra; SIBILLE, Daniel. Investigações internas e medidas disciplinares in **Manual de compliance: compliance mastermind vol. 1**/Márcio El Kalay, Matheus Lourenço Rodrigues da Cunha; Matheus Lourenço Rodrigues da Cunha, Márcio El Kalay (organizadores). – São Paulo: Lec – Legal, Etichs and Compliance, 2019.

KPMG. **Guia prático do compliance: o que você precisa saber para começar**. 2020. Disponível em: <https://midia.kpmg.com.br/comunicados/arquivos/livro-digital-guia-pratico-do-compliance-KPMG-v2.pdf>. Acesso em 26 de out. de 2022.

KPMG. **Pesquisa: Perfil do Hotline no Brasil**. 2ª Edição. Disponível em: <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/br/pdf/2021/03/pesquisa-hotline-brasil.pdf>. Acesso em 25 de out. de 2022.

MENDES, Francisco Schertel. **Compliance: concorrência e combate à corrupção**/Francisco Schertel Mendes, Vinicius Marques de Carvalho. – São Paulo: Trevisan Editora, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal e execução penal**/Guilherme de Souza Nucci. – 7. ed. – Rio de Janeiro: Forense; Método, 2022.

Ordem dos Advogados do Brasil. **Provimento nº 188/2018, de 11 de dezembro de 2018**. Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais.

PAGOTTO, Leopoldo; FERNANDES, Silvia Helena Cavalcante de Almeida Indira. Investigações Internas in **Manual de Compliance**/coordenação André Castro Carvalho, Tiago Cripa Alvim, Rodrigo de Pinho Bertocelli, Otavio Venturini. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SAAVEDRA, Giovanni. ROTSCH, Thomas. **Compliance**/Giovani Saavedra e Thomas Rotsch. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

CRIME DE ASSÉDIO: Breves reflexões

Eva Maira Cogo da Silva¹

Isael José Santana²

Introdução

Historicamente a mulher foi vista como um ser inferior, salvo exceções, que não serão tratadas neste capítulo, a questão é a cultura violenta que se destina a mulher em todos os espaços. Com relação ao corpo a figura feminina tem que se recoberta nos mais insignificantes detalhes, como um decote ou uma parte qualquer que fique à vista e é transformado em público.

Assim a menina e a mulher é educada a ser “recatada” e evitar os olhares a seu corpo se espaço do cuidado permanente para se evitar os olhares e, ainda pode ser motivo da justificativa de crimes hediondos, considerando que a argumentação da vestimenta está exatamente em deixar o corpo ou parte dele exposto, é como se houvesse, a partir desta postura uma autorização ou como desejam alguns uma “provocação”.

Sob o signo da prenda, da caça a ser abatida, do objeto de satisfação as meninas e mulheres viveram sob este espectro e se adaptaram a ele, sem que houvesse uma delimitação sob a qual houvesse o sagrado direito à privacidade de seu corpo podendo dele

¹ Eva Maira Cogo da Silva, discente do programa de pós-graduação em educação PGEDU- UEMS – Paranaíba, delegada de polícia da delegacia de atendimento à mulher -DAM- Paranaíba, Presidente da Rede de enfrentamento à violência contra meninas e mulheres de Paranaíba, especialista em Direito Processual e Direitos das Mulheres.

²Professor Dr. Isael José Santana, Doutor em Filosofia do Direito (PUC/SP), Mestre em Teoria da Estado (UNIVEM), pesquisador e extensionista, membro de comitês , vice-presidente da Rede de Enfrentamento à Violência Contra Meninas e Mulheres de Paranaíba,, líder do grupo de pesquisa criminologia crítica: diálogos críticos , coordenador do grupo “Dialogando igualdades do TJ/MS”, Professor do curso de Direito, das pós graduações em Políticas Pública, Cultura e Sociedade (Ciências Sociais) e Direitos humanos (Direito), na Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, Unidade Universitária de Paranaíba.

dispor, sem que isso causasse o estranhamento ou mesmo o julgamento social.

A norma veio tardiamente, no entanto, ainda depende de interpretações, é necessária a adequação entre a norma e a vida cotidiana, sendo que sua positivação foi importante na amplitude dos direitos de meninas e mulheres na vida moderna.

Sob este prima buscamos trazer a reflexão e convidar ao debate dos limites e da amplitude da positivação havida em data recente e sua aplicação processual. O assédio não pode ser meramente entendido como ato isolado, ele faz parte de todo um procedimento violento e constrangedor sob o qual se submete meninas e mulheres desde a mais tenra idade.

Corpo Público

Nunca é demais lembrar que a construção social do homem e da mulher estão pautadas pelos valores culturais transferidos por gerações, assim pode se entender Simone de Beauvoir (1949), quando afirma que não se nasce mulher, mas sim se torna mulher, neste sentido ainda a mesma autora se posiciona de forma a impor uma reflexão

A sujeição da mulher à espécie, os limites de suas capacidades individuais são fatos de extrema importância; o corpo da mulher é um dos elementos essenciais da situação que ela ocupa neste mundo. Mas não é ele tampouco que basta para a definir. Ele só tem realidade vivida enquanto assumido pela consciência através das ações e no seio de uma sociedade; a biologia não basta para fornecer uma resposta à pergunta que nos preocupa: por que a mulher é o Outro? Trata-se de saber como a natureza foi nela revista através da história; trata-se de saber o que a humanidade fez da fêmea humana (SIMONE DE BEAUVOIR SIMONE DE BEAUVOIR, 1970 p.57)

A mulher não é definida e nem poderia ser pelas suas formas físicas, ainda que exista desejo de controle até dos pensamentos das mulheres, não sendo o igual a mulher é o outro, o que causa, na esfera dos direitos humanos, a conscientização de que o outro sou eu.

A história fez da fêmea espaço do desejo e do prazer masculino e, não raro, sua companhia é considerada pouco agradável ao homem ou homens, no fazendo lembrar a afirmação de Leandro

Karnal ³ em redes sociais diversas, de que os homens são homoafetivos, os heteros, pois desejam da mulher o sexo, a submissão, a disponibilidade e tudo isso sob o corpo feminino, há um prazer com os demais homens, com quem tem preferência de estar, e sobre assuntos correlatos discorrer como se a mulher não fosse afeita ao futebol, carros, sexo, considerando que o espaço da mulher é o da cozinha e cama além de prudente cuidadora da prole.

Sob este signo “corpo” já se manifestou Priore, “[...] o corpo feminino era visto, tanto por pregadores da Igreja católica quanto por médicos, como um palco nebuloso e obscuro no qual Deus e Diabo se digladiavam” (PRIORE, 2009, p. 78).

Neste ponto insere a autora questão religiosa, onde o corpo é sagrado e não pode ser violado sem um fim específico, como é o caso da reprodução e criação da prole, não sendo espaço do e para o prazer, ainda que sob todos os corpos e sobre o da mulher em se digladiam os entes universais que geram a estabilidade entre o bem e o mal.

Segunda as escrituras o corpo da mulher pertence ao marido assim como o seu a ela⁴, mas antes de ser do marido este corpo foi objeto de controle do pai, do irmão, do tio de todas as masculinidades ao redor da meninas e mulheres.

Michel Foucault na microfísica do poder, se manifesta assim sobre o corpo:

(...) sobre o corpo se encontra o estigma dos acontecimentos passados do mesmo modo que dele nascem os desejos, os desfalecimentos e os erros; nele também eles se atam e de repente se exprimem, mas nele também eles se desatam e entram em luta, se apagam uns aos outros e continuam seu insuperável conflito (Foucault 1979 p. 22).

O que se tem historicamente é a plena liberdade do corpo masculino e imensa repressão ao que se refere ao corpo feminino, não é esta a dinâmica do texto supramencionado, pois há nele uma generalidade, enquanto estamos direcionando nossas reflexões ao corpo da mulher, somos resultado das marcas estabelecidas em nosso passado em uma educação castradora às meninas, que tem o “dever” de cuidar dos corpos para que a eles não se permita os olhares.

³ <https://www.youtube.com/watch?v=hLcc4rABPqw> Leandro Karnal

⁴ Coríntios 7, bíblia sagrada.

Nesta seara do sagrado, temos a repressão pela igreja na famosa caça às bruxas com a obra publicada em 1487 e denominada “O Martelo das Feiticeiras”, sendo seu nome em latim *Malleus Maleficarum*, foi o estopim ou fundamento teórico para a “a Inquisição”, onde se perseguiram ritos considerados pagão, mas era nas mulheres em se focava tal perseguição em razão do desconhecimento biológico do corpo a ignorância científica com relação a fertilidade e a geração da vida.

Como vieram portugueses natos para colonizar as novas terras, nada mais natural que a cultura europeia os acompanhasse à colônia, não diferenciando, portanto, o pensamento sobre o corpo feminino:

Deirdre English e Barbara Ehrenreich – na obra “Witches, Nurses and Midwives”, em tradução para o português “Bruxas, Enfermeiras e Parteiras” – apresenta estimativas conforme podemos observar:

A extensão da caça às bruxas é espantosa. No fim do século XV e no começo do século XVI, houve milhares e milhares de execuções - usualmente eram queimadas vivas na fogueira. [...] Um escritor estimou o número de execuções em seiscentas por ano para certas cidades, uma média de duas por dia, ‘exceto aos domingos’. [...] Muitos escritores estimaram que o número total de mulheres executadas subia à casa dos milhões, e as mulheres constituíam 85% de todos os bruxos e bruxas que foram executados (ENGLISH; EHRENREICH, 2007, p. 13, grifo nosso).

A morte também era seletiva, pois destinava-se as mulheres que detinham conhecimento de ervas, fonte de quase toda medicação, dos cuidados e quando se detém algum conhecimento certamente há de se aplicar a frase de Melaine Klein (2016), afirmando que “quem como do fruto do conhecimento é expulso de algum paraíso”, as mulheres, para teoria criacionista, desde Eva, nunca estiveram em qualquer paraíso, mas sempre foram expulsas em razão conhecimento de todos, assim a santa inquisição.

Priore (2009) expõe na sua obra que o conceito permaneceu, não havendo mais fogueiras, elas são substituídas pela valorização e julgamento social, assim no Brasil colônia é retratado pela referida autora.

Além de investir em conceitos que subestimam o corpo feminino, a ciência como tratar do próprio corpo. Esse saber informal, transmitido de mãe para filha, era necessário para a sobrevivência dos costumes e

das tradições femininas. Conjurando os espíritos, curandeiras e benzedoras, com suas palavras e ervas mágicas, suas orações e adivinhações para afastar entidades malévolas, substituíam a falta de médicos e cirurgiões. Era também a crença na origem sobrenatural da doença que levava tais mulheres a recorrer a expedientes sobrenaturais; mas essa atitude acabou deixando-as na mira da Igreja, que as via como feiticeiras capazes de detectar e debelar as manifestações de Satã nos corpos adoentados. Isso mesmo quando elas estavam apenas substituindo os médicos, que não alcançavam os longínquos rincões da colônia (PRIORE, 2009, p. 81).

O desconhecido sempre trouxe consigo o medo e a preferência pela exclusão ao entendimento, conforme se mencionou a teoria de que a mulher é serva de seu marido eis que advinda de uma costela sua e responsável pelas desgraças da humanidade, ainda permeia religiões que não reconhecem a mulher enquanto humana e igual, mas sim símbolo do equívoco no paraíso, e assim, de forma ideológica há sempre de culpabilizar a mulher e seu corpo é o espaço para o “pecado”, quando o prazer não pode existir aos pecadores e sim a penitência.

Neste contexto surge a luta por igualdade não por superioridade, o empoderamento não busca uma submissão do gênero masculino, ainda que o machismo tenha por objeto ou finalidade essa imposição de um sobre a outra.

Para ilustrar e poderemos seguir a questão do assédio enquanto norma positivada, é ainda necessário esclarecer tal questão e para tanto Marcia Tiburi, pessoa que se encontra exilada em razão de ameaças a sua vida e da filha, escreve para que se tenha ciência da amplitude do termo.

O Feminismo nos leva à luta por direitos de todas, todes e todos. Todas porque quem leva essa luta adiante são as mulheres. Todes porque o feminismo liberou as pessoas de se identificarem somente como mulheres ou homens e abriu espaço para outras expressões de gênero – e de sexualidade – e isso veio interferir no todo da vida. Todos porque luta por certa ideia de humanidade (que não é um humanismo, pois o humanismo também pode ser um operador ideológico que privilegia o homem em detrimento das mulheres, dos outros gêneros e, até mesmo, das outras espécies) e, por isso mesmo, considera que aquelas pessoas definidas como homens também devem ser incluídas em um processo realmente democrático, coisa que o mundo machista – que conferiu aos

homens privilegiados, mas os abandonou a uma profunda miséria espiritual – nunca pretendeu realmente levar à realização.

Para começarmos nosso processo de compreensão sobre o feminismo, podemos defini-lo como o desejo por democracia radical voltada à luta por direitos daqueles que padecem sob injustiças que foram armadas sistematicamente pelo patriarcado. Nesse processo de subjugação, incluímos todos os seres cujos corpos são medidos por seu valor de uso: corpos para o trabalho, a procriação, o cuidado e manutenção da vida, para a produção do prazer alheio, que também compõem a ampla esfera do trabalho na qual está em jogo o que se faz para o outro por necessidade de sobrevivência. (TIBURI, 2018, p.11)

O feminismo tem uma amplitude de ações e não meramente a questão do corpo e desta sua exposição que se deseja pública pelos homens e motivos dos cuidados diuturnos das mulheres, há ainda a perversidade na “determinação” das formas, ou seja, não basta ser mulher, ainda é preciso atender os supostos padrões de beleza temporal, em que pese estarmos no século XXI, Simone já preconizava

Uma nova estética já nasceu. Se a moda dos bustos chatos e das ancas magras — da mulher-efebo — durou pouco, não se voltou, contudo, ao ideal opulento dos séculos passados. Pede-se ao corpo feminino que seja carne, mas discretamente; deve ser esbelto e não empapado de banha; com músculos, flexível e robusto é preciso que indique a transcendência; preferem-no, não branco como uma planta de estufa, mas tendo enfrentado o sol universal, tostado como um torso de trabalhador. Tornando-se prático, o vestido da mulher não a fez parecer assexuada: ao contrário, as saias curtas valorizaram mais do que outrora as pernas e as coxas. Não se compreende por que o trabalho a privaria de sua atração erótica. Possuir a mulher ao mesmo tempo como personagem social e como presa carnal pode ser perturbador: em uma série de desenhos de Peynet publicados recentemente (1), via-se um jovem noivo abandonar a noiva porque era seduzido pela bonita prefeita que se dispunha a celebrar o casamento. O fato de uma mulher exercer um "ofício viril" e ser ao mesmo tempo desejável foi durante muito tempo um tema de piadas mais ou menos livres. Pouco a pouco, o escândalo e a ironia se embotaram e parece que nova forma de erotismo está nascendo: talvez venha a engendrar novos mitos. O que é certo é que hoje é muito difícil às mulheres assumirem concomitantemente sua condição de indivíduo autônomo e seu destino feminino; aí está a fonte dessas inépcias, dessas incompreensões que as levam, por vezes, a se considerar como “sexo perdido”(pag 306/307)

O corpo é julgado, valorado, a alta, a baixa, a magra, a gorda, a branca, a negra, os seios fartos, a ausência de seios, a nádegas a ausência dela, a bela a não bela, os cabelos curtos e os longos, a jovem a de idade avançada, a boca todas as formas são objeto de apreciação e considerações, sabendo que todas estão sujeitas ao assédio, independente das formas, sejam para serem valorizadas ou desvalorizadas.

Do assédio

Colocada a questão do assédio enquanto permanente, suas formas são diversas e todas elas merecem serem desabonadas, o avanço dos direitos das mulheres trouxe consigo a esfera da positivação penal, conforme veremos, mas temos ainda que posicionar-nos na necessária mudança da cultura.

Se atribuirmos à cultura, temos de saber que ela é produto da sociedade e que não basta se para aceitar tal condição, uma vez que nem sempre, ou em regra, a esfera do direito penal é a do dever ser, mas não a do ser como é o caso da criminologia. Para ilustrar temos o posicionamento de Adiche. "Sim, existe um problema de gênero ainda hoje e temos que resolvê-lo, temos que melhorar". Todos nós, mulheres e homens, temos que melhorar." (ADICHIE, 2015, p. 50).

O assédio pode ser moral, sexual, envolvendo a questão emocional da vítima, ainda que se naturalize pela justificativa de excesso na norma protetiva, ela é parte de um processo de mudança, havendo a positivação o que se tem é uma ampla divulgação da ilicitude do ato.

Não é a positivação que excluirá o, agora crime, mas assim como todos os demais do código penal, ele existe considerando o desvalor da ação contra outra pessoa, a norma penal em sua construção tem por objetivo representar as condutas sociais que ferem de alguma forma o direito que é constituído em determinado tempo em determinada sociedade, desta forma a positivação tem por escopo demonstrar que o corpo de mulher não é espaço público no qual, nas mais diversas formas se constitui assédio.

O assédio ocorre em qualquer espaço, não havendo lugar "seguro", as ruas, o trabalho, a educação, os locais determinados ao

lazer, o transporte, não é a questão geográfica, mas sim a cultura da disponibilidade do corpo feminino.

Medidas que agem mais diretamente contra as formas perpetradas de violação da tranquilidade, agindo em uma esfera que atinge as mulheres na sua privacidade, a lei de “ofensa sexista” na França em 2018, que considera multar o ofensor em até 3.000 (três mil) euros, aproximadamente 16 mil reais, norma apresentada por Marlène Schiappa que foi secretária de estado para igualdade entre homens e mulheres e o combate à discriminação.

Norma de igual propensão foi aprovada no Brasil na cidade de Salvador (BA), que está estabelecida naquele município pela Lei 9.582/2021 regulamentada pelo decreto 35804/2022, que tem uma característica normativa administrativa, o que não exclui a norma penal em vigência, que visa sanções aos homens que cometam assédio ou exponham publicamente mulheres.

Sabendo que a norma 11.340/2006 em seu artigo 5º não exclui a possibilidade de mulheres serem autoras da violação dos direitos, a regra é que elas acontecem praticadas por homens, assim, a referida norma, ainda descreve os tipos como:

Constrangimento; intimidação, ofensas, ameaças, comportamentos como palavras ou gestos que violem o direito a livre circulação; a honra, a dignidade da mulher no âmbito da lei Maria da Penha ou não.

A norma trouxe uma ampla gama de possibilidade que de certa forma coincidem com a norma penal, como é o caso da nova lei que prevê a lei 14.132/2021 que tem por finalidade punir a violência psicológica.

Retomando a norma na cidade de Salvador/BA, temo a expressão previsão com relação ao corpo da mulher a saber:

Artigo 1º Fica estabelecido que comete infração administrativa o indivíduo que, em logradouros públicos ou privados, com acesso público, exponha a mulher ao assédio de cunho sexual ou que atente contra a dignidade da mulher, através de constrangimento, intimidação, ofensas, ameaças, comportamentos, palavras ou gestos que violem o direito à livre circulação, à honra e à dignidade da mulher, sem prejuízo de crime de qualquer natureza que possa ser imputado.

I - palavras: proferimentos verbais direcionados, direta ou indiretamente, à mulher; comentários abusivos, humilhantes ou

constrangedores; expressões que exponham o corpo feminino ou façam referência ao ATO sexual ou de cunho sexual;

II - comportamentos: tocar o corpo da mulher de forma intencional e sem consentimento; abordar de forma intimidadora ou desrespeitando a vontade da mulher (Brasil, câmara Municipal Salvador 2021) (grifos nosso).

O Instituto Patrícia Galvão tem recente pesquisa que demonstra a importância de normas como a presente, ainda raras no país, mas como ocorre em regra a publicação e sedimentação da norma permite que ela seja implantada em outros municípios da federação.

Nesta pesquisa o espaço do transporte público, que é dever do estado, o índice de mulheres que já foram assediadas somam 97% (noventa e sete por cento) das usuárias, sendo, mais uma vez reafirmando a invasão do corpo da mulher como público e disponível.

A pesquisa mencionada traz os seguintes dados: “O assédio sexual é uma realidade na vida da maior parte das mulheres brasileiras: 71% conhecem alguma mulher que já sofreu assédio em espaço público e, ainda mais impressionante, 97% dizem já ter sido vítimas de assédio em meios de transporte. (Instituto Patrícia Galvão 2021. n.p)

A esfera criminal

O assédio é crime decorrente da alteração legislativa no ano de 2001, inseriu no Código Penal a figura do crime tipificado a conduta, assim insculpida:

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. (Incluído pela Lei nº 10.224, de 15 de 2001).

Vejamos que a condição para o assédio está vinculada a hierarquia, ou seja, ainda que estejamos diante deste fato, é o corpo da menina ou mulher que se destina a ação delituosa, entendemos que essa amplitude é maior e não versa somente sobre a questão hierárquica.

Luiza Nagib Eluf. 2018 n.p) assim descreve a condição para configuração do assédio:

Percebe-se que a conduta de assediar alguém, no Brasil, não inclui assobios, galanteios, gracejos ou ataques sexuais físicos. O “maníaco do

ônibus”, como ficou conhecido um rapaz que se esfregava e ejaculava em passageiras em coletivos de São Paulo, cometeu estupro.

O assédio não pressupõe contatos físicos, limita-se ao constrangimento praticado por um superior hierárquico ou alguém que tenha ascendência sobre a vítima.

O crime tem pena considerada reduzida e, conforme a previsão do cumprimento da pena ele se dá na forma de detenção, o que significa que não existe, no caso isolado, a possibilidade de encarceramento, e não é o objetivo deste artigo adentrar nas mazelas do cárcere e sim direcionar a potencialidade e considerações sobre o bem juridicamente protegido, a dignidade da mulher.

Entre a norma e a pesquisa entende-se que a existência da norma não foi eficaz com seus objetivos, em 2021, nova lei que trata de violência psicológica vem descrever os comportamentos, ou de forma similar as aplicáveis aos soteropolitano, considerando que as condutas da norma podem ter alcance amplos nas ações praticadas, senão vejamos:

Violência psicológica contra a mulher (Incluído pela Lei nº 14.188, de 2021)

Art. 147-B. Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação: (Incluído pela Lei nº 14.188, de 2021)

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave. (Incluído pela Lei nº 14.188, de 2021)

Se refere a semelhança pois sobre o corpo se realiza as humilhações, constrangimentos, ainda que tenhamos total consciência da amplitude das condutas que podem preencher o tipo penal, mas quando se fala em humilhar a vítima, se tocada, ou ainda a conduta que viole a intimidade da menina ou mulher é a conduta que adequa ao pressuposto da norma vigente.

Em todos os crimes desta natureza há sempre uma violência psicológica, quando se dispõe do corpo da mulher, quando é tocado, violado, ainda que verbalmente, a violência psicológica já é um fato

que não se pode pensar em absorção, mas especialmente em concurso de crimes.

A jurisprudência tem trazido à baila a questão e interpretação da norma em comento, pois a adequação de convivência pacífica decorre do reconhecimento amplo da igualdade de gênero em todos os espaços, e a consciência de que a visão corporal, seja ela qual for não está na esfera dos olhares que perfazem a multidão.

Já o crime de Importunação Sexual introduzido no Código Penal pela Lei 13.718/2018 em resposta legislativa aos inúmeros casos de mulheres e meninas vítimas de toques não consentidos, práticas de atos libidinosos, cantadas invasivas, veio dar suporte ao sistema de justiça na tentativa de frear e tornar, especialmente os espaços públicos, onde se concentram os maiores casos de assédios dessa natureza, locais mais seguros para tais vítimas.

Importunação sexual (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

Art. 215-A. Praticar contra alguém e sem a sua anuência ato libidinoso com o objetivo de satisfazer a própria lascívia ou a de terceiro:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o ato não constitui crime mais grave.

O delito em tela, sem dúvida trouxe uma amplitude de interpretações, talvez proposital, frente às inúmeras possibilidades de se praticar atos que atentem contra o corpo de mulheres e meninas.

Assim, poderão ser abarcados por esse tipo penal situações como cantadas invasivas, beijos, “encoxar”, ejacular no corpo da vítima, toques indesejados etc, se o crime não configurar crime mais grave, devendo o operador do direito estar atento à implementação efetiva da lei, não devendo minimizar situações que outrora, em razão da sociedade de origem patriarcal, serem consideradas comuns, rotineiras e até mesmo aceitáveis.

Necessário citar que o “ato libidinoso” descrito no tipo penal não necessariamente se perfaz com contato físico, ou seja, é possível praticar o delito verbalmente a exemplo de cantadas e/ou comentários invasivos de cunho sexual e que vise satisfazer a lascívia do autor ou de terceiro.

No mesmo sentido, os tribunais superiores têm decidido que até mesmo a prática de crimes mais graves, como estupro e estupro de

vulnerável, a depender da situação fática, dispensam o contato físico para sua subsunção legal.

Conclusão

Em indubitável a questão da exposição do corpo das meninas e mulheres que trouxeram para si a “obrigação” de evitar os olhares, como tal conduta fosse possível, ainda que com todas as precauções, há sempre o julgamento e a busca por um espaço mínimo do corpo da mulher, de forma como a cultura é um produto e meio a mesma parte do corpo exposto em lugares determinados como praia ou um piscina pública, ainda atrai os olhares, mas de forma menos agressiva, a exposição do corpo feminino é buscada na existência como “desejado” especialmente quando recoberto, assim os espaço da saia, do decote atrai atenção quando não devida.

Não há nenhuma restrição a uso de qualquer vestimenta pela mulher ou menina, que desde a primeira infância e educada e evitar a visão do seu corpo, na forma de sentar ou do vestir, diferente as normas culturais destinadas ou do gênero masculino, a liberdade do corpo não é a mesma e não há convenção que determine que há nesta postura naturalidade, senão o abuso da intimidade da menina e da mulher

Sabemos que a intimidade tem assento constitucional, e o direito ao corpo ou o estar consigo na forma de vestimenta faz parte deste direito a intimidade e mesmo perfaz direito a personalidade, não havendo que se destinar ao público, senão a própria menina e mulher.

Há um processo que caminha para que o assédio seja melhor definido e ampliado no seu conceito, assim a norma penal do 216-A tem no tipo a exigência de favorecimento ou vantagem e a hierarquia que reduz consideravelmente a nossa ótica deste crime. Apenas frisando ele ocorre entre alunas e professores, uma vez que reconhecida a condição hierárquica.

O crime de violência psicológica em tem seu tipo uma amplitude maior, uma vez que podemos considerar, por exemplo, os olhares lascivos, se o leitor precisa imaginar o que aqui se expõe certamente não é uma mulher, certo que ainda que não exista uma ação propriamente dita, há inegável constrangimento.

O problema no tipo penal é a segunda parte do artigo 147 B que prescreve “mediante”, é tal condição pode não estar presente e ainda

assim haver violência psicológica, sabendo que muitos devem naturalizar a conduta, é preciso saber que ainda que a vítima não reconheça o ato como ilícito, ainda assim pode ele se configurar e se aplicada a norma.

Estamos na seara da interpretação e de nenhuma forma se deseja impedir o “flerte”, o que se coloca como ponto fulcral é que o corpo não pode ser objetificado, nem mesmo no flerte, uma vez que não pertence a outra pessoa senão as meninas e mulheres.

As normas de caráter administrativo podem ter a dificuldade na sua aplicação prática, doutra borda, é necessário positivar para que se busque a efetivação, nesta longa jornada de percepção de direitos naturais que se sobrepõe a direitos ainda que positivados, o valor dignidade é fonte de todos os demais direitos e assim deve ser preservado e protegido pelo Estado.

As dificuldades dos direitos são igualmente históricos e a breve observação na história se revela de fácil constatação que provieram de longas e permanente lutas de grupos que ousaram pensar a igualdade, assim ainda será no espaço de uma sociedade que, por vezes, e muitas delas, se porta de forma hipócrita, havendo um valor para pregar e outro para fazer, a uma estranha ética do possibilidade interessada.

Paladinos do desejo de controle do corpo da mulher em regra apresentam a masculinidade frágil, incapaz de conviver com a igualdade, pois a submissão pode conceder um certo prazer em ver sofrer.

Quando se dirige ao corpo da mulher sem nenhum gesto, ainda que sejam muitos realizados para além do olhar, com palavras ou supostas piadas, esta não podem prosperar em uma sociedade que se proclama democrática, que tem em seus valores a dignidade, transvestidos de liberdade, igualdade e fraternidade.

Promessas da modernidade que jamais se cumpriram, especialmente em relação as meninas e mulheres que vivem sob o manto do “esconder” seu corpo, além de muitas vezes ser vítima da vitimização secundária e terciária que leva em consideração a própria vítima como previsto no artigo 59 do código penal, onde na dosimetria da pena o juiz observará o comportamento da vítima.

Estamos em um longo processo de reflexão, ainda que muitos o neguem pois isso necessitaria a relação de horizontalizar a relação como um todo e não transformando o corpo da mulher enquanto

material de avaliação e julgamento, como se os olhares pudessem revelar mais do que a mulher em seu sagrado direito de ser.

Referências

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. *Sejamos todos feministas*; tradução Christina Baum. - 1ª ed. - São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

BÍBLIA, Português. Bíblia Sagrada. Edição Pastoral, 1990.

BRASIL, Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei nº. 11.340 de 07 de agosto de 2006. **Cria de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 08 ago. 2006, Seção 1. pt. 1.

BRASIL lei municipal 9.582/2921 **Estipula sanções para indivíduos que cometam assédio contra as mulheres ou que as exponham publicamente ao constrangimento**. <https://leismunicipais.com.br/a/ba/s/salvador/lei-ordinaria/2021/958/9582/lei-ordinaria-n-9582-2021-estipula-sancoes-para-individuos-que-cometam-assedio-contra-as-mulheres-ou-que-as-exponham-publicamente-ao-constrangimento>(acesso em 28 de setembro 2022.

ELUF. Luiza Nagib. **Assédio sexual. 2018** <https://espacodemocratico.org.br/artigos/luiza-nagib-eluf-assedio-sexual/>, acesso em 29 setembro 2022.

EHRENREICH, Barbara; ENGLISH, Deirdre. **Brujas, parteiras e enfermeiras: uma história de mulheres curandeiras**. Tradução de Paulo Perna e Meryl Adelman, Curitiba: [S.N.], 2007.

BARROS, Elizabeth Lima da Rocha Barros; BARROS, Elias M da Rocha http://www.sedes.org.br/Departamentos/Formacao_Psicanalise/site/wp-content/uploads/2016/11/O-legado-de-Melanie-Klein-Elias-e-Beth-c.L-19-10-2016.pdf.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1974.

ESTÉS, Clarissa Pinkola. **Mulheres que correm com os lobos: mitos e histórias do arquétipo da mulher selvagem**. Tradução de Waldéa Barcellos. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**; organização e tradução de Roberto Machado. - Rio de Janeiro: Edições Graal, 4^a ed. 1984. 1'1111, 1 (Biblioteca de filosofia e história das ciências; v. n. 7).

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. **Violência em dados** <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/violencia-em-dados/97-das-mulheres-ja-foram-vitimas-de-assedio-em-meios-de-transporte/>. Acesso em 23 de setembro de 2022.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O Martelo das Feiticeiras**. 22 ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2011.

TIBURI, Márcia. **Feminismo Em Comum** - para Todas, Tode e Todos. 6. Ed. Rio de Janeiro: Rosa dos tempos, 2018.

DEL PRIORE, Mary (Org.). **História das mulheres no Brasil**. 9 ed. 2 impressão. São Paulo, Contexto, 2009.

SIMONE DE BEAUVOIR, **O segundo sexo- fatos e mitos**. 4^a edição, tradução de Sérgio Milliet. Difusão europeia do livro. 1970, São Paulo.

DIREITOS DA PERSONALIDADE: herança do embrião *in vitro* no Brasil

Léia Comar Riva¹
Etiene Maria Bosco Breviglieri²

Introdução

A Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e prevê a igualdade jurídica de todos os filhos (art. 226, § 6º). Embora o atual estágio evolutivo do nosso direito consagre a paridade de direitos dos filhos, seja qual for sua origem e proíba qualquer forma de discriminação contra eles, ainda pairam dúvidas sobre os filhos provenientes da inseminação artificial *in vitro* no que cabe aos efeitos jurídicos produzidos, principalmente em relação aos direitos da personalidade e de herança.

A Carta Magna (art. 5º, IX) enuncia como direito fundamental a liberdade da atividade científica e o progresso dos conhecimentos técnicos e científicos das “ciências da vida” alcança a extensa área compreendida pelo biodireito, disciplina responsável pelo “estudo

¹Pós Doutora em Direito pela Universidade de Coimbra – *Ius Gentium Conimbrigae* - Centro de Direitos Humanos Faculdade de Direito (UC-FD) Portugal. Doutora em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (FD-USP); mestre em Ciências (FFCLRP-USP); especialista em Violência Doméstica contra Criança e Adolescente (IP-USP). Professora Efetiva de Direito Civil: Família e Sucessões do Curso de Direito e de Especialização em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Unidade Universitária de Paranaíba-MS. Pesquisadora e líder do Grupo de Estudo e Pesquisa GREDIFAMS. Associada do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM). Membro-associado da Academia Brasileira de Direito Civil (ABDC). Telefone (67) 3668-5352. Celular (67) 99902-5352. E-mail: lcriva@uems.br.

² Pós Doutora em Direito pela Università degli studi di Messina (Itália), Doutora em Direito pela PUC-SP (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo), Mestre em Direito pela UNESP-Universidade Estadual Paulista (Franca), Mestre em Teoria da Literatura pela UNESP-Universidade Estadual Paulista (São José do Rio Preto), Especialista em Direito do Consumidor (UNIRP) e Didática do Ensino Básico e Superior (UNORP), Professora do Curso de Direito e da Especialização em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Unidade Universitária de Paranaíba-MS. Telefone (17) 991126545. E-mail: etiene10@hotmail.com

jurídico que, tomado por fontes imediatas a bioética e a biogenética, teria a vida como objeto principal”. (DINIZ, 2002, p. 7-8). Na seara do biodireito existem assuntos de grande relevância para a sociedade contemporânea tais como o nascituro ou o embrião. (NAMBA, 2015, p. 15).

O presente trabalho tem como objetivo examinar os direitos conferidos ao embrião ou nascituro fruto da inseminação *in vitro*, no que concerne aos direitos fundamentais da personalidade e de herança.

Os dados foram coletados por meio de pesquisa bibliográfica, fundada na discussão teórica do material consultado junto ao Direito brasileiro.

Para compreender o complexo tema, num primeiro momento buscar-se-á investigar os direitos do nascituro, da personalidade e da sucessão *ab intestato* e testamentária, para em seguida analisar esses institutos com ênfase no embrião em casos de inseminação artificial *in vitro*. Ao final serão realizadas as últimas considerações da pesquisa.

1. Direitos da personalidade: alguns apontamentos

Para Beviláqua (1979, p. 170), a personalidade “é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações”; Rodrigues (1985, p. 37) a considera “a mera circunstância de existir”, a qual “confere ao homem a possibilidade de ser titular de direitos” e Azevedo (2012, p. 6, 8 e 15) diz que “é a situação de ser pessoa, a ela inerente”, ou seja, “é condição da existência humana, é qualidade de ser pessoa, acompanhando-a durante toda sua vida”; logo, “existindo a pessoa, ela se apresenta com capacidade, porque toda pessoa é capaz de direitos e deveres/obrigações na ordem jurídica, apresentando as limitações por esta mesma imposta”.

Ao estabelecer a distinção entre o direito à vida e o de personalidade, Pontes de Miranda (1983b, p. 11, 13 e 14) ensina que o primeiro é inato, e “[...] quem nasce com vida tem direito a ela” e a personalidade “resulta da entrada do ser humano no mundo jurídico”. O direito de personalidade “como tal não é direito sôbre a própria pessoa: é o direito que se irradia do fato jurídico da personalidade (= entrada, no mundo jurídico, do fato do nascimento do ser humano com vida)”. Ainda, segundo o autor, direitos de personalidade “são

todos os direitos necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas”, e o primeiro desse direito é o de “adquirir direitos, pretensões, ações e exceções e de assumir deveres, obrigações”. (PONTES DE MIRANDA, 1983b, p. 5).

Várias são as espécies de direito da personalidade; entre elas Pontes de Miranda (1983b, p. 9), no que é amplamente apoiado por seus sucessores, destaca: o direito à vida, à integridade física e psíquica, à liberdade, à honra, à imagem, à igualdade, ao nome e pseudônimo, à intimidade e inviolabilidade do domicílio e o autoral.

Nesse sentido, Bittar e Bittar Filho (1993, p. 10) explicam que os direitos da personalidade são “reconhecidos ao homem, tomado em si mesmo e em suas projeções na sociedade, visando a defesa de valores inatos, como a vida, a intimidade, a honra e a higidez física”, portanto, considera “a pessoa não só em si mesma, mas também em suas projeções na sociedade” e se dividem em físicos, psíquicos e morais, os quais dizem respeito, respectivamente, à integridade física, psíquica e ao patrimônio moral. Ainda, segundo os autores:

Destarte, são físicos os direitos à vida, à integridade física (higidez corpórea), ao corpo, a partes do corpo (próprio ou alheio), ao cadáver e as partes, à imagem (efígie) e à voz (emanação natural); são psíquicos os direitos à liberdade (de pensamento, expressão, culto, etc.), à intimidade (estar só privacidade ou reserva), à integridade psíquica (incolumidade da mente) e ao segredo (inclusive profissional); são morais os direitos à identidade (nome e outros sinais individualizadores), à honra (reputação) – objetiva (prestígio) e subjetiva (sentimento individual do próprio valor social) –, respeito (dignidade e decoro) e às criações intelectuais. (BITTAR; BITTAR FILHO, 1993, p. 11).

Os direitos da personalidade são reconhecidos à pessoa³, sujeito das relações jurídicas, (BELTRÃO, 2014, p. 7) e tomada “em si mesmo e

³ Etimologicamente a “palavra *pessoa* advém do latim *persona*, emprestada à linguagem teatral na antigüidade romana. Primitivamente, significava *máscara*. Os atores adaptavam ao rosto uma máscara, provida de disposição especial, destinada a dar eco às suas palavras. *Personare* queria dizer, pois, ecoar, fazer ressoar. A máscara era uma *persona*, porque fazia ressoar a voz da pessoa. Por curiosa transformação no sentido, o vocábulo passou a significar o papel que cada ator representava e, mais tarde, exprimiu a atuação de cada indivíduo no cenário jurídico. Por fim, a completando a evolução, a palavra passou a expressar o próprio indivíduo que

em suas projeções na sociedade”; ocupam “posição autônoma no campo do direito privado”; visam à defesa de valores inatos, tais como, “a vida, a intimidade e a higidez física” (BITTAR; BITTAR FILHO, 1993, p. 9-10) e têm como sustentáculo a dignidade da pessoa humana. (NAMBA, 2015, p. 231).

Por serem tais direitos considerados inatos e dotados de certas particularidades, as ações, mas não os direitos dos titulares são limitadas pela irrenunciabilidade, imprescritibilidade, intransmissibilidade e impenhorabilidade. Apesar de os direitos de personalidade não poderem ser limitados “através de ato de vontade”, é facultado, “deles dispor, privativamente, em dadas ocasiões”. A título de ilustração, Bittar e Bittar Filho (1993, p. 10) citam o direito à imagem e explicam que a disponibilidade “deve respeitar os limites impostos pela vontade do titular”. Nesse diapasão, Tartuce (2012, p. 155, grifo do autor) conclui: “existe uma parcela dos direitos da personalidade que é disponível (*disponibilidade relativa*), aquela relacionada com direitos subjetivos patrimoniais”.

Apesar das divergências sobre o tema (TARTUCE, 2012, p. 144), essas características são reafirmadas pela maioria dos doutrinadores pesquisados. (DINIZ, 2005, p. 122) e, duas delas – intransmissíveis e irrenunciáveis – constam expressamente no Código Civil, art. 11.

Hodiernamente, Tartuce (2012, p. 142, grifos do autor) sustenta que os direitos da personalidade “são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade (art. 1º, III, da CF/1988)”, na sua “especificação, a proteção envolve os aspectos psíquicos do indivíduo, além de sua integridade física, moral e intelectual, desde a sua concepção até sua morte” e associam-se a cinco grandes ícones: vida e integridade físico-psíquica; nome da pessoa natural e jurídica; imagem; honra e intimidade (art. 5º, X, da CF/1988).

Beltrão (2014, p. 12), ladeado por outros autores, define os direitos da personalidade “como categoria especial de direitos subjetivos que, fundados na dignidade da pessoa humana, garantem o gozo e o respeito ao seu próprio ser, em todas as suas manifestações espirituais ou físicas”.

Ao lecionar sobre as questões aqui expostas, Diniz (2005, p. 192-193) separa os conceitos de personalidade jurídica formal e material;

representa esses papéis. Nesse sentido é que empregamos atualmente. (MONTEIRO, 2007, p. 61).

não distingue “o concebido *in vivo* do obtido *in vitro*” e reconhece que apenas “os efeitos patrimoniais como o de receber doação ou herança dependem do nascimento com vida”. Segundo a autora, no que é seguida pelo co-autor Flávio Tartuce (TARTUCE; SIMÃO, 2011, p. 47):

Poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intra-uterina tem o nascituro e na vida extra-uterina tem o embrião, concedido *in vitro*, *personalidade jurídica formal*, no que atina aos direitos da personalidade, visto ter carga genética diferenciada desde a concepção, seja *in vivo* ou *in vitro* [...] passando a ter *personalidade jurídica material* alcançando os direitos patrimoniais e obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida (CC, art. 1.800, § 3º). Se nascer com vida adquire personalidade jurídica material, mas se tal não ocorrer nenhum direito patrimonial terá. (DINIZ, 2005, p. 192).

Rubens Limongi França, citado por Tartuce (2012, p. 140), ensina que durante “muito tempo os sistemas jurídicos somente cuidaram dos direitos da personalidade do ponto de vista do Direito Público”, a fim de “mostrar a importância desses direitos, pois muitos deles integram as Declarações de Direitos que servem como garantia dos cidadãos contra as arbitrariedades do Estado”.

Atualmente esses direitos existem, independentemente de serem reconhecidos pelo Estado, mas a este, cabe “reconhecê-los e sancioná-los no âmbito da Constituição, ou no da legislação ordinária”. (BITTAR; BITTAR FILHO, 1993, p. 10). Quanto aos direitos da personalidade, no Brasil, estão previstas as pessoas físicas ou mais adequadamente denominadas de pessoas naturais e as pessoas jurídicas (TARTUCE, 2012, p. 164), e constam na Constituição Federal e no Código Civil de 2002.

Na Constituição Federal de 1988, o Título II, que trata dos direitos fundamentais, art. 5º, incisos X e XXX garantem, respectivamente, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem e o direito de herança.

No tocante aos primeiros, Moraes (2011, p. 138) assevera que eles formam “a proteção à vida privada, salvaguardando um espaço íntimo intransponível por intromissões ilícitas externas”, e, ao segundo, mostra que a Constituição Federal de 1988 consagrou “o direito de herança e o direito a sucessão”, a qual é, “no dizer de Silvio Rodrigues, ‘o conjunto de

princípios jurídicos que disciplinam a transmissão do patrimônio de uma pessoa que morreu, a seus sucessores”. (MORAES, 2011, p. 209).

No Código Civil de 2002, a matéria é tratada na Parte Geral, arts. 11 a 21, “com o objetivo primordial de preservar o respeito à pessoa e aos direitos protegidos constitucionalmente”. (DINIZ, 2005, p. 127).

Beltrão (2014, p. 53), após individualizar as diferenças entre direitos fundamentais e direitos da personalidade previstos no Código Civil, leciona que esses – “exprimem aspectos que não podem deixar de ser conhecidos sem afetar a personalidade humana [pertencem ao domínio do Código Civil], enquanto os direitos fundamentais demarcam em particular a situação do cidadão perante o Estado” – e conclui que “pode-se verificar uma tendência de constitucionalização dos direitos da personalidade, em face do princípio da dignidade da pessoa humana fundamentar as relações de direitos da personalidade e a tutela jurídica dos direitos fundamentais”; além disso, segundo o autor, existe uma “desconfiança, de raiz ideológica e doutrinária, quanto à suscetibilidade de a sociedade assegurar sem apoio do Estado e por mero jogo das relações intersubjetivas, a defesa dos direitos de personalidade”.

A tutela conferida aos direitos em questão dá-se em três esferas: a civil, em que ocorre a iniciativa do interessado; a penal oponível por meio de ação penal (pública ou privada) e a administrativa, efetivada por diferentes entidades públicas. (BITTAR; BITTAR FILHO, 1993, p. 13).

Apesar de o legislador brasileiro ter adotado que a personalidade começa com o nascimento com vida, não ignorou ele esse direito ao nascituro, bem como outros direitos ao mesmo, tais como, os sucessórios.

2. Nascituro: direitos da personalidade

A palavra nascituro, “do participio futuro *nasciturus*, *a*, um do verbo *nascere* (*nascor*, *i*), significa aquele que vai nascer. Nascituro é o embrião, o ser humano concebido, mas não nascido (*nasciturus est conceptus, sed non natus*)”. (AZEVEDO, 2012, p. 9).

Nascituro “é o concebido ao tempo em que se apura se alguém é titular de direito ou de pretensão, ação, ou exceção, dependendo a existência de que ele nasça com vida”. Fica ele “como elemento do suporte fático do negócio jurídico, ou do ato jurídico *stricto sensu*, em

nome dêle, ou ato fato jurídico *stricto sensu*”. Esses são eficazes se o embrião nascer com vida e ineficaz se nascer morto. (PONTES DE MIRANDA, 1983a, p. 166).

Ainda, segundo o Mestre, “o problema jurídico do embrião ou nascituro não podia interessar ao homem da horda ou do clã, devido ao coletivismo primitivo”; mesmo após o surgimento da “especialização dos direitos, o problema tardou a pôr-se” e quando surgiu, houve muitas teorias na doutrina. (PONTES DE MIRANDA, 1983a, p. 167-169).

Monteiro (2007, p. 64) explica que as legislações estrangeiras diversificam quanto a esse termo inicial da personalidade. Segundo o autor, reportam umas ao fato do nascimento, como o Código alemão, o português e o italiano; “outra, porém toma a concepção, isto é, o princípio da vida intra-uterina, como marca inicial da personalidade”, como o Código argentino. E a terceira corrente adota uma “solução eclética: se a criança nasce com vida, sua capacidade retomarà à concepção (Cód. Civil Francês)”. (MONTEIRO, 2007, p. 64).

Junto à doutrina brasileira, há tempos, alguns autores afirmam que os direitos da personalidade alcançam os nascituros. (PONTES DE MIRANDA, 1983a, p. 170; BITTAR e BITTAR FILHO, 1993, p. 10).

Apesar de o direito pôr a salvo os direitos do nascituro, Rodrigues (2007, p. 40) alega que a “personalidade, como atributo de toda pessoa (CC, art. 1º), começa do nascimento com vida”; logo, o nascituro não tem personalidade, como também afirmam Pereira (2014, p. 25) e Gonçalves (2014, p. 69).

Silmara J. A. Chinelato, citada por Oliveira e Amorim (2013, p. 46), “sustenta que personalidade – que não se confunde com capacidade – não é condicional, embora ressalvando que ‘certos direitos, isto é, os direitos patrimoniais materiais, como a herança e a doação, dependem do nascimento com vida”. Portanto, “a plenitude da eficácia desses direitos fica resolutivamente condicionada ao nascimento sem vida”. Ou seja, segundo a autora, exige-se somente a concepção a qual abrange embriões implantados ou não. Azevedo (2012, p. 11) também admite que o nascituro tenha personalidade.

O Código Civil brasileiro de 2002 afastou todas as possíveis dúvidas no art. 2º, no qual “não contemplou os requisitos da viabilidade e forma humana, afirmando que a personalidade jurídica inicia-se com o nascimento com vida, ainda que o recém-nascido venha

a falecer instantes depois”. Nesse quesito, assemelha-se, portanto, ao “Código Civil suíço (art. 31); ao português de 1966 (art. 66, I); ao alemão (art. 1º) e ao italiano (art. 1º)”. (DINIZ, 2005, p. 192). Sobre as teorias que “procuram justificar a situação jurídica no nascituro”, Tartuce (2017, p. 75), ladeado pelos autores consultados menciona três: teoria natalista, personalidade condicional e concepcionista.

Apesar de no atual Código Civil brasileiro, quanto ao nascituro, nos termos do artigo acima, ter apoio na teoria natalista, (personalidade iniciada com o nascimento com vida), Tartuce e Simão (2012, p. 118 e 45) explicam que essa teoria não se coaduna com “o surgimento das novas técnicas de reprodução assistida e a proteção dos direitos do embrião”; ela também nega os direitos fundamentais e reforça a “regra pela qual quem não tem personalidade jurídica material ao tempo da morte do falecido não terá direitos sucessórios”. (TARTUCE; SIMÃO, 2011, p. 118).

Ao adotar a teoria natalista, a qual prevalece no Brasil, segundo Madaleno (2015, p. 567), não há como “atribuir personalidade jurídica ao nascituro, não obstante a lei proteja seus direitos desde a concepção”. O nascituro não tem personalidade durante a gestação e “não goza de direitos próprios, que ficam condicionados ao seu nascimento com vida, podendo retroagir sua personalidade para efeitos da aquisição dos direitos que a lei lhe pôs a salvo desde a concepção”.

Tartuce e Simão (2011, p. 123 – grifo dos autores), de forma enfática, após trazer à baila julgados dos tribunais pátrios, textos legislativos e os entendimentos doutrinários de diferentes autores, concluem: “não há dúvidas em afirmar que, na doutrina civilista atual brasileira, prevalece o entendimento de que o nascituro é pessoa humana, ou seja, que ele tem direitos reconhecidos em lei, principalmente os direitos existenciais de personalidade”, assim, “prevalece pelos inúmeros autores citados a teoria concepcionista”.⁴

Encontra-se em tramitação o Projeto de Lei n. 677/2011 (antigo Projeto de Lei n. 6.960/2002), o qual “pretende incluir no comando a

⁴ Entre os autores, Tartuce (2017, p. 77) menciona: Silmara Juny Chinellato, Pontes de Miranda, Rubens Limongi França, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Roberto Senise Lisboa, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal, Francisco Amaral, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Antonio Junqueira de Azevedo e Maria Helena Diniz.

menção expressa ao embrião, encerrando a polêmica doutrinária”. (TARTUCE, 2017, p. 75).

Após trazer os fundamentos jurídicos apresentados por diferentes autores às teorias citadas, Namba (2015, p. 29) conclui que não “se tem uma posição pacífica para dizer se o nascituro possui ou não personalidade jurídica. Dessa forma, não se pode desacreditar qualquer teoria de plano”, e o “respeito que o ser que vai nascer merece não advém do fato de ele ser titular de direitos e contrair deveres e, tampouco, por possuir direitos da personalidade em sua amplitude, mas emana do fato de ele representar a ‘vida humana’ em seus primórdios”.

Ao nascituro são, expressamente, previstos no Código Civil de 2002, vários direitos, tais como: Art. 1.597 – presunção do reconhecimento dos filhos concebidos na constância do casamento, (“caput”); nos casos de “fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido”(inciso III); “havidos a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga” (inciso IV) e “inseminação artificial heteróloga desde que tenha prévia autorização do marido”(inciso V). Art. 1.609 – reconhecimento do filho, antes do nascimento. Art. 542 – validade da doação feita ao nascituro, quando aceita pelo representante legal. Art. 1.799. I capacidade para adquirir por testamento. Art. 1.779 – curatela do nascituro.

A Lei n. 11.804, de 5.11.2008 reconhece “direitos ao nascituro a alimentos e de sua mãe grávida” e a jurisprudência assegura os direitos da personalidade do nascituro ao conceder a ele reparação por danos morais, entre outras situações, “quando perdeu seu pai, vítima de atropelamento por composição férrea”. (AZEVEDO, 2012, p. 11). O Código Penal brasileiro pune a prática ilícita do aborto.

2.1 Direito da sucessão *ab intestato* e testamentária do nascituro

No Brasil, sempre foram reservados os direitos do nascituro de herança. Na Consolidação das Leis Civis aplicada antes da secularização do Direito Civil no Brasil e da entrada em vigor do nosso primeiro Código Civil em 1916, consta no art. 1. “As pessoas considerão como nascidas, apenas formada no ventre materno; a Lei lhes-conserva seus direitos de sucessão para o tempo do nascimento”. Esse artigo tem

como referência as Ordenações (L 3º T. 18 § 7º, e L 4º T. 82 § 5º), as quais receberam a regra como legado do direito romano, que se atinha às disposições de Paulo (Livro I. Tít. V, frag 7: “*Nasciturus pro iam nato habetur quoties de eius commodis agitur* (o nascituro é tido como nascido no que se refere aos seus interesses). Os direitos que lhes são assegurados encontram-se em estado potencial, sob condição suspensiva”, sendo certo que, para resguardar ditos direitos a mulher que está gerando o nascituro pode “requerer ao magistrado competente a nomeação de curador: *curator ventris* (curador ao ventre)”. (GONÇALVES, 2014, p. 70).

A Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso XXX, garante o direito de herança e o atual Código Civil trata em capítulo próprio da herança, objeto da sucessão *causa mortis* e estabelece que “com a abertura da sucessão, ocorre a mutação subjetiva do patrimônio do *de cuius*, que se transmite aos seus herdeiros, os quais se sub-rogam nas relações jurídicas do defunto, tanto no ativo como no passivo até os limites da herança” (arts. 1.792 e 1.997, do Código Civil).(DINIZ, 2015, p. 52).

A transmissão da herança dá-se mediante a sucessão legítima denominada *ab intestato* porque decorre de normas legais, “sem que o falecido tenha determinado o modo de divisão de seus bens” e a sucessão testamentária “ocorre de acordo com a declaração de vontade do *de cuius*”. (WALD, 2007, p. 13), quando deixa testamento ou codicilo (art. 1.786, do Código Civil de 2002).

Na legislação Pátria quando dispõe sobre a vocação hereditária, ou seja, ordem da convocação de uma pessoa com direito à sucessão, a fim de que venha receber a herança, ou o quinhão que lhe cabe, o art. 1.798, do Código Civil, determina: “Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”; logo, poderão ser herdeiros ou legatários: pessoas - nascidas ou concebidas, e dentre as últimas estão o nascituro ou embrião.

Na sequência, o art. 1.829, da mesma legislação ordinária, determina sobre a ordem da vocação hereditária que “é a distribuição dos herdeiros em classes preferenciais, conjugando as duas ideias de grau e de ordem”. (PEREIRA, 2014, p. 71). O primeiro artigo trata das pessoas legitimadas a receber e o segundo da ordem em que essas pessoas receberão.

No tocante àquele que não nasceu ou está morto quando o *de cuius* faleceu, Rodrigues (2007, p. 38) considera que eles não têm

direito a suceder “porque a existência do herdeiro sucessível é antes um *pressuposto* da sucessão hereditária do que uma causa de incapacidade de exercício ou de legitimação”. Nesse sentido, Diniz (2015, p. 63-64), ao comentar sobre a capacidade sucessória, observa dois requisitos em relação à morte do *de cuius* e à sobrevivência do sucessor. No que diz respeito ao nascituro a autora explica que sua capacidade é excepcional; sucederá só se nascer com vida; seu representante legal recolhe a herança sob condição resolutiva e “a pessoa ainda não concebida (*nondumconceptus*) ao tempo da abertura da sucessão não pode herdar, salvo a hipótese do art. 1.799, I, do Código Civil”. Este artigo dispõe que na sucessão testamentária, poderão herdar “os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão”.

Outras dúvidas que surgem e que ficam a cargo da doutrina e jurisprudência dirimirem dizem respeito, ao embrião no caso de fecundação *in vitro*, tanto em relação à necessidade ou não de sua implantação no útero materno, para que se reconheçam direitos da personalidade e da sucessão, quanto ao reconhecimento desses direitos quando se trata da inseminação artificial *post mortem*.

3. Direitos do embrião: fertilização artificial *in vitro*

Apesar da utilização das técnicas de procriação assistida no Brasil, ainda não há uma legislação para regulamentá-la, e, perante o silêncio da lei, coube ao Código Civil de 2002 preservar alguns dos direitos do embrião; a Lei n. 11.105, de 24/03/2005 regulamentar os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal e traçar regras para algumas questões⁵ e ao Conselho Federal de Medicina (CFM) editar recomendações éticas acerca da utilização daquelas técnicas. Foi publicada no D.O.U. de 24/09/2015 a Resolução CFM n. 2.121/2015, a qual encontra-se atualmente em vigor e, como as que lhe antecederam, “procura aliar, em suas decisões o conhecimento técnico aos

⁵ Citada lei também “estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências.”

princípios bioéticos⁶” (ALBANO, 2004, p. 87), além de editar regras, entre outras, sobre a doação de gametas ou embriões e da criopreservação dos mesmos; a gestação de substituição (doação temporária do útero); a reprodução assistida *post mortem*.

Além disso, sob a perspectiva do Direito Civil Constitucional é possível fazer uma releitura do diploma privado à luz da Constituição Federal de 1988, tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana.

Tartuce (2015, p. 5 – grifo do autor) explica que “o Direito Civil Constitucional pode ser encarado como um novo caminho metodológico que procura analisar os institutos de Direito Privado, tendo como *ponto de origem* a Constituição Federal de 1988. Não se trata apenas de estudar os institutos privados”, citados na Lei Maior “mas sim de analisar a Constituição sob o prisma do Direito Civil e vice-versa. Para tanto, deverão irradiar de forma imediata as normas fundamentais que protegem a pessoa, particularmente aquelas que constam nos arts. 1º a 6º do Texto Maior”.

3.1 Inseminação artificial *post mortem* ou não: personalidade e sucessão

Em razão das novas técnicas de reprodução humana assistida, Dias (2008, p. 115) afirma que não há unanimidade quanto ao conceito de nascituro. Segundo a doutrinadora, “Tratando-se de fecundação *in vitro*, realizada em laboratório, questiona-se se há necessidade de implantação do embrião no útero materno, para que se possa falar em nascituro: pessoa por nascer”. (DIAS, 2008, p. 115). A resposta a essa questão, também, nada tem de unânime. Beltrão (2012, p. 111) conclui: “não podemos considerar o embrião como uma coisa juridicamente falando, pois o embrião é parte da evolução de um ser humano e deve ser respeitado a partir do princípio da dignidade da pessoa humana”.

Azevedo (2012, p. 10) nega “qualquer reconhecimento de que exista nascituro, com a fecundação *in vitro*” e Oliveira e Amorim (2013, p. 46), ao considerarem que o nascituro é “fruto da concepção (óvulo fertilizado) aninhado no ventre materno”, entendem que não “basta a concepção externa, obtida em laboratório (fecundação *in vitro*), mesmo porque

⁶ Princípios da autonomia; da beneficência; da não maleficência e da justiça. (DINIZ, 2002, p. 15-16).

passível de conservação por tempo indeterminado (banco de embriões).” É preciso “ao invés, que ocorra a implantação no útero materno (*in anima nobile*), onde ocorre a nidação, possibilitando seu regular desenvolvimento até o nascimento com vida”.

No caso de inseminação artificial *post mortem* é preciso considerar a determinação do art. 1.784, do Código Civil: “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. Portanto, como a transmissão dá-se no momento da morte e dela participam as pessoas nascidas ou concebidas, cabe questionar se as pessoas não concebidas e fruto de reprodução assistida, após a morte do marido, teriam ou não direito.

Apesar de o Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n. 2.121/2015, permitir “a reprodução assistida *post mortem* desde que haja autorização prévia específica do(a) falecido(a) para o uso do material biológico criopreservado, de acordo com a legislação vigente” e de o art. 1.597, inciso IV, prever a presunção do filho havido, “a qualquer tempo, tratando-se de embriões excedentários” decorrentes de concepção artificial homóloga, ou seja “fecundação com embriões *in vitro*, que foram guardados para serem utilizados posteriormente” (AZEVEDO, 2013, p. 253), não há unanimidade dos posicionamentos doutrinários acerca da sucessão do embrião.

Pereira (2010, p. 330) advoga que no caso da inseminação artificial *post mortem* “não se pode falar em direito sucessório”. Cabe à doutrina e à jurisprudência a solução no que diz respeito aos direitos sucessórios dos filhos oriundos da fecundação assistida e nascidos após a morte do marido e a “reforma legislativa deverá prever tal hipótese, até mesmo para atender ao princípio constitucional da não discriminação dos filhos”.

Em sentido contrário, considerando que o embrião humano é pessoa e titular de direitos, Ferraz (2011, p. 112) argumenta que lhe é assegurado o exercício dos direitos sucessórios, e “o reconhecimento de sua capacidade sucessória é o passo inicial para que possamos proceder com a defesa dos seus interesses no âmbito patrimonial”. A autora, ao visualizar:

o ser humano *in vitro* como herdeiro de outrem [na sucessão legítima ou testamentária – independentemente da forma como foi concebida, se por inseminação artificial heteróloga ou homóloga], estamos invocando, tão-somente, o dispositivo ao art. 1.798, ou seja,

resguardando os interesses e direitos sucessórios da pessoa humana já concebida. Se não procedermos dessa maneira, estaremos violando os direitos constituídos, tais como o direito à vida, o direito à dignidade da pessoa humana; em outras palavras, há proteção constitucionalmente assegurada à pessoa humana. (FERRAZ, 2011, p. 129).

Nesse diapasão, Zeno Veloso e Francisco José Cahali são citados por Tartuce e Simão (2011, p. 47). O primeiro com fundamento na igualdade jurídica de todos os filhos prevista na Constituição Federal (art. 227, § 6º), ensina que o embrião após ser implantado e nascido com vida adquire personalidade e será herdeiro. Na mesma esteira de interpretação se posiciona Francisco José Cahali: “terem os filhos assim concebidos o mesmo direito sucessório que qualquer outro filho, havido pelos meios naturais”.

Embora existam opiniões ao contrário, Tartuce e Simão (2011, p. 48) “acreditam que o embrião, apesar de ter personalidade jurídica formal (direitos da personalidade), não tem a personalidade jurídica material (direitos patrimoniais), e só será herdeiro por força de disposição testamentária”, e tal regra não comporta exceção. Quanto à regra prevista no terreno sucessório (art. 1.789) de que estão legitimados a suceder a pessoa nascida e concebida, os autores entendem que esse dispositivo “acaba por reforçar a regra pela qual quem tem personalidade jurídica material ao tempo da morte do falecido não terá direitos sucessórios”. (TARTUCE; SIMÃO, 2011, p. 45).

No tocante à regra do artigo 1.789, do Código Civil, Diniz (2015, p. 64) entende que ela “deve ser estendida aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição de herança.”⁷ Se no momento do óbito do autor da herança existia embrião crioconservado, a autora considera que ele “terá capacidade sucessória, se, implantado num útero, vier a nascer com vida e, por meio da ação de petição de herança”. (DINIZ, 2015, p. 64).

Dias (2008, p. 118) se posiciona da seguinte forma: “Vedar o reconhecimento e o direito sucessório a quem foi concebido mediante inseminação artificial *post mortem* pune, em última análise, o afeto, a

⁷Nesse sentido: Enunciado n. 267 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil.

intenção de ter um filho com a pessoa amada. Pune-se o desejo de realizar um sonho”.

Quanto ao direito da personalidade, Diniz (2002, p. 113-114) explica que o nascituro ou embrião, desde a concepção, tem resguardado esse direito e que isso ocorre porque

a partir dela [concepção] passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica. Na vida intra uterina, ou mesmo *in vitro*, tem *personalidade jurídica formal*, relativamente aos direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente, adquirindo *personalidade jurídica material*, apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais, que se encontravam em estado potencial, e do direito às indenizações por dano moral e patrimonial por ele sofrido. (DINIZ, 2002, p. 113-114 – grifos da autora).

Para Namba (2015, p. 32-33), seguindo a corrente natalista adotada pelo Código Civil, os direitos assegurados ao nascituro – cuja gravidez começa com a nidação, isto é, o ser humano concebido e não nascido; ovo que sofreu nidação, implantado no endométrio, revestimento interno do útero – não são plenos. “O ‘embrião’, elaborado em laboratório ou clonado, não foi alcançado pelo diploma legal, não possuindo, desde logo, quando foi obtido fora do útero materno, direitos a serem assegurados, quer da personalidade, quer patrimoniais”. Portanto, não “se pode desrespeitá-lo, sob o risco de se vulgarizar sua existência; contudo não se pode tratá-lo como nascituro ou uma pessoa plena”. (NAMBA, 2015, p. 32-33).

Ainda, segundo Namba (2015, p. 35 – grifo nosso), o “embrião no útero ou elaborado em laboratório, ao que parece, não tem personalidade jurídica, tampouco possui direitos da personalidade pelo fato de não ter uma individualidade própria”. Continua o autor explicando que nessa “fase, que começa com a formação do sistema neural, a partir do 14º dia da concepção para uns ou 18º para outros, *ele tem vida independente e não pode sofrer qualquer intervenção*”.⁸

⁸ A Resolução CFM n. 2.121/2.121/2015, ao determinar sobre o diagnóstico genético pré-implantação de embriões dispõe: “O tempo máximo de desenvolvimento de embriões *in vitro* será de 14 dias” e, no caso de união homoafetiva feminina é permitido o uso das técnicas de reprodução assistida mesmo que não exista infertilidade.

Após acurado estudo sobre o tema, Ferraz (2011, p. 23 e 46) defende que “a concepção do ser humana *in vitro* como pessoa natural”, porque “a vida humana surge da fecundação do óvulo – seja no interior de um corpo materno ou num tubo de ensaio” e infere: “que é incontroversa a condição do embrião como sujeito de direitos, dessa maneira não há como não considerarmos em sua existência, personalidade jurídica, pois, uma vez sujeito de direito, consequentemente é possuidor de personalidade”.

Acerca do assunto, conclui-se que “as decisões no âmbito legislativo não seguem com a mesma velocidade que a do progresso científico, tornando-se um tanto quanto defasadas” (ALBANO, 2004, p. 84), e que após “30 anos de franca utilização das técnicas de reprodução assistida no Brasil, o que se constata são problemas de ordem jurídica, passíveis de solução, os quais afetam todos os envolvidos com essas práticas”, e que isso ocorre devido a “não só à insuficiência, para não dizer à ausência de regulamentação legal sobre a matéria”. (BARBOSA, 2014, p. 10).

Considerações finais

Após a coleta e a análise dos dados, quanto aos direitos difundidos pelo direito da personalidade, verificou-se não haver divergências doutrinárias, embora alguns autores apresentem um rol mais extenso do que outros. Do mesmo modo, no que respeita ao rol apresentado para a proteção de tais direitos, tanto na legislação constitucional como na ordinária, é indene de dúvidas que o mesmo não é taxativo. Também são reafirmadas pelos doutrinadores as características dos direitos da personalidade. Além da intransmissibilidade e da irrenunciabilidade determinadas pelo Código Civil, é unânime a menção à imprescritibilidade e à impenhorabilidade.

Portanto, ao compararmos os autores clássicos e os contemporâneos, no que concerne ao conteúdo e às características no direito da personalidade, não se constatam alterações, mas isso não ocorre no tocante ao seu conceito. Nota-se que a dignidade da pessoa humana passa a ser o centro do conceito de direitos da personalidade e que isso ocorre, entre outras razões, por determinações constantes na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, da qual o Brasil é signatário e se comprometeu a cumprir e também devido à atual

interpretação doutrinária e jurisprudencial de acordo com os ditames da Constituição Federal brasileira de 1988. Apesar de não ser objeto de estudo, averigua-se que isso ocorre em todas as legislações da Europa e da América, que têm como sustentáculo a dignidade da pessoa humana e primam pela consolidação dos princípios que sustentam o Estado democrático de direito.

No que concerne à condição jurídica do nascituro em geral e de seus direitos da personalidade em particular, constata-se um intrincado posicionamento doutrinário, legislativo e jurisprudencial. Quanto às diferentes teorias que procuram justificar a situação jurídica do nascituro ou do embrião, mesmo se forem considerados os doutos entendimentos em contrário, parece inegável que a aceitação da teoria natalista, adotada pelo Código Civil (art. 2º), deve ser repensada porque não mais se coaduna com o atual momento jurídico e social. A teoria concepcionista deve prevalecer, sob outros argumentos, porque a vida deve ser resguardada desde seu início em consideração à dignidade da pessoa humana; por considerar o nascituro e o embrião pessoas humanas desde a concepção e por lhes serem reconhecidos entre outros, os direitos da personalidade e por ser injusto, ilegal e imoral o tratamento diferenciado entre os filhos.

Quanto aos direitos sucessórios do nascituro ou do embrião, foram detectadas três correntes de interpretação: uma que nega tais direitos, outra que os concede e uma terceira que nega o direito à sucessão legítima, mas o atribui à sucessão testamentária. Apesar de reconhecer o inegável valor jurídico dos posicionamentos angariados, ao considerar que o nascituro ou o embrião são pessoas; que a dignidade humana passa a ser o cerne de qualquer interpretação doutrinária ou jurisprudencial; que essa é uma realidade social, cada vez mais inegável e que há paridade dos direitos entre os filhos, qualquer que seja a forma de concepção, adentra-se na contramão dos avanços técnicos e científicos negar-lhes o direito à herança, seja como herdeiros necessários ou testamentários, na fecundação artificial homóloga ou heteróloga.

Diante do levantado, entendemos que razão assiste aos doutrinadores cuja concepção é a de se considerar como pessoas os embriões implantados ou não no útero materno ou *in vitro*, os quais passam a adquirir direitos de personalidade e de herança, ao contrário,

de prole eventual, que poderão ser considerados na sucessão testamentária ou excluídos da mesma.

Acresce-se a isso que, quando a pessoa se candidata à gestação ou reprodução assistida, existe todo um procedimento formal visando informar aos interessados pelo processo de procriação, assim como preservá-los. Dessa forma, razões assistem para afirmar que as pessoas envolvidas estão cientes de seus direitos e dos efeitos jurídicos a que estarão sujeitos.

No Brasil não há uma legislação específica. Apesar de o embrião, fruto de inseminação artificial *in vitro*, ser considerado pessoa e sujeito de direitos; de o legislador ordinário e o Conselho Federal de Medicina terem resguardado alguns de seus direitos, o mesmo, ainda, não tem assegurado, por parte da doutrina e da jurisprudência, seus direitos fundamentais tanto o de personalidade quando o de herança, o que causa, diante da infertilidade, sofrimento para as famílias e insegurança jurídica.

Como citado na epígrafe, é preciso ser responsável por tudo que se cativa, e as situações levantadas, as quais se fazem cada vez mais presentes na sociedade, representam o esforço e a conquista de muitas pessoas, e, também, por isso precisam ser acolhidas pelas ciências jurídicas e normatizadas em prol dos portadores de vida, mas não podem ser, pela maioria das pessoas, vistos ou ouvidos.

Referências

- ALBANO, Lilian Maria José. **Biodireito**: os avanços da genética e seus efeitos ético-jurídicos. São Paulo. Editora Atheneu, 2004.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral do direito civil**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2012.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de família**. São Paulo: Atlas, 2013.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução assistida: problemas e soluções. **Revista IBDFAM**: Família e Sucessões, Belo Horizonte, n. 15, p. 10, out. 2014,
- BELTRÃO, Silvio Romero. **Direitos da personalidade**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1993.

BITTAR, Carlos Alberto. **O direito civil na Constituição de 1988**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1990.

DIAS, Maria Berenice. **Manual das sucessões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro. Teoria geral do direito civil**. 22. ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. V. 1.

DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro. Direito das sucessões**. 29. ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. V. 6.

FERRAZ, Carolina Valença. **Biodireito: a proteção jurídica do embrião in vitro**. São Paulo. Editora Verbatim, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro. Direito das sucessões**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. V. 6.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6. ed. rev., atual.eampl.Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. 41. ed. rev. e atual. por Ana Cristina de Barros Monteiro. São Paulo: Saraiva, 2007. V. 1.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 9. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2011.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de bioética e biodireito**. 2. ed.ampl. atual. e rev. São Paulo. Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de, AMORIM, Sebastião Luiz. **Inventários e Partilhas: direito das sucessões**. 23. ed. rev. e atual, São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2013.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 18. ed. rev. e atual. por Tânia da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Forense, 2010. V. 5.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 21. ed. rev. e atual. por Carlos Roberto Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 6.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: RT, 1983a. t.I.

PONTES DE MIRANDA , Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: RT, 1983b. t. VII. RODRIGUES, Silvio. Direito

civil: direito das sucessões. 26. ed. atual. por Zeno Veloso. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 7.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**. Lei de introdução e parte geral. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. V. 1.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil. Direito das sucessões**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011. V. 6.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito civil. Direito de família**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. V. 5.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Manual de direito civil**. 7. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

WALD, Arnoldo. **O novo direito das sucessões**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MORADIA E DIGNIDADE HUMANA: atuação judicial nas grandes desocupações urbanas e o (des)compromisso com o “novo” direito de propriedade

Claudia Karina Ladeia Batista¹

Introdução

O direito à moradia é tratado no Brasil como um direito social inserido no rol do artigo 6º por força da Emenda Constitucional 26/2000. Salienta-se, porém, que não tem ele só uma dimensão social. Trata-se, de um direito dotado de proteção de caráter prestacional e defensivo, notadamente de uma garantia contra ingerências indevidas, tanto em relação ao Poder Público quanto no que concerne aos particulares.

Sob essa premissa, o presente trabalho pretende analisar a importância da constitucionalização do direito à moradia e os desafios enfrentados pelo Judiciário nas grandes desocupações de áreas urbanas. Objetiva defender a importância da atuação judicial norteada pela densificação do princípio da dignidade humana, a fim de que o Judiciário não figure como violador de normas constitucionais. Por meio do método dedutivo e emprego de pesquisa documental e bibliográfica espera-se demonstrar que a salvaguarda do direito à moradia está umbilicalmente relacionada a uma mudança paradigmática, quer na concepção do direito de propriedade, cujos contornos constitucionais lhe exigem o cumprimento de sua função social, quer no compromisso do Judiciário com a constitucionalidade de suas decisões. Tal mudança, como se pretende elucidar, há de ser implementada nos processos de desocupação forçada não pela violação das normas consagradoras da propriedade e da posse, mas pela interpretação constitucional das mesmas, num verdadeiro

¹ Doutora em Direito Constitucional – Sistema Constitucional de Garantia de Direitos (ITE-Instituição Toledo de Ensino). Professora do Curso de Direito e da Especialização em Direitos Humanos da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS), Unidade Universitária de Paranaíba-MS. E-mail: claudiabatistadv@hotmail.com

compromisso da atuação judicial com os preceitos constitucionais consagradores de direitos sociais.

Em se tratando da dimensão negativa ou defensiva, Cláudia Honório sustenta que o direito à moradia traz consigo o dever do Estado e dos particulares o respeitarem, visto que a norma impõe “[...] a vedação do retrocesso no tratamento legislativo, sendo que o direito à moradia não pode ser suprimido ou restringido arbitrariamente, nem reduzidas as conquistas até agora alcançadas” (HONÓRIO, 2008, p. 50)

A autora defende que o direito fundamental à moradia, em sua dimensão positiva ou prestacional, implica no dever do Estado de editar normas para efetivar esse direito, bem como de promover a satisfação desse interesse mediante atuação administrativa ou até mesmo jurisdicional (2015, p. 52)

Para Ingo Wolfgang Sarlet, o reconhecimento do direito fundamental à moradia decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, já que este reclama, em sua dimensão positiva, a satisfação de necessidades existenciais básicas de uma vida com dignidade, “[...] podendo servir até mesmo como fundamento direto e autônomo para o reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente positivados, mas inequivocamente destinados à proteção da dignidade” (2003, p. 4). Mais do que isso, assim afirma o referido autor:

[...] sem um lugar adequado para proteger-se a si próprio e a sua família contra as intempéries, sem um local para gozar de sua intimidade e privacidade, enfim, de um espaço essencial para viver com um mínimo de saúde e bem-estar; certamente a pessoa não terá assegurada a sua dignidade, aliás, por vezes, não terá sequer assegurado o direito à própria existência física, e, portanto, o seu direito à vida. (2003, p. 5)

Não obstante se possa dividir o direito à moradia, para efeitos didáticos, em um direito social de cunho prestacional e defensivo, na prática tal divisibilidade não se justifica. Segundo Beatrice Maurer, a oposição entre liberdade e dignidade representa uma concepção “fracionada” do homem, em decorrência de não compreendê-lo em sua totalidade. É justamente em decorrência disso que os direitos humanos são naturalmente indivisíveis.(MAURER, 2005). A autora aponta que a dignidade humana exige respeito. “Nisso reside a descoberta cada vez mais apurada da dignidade em si e, portanto, o progresso da dignidade

para si ou para nós. A consequência da dignidade da pessoa humana se formaliza num respeito” (2005, p. 85). É justamente em decorrência da necessidade de respeito à dignidade humana que os direitos fundamentais evoluíram, construindo as “gerações” ou “dimensões” até agora racionalizadas pela doutrina jurídica.

No mesmo sentido, considerando o intenso processo de urbanização pelo qual passou o mundo e, via de consequência, o Brasil, evidente que os direitos fundamentais também evoluíram. Caso assim não tivesse ocorrido, a própria dignidade humana seria irremediavelmente comprometida, construindo em sua completude o cenário apocalíptico intuído por Zigmunt Bauman, no seguinte sentido:

A história em que e com que crescemos não tem interesse no lixo. Segundo essa história, o que interessa é o produto, não o refugo. Ser ‘redundante’ significa ser extranumerário, desnecessário, sem uso – quaisquer que sejam os usos e necessidades responsáveis pelo estabelecimento dos padrões de utilidade e de indispensabilidade. Os outros não necessitam de você. Podem passar muito bem, e até melhor, sem você. Não há uma razão auto-evidente para você existir nem qualquer justificativa óbvia para que você reivindique o direito à existência. Ser declarado redundante significa ter sido dispensado *pelo fato de ser dispensável* – tal como a garrafa de plástico vazia e não-retornável, ou a seringa usada; uma mercadoria desprovida de atração e de compradores, ou um produto abaixo do padrão, ou manchado, sem utilidade, retirado da linha de montagem pelos inspetores de qualidade. ‘Redundância’ compartilha o espaço semântico de ‘rejeites’; ‘dejetos’ / ‘restos’; ‘lixo’ – com *refugo*. O destino dos desempregados, do ‘exército de reservada mão de obra’, era serem chamados de volta ao serviço ativo. O destino do refugo é o depósito de dejetos, o monte de lixo. (2005, p. 20).

É justamente nesse sentido que é identificável a direta relação entre a dignidade humana e o direito fundamental à moradia, sem o qual a própria existência das pessoas restaria ameaçada. É com o objetivo de se impedir uma exclusão tão extrema quanto àquela demonstrada por Bauman que a dignidade humana, em todas as suas dimensões, deve ser defendida por todos os Poderes constituídos, inclusive o Judiciário. Entretanto essa possibilidade de defesa dos direitos fundamentais por intermédio da atuação do Poder Judiciário.

1. A dignidade humana e o direito à moradia.

Ao estudo do direito à moradia é imprescindível reconhecê-lo como necessário, quase indispensável à assegurar o exercício de outros direitos fundamentais. De fato, mostra-se improvável o exercício da intimidade e vida privada sem moradia. O direito à incolumidade física sem um abrigo contra as intempéries e a violência. É impossível pensar em direito à vida e à saúde sem acesso à água potável e saneamento básico. É difícil pensar em educação quando sequer se tem para onde ir depois da escola – ou melhor – quando sequer se consegue a vaga em uma escola pela ausência de endereço formal. É impensável o prestígio do sigilo de correspondência a quem sequer tem um endereço no qual possa ser encontrado.

A dignidade humana não decorre da lei, mas a antecede e nela encontra guarida. Necessário destacar, nesse sentido, a valiosa lição de Nunes Júnior acerca da natureza “pré-normativa” da dignidade da pessoa humana. Segundo o autor:

[...] a noção de dignidade humana, resgatando o valor intrínseco da vida humana, preordena, como consectário lógico deste valor, a autodeterminação, pois, com base no raciocínio kantiano, se se cuida de um valor impassível de relativização, esta capacidade não pode estar submetida a nenhuma forma de organização estatal ou social hegemônica (2009, p. 111).

A noção de dignidade integra o núcleo irreduzível de qualquer direito predisposto à proteção do ser humano. Além disso: “[...] por ser valor absoluto, que não deve ser mitigado frente a outros interesses, a dignidade deve ser preservada também por ação positiva, quer frente ao Estado, quer frente a particulares”(2009, p. 112).

Necessário, pois, pensar o ser humano como um fim, incluído na sociedade, com o “[...] direito a ter direitos, ressaltando-se aqui não só os direitos inerentes à autodeterminação, mas também aqueles necessários à preservação de sua dignidade material, vale dizer, os chamados “direitos fundamentais sociais”(2009, p. 113).

Além disso, a dignidade humana, apesar de sua evidente abstração, de conformidade com a doutrina do jusfilósofo Robert Alexy, é uma regra de caráter “absoluto”, nos seguintes termos:

[...] é necessário que se pressuponha a existência de duas normas da dignidade humana: uma regra da dignidade humana e um princípio da dignidade humana. A relação de preferência do princípio da dignidade humana em face de outros princípios determina o conteúdo da regra da dignidade humana. Não é o princípio que é absoluto, mas a regra, a qual, em razão de sua abertura semântica, não necessita de limitação em face de alguma possível relação de preferência (2008, p. 113).

Assim, a dignidade humana, enquanto “regra”, não pode simplesmente escapar à aplicação judicial do Direito, em especial porque “[...] Os juízes continuam cultivando uma ideia anacrônica de si mesmos, como depositários de conhecimentos eminentemente técnico-jurídicos válidos enquanto tais, alijando-se assim das expectativas que a sociedade põe nesses sem receber resposta” (ZAGREBELSKY, 2009, p. 148).

Não bastasse essa ligação direta com a própria dignidade humana, o direito fundamental à moradia, nas palavras de Nelson Saule Júnior, tem aplicabilidade imediata e eficácia plena, gerando para o Estado uma obrigação:

Essa obrigação não significa de forma alguma prover e dar habitação para todos os cidadãos, mas sim de constituir políticas públicas que garantam acesso de todos ao mercado habitacional, constituindo planos e programas habitacionais com recursos públicos e privados para os segmentos sociais que não têm acesso ao mercado e vivem em condições precárias de habitabilidade e de vida (1999, p. 71).

Tem-se, pois, que a dignidade da pessoa humana é um metavalor que impregna as normas constitucionais e constitui verdadeiro meio de conformação do ordenamento jurídico. A partir dessa concepção, defende-se que a dignidade da pessoa humana deve ser um critério “densificador” da atividade jurisdicional, inclusive no que concerne à concretização do direito fundamental à moradia.

Ocorre que não são raros os casos em que se verificam “abismos” entre o programa normativo cujo suporte constitucional já se apresentou, e o âmbito normativo, de acordo com o que será estudado no tópico a seguir.

2. O Programa Normativo Constitucional do Direito à Moradia

De acordo com o que foi estudado nos tópicos anteriores, o direito fundamental à moradia guarda estrita ligação com a dignidade humana, assim como demonstra ao menos duas dimensões (uma defensiva e uma social). Essas conclusões são passíveis de extração a partir do próprio texto constitucional.

Isso porque todas as pessoas são iguais em dignidade e direitos e, pela circunstância de, nessa condição, conviverem em determinada comunidade, destaca-se o caráter “[...] intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana, que já havia sido referido pelo próprio Kant, sugerindo inclusive a existência de um dever de respeito recíproco no âmbito da comunidade dos seres humanos” (SARLET, 2011, p. 164). Ademais, a dimensão defensiva do direito fundamental à moradia assumiu certo destaque no que concerne ao “programa normativo” desse direito, nos seguintes termos:

Dentre as aplicações correntes do direito à moradia, seja na esfera do direito internacional, seja na esfera jurídico-constitucional interna dos Estados, destaca-se a sua assim designada dimensão negativa, que condiz com tutela da moradia em face de ingerências oriundas do Estado ou de particulares. Nessa perspectiva e considerando de modo especial a experiência brasileira mais recente, acabou assumindo uma posição de destaque a discussão em torno da proteção a propriedade que serve de moradia ao seu titular ou para algum familiar (2011, p. 165)

Ainda de acordo com Sarlet, a Constituição não apresenta uma definição completa do que é moradia, sendo necessário construir tal definição a partir de outros parâmetros normativos, contidos na própria Constituição e extraídos de outras fontes normativas que tendem a assumir em lugar de destaque as disposições contidas nos diversos tratados e documentos internacionais firmados pelo Brasil e já incorporados pelo direito interno (2011, p. 1029). E prossegue o autor:

[...] mesmo que se possa sempre falar genericamente do direito à moradia, este abrange um conjunto de direitos de e à moradia (de tutela e promoção da moradia) ou de direitos habitacionais como também já tem sido referido, com o que não se está a excluir a existência de deveres fundamentais conexos e autônomos em matéria de moradia,

que, por sua vez, não se confundem com os assim chamados deveres de proteção (ou imperativos de tutela) que incumbem aos órgãos estatais (2011, p. 1034).

Diante disso, a dimensão defensiva do direito fundamental à moradia, enquanto importante parcela de seu programa normativo, contribui indiscutivelmente para sua concretização, especialmente quando, no Brasil, o âmbito normativo desse direito é marcado pelas mais diversas violações, de conformidade com o que será estudado no próximo tópico.

3. O âmbito normativo do direito à moradia

A aferição do âmbito normativo de um direito é importante na aferição da concretude de um direito e, conseqüentemente, de sua efetividade em comparação com o programa normativo desse direito.

No que concerne ao direito fundamental à moradia, necessário afirmar uma evidente ausência de concretização, quando se compara seu “programa normativo” e seu “âmbito normativo”. Nesse sentido, de acordo com a pesquisa de Maria da Piedade Morais, George Alex da Guia e Rubem de Paula:

Segundo relatório da agência da organização das Nações Unidas para Assentamentos Humanos (UN-Habitat), há uma forte correlação entre a precariedade das condições de moradia e baixos indicadores de desenvolvimento humano, mostrando que ‘o lugar de moradia importa’. A existência de uma ou mais inadequações habitacionais ameaça à saúde, à educação e acesso às oportunidades de emprego dos moradores: eles passam mais fome, têm menor probabilidade de conseguir emprego bem remunerado no setor formal, possuem baixo nível educacional, são mais vulneráveis à doença e morrem mais cedo do que a média da população urbana. Assim podemos afirmar que os assentamentos precários se configuram como a materialização das violações aos direitos humanos e sociais básicos (2007, p. 239).

De acordo com o Observatório Permanente de Conflitos Urbanos, no Brasil, há cerca de quinhentas mil (500.000) unidades habitacionais em potencial em prédios abandonados, além de galpões industriais. Além disso, oitenta e cinco por cento (85%) das famílias desabrigadas

têm renda domiciliar abaixo de três salários mínimos. (ALBUQUERQUE, 2007)

Demonstra-se, nesse ponto, a existência, no Brasil, de um imenso “déficit habitacional”, consistente na “[...] soma das famílias que não têm onde morar com as que não podem pagar por uma habitação, além das que vivem em locais sem condições mínimas de moradia e aquelas que dividem espaços pequenos demais para muita gente”. Esse déficit, no Brasil, no ano de 2019, encontrava-se em mais de cinco milhões de unidades habitacionais (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2021).

Esse déficit habitacional, aliado à urbanização massiva e à baixa renda contribui para o aumento e para a densificação das favelas. De acordo com Raquel Rolnik e Nelson Saule Júnior:

Os números não são precisos, porém podemos afirmar que mais da metade de nossas cidades é constituída por assentamentos irregulares, ilegais ou clandestinos, que contrariam de alguma forma as formas legais de urbanização. Uma parte significativa desses assentamentos é composta por posses de propriedades públicas ou privadas abandonadas ou não utilizadas. Desde os anos 70, os municípios vêm investindo nas chamadas favelas, reconhecendo sua existência como parte da cidade. Entretanto, embora a urbanização das favelas venha sendo defendida e praticada há décadas, a titularidade definida dessas áreas para seus verdadeiros moradores vem esbarrando em processos judiciais intermináveis e enormes dificuldades de registro junto aos cartórios (2001, p.5).

Comprova-se, nesse sentido, a distância entre o “programa normativo” e o “âmbito normativo” do direito fundamental à moradia.

Esse distanciamento também é ratificado pela prática jurisdicional atual concernente aos procedimentos de reintegração de posse, especialmente no que se relaciona aos chamados “assentamentos informais”.

Para João Maurício Martins de Abreu, os processos judiciais (ações civis públicas, ações de reintegração de posse e reivindicatórias) não contam sequer com a oitiva dos assentados e, muitas vezes, tramitam sem oferecer a estes a chance de se defenderem (2017, n.p.).

Os procedimentos judiciais não estão preparados para a preservação do direito fundamental à moradia. Além disso: “[...] o procedimento que vem sendo adotado em muitas ações judiciais

revela ínfima consideração com a efetividade da defesa do direito à moradia, ou seja, com a concretização prática do discurso normativo vigente. É, por isso, um procedimento inadequado e ilegítimo” (2017, n.p.) Aliás, o próprio embasamento das decisões que resultam em grandes desocupações em nada se relaciona ao direito fundamental à moradia. De acordo com o mesmo autor:

Com base em que decidem os tribunais? Normalmente, com base em enrijecidas interpretações de direito civil, sem diálogo com a arquitetura jurídica do direito à moradia. Ou explicam que a moradia constituída, por exemplo, em área pública, é de mera detenção de bem fora do comércio; ou que, quando muito é posse de má-fé, porque constituída sobre bem sabidamente alheio (público ou privado). Às vezes, nossos tribunais acrescentam que as casas dos assentados a serem demolidas não geram vantagem ao proprietário (público ou privado) e concluem que não é devida indenização. Simples assim. Sobre o direito à moradia presencia-se de um trágico silêncio nesses julgados.(2017, n,p.)

Na prática judicial, não é possível encontrar a necessária ponderação com a “segurança jurídica da posse” dos assentados, que deveria ser enfrentada para que, só depois, justificadamente se proferisse uma decisão de “despejo forçado”(2017, n.p.)

Evidente, nesse sentido, que os casos judiciais que envolvem assentamentos informais são “casos difíceis”, nos quais não cabe o método da subsunção e não há uma resposta *a priori*.

Ainda de acordo com João Maurício Martins de Abreu, “[...] o reassentamento adequado ou a indenização cabal formam o núcleo mínimo da defesa do direito à moradia”(2017, n.p.).

Além disso, em grande parte, esse “déficit habitacional” deve-se à desigualdade de acesso à moradia, consubstanciada, especialmente, nos procedimentos voltados às “grandes desocupações urbanas”.

4. Por uma “Ponte” para Vencer o Abismo Entre o Programa Normativo e o Âmbito Normativo do Direito à Moradia

Há no ordenamento pátrio considerável produção legislativa que protege o direito à moradia no seu aspecto objetivo (o bem imóvel no qual se habita). Somente para exemplificar, a instituição do “bem de família”, a lei do inquilinato, o Código de Defesa do Consumidor no caso

de contratos bancários, a regulamentação dos financiamentos habitacionais, previsão legal de subsídios para a aquisição de imóveis, entre outros, protegem ou facilitam o acesso ao bem imóvel sobre o qual se exerce o direito de morar, mas não necessariamente o direito em si.

Verifica-se que diversos institutos jurídicos também foram criados para a proteção do direito à moradia de quem o exerce em imóvel alheio. Tais institutos, porém, ainda têm aplicabilidade restrita em razão de duas grandes barreiras a serem vencidas pelo Poder Judiciário: o descompromisso das decisões com a dignidade humana nas demandas que versam sobre desocupação forçada; e a resistência em considerar o “novo modelo de propriedade” criado pela Constituição Federal de 1988. São dois grandes desafios a serem enfrentados para transpor o abismo que impede a concretização do direito à moradia.

4.1 O Primeiro “Lance” do Vão: A Atuação Judicial Comprometida com a Dignidade Humana

Os anseios da natureza humana estão muito mais ligados aos conhecimentos da filosofia que do direito. Entretanto, compete a este último disciplinar “os conteúdos e significados daquilo que poderia designar de dimensões da dignidade da pessoa humana”(2013, p. 16).

Sarlet defende que o diálogo entre o filósofo e o jurista constitui, numa sociedade democrática, o melhor meio de se estabelecer contornos nucleares das diversas dimensões da dignidade e sua realização prática. Defende o autor que a prática racional discursiva, necessariamente argumentativa, demonstra o papel efetivo do direito na promoção da dignidade.

A definição de dignidade, porém, é tarefa árdua, mormente por se tratar de desdobramento da personalidade e da multiplicidade de seus traços, tal como aponta o autor:

[...] a dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade etc.), mas, sim, de uma qualidade tida para muitos – possivelmente a esmagadora maioria – como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade – como já restou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio

que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade, pelo menos na sua condição jurídico-normativa. (2013, p. 16)

A dignidade é preexistente ao direito e independe de reconhecimento por este. Seu valor é absoluto e, no pensamento clássico (COMPARATO, 2011, p. 11) ela pode ser tomada como intrínseca da pessoa humana, irrenunciável, inalienável e independente de circunstâncias concretas, sejam elas locais ou pessoais. Assim, o autor dos atos mais indignos não pode ser privado de sua dignidade, assim como aquele que desprovido de condições dignas de sobrevivência, dela não abriu mão. É esse o entendimento espelhado pelo art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, pelo qual “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”.

No mesmo sentido, o filósofo Immanuel Kant já previa a dignidade como algo inerente ao ser humano, insubstituível e de valor inestimável:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade [...] o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo de preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade. (2005, p. 65)

É importante esclarecer que embora a dignidade humana seja algo universal e inata a todo ser humano, os contornos da ideia de dignidade aqui defendida são considerados a partir concepção ocidental, carente de um diálogo intercultural quanto a seu conteúdo. “É preciso reconhecer a incompletude do conceito judaico-cristão de dignidade e os obstáculos para sua universalização num contexto multicultural”(SANTOS, 2007, p.19).

É preciso assim considerar a dignidade no aspecto intersubjetivo, analisando-a para além do indivíduo e inserindo-o num contexto que impõe seu reconhecimento pela ordem jurídica e o reconhecimento de sua condição da ação humana e da política. (ARENDDT, 2000, p. 16-17).

A despeito da validade das tentativas de conceituação apresentadas, há que se considerar ainda a relação existente entre a dignidade humana e os fatores histórico-culturais, cuja dimensão interage mutuamente com os já citados aspectos ontológicos e relacionais.

Os aspectos histórico-culturais hão de ser observados quando das considerações acerca da dignidade da moradia. Isso porque a autonomia da pessoa humana e a ideia de autodeterminação fazem com que a dignidade da moradia assuma contornos distintos para populações urbanas, indígenas, remanescente de quilombos, entre outros.

Quanto à dimensão negativa e a dimensão prestacional da dignidade humana, salienta-se que elas são simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade.

Como limite, a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças, de maneira que a pessoa não seja reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros. Enquanto tarefa, “dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção” (SARLET, 2013, p. 32)

Por fim, Sarlet sustenta ainda a existência de um elemento imutável, que se consubstancia no limite que assegura a dignidade de cada um, elemento este que não pode ser perdido ou alienado. Como elemento mutável tem-se as condições promovidas pelo Estado e sociedade para a fruição da dignidade, razão pela qual esta é também dependente da ordem comunitária (SARLET, 2013, p. 34).

Embora conceituá-la seja de extrema complexidade, a dignidade é algo real sendo absolutamente identificável sua violação. Não se pretende no caso em tela apresentar um conceito de dignidade. As considerações já tecidas por Sarlet levam a crer que o estabelecimento de conceito incorreria em risco de minimizar a proteção constitucional, em manifesto retrocesso. O fato é que aos juízes não compete investigar o conteúdo ético da dignidade, tarefa esta que cabe ao debate público na esfera parlamentar. O reconhecimento da ofensa à dignidade deve ser externado pelos órgãos judiciais, de cuja manifestação decorrerá consequências jurídicas.

A ausência de definição de dignidade não pode ser argumento para afastar os ditames constitucionais, mormente quando estabelecer um “conceito” a fim de “enquadrar” dignidade um cenário pré-estabelecido é que poderia limitar seu alcance. Ademais, a identificação de ofensa à dignidade humana não carece de um conceito formal. Verifica-se pela experiência comum, capaz de identificar uma flagrante lesão a direito quando diante de uma. Assim, a despeito da existência de um conceito formal de dignidade, é preciso reconhecer sua flagrante violação quando da desocupação forçada desprovida dos requisitos mínimos de atendimento de uma das necessidades humanas mais prementes, que é morar.

De igual sorte a condição de ser gregário já exposta, bem como o abandono da vida nômade são elementos que corroboram a relação entre o ser humano e o lugar que o abriga. Defende-se, pois, que todo imóvel que se preste à moradia seja próprio, alugado, cedido, ou ocupado pacificamente a qualquer título merece a guarida do Judiciário enquanto responsável pelo cumprimento dos ditames constitucionais.

Quanto à dignidade humana, esta resulta, em última análise, um meio de promover o respeito à vida, à saúde, à integridade física e à privacidade de milhões de pessoas desprovidas do mínimo existencial em todo o país. Não reconhecer e assegurar tais condições mínimas de vida digna é mais que violar uma disposição constitucional. É negar-lhe um dos aspectos essenciais que instituem a dignidade humana um dos fundamentos do Estado.

Defende-se, como um dos pressupostos para vencer o abismo formado entre o programa e o âmbito normativo, que o direito à moradia seja reconhecido e minimamente assegurado a partir a densificação da dignidade humana, da qual é indissociável.

A decisão judicial proferida nas ações que demandam desocupação de área urbana (sejam possessórias, demolitórias, ações civis públicas etc.) há de subsistir ao crivo da dignidade humana, sob pena de inconstitucional.

4.2 O Segundo “Lance” do Vão: A Atuação Judicial Comprometida com o “Novo” Direito de Propriedade

O direito de propriedade, marco do liberalismo econômico vem, ao longo dos anos, internalizando alguns dos aspectos históricos acolhidos no bojo das constituições sociais.

Jorge Miranda defende que o direito de propriedade era considerado uma liberdade e cuidadosamente protegido nas constituições liberais. Já nas constituições mais recentes dos Estados Democráticos de Direito, influenciadas por tendências sociais, fica condicionado por outros interesses e valores da ordem econômica e posto a serviço de uma função social (MIRANDA, 2000, p. 523).

A função social não deve ser compreendida como limitadora do exercício da propriedade, mas como elemento desta. De uma nova propriedade. Trata-se de um requisito, agora intrínseco, que faz com que exista uma multiplicidade de estatutos a gerir o direito de propriedade, que já não cabe numa noção totalitária e individualista. Há que se restabelecer o dimensionamento realista da propriedade e afastar-se, tanto quanto possível, da dogmática de imutabilidade ou direito absoluto (VARELA, 2002, p. 42).

Considera-se, pois, a função social como um elemento constitutivo do próprio direito de propriedade. Não se confunde com limitações externas ao exercício de direitos, como por exemplo, o direito de vizinhança. O cumprimento da função social é de tal forma vinculado à propriedade que esta, sem ele, carece de conteúdo essencial.

O adjetivo “social” não foi associado casualmente à função que o bem deve cumprir. Tal cumprimento deve se dar segundo o interesse social, o que não impede que o titular do domínio compatibilize o uso privado com o interesse público. (MIRANDA, 2000, p. 253).

O cumprimento da função social da propriedade pode inclusive se dar “por quem tem a disponibilidade física dos bens, ou seja, do possuidor, assim considerado no mais amplo sentido, seja ele titular do direito de propriedade ou não, seja ele detentor ou não de título jurídico a justificar sua posse”(ZAVASCKI, 2002, p. 844).

O imóvel urbano cumpre sua função social quando atende às disposições do plano diretor. A importância do cumprimento da função social é tamanha que ela é considerada “a espinha dorsal da

Política Urbana brasileira e deve aplicar-se às áreas tanto privadas quanto públicas”(ALFONSIN 2006, p. 414).

Eros Grau não pactua com o entendimento de que a função social se aplica aos bens públicos. Defendendo o posicionamento de só os bens privados a ela se sujeitam, o autor sustenta:

[...] embora isso passe despercebido da generalidade dos que cogitam da função social da propriedade, é seu pressuposto necessário a propriedade privada. Embora se possa referir da função social das empresas estatais, a ideia da função social como vínculo que atribui à propriedade conteúdo específico, de sorte a dar-lhe um novo conceito, só tem sentido e razão de ser quando referida à propriedade privada. A alusão à função social da propriedade estatal qualitativamente nada inova, visto ser ela dinamizada no exercício de uma função pública. E a referência à função social da propriedade coletiva, como vínculo a tangê-la, consubstanciaria um pleonasma (2002, p. 269).

A despeito da notável contribuição do jurista para o estudo do direito à propriedade, não parece que tal posicionamento seja condizente com os interesses constitucionais (embora, como se verá mais adiante foi replicado em inúmeros acórdãos). Se, ao Poder Público incumbe em última análise, o atendimento dos direitos de cunho prestacional, é de se supor que na seara do direito à moradia, a propriedade pública cumpra sua função social. Tal cumprimento pode se dar, inclusive, pela construção de moradias populares, abrigos ou outras medidas destinadas a minorar o problema do déficit habitacional, se assim previsto no plano diretor.

Ao se considerar pleonasma a vinculação do bem público ao cumprimento da função social, deixa-se de dar efetividade à Constituição Federal. Ademais, se o plano diretor previa a destinação de área pública para a edificação de moradias, ao se negar o obrigatório cumprimento da função social pelo bem público tem-se um novo problema: passa-se à possibilidade do emprego da área para qualquer outro fim, a teor da discricionariedade e conveniência da administração pública.

Outra questão relacionada ao não cumprimento da função social por bem público é que, a “desobrigação” de cuidado institucionaliza a negligência. Muitas das ocupações irregulares de áreas urbanas

públicas decorrem do desinteresse do Poder Público em dar-lhes destinação e função adequadas.

É óbvio que o não cumprimento da função social por bem público (no caso imóvel) não é caso para a incidência de IPTU progressivo ou desapropriação sanção. Também não é caso de usucapir bens públicos, por expressa vedação constitucional. A não vinculação, porém, dá margem a que o administrador relegue a um segundo plano as questões relacionadas ao déficit habitacional. Defende-se, assim, que o atendimento da função social por bem público é uma obrigação constitucional e não se encontra entre as matérias sujeitas à análise de conveniência e oportunidade.

Falar, pois, em direitos fundamentais pressupõe reconhecer a existência de respectivos deveres fundamentais. Portanto, se a aplicação das normas constitucionais sobre direitos humanos independe da mediação do legislador, o mesmo se deve dizer em relação aos deveres fundamentais. Mas qual o conteúdo do dever fundamental ligado à função social da propriedade? A Constituição brasileira, especificamente em relação à propriedade rural e à propriedade do solo urbano, explicita-o como sendo a adequada utilização dos bens, em proveito da coletividade.

A defesa da obrigação social é feita em magistral lição por Comparato, que condiciona os direitos decorrentes da propriedade ao cumprimento da função social. O autor defende que, tal como previsto na doutrina alemã, a norma de vinculação social da propriedade não diz respeito somente ao uso do bem, mas constitui a própria essência do domínio. Assim sendo, o não cumprimento da função social implica que **“as garantias ligadas normalmente à propriedade, notadamente à de exclusão das pretensões possessórias de outrem, devem ser afastadas”** (COMPARATO, 2017, n.p.).

A previsão constitucional da função social revolucionou a forma com que se deve tratar o direito de propriedade. E segue o autor cuja clareza tal que merece registro:

Quem não cumpre a função social da propriedade perde as garantias, judiciais e extrajudiciais, de proteção da posse, inerentes à propriedade, como o desforço privado imediato (Código Civil, art. 502) e as ações possessórias. A aplicação das normas do Código Civil e do Código de Processo Civil, nunca é demais repetir, há de ser feita à luz dos mandamentos constitucionais, e não de modo cego e mecânico, sem

atenção às circunstâncias de cada caso, que pode envolver o descumprimento de deveres fundamentais (2017, n.p.).

O cumprimento da função social é, pois, obrigação e não mera faculdade. A função social não é um “adorno” atribuído pela Constituição Federal de 1988 à propriedade. Seu descumprimento autoriza o Estado a promover a sanções ao proprietário descumpridor de tal dever.

Trata-se, pois, além de um dever fundamental, de um princípio de ordem econômica, insculpido no art. 170 da Constituição Federal de 1988 e cujo não atendimento pode ensejar, entre outras coisas, a perda da propriedade como sanção.

A concepção privatista da propriedade, frequentemente reproduzida nas demandas que envolvem remoção de pessoas, sobretudo em decisões em ações possessórias, ignora por completo a nova conformação dada pelo instituto da função social.

No feliz dizer de Comparato (2017, n.p.) autores e tribunais têm desconsiderado a “verdadeira natureza constitucional da propriedade, que é sempre um direito-meio e não um direito-fim. A propriedade não é garantida em si mesma, mas como instrumento de proteção de valores fundamentais”

Se desde a fundação do constitucionalismo moderno, considerou-se a propriedade como garantia da liberdade individual contra a intrusão dos Poderes Públicos ela passa agora, com as transformações do Estado contemporâneo, a servir como instrumento de realização da igualdade social e da solidariedade coletiva, perante os fracos e desamparados. Ademais, conclui o autor com lucidez ímpar: “Seria indesculpável anacronismo se a doutrina e a jurisprudência hodiernas não levassem em consideração essa transformação histórica, para adaptar o velho instituto às suas novas finalidades” (2017, n.p.)

Defende-se que a propriedade, pública ou privada, deve atender ao cumprimento da função social, ou seja, deve ser utilizada, explorada ou destinada para aquilo que dela razoavelmente se espera. A propriedade não pode permanecer incólume para aquele que a abandona. Que dela não cuida. Que não a aproveita para si nem a reverte para qualquer fim que beneficie a coletividade.

Esse não é, entretanto, um discurso retórico de ruptura. O direito de propriedade continua sendo assegurado no rol dos direitos fundamentais. Continua guarnecido de toda a proteção a ele conferida

pela Carta Magna e legislação infraconstitucional. Há que se considerar, porém, que de todo esse aparato só há de usufruir a propriedade que atende ao fim social para o qual foi destinada. O abandono e a especulação imobiliária não interessam a ninguém que não ao proprietário. Imóveis nessas circunstâncias não atendem à função social.

Transpor, pois, o abismo existente entre o programa normativo do direito à moradia e sua concretização no âmbito normativo pressupõe que o enfrentamento do direito de propriedade seja feito em conformidade com os contornos a ele dados pela Constituição Federal de 1988.

Defende-se, pois, que vencer o abismo entre o programa normativo e o âmbito normativo pressupõe que o intérprete considere a densificação da dignidade não só em relação ao homem (sujeito do “direito de morar”). É preciso que a dignidade humana, intuito último da função social, sujeite e condicione o bem imóvel (objeto do direito de morar).

Não se pode admitir, diante da “arquitetura” constitucional e dos fundamentos por ela instituídos, que o alcance da norma constitucional consagradora do direito à moradia seja reduzido em razão de concepção arcaica do direito de propriedade em seu caráter absoluto por ela (Constituição) não recepcionada.

Tem-se, pois, o direito fundamental à moradia como verdadeiro mecanismo capaz de evitar esse quadro de exclusão extrema que se tem demonstrado. A redução do déficit habitacional apontado pelo IBGE não é motivo de comemoração, haja vista que o índice do déficit habitacional e o número de edificações precárias ainda são alarmantes. Trata-se de um problema social de extrema relevância a ser solucionado, mormente por conduzir a outros problemas, inclusive de saúde pública.

De acordo com Nelson Saule Júnior, o acesso à moradia deve ter, basicamente, dois objetivos: o primeiro, de garantir uma “segurança jurídica” para as pessoas, famílias e comunidades que vivem em assentamentos, em condições precárias de habitabilidade, mediante a posse de área urbana para fins de moradia; o segundo é a necessidade de o direito à moradia “[...] ser um requisito obrigatório para verificar se a propriedade urbana está cumprindo ou não sua função social” SAULE JÚNIOR, 1999, p. 89). Ainda de acordo com o referido autor:

A política habitacional deve ser estabelecida para garantir o acesso de todos ao mercado habitacional, através de leis, instrumentos, planos e programas habitacionais com recursos públicos e privados para os segmentos sociais que não tem acesso ao mercado e vivem em condições precárias de habitabilidade e sem condições dignas de vida (1999, p. 123)

Além disso, pelo fato de ser, também, um direito social, o direito fundamental à moradia resta diretamente ligado à igualdade.

Nas palavras de José Afonso da Silva, os direitos sociais “[...] possibilitam melhores condições e vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a equalização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade” (2006, p. 286).

A desigualdade de acesso à moradia é um reflexo de relações econômicas desiguais. O papel do Direito, especialmente dos direitos fundamentais sociais, é o de “equilibrar” tais relações. Nesse sentido, de acordo com Lenise Lima Fernandes:

No âmbito das relações sociais capitalistas, o valor de troca atribuído à moradia se sobrepõe ao valor de uso associado a este bem. Tratada como mercadoria, a moradia é posta em circulação associada a outra, à terra, sendo esta valorizada a partir de beneficiamentos diversos (2007, p. 7).

Ainda de acordo com a referida autora, acesso à moradia é determinado pelo potencial de compra do consumidor e, em decorrência disso, “[...] as contradições inerentes ao modo de produção capitalista, bem como as desigualdades que o caracterizam, expressam-se na produção do espaço urbano e geram disputas por sua ocupação e uso” (2007, p. 7).

Os estudos de Smith apontam os elementos que constituem a identidade nacional (1997, p. 28). Antes, porém, inicia a obra tratando da identidade individual, que constitui elemento de coesão ou de ruptura social a partir de questões de gênero e de categoria de espaço e território, bem como de identidade coletiva a partir da categoria de classe social a que o indivíduo pertence e, a partir da qual, é possível delimitar os papéis de cada pessoa individualmente.

Para o autor, a questão da identidade de classe apoia, mas também se opõe à formação de uma comunidade estável. Como classe significa uma ligação social:

[...] existem sempre duas ou mais classes numa dada formação social em conflito [...]. Se uma identidade colectiva mais inclusiva, abrangendo toda a população, emergisse, teria necessariamente de ser um tipo bastante diferente de uma identidade baseada em classes e interesses econômico. (1997, p. 20).

É preciso, pois, implementar a dimensão social a partir de parâmetros que minimizem as mazelas da desigualdade, não em um sentido utópico de igualdade absoluta (que sequer se coaduna com o capitalismo enquanto modelo econômico), mas que impeça o acesso mínimo ao exercício de direitos assegurados a todos.

Assim sendo, além da dimensão “social”, voltada a corrigir, especialmente, as desigualdades derivadas do quadro capitalista, o direito à moradia também há de ser considerado em sua dimensão “defensiva”, de conformidade com o que será estudado no tópico a seguir.

Além disso, cabe reafirmar que os direitos fundamentais são indivisíveis e complementares, de modo que os direitos de defesa não podem subsistir sem intervenções sociais. É possível afirmar, inclusive, com Cristina Queiroz (2006, p. 45), que a distinção entre “direitos a prestações” e “direitos de defesa” não é fácil de determinar. Os direitos fundamentais à prestações individualizam-se no seu “dever de ação” por parte do Estado. Já o conceito de “direito de defesa” caracteriza-se por certa “ambiguidade”. De um lado, é marcado por sua abrangência e por indicar, como função principal desses direitos, as “liberdades no seu conjunto” (2006, p. 45) Ainda de acordo com Cristina Queiroz:

[...] que se acentue o lado ‘jurídico subjetivo’ ou ao lado ‘jurídico objetivo’ dos direitos e liberdades fundamentais, o certo é que essa concepção dos direitos significa: uma ‘liberdade face à intervenção’ e uma ‘reconstrução da função clássica dos direitos fundamentais’, de modo a aí compreender uma liberdade efetiva e real, capaz de fundar uma ‘concepção dos direitos fundamentais no Estado Social’(2006, p. 46-47).

Em sentido contrário, o “direito a prestações em sentido material” corresponderia às posições jurídicas que se traduzem em uma “[...] prestação em sentido positivo, sem consideração do

ordenamento jurídico infraconstitucional ou procedimentos estaduais” (2006, p. 47) Ainda de acordo com a referida autora:

Ora, em matéria de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais sociais, pode argumentar-se, com alguma justeza, que tais direitos pressupõem uma ‘ponderação’ face a outros bens e princípios constitucionais, designadamente, o princípio da ‘competência decisória do legislador’, o princípio do ‘equilíbrio financeiro’ e ‘orçamental’, a ‘reserva do possível’ ou mesmo (mas nem por isso menos imprecisa) a ‘proibição do retrocesso social’ [...]. Independentemente do modo e da forma como se possa ‘carregar de sentido’ (‘densificar’) o conteúdo dessas ‘cláusulas’, gerais ou indeterminadas, a utilização de ‘recursos públicos’ e o exercício de ‘funções públicas’ inserem-se, de igual modo, no plano constitucional. É certo que, no momento decisionístico do ato de julgar, de dizer o direito (*juris dices*); o tribunal terá de ter em conta a globalidade do sistema jurídico, o que significa que terá de proceder previamente a uma interpretação (2006, p. 202).

Considerações Finais

Ante o exposto, o direito fundamental à moradia, em ambas “dimensões”, deve ser “densificado”, inclusive por intermédio da atividade jurisdicional, com base na dignidade da pessoa humana.

A “densificação” das duas dimensões do direito à moradia volta-se à concretização não apenas da liberdade e da igualdade, mas de uma “igualdade substancial”, na qual, de acordo com Luigi Ferrajoli, todos devem ser considerados “[...] tão iguais quanto possível for”, mesmo que sejam “social e economicamente desiguais”. Haveria, nesse ponto, uma “igualdade nos direitos fundamentais” (2007, p. 727).

Uma das consequências da dimensão “defensiva” do direito à moradia é justamente a sua relação direta com o direito à propriedade

É evidente o necessário comprometimento do Poder Executivo no desenvolvimento das diretrizes constitucionais, que não constituem meras recomendações, mas verdadeiras exortações aos poderes do Estado, conforme estudado anteriormente.

Até porque o Brasil é um país de “modernidade tardia”, de modo que a Constituição Dirigente deve permanecer viva como verdadeiro instrumento de garantia de cumprimento das promessas da modernidade, efetivamente “constituindo a ação” do Estado.

A proteção normativa conferida ao direito à moradia apresentou significativos avanços para a redução dos problemas habitacionais: como a usucapião coletiva, o direito de laje, a regularização urbana, entre outros. Entretanto, mais que um problema de omissão legislativa, o direito à moradia vive, no Brasil, uma crise de concretização.

O Estado não tem desempenhado a contento o papel de promover a dignidade da pessoa humana, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais por meio de políticas públicas eficientes. Não se desincumbiu, pois, no plano “prestacional,” quanto ao direito à moradia, da obrigação de assegurar o respeito à dignidade humana, um de seus fundamentos.

Considera que o direito à moradia é um direito social, mas não se satisfaz somente com a percepção de “prestações” do Estado. O direito em tela merece, enquanto direito fundamental que é, a satisfação via defesa contra a ação do próprio Estado. Estado este que viola o direito à moradia na medida em que, por meio do Poder Judiciário, presta, por vezes, um desserviço à proteção constitucional concedendo mandados de remoção forçada cumpridos em desacordo com o ideário jurídico-princiológico da Constituição Federal de 1988.

Referências

ABREU, João Maurício Martins de. A Moradia Informal no Banco dos Réus: discurso normativo e prática judicial. In: **Direito GV**, vol. 07, nº 02, p. 391-415. Rio de Janeiro, jul./set. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S180824322011000200002&script=sci_arttext. Acesso em: 09 jun. 2017.

ALBUQUERQUE, Elza; DANTAS, Diana; STREIT, Patrícia *et al.* **Direito à Moradia**: famílias ocupam prédios abandonados para sobreviver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALFONSIN, Betânia; FERNANDES, Edésio. **Direito à Moradia e Segurança da Posse no Estatuto da Cidade**: diretrizes, instrumentos e processo de gestão. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BAUMAN, Zigmunt. **Vidas Desperdiçadas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2005.

COMPARATO, Fabio Konder. Direitos e Deveres Fundamentais em Matéria de Propriedade. In: **Revista do Centro de Estudos Judiciários / Conselho da Justiça Federal**, vol. 01, nº 03. Brasília: CJF, 1997. Disponível em: <http://daleth.cjf.jus.br/revista/numero3/artigo11.htm>. Acesso em: 11 jul. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERNANDES, Lenise Lima. A Favela e o Direito à Cidade: desafios à integração democrática no século XXI. In: **Anais da III Jornada Internacional de Políticas Públicas**, p. 01-08. São Luís, 2007.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Deficit Habitacional no Brasil 2016-2019**. Disponível em: http://fjp.mg.gov.br/wp-content/uploads/2021/04/21.05_Relatorio-Deficit-Habitacional-no-Brasil-2016-2019-v2.0.pdf. Acesso em: 12 jul. 2022.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 269.

GUIA, George Alex da; MORAIS, Maria da Piedade; PAULA, Rubem de. Monitorando o Direito à Moradia no Brasil (1992-2004). In: **Boletim de Políticas Sociais**, nº 12, p. 230-241. São Paulo, fev. 2006.

HONÓRIO, Cláudia. Penhorabilidade do Bem de Família do Fiador e Direito à Moradia: uma leitura sistemática constitucional. In: **Revista Forense**, vol. 104, nº 396, p. 31-57. Rio de Janeiro, mar./abr. 2008.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

MAURER, Béatrice. Notas Sobre o Respeito da Dignidade da Pessoa Humana: pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais**. 3ª ed. Coimbra: Coimbra editora, 2000, tomo IV.

QUEIROZ, Cristina Maria Machado de. **Direitos Fundamentais Sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SANTOS, Boaventura Souza. Por uma Concepção Multicultural de Direitos Humanos. In: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, nº 48, p. 15-22. São Paulo, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Direito Fundamental à Moradia na Constituição. In: **Revista Brasileira de Direito Público**, vol. 01, nº 02. Belo Horizonte, jul./set. 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia e Efetividade do Direito à Moradia na sua Dimensão Negativa (Defensiva): análise crítica à luz de alguns exemplos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (orgs.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang et al. (orgs.). **Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SAULE JÚNIOR, Nelson. O Direito à Moradia como Responsabilidade do Estado Brasileiro. In: **Cadernos de Pesquisa**, nº 07, p. 65-80. Brasília, mai. 1999.

SMITH, Anthony. **A Identidade Nacional**. Tradução de Cláudia Brito. Lisboa: Gradiva, 1997.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

ROLNIK, Raquel; SAULE JÚNIOR, Nelson. Estatuto da Cidade: instrumento para as cidades que sonham crescer com justiça e beleza. In: ROLNIK, Raquel; SAULE JÚNIOR, Nelson (orgs.). **Estatuto da Cidade: novas perspectivas para a reforma urbana**. São Paulo: Pólis, 2001.

VARELA, Laura Beck. Das Propriedades à Propriedade: construção de um direito. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil: ley, derechos, justicia**. 9ª ed. Madrid: Trotta, 2009.

ZAVASCKI, Teori Albino. A Tutela da Posse na Constituição e no Projeto do Novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NOTAS SOBRE DIREITOS HUMANOS E CIVILIZAÇÃO EM GIORGIO AGAMBEN

Mário Lúcio Garcez Calil¹
Erika Silvana Saquetti Martins²

Introdução

A questão dos direitos humanos desperta a curiosidade teórica de uma infinidade de autores contemporâneos, que se propõem a entender não apenas as suas origens, como, também, suas repercussões filosóficas, bem como suas relações intrínsecas com os conceitos mais basilares da ciência política e da teoria do Estado.

Um desses autores é o jusfilósofo italiano Giorgio Agamben, que, por sua vez, propõe uma revisão do conceito de biopolítica construído por Michel Foucault, contrapondo-o, especialmente, ao instituto do *homo sacer*, surgido no âmbito do direito romano arcaico e representativo da matabilidade imposta pelos poderes estatais.

Nesse sentido, o objetivo da pesquisa ora apresentada é o estudo das relações identificáveis entre o processo civilizatório e os direitos humanos, em contraposição com outros conceitos delineados por outros autores, de maneira a se identificá-las a partir dos escritos de Agamben.

No que se relaciona à metodologia, parte-se de uma abordagem qualitativa, utilizando-se, na escrita, o método dedutivo. Quanto aos procedimentos de pesquisa, utiliza-se o bibliográfico, por intermédio do estudo dos referenciais aplicáveis. O trabalho foi dividido em duas partes.

Na primeira, foram confrontados os entendimentos de Theodor Wiesengrund Adorno e Max Horkheimer e Giorgio Agamben, no que concerne às relações entre o processo civilizatório e os direitos humanos, inclusive sob os paradigmas da igualdade, da sacralidade, do indivíduo e da soberania.

Na sequência, foram trabalhadas as relações entre os direitos humanos, a violência e a exceção soberana, utilizando-se, em especial,

¹ Doutor em Direito. Professor da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul

² Doutoranda em Direito. Advogada.

os conceitos de legitimidade, de “vida nua” e de economia simbólica, de maneira que se possa entender suas aplicações no âmbito do Estado de Direito Moderno.

Justifica-se o estudo ora apresentado em decorrência da necessidade de se compreender de maneira progressivamente mais aprofundada as origens e as aplicações dos conceitos relacionados aos direitos humanos, assim como as possibilidades de seu aprimoramento teórico e, conseqüentemente, de sua aplicabilidade concreta.

Concluiu-se que, a partir de Agamben, a incorporação dos direitos humanos aos ordenamentos jurídicos estatais soberanos é capaz de contribuir para sua formalização, não apenas contribuindo para sua exigibilidade, porém, permitindo sua instrumentalização enquanto instrumento de dominação, confirmando a perspectiva da exceção permanente.

1. Civilização e Direitos Humanos: Adorno e Horkheimer X Agamben

O objetivo do presente tópico é a confrontação entre os entendimentos de Theodor Wiesengrund Adorno e Max Horkheimer e Giorgio Agamben, acerca das relações entre o processo civilizatório e os direitos humanos, inclusive sob os paradigmas da igualdade, da sacralidade, do indivíduo e da soberania.

1.1 Entre civilização e direito

Adorno e Horkheimer entendem que a justiça demonstra ter uma dimensão metafísica intensa e evidente, cuja abstração impossibilita um contato direto entre ela e a realidade fática, especialmente em decorrência de seu maniqueísmo e de suas contradições internas, até mesmo em relação a seus objetivos fundamentais.

É característica de uma situação sem saída que até o mais honesto entre os reformadores, ao usar uma linguagem desgastada para recomendar a inovação, adota também um aparelho categorial inculcado, bem como a má filosofia que se esconde por trás dele e, assim, reforça o poder da ordem existente que gostaria de romper (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 3).

A justiça dos homens corresponde ao olhar que lançam sobre o mundo a partir de uma sociedade de opressão e miséria. Assim, “[...] tanto a justiça mítica como a esclarecida consideram a culpa e a expiação, a ventura e a desventura como os dois lados de uma única equação. A justiça se absorve no direito” (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 11).

A partir de Agamben, percebe-se que tais distorções alcançam até mesmo a perspectiva dos direitos humanos, especialmente em decorrência da progressiva dissolução do próprio conceito de Estado e de sua relação intrínseca com o direito nacional, que, por sua vez, torna-se cada vez mais porosa.

O extermínio dos judeus não foi qualificado como homicídio pelos carrascos ou pelos juízes de Nuremberg, mas, sim, por estes, como delito contra a humanidade, e que as potências vencedoras tenham buscado reparar tal falha de identidade com a concessão de uma identidade estatal, que, por sua vez, ocasionaria novos massacres (AGAMBEN, 1993, p. 67-68).

Desse modo, o conceito de justiça, especialmente no que concerne às suas relações com o direito em sentido jurídico-estatal, tem sido incapaz de cumprir suas promessas, especialmente aquelas relacionadas à promoção do conceito de justiça, situação que desagua no retorno à aplicação de conceitos anacrônicos e autoritários.

1.2 Entre igualdade e sacralidade

Adorno e Horkheimer se insurgiram contra a utilização do conceito de igualdade, especialmente no que se relaciona à sua definição pós-revolucionária, notadamente quanto à abstração do conceito e de sua correlação artificial com a liberdade, que, por sua vez, relaciona-se apenas com a vontade de seus titulares oficiais.

A igualdade é o instrumento da justiça que, no contexto da civilização, regula o castigo e o mérito. A passagem do caos para a civilização, na qual as condições naturais não mais exercem seu poder imediatamente, mas, sim, por meio da consciência humana, nada modificou o princípio da igualdade (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 11).

Os homens expiaram tal passagem com a adoração daquilo a que antes estavam submetidos como as outras criaturas. Se, antes, os fetiches estavam sob a lei da igualdade, agora, a própria igualdade era

um fetiche. A venda sobre os olhos da Justiça significa que ela não nasceu da liberdade (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 11).

Agamben, por sua vez, relacionada as falhas civilizatórias e sua distorção naquilo que concerne à relação entre igualdade, liberdade e direito, ao conceito de *homo sacer*, instituto consagrado pelo direito romano arcaico, que declarava o indivíduo como matável, excluindo-o do ordenamento jurídico.

A mais antiga acepção do termo *sacer* é uma figura do sagrado, que se encontra, simultaneamente, aquém e além do religioso, constituindo o primeiro paradigma do espaço político do Ocidente. Essa aporia, entretanto, não desvaloriza as conquistas e as dificuldades da democracia (AGAMBEN, 2002, p. 16).

Tenta, no entanto, compreender, de maneira definitiva, as razões pelas quais, justo no momento no qual parecia haver definitivamente triunfado e atingido seu apogeu, a democracia se revelou incapaz de salvar da ruína aquela zoe a cuja liberação e felicidade havia dedicado todos os seus esforços (AGAMBEN, 2002, p. 16).

Enquanto a violência, como estado de natureza e aquilo com o que se mantém em relação potencial no estado de exceção, a exceção soberana corresponde à zona de indiferença entre natureza e direito e ao pressuposto de referência jurídica na forma de sua suspensão (AGAMBEN, 2002, p. 16).

Toda norma que comanda ou veta algo está inscrita. Trata-se de uma exceção pressuposta, a figura pura e insancionável do caso jurídico que, normalmente, efetiva sua transgressão. A chave dessa captura da vida no direito não é a sanção, que não é característica exclusiva da norma jurídica), mas, sim, a *culpa* (AGAMBEN, 2002, p. 16-24).

Esta, contudo, não se encontra no sentido técnico que o conceito tem no direito penal, mas, sim, no original, que indica um estar-em-debito, ou *in culpa esse*. Equivale, precisamente, ao “[...] ser incluído através de uma exclusão, o estar em relação com algo do qual se foi excluído ou que não se pode assumir integralmente” (AGAMBEN, 2002, p. 24).

Agamben, portanto, demonstra, por intermédio da figura do *homo sacer*, o fato de que a soberania baseada no direito e vice-versa, sob os auspícios do processo civilizatório e da fuga do estado de natureza em direção ao contrato social contamina a todos os indivíduos da mesma sacralidade.

1.3 O indivíduo e a soberania

Adorno e Horkheimer demonstraram que o processo civilizatório baseado no direito e na perspectiva da soberania derivada do conceito jurídico-político de Estado, relativizando o indivíduo ao mesmo tempo em que fazem com que incorpore pressupostos voltados à sua separação do corpo social.

Por isso é que todo o progresso da civilização renova, simultaneamente, a dominação e a perspectiva de seu abrandamento. As massas são desmoralizadas pela vida submetida à coerção, cujo único sinal de civilização são comportamentos inculcados à força e a evidência de sua fúria e rebeldia latentes (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 22).

Desse modo, devem ser compelidas à ordem por meio do espetáculo de uma vida inexorável e da conduta exemplar das pessoas concernidas. Mais do que isso, “[...] a sociedade é uma sociedade de desesperados e, por isso mesmo, a presa de bandidos” (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 22-72).

Esse conflito provoca a “privatização” ou a “exclusão” de certas esferas da interação social e de sua associação com o medo socialmente instilado sob a forma de vergonha e embaraço, levando-o a pensar que, “dentro” de si, existe inteiramente só e que, só “depois”, se relaciona com os outros, “do lado de fora” (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 72).

Já Agamben enxerga, no desaparecimento do indivíduo em prol de um processo civilizatório forçosamente homogêneo, a própria exceção soberana e permanente, que deveria ser, *mutatis mutandis*, a maior e mais essencial justificativa para a fuga do estado de natureza em direção ao contrato social que, por sua vez, deveria representar a última forma de liberdade.

A estrutura “soberana” da lei e seu particular e original “vigor” têm a forma de um estado de exceção, no qual fato e direito são indistinguíveis, devendo, porém, serem decididos. A afirmação de que “a regra vive somente da exceção” deve ser tomada ao pé da letra (AGAMBEN, 2002, p. 34).

O direito não tem outra vida além daquela que captura em si por meio da “[...] exclusão inclusiva via *exceptio*”, dela nutrindo-se e, sem ela, torando-se letra morta. Nesse sentido o direito não tem, por si,

existência alguma, porém, “[...] o seu ser e a própria vida dos homens” (AGAMBEN, 2002, p. 34-35).

A decisão soberana periodicamente renova o limiar de indiferença entre o externo e o interno, entre exclusão e inclusão, entre *nómos* e *physis*, no qual a vida é originariamente excepcionada no direito. A sua decisão é a colocação de algo sobre o qual não se pode decidir (AGAMBEN, 2002, p. 35).

Delineou-se, portanto, o cenário para o surgimento dos direitos humanos como parte essencial da mais atual etapa do processo civilizatório. Ocorre que tais conceitos não foram capazes de eliminar a perspectiva da exceção permanente, apesar de terem logrado oferecer uma contraposição teórica à perspectiva da soberania.

2 Direitos Humanos, violência e exceção soberana no estado de direito moderno

No presente tópico serão tratadas as relações entre direitos humanos, violência e exceção soberana, utilizando-se, especialmente, os conceitos de legitimidade, “vida nua” e de economia simbólica, para que se possa compreender suas aplicações no contexto do Estado de Direito Moderno.

2.1 Direitos humanos e violência legítima

Inicialmente, Norbert Elias alerta para o fato de que a esfera conceitual dos direitos humanos ainda carece da amplitude necessária para o entendimento acerca de suas relações com a consciência humana, bem como ainda não dispõe de densidade suficiente para delinear ou limitar a legitimidade da violência estatal.

Apesar de a elaboração daquilo que se pretende dizer com a expressão “direitos humanos” estar no começo, a liberdade de não usar ou ameaçar o uso da violência talvez tenha recebido atenção demasiadamente pequena como um dos direitos que terá de se afirmar em favor do indivíduo e em nome da humanidade (ELIAS, 1994, p. 8).

Por mais autêntica e verdadeira que seja a ideia de direitos humanos, enquanto expressão da estrutura especial da consciência e dos instintos individuais em um certo estágio do movimento da civilização, “[...] ela é

uma expressão sumamente inadequada da verdadeira relação existente entre os seres humanos” (ELIAS, 1994, p. 28).

Ocorre que o abismo e o intenso conflito que as pessoas altamente individualizadas do atual estágio de civilização sentem dentro de si passam a ser projetados no mundo por sua consciência, assim, em seu reflexo teórico, os direitos humanos “[...] aparecem como um abismo existencial e um eterno conflito entre indivíduo e sociedade” (ELIAS, 1994, p. 28).

Justamente nesse contexto é que se demonstra a exceção soberana, que faz com que a perspectiva individual seja eliminada em prol de um coletivismo artificial, que se volta a justificar, permanentemente, a fuga do estado de natureza em direção ao comando estatal e à sua limitação por intermédio de direitos concedidos pelo próprio Estado.

De acordo com Agamben, nesse sentido, o estado de exceção não equivale à suspensão espaço-temporal do direito, mas, sim, a uma figura topológica mais complexa, em cujo contexto não apenas a exceção é a regra, como, também, o estado de natureza é o próprio o direito (AGAMBEN, 2002, p. 43).

Dessa mesma forma é que, no contexto do direito, “[...] o fora e o dentro transitam um pelo outro”. É justamente nessa zona topológica de indistinção, que, por sua vez, apesar de dever permanecer oculta aos olhos da justiça, deve justamente ser destacada (AGAMBEN, 2002, p. 43).

Assim, a exceção permanente se encontra na artificialidade da relação de causa e efeito entre liberdade e direitos humanos, assim como na contradição entre a perspectiva da soberania como poder sobre o indivíduo e os direitos humanos como limitação autoimposta ao Estado soberano.

2.2 A vida nua e os direitos humanos

Hunt expõe os direitos humanos como uma invenção contaminada pela história e que, portanto, não existe fora de seu contexto, situação que produz a possibilidade de sua utilização como instrumento de dominação que, por sua vez, passa a fazer as vezes de algo como um processo civilizatório.

Os pensadores do século XVIII pressupunham que todos os povos alcançariam a civilização, enquanto os teóricos raciais do século XIX acreditavam que apenas certas raças o fariam, por causa de suas inerentes qualidades biológicas. Somente após a metade do século é que tais ideias aparecem na sua forma plenamente articulada (HUNT, 2009, p. 127).

Mais do que isso, os governos estrangeiros tornaram os países mais “atrasados”, destruindo indústrias locais em favor das importações do centro imperial. Os europeus em geral tiraram apenas uma lição de suas conquistas: a de que tinham o direito e o dever de “civilizar” os lugares bárbaros e mais atrasados que governavam (HUNT, 2009, p. 127-129).

Esse mesmo processo civilizatório imposto às populações de países dominados pelo ideário eurocêntrico demonstra, a partir de Agamben, que o posterior nascimento da biopolítica contribuiu para a cristalização dos pressupostos da dominação que passaram a imbuir o conceito de soberania e suas relações com a exceção permanente.

Aquela vida nua natural que, no antigo regime, era politicamente indiferente e pertencia, no âmbito da criação, a Deus, e, no mundo e nesta era, ao menos na aparência, claramente se distinguia do zoe da vida política (*bios*), passa ao primeiro plano da estrutura do Estado e se torna o fundamento terreno de sua legitimidade e da sua soberania (AGAMBEN, 2002, p. 134).

Nesse mesmo contexto, faz-se impossível compreender o desenvolvimento e a vocação “nacional” e biopolítica do Estado moderno nos séculos XIX e XX sem a compreensão de que seu fundamento não está no homem como sujeito político livre e consciente (AGAMBEN, 2002, p. 134-135).

Alicerça-se, antes de tudo, na sua vida nua, “[...] o simples nascimento que, na passagem do súdito ao cidadão, e investido como tal pelo princípio de soberania”, cuja figura implícita é a de que o nascimento se torne imediatamente *nação*, de maneira que, entre os dois termos, não possa existir qualquer resíduo (AGAMBEN, 2002, p. 135).

Após as convulsões do sistema geopolítico da Europa, após a Primeira Guerra Mundial, “[...] o resíduo removido entre nascimento e nação emerge como tal a luz, e o Estado-nação entra em uma crise duradoura”. Surgem o fascismo e o nazismo, dois movimentos biopolíticos *stricto sensu* (AGAMBEN, 2002, p. 135).

Fazem, assim, parte da vida natural local por excelência da decisão soberana e fizeram surgir um novo princípio igualitário, que, por sua vez, “[...] nomeia o novo estatuto da vida como origem e fundamento da soberania e identifica, portanto, literalmente, a convenção, *les membres du souverain*” (AGAMBEN, 2002, p. 135-136).

Fascismo e nazismo são, antes de tudo, uma redefinição das relações entre o homem e o cidadão e, apesar da aparência paradoxal, tornam-se plenamente inteligíveis somente se situados sobre o pano de fundo biopolítico inaugurado pela soberania nacional e pelas declarações dos direitos (AGAMBEN, 2002, p. 136).

Ocorre que apenas esse vínculo observável entre os direitos do homem e a nova determinação biopolítica da soberania é o que permite compreender, de maneira correta, o singular fenômeno, constantemente observado pelos historiadores da Revolução Francesa (AGAMBEN, 2002, p. 136-137).

Por intermédio do referido fenômeno é que, em uma “[...] imediata coincidência com a declaração dos direitos de nascimento inalienáveis e imprescritíveis”, os assim chamados direitos do homem, de forma geral, foram conceitualmente separados entre *ativos* e *passivos* (AGAMBEN, 2002, p. 137).

Desse modo é que os direitos humanos não representam, no limite, uma efetiva autolimitação da soberania, porém, nada mais do que a possibilidade de eliminação do indivíduo em prol de um processo civilizatório de cariz biopolítico e que, portanto, legitima, duplamente, a violência estatal.

2.3 A economia simbólica dos Direitos humanos: entre o indivíduo e a exceção soberana

Bourdieu demonstra que a perspectiva coletivista do processo civilizatório justificado pela superveniência dos direitos humanos, ao retirar do indivíduo as possibilidades de insurgência contra a soberania resulta, justamente, em sua coletivização forçosa, que corrobora a perspectiva da exceção permanente.

Os direitos humanos incluem os direitos à liberdade de não usar força física ou sua ameaça e de se recusar a utilizar ou ameaçar utilizar a força bruta a serviço de terceiros, que mostram que a transição para

um nível novo e mais elevado de integração e uma nova posição do indivíduo diante de sua sociedade (BOURDIEU, 2009, p. 295-296).

Nesse contexto, a “juridicização” dos direitos humanos, ao determinar sua incorporação aos ordenamentos jurídicos dos países soberanos confirma a permanência do estado de exceção que, a partir de Agamben, se cristalizam, contemporaneamente, no próprio conceito de Estado de Direito.

Produz-se, no direito a contraposição entre “cânone” e “economia”. A exceção é definida como decisão que não aplica estritamente a lei, mas, sim “faz uso da economia”. Nesse contexto é que governar significa deixar que se produzam os efeitos de uma “economia” geral, que seria ineficaz, mas sem a qual nenhum governo seria possível (AGAMBEN, 2011, p. 94).

Tanto é que, quando o paradigma providencial, pelo menos em seu aspecto transcendente, começa a declinar, o Estado-providência e o Estado-destino tenderam, progressivamente, a se identificar na figura do Estado de direito moderno, no qual a lei regula a administração e o aparelho administrativo aplica e executa a lei (AGAMBEN, 2011, p. 94).

Assim, a incorporação dos direitos humanos aos ordenamentos jurídicos de Estados soberanos passa a contribuir para sua formalização, não no sentido de sua exigibilidade, mas, sim, permite sua instrumentalização como instrumento de dominação, corroborando, mais uma vez, a perspectiva da exceção permanente.

Considerações finais

Theodor Adorno e Max Horkheimer compreendem a justiça como tendo uma dimensão metafísica clara, cuja abstração torna impossível o contato direto entre ela e a realidade fática, notadamente por seu maniqueísmo e suas contradições internas, mesmo no que concerne aos seus objetivos fundamentais.

Agamben, no entanto, percebe que as distorções identificadas por Adorno e Horkheimer, alcançam a perspectiva dos direitos humanos, especialmente pela progressiva dissolução do conceito de Estado, bem como de sua relação intrínseca com o direito nacional, que se torna progressivamente mais porosa.

O conceito de justiça, notadamente naquilo que se relaciona ao seu contato com o direito, no sentido jurídico-estatal, não tem sido capaz de cumprir suas promessas, especialmente as concernentes à promoção do conceito de justiça. Tal situação resulta no retorno à aplicação de conceitos anacrônicos e autoritários.

Mais do que isso, Adorno e Horkheimer se insurgiram contra a utilização do conceito de igualdade, especialmente no que tange à sua definição pós-revolucionária, notadamente quanto à abstração do conceito e de sua correlação artificial com a liberdade, que se relaciona somente com a vontade de seus titulares oficiais.

Agamben, entretanto, relaciona as falhas civilizatórias e sua distorção quanto à ligação entre igualdade, liberdade e direito, ao conceito de *homo sacer*, instituto consagrado pelo direito romano arcaico, que, por sua vez, declarava o indivíduo como matável, excluindo-o, portanto, do ordenamento jurídico.

Desse modo, o autor demonstra, por meio da figura do *homo sacer*, o fato de que a soberania baseada no direito e vice-versa, no contexto do processo civilizatório e da fuga do estado de natureza em direção ao contrato social contamina os indivíduos com a mesma sacralidade.

Adorno e Horkheimer entenderam que o processo civilizatório baseado no direito e soberania resultante conceito jurídico-político de Estado é capaz de relativizar o indivíduo ao mesmo tempo em que fazem com que incorpore pressupostos dirigidos à sua separação do corpo social.

Agamben, entretanto, enxerga, no desaparecimento do indivíduo no contexto de um processo civilizatório forçosamente homogêneo, a própria exceção soberana e permanente, que deveria ser a maior e mais essencial justificativa para a fuga do estado de natureza para o contrato social, que deveria representar a forma última de liberdade.

Delineou-se, portanto, o cenário no qual surgiram os direitos humanos como parte integrante da etapa mais atual do processo civilizatório. Tais conceitos, entretanto, não conseguiram eliminar a perspectiva da exceção permanente, em que pese terem logrado oferecer uma contraposição teórica à perspectiva da soberania.

Norbert Elias alerta para o fato de que a esfera conceitual dos direitos humanos ainda necessita de uma amplitude bastante para o entendimento acerca de suas relações com a consciência humana,

assim como ainda não tem a densidade suficiente para delinear ou limitar a legitimidade da violência estatal.

Nesse contexto, identifica-se a exceção soberana, que faz com que a perspectiva individual seja eliminada em decorrência de um coletivismo artificial, que se dirige a justificar, de forma permanente, a fuga do estado de natureza em direção à ordem estatal e à sua limitação por meio de direitos concedidos pelo próprio Estado.

De tal modo é que a exceção permanente se encontra na artificialidade da relação de causa e efeito entre a liberdade e os direitos humanos, bem como na contradição entre a perspectiva da soberania como poder sobre o indivíduo e os direitos humanos como limitação autoimposta ao Estado soberano.

Nesse sentido, Hunt expõe os direitos humanos como invenção contaminada pela história e que não existe fora de seu contexto. Tal situação faz surgir a possibilidade de sua utilização como instrumento de dominação que, portanto, passa a fazer as vezes do processo civilizatório.

Esse mesmo processo, imposto às populações de países dominados pelo ideário eurocêntrico demonstra, em Agamben, que o nascimento da biopolítica contribuiu para a solidificação dos pressupostos da dominação que passaram a imbuir o conceito de soberania e suas relações com a exceção permanente.

Assim, os direitos humanos não representam, no limite, a efetiva autolimitação da soberania, por serem nada mais do que a possibilidade de eliminação do indivíduo em prol de um processo civilizatório de biopolítico e que, portanto, legitima, duplamente, a violência estatal.

Ocorre que Bourdieu demonstra que a perspectiva coletivista do processo civilizatório, justificado pela superveniência dos direitos humanos, retirando do indivíduo as possibilidades de insurgência contra a soberania resulta em sua coletivização forçosa, que confirma a perspectiva da exceção permanente.

Nesse âmbito, a “juridicização” dos direitos humanos, ao determinar sua incorporação aos ordenamentos jurídicos de países soberanos corrobora a permanência do estado de exceção que, a partir de Agamben, se cristalizam, contemporaneamente, no próprio conceito de Estado de Direito.

Conclui-se, portanto, que a incorporação dos direitos humanos aos ordenamentos jurídicos de Estados soberanos passa a contribuir para sua formalização, não no sentido de sua exigibilidade, contido, permite sua instrumentalização enquanto instrumento de dominação, confirmando, mais uma vez, a perspectiva da exceção permanente.

Referências

- ADORNO, Theodor Wiesengrund; HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.
- AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- AGAMBEN, Gorgio. **A comunidade que vem**. Lisboa: Presença, 1993.
- AGAMBEN, Giorgio. **O reino e a glória**: uma genealogia teológica da economia e do governo: *Homo Sacer*, II, 2. São Paulo: Boitempo, 2011.
- BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. São Paulo: Perspectiva, 2009.
- ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1994.
- HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**: uma história. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

NOTAS SOBRE A REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA URBANA DE INTERESSE SOCIOAMBIENTAL: o direito à cidade sustentável e a concretização da dignidade da pessoa humana

Juliano Gil Alves Pereira¹

Introdução

O problema da habitação urbana levanta questões relevantes quanto ao meio ambiente. A regularização fundiária é uma das ações componentes da política de formalização das moradias urbanas, devendo se atrelar à perspectiva de sustentabilidade e promover a proteção ao direito fundamental ao meio ambiente equilibrado.

Este se aplica, especialmente, aos locais convertidos em áreas de preservação permanente (APPs). Nesse sentido, a moradia é um pressuposto essencial para a dignidade da pessoa humana. A partir daí é que nasce um denominado *direito fundamental à cidade sustentável*.

A legislação federal se preocupou com a temática, possibilitando a regularização em determinadas áreas, confirmando o interesse ecológico intrínseco no procedimento. O objetivo da presente pesquisa é estudar as possibilidades de estabelecimento de uma *regularização* fundiária urbana de interesse socioambiental.

Propõe-se uma abordagem qualitativa acerca da temática. Como método primário, será utilizado o dedutivo, em decorrência da necessidade da utilização encadeada de vários conceitos técnico-jurídicos. Já no que se relaciona à consecução do último objetivo, entretanto, será utilizado o indutivo.

As técnicas utilizadas serão a coleta bibliográfica, nos referenciais teóricos apropriados, e a análise documental dos diplomas legislativos, administrativos e técnicos correlatos, para se estabelecer os

¹ Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela *Universidad del Museo Social Argentino - UMSA*. Doutorando em Desenvolvimento Territorial e Meio Ambiente pela Universidade de Araraquara - UNIARA. Professor da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – UEMS, câmpus Paranaíba. Advogado.

procedimentos e resultados que deles se esperam quanto à regularização fundiária, notadamente no que toca à sustentabilidade.

O trabalho foi dividido em três (3) partes. Na primeira, foram tratadas as relações identificáveis entre o êxodo rural e o problema da habitação urbana no Brasil, da moradia irregular enquanto consequência da expansão urbana irregular e dos conceitos relacionados à definição da sustentabilidade urbana.

A seguir, foram trabalhadas as relações entre a função social da propriedade e o direito fundamental à cidade sustentável na Constituição Federal de 1988 e no direito internacional dos direitos humanos. Finalmente, estudou-se o direito fundamental à cidade sustentável, sua relação com as questões socioambientais e a regularização fundiária de interesse socioambiental.

Justifica-se a proposta pela necessidade de concretização de direitos fundamentais consagrados pela Constituição de 1988, em paralelo à *sustentabilidade* do crescimento urbano. O estudo é viável pela farta bibliografia e pelo fato de que a ocupação irregular não é mais restrita a grandes centros urbanos, alcançando cidades de médio e pequeno portes.

A relevância da temática também se evidencia pela necessidade de concretização dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição de 1988, em prol da sustentabilidade do crescimento urbano, que deve estar livre de irregularidades urbanísticas, que, por sua vez, abre possibilidades para eventuais pesquisas empíricas.

1. O problema socioambiental da habitação urbana

O objetivo do presente tópico é o de tratar das relações identificáveis entre o êxodo rural e o problema da habitação urbana no Brasil, da moradia irregular como consequência da expansão urbana irregular e, finalmente, dos conceitos relacionados à definição da sustentabilidade urbana.

1.1 O êxodo rural e o problema da habitação urbana

A expansão urbana desordenada, no Brasil, encontra origens anteriores à própria República, tendo em vista que os posseiros do Século XIX buscaram medidas jurídicas para negar a propriedade

originária, situação que comprometeu a malha fundiária rural e a própria economicidade da produção.

De acordo com Motta (2001, p. 117), no contexto do processo de expansão territorial, os pequenos posseiros limitaram a expansão territorial dos fazendeiros, negando sua posse e sua propriedade sobre as terras ocupadas, que foram os primeiros a derrubar matas virgens e plantar alimentos, fatores que eram alegados em processos de embargo.

Mais do que isso, o problema da habitação urbana, em decorrência do êxodo rural que aumentou diametralmente nas décadas posteriores, resultante do processo de industrialização, compromete a infraestrutura das cidades, inclusive naquilo que se relaciona ao meio ambiente, situação que se agravou ainda mais na segunda metade do Século XX.

Para Rolnik (2006, p. 199), a partir da crise de 1929, passando pela 2ª Guerra Mundial e até o final da década de 1970, deu-se um processo de concentração progressiva e acentuada da população em núcleos urbanos, não havendo estimativa precisa do número total de famílias e domicílios instalados em favelas, loteamentos e conjuntos irregulares e clandestinos.

Desse modo, é evidente que o problema da irregularidade fundiária urbana é relevante e tem se prolongado e agravado no decorrer das décadas, tendo resultado em uma série de problemas, das mais diversas espécies, sendo que todos são capazes de comprometer a concretização da dignidade da pessoa humana.

1.2 Moradia irregular como consequência da expansão urbana irregular

O agravamento da ocupação urbana irregular no Brasil terminou por produzir uma situação caótica, que passou a promover a ocupação e a construção irregular de casas dentro dos perímetros urbanos, impossibilitando que várias pessoas pudessem ter concretizada a sua dignidade.

De acordo com Lago e de Ribeiro (1996, p. 43-44), no período compreendido entre as décadas de 50 e 80 do Século XX, a população mais pobre dos grandes centros urbanos brasileiros passou a acessar

a moradia por intermédio do surgimento dos denominados *loteamentos periféricos ilegais*.

Trata-se de um problema grave, que foi enfrentado de diversas formas pelas diversas nações, inclusive por intermédio de programas habitacionais dirigidos à construção ou à facilitação da aquisição de moradia pelas pessoas de baixa renda, na tentativa de esvaziar os referidos locais.

Ocorre que, conforme Rios (2012, p. 76), os governos dos países em desenvolvimento abandonaram, a partir dos anos 1980, os esforços voltados a construir moradias populares em massa nas periferias, optando pelas possibilidades de legalização da informalidade e, simultaneamente, pela desregulamentação do mercado imobiliário.

Nesse contexto é que surgiu, além do aumento da informalidade na aquisição da moradia, a preocupação com a criação e a implementação de processos jurídicos voltados a eliminar a informalidade que caracterizava a propriedade imobiliária nas periferias das cidades, inclusive, por intermédio da regularização fundiária urbana.

1.3 A sustentabilidade urbana

A perspectiva da sustentabilidade é ampla, sendo que vários modelos, definições e conceitos existem acerca da referida temática. Ocorre que, no meio ambiente urbano, faz-se necessário aferir sua relação com as restrições à expansão e ao desenvolvimento no âmbito das cidades.

De acordo com o pensamento de Jacobi (2003, p. 193), a *sustentabilidade* determina a prevalência da necessidade de se definir limites às possibilidades de crescimento, assim como de delinear as iniciativas dirigidas à necessária interlocução entre os participantes sociais mais relevantes.

Desse modo, a perspectiva da sustentabilidade aplicada ao contexto urbano, não se restringe, de maneira única, à questão ambiental, tendo em vista que qualquer política de desenvolvimento a ser concretizada em uma sociedade sustentável precisa se relacionar a várias dimensões.

Para Gomes e Ferreira (2017, p. 94-95), a sustentabilidade é um conceito *multidimensional*, que, por sua vez, compreende as dimensões social, ambiental, econômica, ética e jurídico-política, de maneira complementar, demonstrando-se, portanto, a relação próxima entre a qualidade de vida e o meio ambiente.

Desse modo, em sentido oposto à precariedade característica das ocupações irregulares, a perspectiva multidisciplinar da sustentabilidade volta-se a possibilitar que seja considerada toda a complexa e ampla gama de direitos fundamentais relacionados à moradia urbana, inclusive, à própria cidade.

2 O direito fundamental à cidade sustentável

O presente tópico tem por objetivo trabalhar as relações entre a função social da propriedade e o direito fundamental à cidade sustentável nos âmbitos da Constituição Federal de 1988 e no direito internacional dos direitos humanos.

2.1 A função social da propriedade e o direito fundamental à cidade

O direito fundamental à cidade não se extrai simplesmente da interpretação dos dispositivos constitucionais e internacionais, mas, sim, de seus próprios textos, dos quais consta o conceito de função social da propriedade, assim como diretrizes basilares relacionadas à questão urbanística.

A Constituição brasileira (BRASIL, 1988), a partir do art. 182, apresenta princípios para a política de desenvolvimento urbano, tornando obrigatório o plano diretor para cidades com mais de vinte mil habitantes e determinando que a propriedade urbana cumpre sua função social se atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano.

A partir dessas linhas mestras relacionadas à função social da propriedade, definidas pela Constituição de 1988 e especificadas, de acordo com as características de cada local, pelos respectivos planos diretores, é que são fixados os pressupostos para a concretização de um direito fundamental à cidade.

Para Jacobi (1986, p. 22), alguns dos componentes do direito à cidade são o direito à vida urbana, à habitação e à dignidade,

equivalendo a pensar a cidade como espaço de usufruto do cotidiano, um lugar de encontro. Todos têm direito à cidade e de se assumirem cidadãos. Na prática, porém, ocorre uma urbanização desurbanizada.

Ocorre que, modernamente, para além dos três principais elementos do referido conceito, torna-se necessária a incorporação do paradigma da sustentabilidade urbana, a privilegiar a preservação do meio ambiente artificial, fazendo surgir um direito fundamental à cidade sustentável.

2.2 O direito fundamental à cidade

Da função social da propriedade e de sua transferência constitucional para o contexto urbano é que se confirma a existência de um direito fundamental à cidade, que, por sua vez, passa a incorporar uma infinidade de dimensões que lhe são essenciais, especialmente naquilo que concerne à sua perspectiva coletiva.

Para Lucena e Silva (2008, p. 6222), a função social é elemento inerente e estruturante das cidades e da propriedade urbana, sendo que não se dissociam dessa essência. Assim, não se restringe à condição de limite, demandando que a coletividade seja beneficiada e impondo ao particular e ao poder público determinados comportamentos positivos.

Por isso, evolui no sentido do desenvolvimento das funções sociais da cidade, que alcançam os interesses de todos os habitantes, tornando-se, assim, um interesse difuso de todos os municípios que são afetados pelas atividades, funções e impactos desempenhados no seu território (LUCENA; SILVA, 2008, p. 6222-6223).

Exsurge uma nova ética urbana que depende de um desenvolvimento urbano sustentável, que alinhe crescimento econômico, harmonia ambiental e inclusão social, considerando o valor do ser humano, fazendo surgir um direito fundamental à cidade sustentável (LUCENA; SILVA, 2008, p. 6223).

Trata-se de uma garantia contra a intervenção indevida do poder público e contra medidas restritivas. Em sua dimensão pública, porém, demanda uma postura ativa do Estado, obrigando-o a disponibilizar prestações jurídicas e materiais e criar pressupostos fáticos para o exercício efetivo dos direitos fundamentais (LUCENA; SILVA, 2008, p. 6223).

Nesse sentido, também deve o Estado se importar com a questão ambiental, tendo em vista que a urbanização, para além de ser organizada, racional e preocupada com a dignidade da pessoa humana, deve ocorrer de maneira sustentável, especialmente no que se refere às questões ambientais.

De acordo com Carvalho Filho (2013, p. 31), o direito à cidade sustentável consiste em um direito fundamental das populações urbanas, que deve prevalecer em qualquer política urbana, especialmente na urbanização. Trata-se, portanto, de um processo de transformação da cidade voltada a melhorar as condições da ordem urbanística.

Ocorre que o referido processo não pode perder de vista as garantias relacionadas à coletividade, tendo em vista que, caso não se confira a devida importância a esse direito, não existe ação de política urbana capaz de efetivamente alcançar o bem-estar dos habitantes e dos usuários (CARVALHO FILHO, 2013, p. 31-32).

Notável, portanto, que o direito fundamental à cidade sustentável guarda relações estritas com a questão ambiental, que, por sua vez, tem sido amplamente tratado por uma infinidade de documentos jurídico-legislativos, tanto no plano interno quanto no âmbito do direito internacional dos direitos humanos.

2.3 O direito à cidade sustentável no direito internacional dos direitos humanos

Em que pese a novidade de seu surgimento, em termos histórico-jurídicos, o direito fundamental à cidade sustentável se encontra consignado e regulamentado em alguns tratados de direito internacional de direitos humanos que tratam especificamente de questões sociais e ambientais.

A Organização das Nações Unidas (BRASIL, 2013, p. 27-28), por meio do Comentário Geral nº 4 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece que, às pessoas com deficiência, deve ser concedido o acesso pleno e sustentável à moradia. No Comentário Geral nº 5, o Comitê reafirma esse mesmo direito.

Desse mesmo modo, as disposições colocadas pelos referidos Comentários Gerais da Organização das Nações Unidas são capazes de demonstrar a intrínseca relação observável, inclusive na própria

Constituição de 1988, entre o direito fundamental à cidade sustentável e a própria dignidade da pessoa humana.

Já a Carta Mundial pelo Direito à Cidade (OEA, 2004, n.p.), nos “Princípios e fundamentos estratégicos do direito à cidade”, afirma que as cidades devem ser espaço de realização de todos os direitos humanos, “[...] assegurando a dignidade e o bem-estar coletivo de todas as pessoas, em condições de igualdade, equidade e justiça”.

Desse modo, a Organização dos Estados Americanos assimila a dimensão da dignidade humana e a especifica por intermédio da afirmação acerca de sua relação com a igualdade, a equidade e a justiça. Todos esses paradigmas, entretanto, são corroborados pela política e pelos procedimentos de regularização fundiária urbana.

3. A regularização fundiária de interesse socioambiental

O objetivo do presente tópico é trabalhar o direito fundamental à cidade sustentável e sua relação com as questões socioambientais, assim como da regularização fundiária de interesse socioambiental no contexto do meio ambiente urbano.

3.1 O direito fundamental à cidade sustentável e as questões socioambientais

O direito à cidade sustentável deve ser considerado em sua amplitude máxima, de forma a confirmar sua universalidade e a sua fundamentalidade, de maneira que sua concretização não pode ficar restrita às metrópoles, nem mesmo aos grandes espaços urbanos, devendo alcançar até mesmo o campo.

Conforme Pinheiro e Rodrigues (2012, p. 377-378), o direito fundamental à cidade sustentável não se restringe a espaços maciçamente urbanizados, como, também, implica no amplo acesso a mecanismos citadinos em espaços habitáveis, destinando-se a todos os cidadãos, residentes em espaços maciçamente urbanizados, rurais ou semirurais.

A característica de universalidade da titularidade do direito fundamental à cidade sustentável faz com que se destine a todos aqueles que se encontram sob a esfera das cidades brasileiras. Toda pessoa,

habitante de espaço rural, semirural ou amplamente urbanizado, tem direito à cidade (PINHEIRO; RODRIGUES, 2012, p. 377-378).

Compreende o acesso a mecanismos assegurados pelo direito fundamental à cidade sustentável, como saneamento básico, assistência médica e escola próxima à residência, que, por sua vez, não deve ser um privilégio de pessoas cujas residências se localizam em espaços considerados “urbanos e regulares” (PINHEIRO; RODRIGUES, 2012, p. 377-378).

Desse modo, o direito fundamental à cidade sustentável também se aplica a localidades nas quais são observáveis irregularidades fundiárias. Ocorre que a informalidade é prejudicial à concretização da referida garantia, tendo em vista, inclusive, a dificuldade em se cumprir requisitos administrativos formais.

Mais do que isso, de acordo com Prestes (2008, p. 158) as cidades, historicamente, não somente no Brasil, se omitiram naquilo que se relaciona à destinação de espaços para a população de baixa renda, fazendo com que as áreas de preservação permanente fossem ocupadas com a convivência do Poder Público.

Desse modo, em que pese o direito fundamental à cidade sustentável ser extensível inclusive às populações que residem em áreas irregulares, faz-se imperioso considerar, no âmbito da regularização fundiária, a questão ambiental, especialmente naquilo que se relaciona à ocupação de áreas de preservação permanente.

3.2. A regularização fundiária e o meio ambiente urbano

A dignidade da pessoa humana não se concretiza, especialmente, no ambiente urbano, apenas por intermédio da intervenção pública e das benesses estatais, tendo como um de seus principais fatores a possibilidade de fruição de um meio ambiente ilibado, inclusive no contexto das cidades.

De acordo com Fiorillo (2020, p. 300), os espaços urbanos fechado e aberto compreendem o meio ambiente artificial, que consiste em um conjunto de edificações, devendo proporcionar a seus habitantes um piso vital mínimo, que, por sua vez, compreende tanto direitos liberais quanto sociais.

A conjunção de direitos fundamentais que se busca concretizar por intermédio da perspectiva ambiental urbana se dirige a concretizar

a dignidade humana das populações das cidades, sendo que a regularização fundiária é uma das principais formas de promover sua compatibilização com a preservação do meio ambiente urbano.

Para Alfonsin (1997, p. 24) a regularização fundiária é um processo de intervenção pública, que tem aspectos jurídicos, físicos e sociais, voltada a legalizar a permanência de populações que moram em áreas urbanas ocupadas em desconformidade com a lei, implicando, acessoriamente, melhorias no ambiente urbano do assentamento.

A regularização fundiária é uma das ações que podem compor a política de formalização das moradias urbanas. Deve, no entanto, atrelar-se à perspectiva da sustentabilidade, devendo promover, ao mesmo tempo, a proteção ao direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, confirmando, portanto, o direito à cidade.

3.3 A regularização fundiária de interesse socioambiental

A regularização fundiária de interesse socioambiental encontra-se parcialmente regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente naquilo que se relaciona a construções informais localizadas em áreas de preservação permanente, desde que não se encontrem em situação de risco.

De acordo com Brant, Ferreira Filho e Müller (2017, p. 20), em 2006, o CONAMA, por meio da Resolução 369 de 2006, art. 9º, permitiu a regularização, em relação às construções em áreas de baixa renda predominantemente residenciais e nas situadas em Zonas de Especial Interesse Social (Zeis).

Estas, entretanto, devem estar em áreas urbanas consolidadas até 10 de julho de 2001. O inciso IV do artigo 9º acima citado, contudo, afirma que apenas podem ser regularizadas construções situadas em alguns tipos de áreas de preservação permanente, como as situadas às margens de cursos d'água, topos de morro e restingas (BRANT; FERREIRA FILHO; MÜLLER, 2017, p. 21).

Veda-se, entretanto, sua ocorrência nas áreas de risco, determinando-se a necessidade de um Plano de Regularização Fundiária Sustentável. Mais do que isso, referidos institutos, em sua maioria, foram inseridos na Lei Federal 11.977 de 2009 e no Novo Código Florestal (BRANT; FERREIRA FILHO; MÜLLER, 2017, p. 21).

Demonstra-se, portanto, a preocupação do Poder Legislativo federal com aquilo que se relaciona à promoção da proteção ambiental em paralelo à concretização do direito fundamental à cidade sustentável, ainda que sua regulamentação se encontre restrita a áreas urbanas específicas.

Para Tartuce (2018, p. 5-6), a aprovação municipal da Regularização Fundiária Urbana compreende a aprovação urbanística de projeto de regularização fundiária e a aprovação ambiental, conforme dispõe o art. 12 da Lei 13.465 de 2017. Os estudos devem ser elaborados por profissional habilitado, de forma compatível com o projeto de regularização fundiária.

Concluiu-se, portanto, que a regularização fundiária urbana é um poderoso instrumento de sustentabilidade, demonstrando-se interesse ambiental intrínseco no procedimento para compatibilizar os direitos fundamentais à moradia digna e ao meio ambiente equilibrado, de maneira a possibilitar uma efetiva regularização fundiária urbana de interesse socioambiental.

Considerações finais

No Brasil, a expansão urbana desordenada teve origens anteriores à República, em decorrência da atuação dos posseiros do Século XIX, que passaram a buscar medidas jurídicas voltadas a negar a propriedade originária. Tal situação comprometeu a malha fundiária rural e a própria economicidade da produção.

O problema da habitação urbana, em decorrência do êxodo rural que aumentou diametralmente nas décadas posteriores, resultante do processo de industrialização, comprometeu a infraestrutura das cidades, inclusive no que se relaciona ao meio ambiente, situação que se agravou na segunda metade do Século XX.

O problema da irregularidade fundiária urbana é relevante e tem se prolongado e agravado no decorrer das décadas, tendo resultado em uma série de problemas, das mais diversas espécies, sendo que todos são capazes de comprometer a concretização da dignidade da pessoa humana.

Mais do que isso, o agravamento da ocupação urbana irregular no Brasil terminou por produzir uma situação caótica, pois passou a promover a ocupação e a construção irregular de casas em perímetros

urbanos, tornando impossível que várias pessoas pudessem ter concretizada a sua dignidade.

Trata-se, portanto, de um problema grave, que foi enfrentado de várias formas pelas nações, inclusive por meio de programas habitacionais voltados à construção ou à facilitação da aquisição de moradia pelas pessoas de baixa renda, na tentativa de se esvaziar os referidos locais.

Nesse contexto surgiu, para além do aumento da informalidade na aquisição da moradia, a preocupação com a criação e com a implementação de processos jurídicos dirigidos a eliminar a informalidade que caracterizava a propriedade imobiliária em periferias urbanas, inclusive, por meio da regularização fundiária.

Ocorre que a perspectiva da sustentabilidade é algo amplíssimo. Vários modelos, definições e conceitos existem acerca da temática. No meio ambiente urbano, entretanto, é necessário aferir sua relação com as restrições à expansão e ao desenvolvimento no âmbito das cidades.

Dessa forma, a perspectiva da sustentabilidade aplicada ao contexto urbano, não se restringe, de maneira única, à questão ambiental, tendo em conta que qualquer política de desenvolvimento a ser concretizada em uma sociedade sustentável precisa se relacionar a várias dimensões.

Assim, em sentido oposto à precariedade característica das ocupações irregulares, a perspectiva multidisciplinar da sustentabilidade se dirige a possibilitar que seja considerada toda a complexa e ampla gama de direitos fundamentais concernentes à moradia urbana, inclusive, à própria cidade.

O direito fundamental à cidade não se extrai apenas da interpretação dos dispositivos constitucionais e internacionais, mas, sim, de seus próprios textos, dos quais consta o conceito de função social da propriedade, bem como diretrizes basilares relacionadas à própria questão urbanística.

A partir das linhas mestras relacionadas à função social da propriedade, definidas pela Constituição de 1988 e especificadas, de conformidade com as características de cada local, pelos respectivos planos diretores, são fixados os pressupostos voltados à concretização de um direito fundamental à cidade.

Modernamente, entretanto, para além dos três principais elementos do referido conceito, torna-se necessária a incorporação do

paradigma da sustentabilidade urbana, que privilegia a preservação do meio ambiente artificial, fazendo surgir um direito fundamental à cidade sustentável.

Da função social da propriedade e de sua transferência constitucional para o âmbito urbano é que se corrobora a existência de um direito fundamental à cidade, que passa a incorporar várias dimensões que lhe são essenciais, especialmente naquilo que se relaciona à sua perspectiva coletiva.

Nesse sentido, deve o Estado se importar com a questão ambiental, tendo em conta que a urbanização, para além de ser organizada, racional e preocupada com a dignidade da pessoa humana, precisa ocorrer de maneira sustentável, especialmente naquilo que se refere às questões ambientais.

Notável, assim, que o direito fundamental à cidade sustentável tem relações estritas com a questão ambiental, que tem sido amplamente tratado por uma infinidade de documentos jurídico-legislativos, tanto no plano interno quanto no âmbito do direito internacional dos direitos humanos.

Apesar da novidade de seu surgimento, em termos histórico-jurídicos, o direito fundamental à cidade sustentável se encontra consignado e regulamentado em certos tratados de direito internacional de direitos humanos que concernem especificamente a questões sociais e ambientais.

Mais do que isso, as disposições colocadas pelos referidos Comentários Gerais da Organização das Nações Unidas são capazes de demonstrar a intrínseca relação observável, inclusive na própria Constituição de 1988, entre o direito fundamental à cidade sustentável e a própria dignidade da pessoa humana.

A Organização dos Estados Americanos assimila a dimensão da dignidade humana e a específica, por meio da afirmação acerca de sua relação com a igualdade, a equidade e a justiça. Todos esses paradigmas são confirmados pela política e pelos procedimentos de regularização fundiária urbana.

O direito à cidade sustentável deve ser considerado em sua amplitude máxima, para confirmar sua universalidade e a sua fundamentalidade. Assim, sua concretização não pode ficar restrita às metrópoles, nem mesmo aos grandes espaços urbanos, devendo alcançar até mesmo as áreas rurais.

O direito fundamental à cidade sustentável também se aplica a localidades nas quais são observáveis irregularidades fundiárias, porém, a informalidade é prejudicial à concretização da referida garantia, tendo em vista até mesmo a dificuldade em se cumprir requisitos administrativos formais.

Apesar de o direito fundamental à cidade sustentável ser extensível até mesmo às populações que residem em áreas irregulares, é imperioso considerar, no âmbito da regularização fundiária, a questão ambiental, especialmente no que concerne à ocupação de áreas de preservação permanente.

Mais do que isso, a dignidade da pessoa humana não se concretiza, especialmente no ambiente urbano, apenas por meio da intervenção pública e das benesses estatais, tendo como um de seus principais fatores a possibilidade de fruição de um meio ambiente ilibado, inclusive nas cidades.

A conjunção de direitos fundamentais que se busca concretizar por meio da perspectiva ambiental urbana se volta a concretizar a dignidade humana das populações das cidades. A regularização fundiária é uma das principais formas de promover sua compatibilização com a preservação do meio ambiente urbano.

A regularização fundiária é uma das ações que podem compor a política de formalização das moradias urbanas. Deve, no entanto, atrelar-se à perspectiva da sustentabilidade, devendo promover, simultaneamente, a proteção ao direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, confirmando, assim, o direito à cidade.

A regularização fundiária de interesse socioambiental encontra-se parcialmente regulamentada no ordenamento jurídico brasileiro, especificamente no que se relaciona a construções informais localizadas em áreas de preservação permanente, desde que não se encontrem em situação de risco.

Demonstra-se, desse mesmo modo, a preocupação do Poder Legislativo federal no que se relaciona à promoção da proteção ambiental em paralelo à concretização do direito fundamental à cidade sustentável, ainda que sua regulamentação se restrinja a áreas urbanas específicas.

Concluiu-se, assim, que a regularização fundiária urbana é um poderoso instrumento de sustentabilidade, demonstrando-se um interesse ambiental intrínseco no procedimento para compatibilizar os

direitos fundamentais à moradia digna e ao meio ambiente equilibrado, de forma a possibilitar uma efetiva regularização fundiária urbana de interesse socioambiental.

Referências

- ALFONSIN, B. O significado do Estatuto da Cidade para os processos de regularização fundiária no Brasil. *In: ROLNIK, R. (org.). Regularização fundiária de assentamentos informais urbanos*. Belo Horizonte: PUC Minas, 2006. p. 53-74.
- BRANT, I.M.; FERREIRA FILHO, P.S.; MÜLLER, F.S. **Regularização fundiária urbana em áreas de preservação permanente**. Brasília: MPF, 2017.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 out. 2022.
- BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Direito à moradia adequada**. Brasília: SDH/PR, 2013.
- CARVALHO FILHO, J.S. **Comentários ao estatuto da cidade**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- FIORILLO, C.A.P. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- JACOBI, P. A cidade e os cidadãos. **Lua Nova**, v. 2, n. 4, p. 22-26, 1986.
- JACOBI, P. Educação ambiental, cidadania e sustentabilidade. **Cadernos de Pesquisa**, n. 118, p. 191-198, mar., 2003.
- LUCENA, F.C.; SILVA, M.E.L.S.P. O direito à cidade sustentável como direito fundamental. **Anais do XVII Congresso Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito**. Florianópolis, CONPEDI, 2008. p. 6219-6232.
- MOTTA, M. Movimentos rurais nos Oitocentos: uma história em (re)construção. **Estudos Sociedade e Agricultura**, n. 16, p. 113-128, abr., 2001.
- OEA. Organização dos Estados Americanos. Fórum Social das Américas. **Carta Mundial pelo Direito à Cidade**. 2004. Disponível em: <https://www.suelourbano.org/wp-content/uploads/2017/08/Carta-Mundial-pelo-Direito-%C3%A0-Cidade.pdf>. Acesso em: 17 out. 2022.
- ROLNICK, R. **Pactuar o território: desafio para a gestão de nossas cidades**. 2008. Disponível em: <http://raquelrolnick.wordpress.com/2008/09/01/desafios-da-gestao-urbana/>. Acesso em: 17 out. 2022.

PRESTES, V.B. A regularização fundiária inserida na ordem constitucional: regularizar, produzir e fiscalizar. *In*: DEMARI, Lizandra. (org.). **Regularização fundiária: como implementar**. Porto Alegre: MPRS, 2011. p. 10-19.

PINHEIRO, G.A.; RODRIGUES, W.O. Direito fundamental à cidade sustentável e os dilemas do planejamento urbano no Estado Democrático de Direito. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 107, p. 373-387, jan.-dez., 2012.

TARTUCE, F. A lei da regularização fundiária (Lei 13.465/2017): análise inicial de suas principais repercussões para o direito de propriedade. **Pensar**, v. 23, n. 3, p. 1-23, jul.-set. 2018.

O CRIMINAL COMPLIANCE APLICADO AO CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Rodrigo Cogo¹

Débora Garcia Santos²

Pedro Henrique Hernandez Argentina³

*If you think that compliance is expensive: try non-compliance”⁴.
US Deputy Attorney General Paul McNulty*

Introdução

Nos últimos anos, o tema *compliance* está cada vez mais em ascensão. As empresas estão destinando maior atenção na área, buscando a aprimorar o setor. Isto porque, mesmo que o *compliance* possua uma função tríplice de prevenir, detectar e remediar, é comum que o mesmo apenas esteja em pauta quando a situação já atingiu níveis catastróficos.

Infelizmente, aqui no Brasil, a cultura de prevenção ainda não é adotada de forma ampla, de forma geral. A título de exemplo e descaracterizando os altos custos, o brasileiro não possui o hábito de investir em planos de saúde ou até mesmo seguros residenciais e de seus veículos. O motivo é que muitas vezes – o que deveria talvez ser visto de

¹ Mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (FADIR/UFU). Professor Efetivo dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS). E-mail: rcogo@uems.br

² Especialista em Ciências Criminais pela Universidade de São Paulo (USP) e Especialista em Direito Administrativo pela Damásio Educacional (IBMEC). Advogada. E-mail: deh.2511@gmail.com

³ Especialista em Direito Corporativo e Compliance pela Escola Paulista de Direito (EPD) e pós-graduando no MBA em Gestão Estratégica das Organizações pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Advogado. E-mail: pedro.sano@hotmail.com

⁴ Se você acha que *compliance* é caro, tente não ser Procurador-Geral Adjunto dos EUA Paul McNulty (tradução do autor).

uma forma positiva – são custos dispensados que muitas vezes caem em vencimento e nem sequer foram utilizados.

Assim pode ser comparado o *compliance*. A pedra angular que sustenta um programa de integridade eficaz é visto como um todo pela função tríplice. Ou seja, o investimento no programa é feito para que o ato ilícito e prejudicial à empresa – destaca-se, o crime de corrupção – não aconteça. Todavia, não é possível blindar a empresa de uma forma que isente o acontecimento de falhas, neste momento, importante é a função de detectar o que tenha acontecido, para então, remediar de forma direta e eficiente para que não haja reincidência do evento ilícito.

No Brasil, a lei conhecida popularmente como lei anticorrupção, criada em 2013, a Lei nº 12.846, foi o primeiro registro no ordenamento jurídico do termo “mecanismos e procedimentos de integridade”. Mais tarde, o tema foi mais bem abordado pelo então Decreto nº 8.420, que denominou seu capítulo IV como “programa de integridade”, abordando de forma sucinta em dois artigos o que seria este programa.

Contudo, neste ano de 2022, como forma de compreender a importância do tema pelo governo do país, o antigo Decreto foi substituído pelo presente sucessor de nº 11.129, de julho deste ano, que trouxe mais riqueza nas explicações, bem como alterações em outros pontos em comparação ao documento anterior.

No Brasil, o assunto *compliance* surgiu de maneira mais intensa, com os acontecimentos da Operação Lava Jato. Após este cenário catastrófico que alavancou a imagem do Brasil como um país altamente corrupto, as empresas nacionais buscam em um movimento gradativo implementar e aprimorar seus programas de integridade.

Em pesquisas de âmbito internacional, o país segue demonstrando péssimos exemplos quando o assunto é corrupção. Isto porque, além de ocupar uma posição desfavorável, não demonstra ênfase em seus meios de combater tal crime, seguindo na mesma classificação por anos – ou piorando.

Que a corrupção é um crime devastador para o país, isso não se discute, restando claro, ao menos no campo teórico, seus efeitos nocivos para a sociedade. Contudo, os danos são realmente alarmantes e refletem em toda a estrutura nacional.

A pesquisa realizada pela Transparência Nacional demonstra o quão grande é o impacto, sobretudo, no que tange aos direitos humanos. Os dados apontam que os países que ocupam as posições como os mais corruptos, são, também, os que mais matam defensores destes direitos. Segundo aponta o levantamento de dados feito pelo instituto *Frontline Defenders*, no ano de 2020, foram 331 assassinatos, e suas vítimas eram defensores dos direitos humanos; sendo 16 casos brasileiros.

Complementa a pesquisa, os levantamentos obtidos pela *Freedom House*, que traz que conforme os índices de corrupção aumentam, as restrições em torno dos direitos civis também seguem a mesma proporção. Destarte, um cenário de Direitos civis restritos dificulta a promoção e defesa dos direitos humanos.

1. A administração pública e o crime de corrupção passiva

Em observância ao disposto na Constituição Federal de 1988, a utilização das empresas estatais se porta enquanto um importante mecanismo de poder do Estado, ao passo que por intermédio de tais, este concretiza seus objetivos no que tange a esfera econômica mostrando-se de suma importância para a coletividade.

Todavia, cabe destacar que a disciplinarização e regulamentação jurídica das empresas estatais, suscita desafios que transcendem àqueles empregados no âmbito privado. Fato esse que advém da associação de benefícios próprios da administração pública e o uso de subsídios característicos da atividade privada.

Outrossim, a estrutura das empresas estatais propicia a prática de atos de corrupção ou mau uso de recursos que indiretamente provém da administração pública, recentes e atuais são os escândalos protagonizados por dirigentes e funcionários das empresas estatais o que estimulou a necessidade de uma fiscalização e de um controle mais intenso do funcionalismo público nestes ambientes.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado que via de regra exercem atividades econômicas e integram a administração pública indireta. Ainda que haja prevalência da incidência do regime jurídico privado, de forma subsidiária aplicam-se a estes entes normas e regras relativas ao regime de direito público.

Os crimes praticados por funcionários públicos contra a administração pública encontram-se diplomados no último título da parte especial do Código Penal, mostram-se extremamente prejudiciais à sociedade, ao passo que atinge de forma direta a administração pública e conseqüentemente seus administrados.

Salienta Masson (2017, p. 619) que: “tais delitos são de vitimização difusa, ou seja, infringem garantias de vários indivíduos, unidos entre si por um vínculo fático, visto que se encontram sob a autoridade do Estado”.

O Código Penal, com intuito de ampliar a proteção do erário, aderiu um conceito extensivo em relação à definição de funcionário público para fins penais, abrangendo de forma ampla toda atividade estatal, seja na esfera subjetiva (entes que executam funções públicas) ou esfera objetiva (qualquer indivíduo que desenvolva atividade voltada para satisfação do bem comum).

Importante enfatizar que todos os indivíduos que exercem atividades, ainda que sem remuneração, nos entes citados acima são funcionários públicos para fins penais, nos termos do disposto no artigo 327 do Código Penal.

Luiz Regis Prado (2018), afirma que a corrupção agride de forma direta o Estado democrático de Direito, ao passo que retira da Administração Pública sua credibilidade perante os administrados. Nessa toada, de acordo com Cezar Roberto Bitencourt (2011), o objetivo jurídico da tutela penal nos crimes contra a Administração Pública é pautada pelo interesse público e pelo correto desenvolvimento das funções administrativas, em observância aos princípios da probidade e da moralidade e principalmente a coletividade.

De forma detida:

Recentemente, o termo “corrupção” tem sido empregado, em um sentido mais amplo, como sinônimo de ilegalidade, decadência, putrefação, devastação, deterioração de uma determinada organização político-social. Numa visão mais estrita, faz referência a conduta vil e repugnante de um sujeito que viola deveres funcionais, com o escopo de satisfazer seus próprios interesses ou de terceiros, na maioria das vezes, mediante relações econômicas ilícitas. (FERNANDES, 2019, p. 109)

A corrupção praticada por funcionário público no exercício da função, mais especificamente a corrupção nomeada como “passiva”, mostra-se um delito altamente nocivo e infelizmente comum no âmbito das empresas estatais. A figura penal encontra-se tipificada no artigo 317 do Código Penal, a saber:

Art. 317 - Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

A corrupção passiva se consuma no ato do funcionário de solicitar ou receber a vantagem indevida ou, ainda, no instante em que ele aceita a promessa dessa vantagem, em decorrência da função, tratando-se portanto de um tipo penal alternativo, sendo portanto como um crime formal que admite a figura tentada.

O Congresso Nacional buscou por meio da aprovação de um marco legal para as empresas estatais, a prevenção e o combate ao crime de corrupção. Foi editada a Lei 13.303/2016, mais conhecida como “Lei das Empresas Estatais” que teve por intuito a regulamentação do controle, da fiscalização, dos processos licitatórios e dos contratos administrativos das empresas estatais, nos termos do artigo 173, parágrafo primeiro, da Constituição Federal.

Neste sentido, as metas são a implementação de normas de gestão empresarial das empresas estatais; regras relativas à gestão de riscos e controle interno com enfoque na diminuição dos atos de corrupção por intermédio da implementação de programas de *compliance*; procedimentos específicos de nomeação de dirigentes; regras de licitações e de aquisição de bens; fiscalização por meio de órgãos de controle externo e da sociedade.

A atividade econômica pode se organizar por intermédio de variados institutos jurídicos, atualmente, as empresas públicas demonstram maior interesse pela organização na forma de sociedade

anônima, molde societário obrigatório para as sociedades de economia mista.

Independentemente da estrutura societária adotada, de forma inegável, um dos principais meios de combate a corrupção passiva é por intermédio de restrições. Insta salientar que a relação de agência, característica das empresas estatais, por si só gera custos, ao passo que muitas vezes existe conflito de interesses entre aqueles que por meio de outorga recebem a incumbência de representar os interesses da Administração e o sentimento pessoal que paira sob o outorgado.

Na disciplina específica das empresas estatais, a Lei 13.303/2016 elenca seis distintos mecanismos basilares a fim de evitar a ocorrência de atos de corrupção, e como consequência os custos e os conflitos de agência.

A primeira ferramenta a qual faz menção o diploma legal em seu artigo 9º é a adoção de um Código de Condutas de Integridade, que se porta em suma enquanto um meio que não controla de forma direta a corrupção ou o conflito de interesses dentro da agência, todavia, de forma notável oferece um norteador de condutas das atividades das empresas estatais.

A existência de Códigos de Conduta e Governança Corporativa é recomendada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico - OCDE para empresas que pertençam ao Estado (*State Owned Enterprises - SOE*⁵), ao passo que adoção das condutas naquele aduzidas evitam atos de corrupção.

O segundo mecanismo constante na Lei de Empresas Estatais é a obrigatoriedade relativa à instalação dos Comitês de Auditoria Estatutários, que portam-se enquanto órgãos de auxílio ao Conselho de Administração, com efetivo potencial atenuante aos conflitos internos e atos de corrupção.

Uma das principais atribuições do órgão é o recebimento de denúncias anônimas relativas a possíveis atos de corrupção, bem como ações que violem o Código de Condutas e Integridade ou os princípios constitucionais que regem e disciplinam a Administração Pública. Ao órgão ainda compete a função de fiscalizar contratações e fornecer informações de supervisão.

⁵ Empresa estatal (tradução do autor).

Outro mecanismo previsto na Lei das Estatais, é a instalação de um Conselho Fiscal e no âmbito das empresas públicas, principalmente aquelas que assumem a forma societária de sociedade anônima, competindo a este a fiscalização dos membros da administração, emissão de pareceres e relatórios relativos às finanças.

Já o Conselho de Administração não se porta enquanto um mecanismo inovador da Lei de Estatais, uma vez que, já foi objeto de deliberações na lei que disciplina as sociedades anônimas (6.404/1076), todavia tem sua relevância. O artigo 18 da Lei nº 13.303/2016 assevera que ao Conselho compete atos de aprovação e monitoramento das decisões que estejam relacionadas à governança corporativa.

Compete ainda ao órgão a implementação de programas de riscos, tal como de atenuação dos impactos causados pelos atos de corrupção que já ocorreram. Ressalta-se que apesar de não ser um instituto inovador a vedação trazida no art. 2º da Lei nº 13.303/2016 mostra-se promissora ao passo que inviabiliza a participação remunerada de membros da Administração Pública em mais de dois conselhos de administração fiscal.

A principal e mais importante inovação trazida pela Lei das Estatais relacionadas as ferramentas de combate a corrupção na Administração Pública ao passo que veda de forma expressa a indicação para o compor o Conselho de Administração de pessoas não capacitadas tecnicamente para ocupar cargos de direção ou presidência.

A exigência para ocupação dos cargos que compõe o Conselho de Administração é de 10 anos de experiência no setor público ou privado no ramo administrativo, ou a ocupação durante 4 anos ininterruptos de cargo relacionado a área de atuação daquela empresa pública.

São estabelecidos ainda limites consideráveis àqueles que integram a administração pública, ao passo que é veementemente vedada a indicação daqueles que integraram a administração pública direta ou órgão ao qual a empresa estatal responda de forma direta no que concerne às formas de gestão.

Existem limites ainda instituídos que versam sobre o impedimento de membros para composição do Conselho de Administração que nos últimos 36 meses tenham atuado na estrutura

decisória de qualquer partido político ou que tenham parceria direta com toda e qualquer sociedade estatal ou sindical.

Apenas a título de exemplificação no ano de 2017, subsequente à promulgação da Lei das Estatais, com fulcro nessa a 8ª Vara Federal do Distrito Federal, em sede de liminar, em ação proposta por uma entidade sindical relacionada aos funcionários dos Correios, determinou a suspensão imediata de seis nomeações efetuadas pela Vice-presidência da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, para composição do órgão de direção do Conselho de Administração da supracitada empresa estatal, por violação direta ao expressamente vedado pela Lei 13.303/2016.

As regras estabelecidas pela Lei das Estatais, direcionadas ao Conselho de Administração se prestam a barrar todo e qualquer conflito de agência e especialmente atos de corrupção, ao passo que a relação entre o poder público, as forças político-partidárias e sindicais é delicada.

Por fim, a Lei das Estatais traz dispositivos relativos ao regime de contratação e licitação congregando soluções destinadas às empresas estatais que operam em regime de concorrência com o intuito de torná-las mais competitivas, ao passo que flexibiliza a burocracia e conseqüente lentidão em relação a contratações e contratos propriamente dito. Nos termos do artigo 32, inciso VI da Lei das Estatais restou definido que as empresas estatais devem dar preferência para modalidade pregão eletrônico no que tange ao processo licitatório, ao passo que este mostra-se mais eficiente e adequado.

No mais, a prática da figura tipificada no artigo 317 do Código Penal, mostra-se incompatível com o Estado Democrático de Direito e atenta à justiça procedimental, aos interesses da coletividade e aos Direitos Humanos. No combate à corrupção, busca-se o normal funcionamento e prestígio da Administração Pública, objetivando resguardar a obediência ao dever de probidade e evitar a interferência de interesses privados de natureza econômica sobre o interesse público.

2. A violação aos Direitos Humanos

Reitera-se que se revestem de maior potencialidade lesiva os atos praticados em desacordo com o que se impõe ética e legalmente no campo da administração pública.

Corroborando tal pensamento, nos dizeres de Fernandes (2019, p. 108):

O oportunismo de certos atores - servidores públicos ou não-, com o fim de satisfazer interesses próprios mediante o desvio de recursos estatais tem provocado, entre outras coisas, aumento da pobreza, criminalidade, falta de investimentos, ineficiência administrativa e baixo crescimento econômico em diversos países.

Sobre o tema, Greco (2018, p. 709) ainda elucida que:

Na maioria das vezes, a sociedade não tem ideia dos estragos causados quando um funcionário corrupto lesa o erário. Imagine-se, tão somente para efeitos de raciocínio, os danos causados por um superfaturamento de uma obra pública. O dinheiro gasto desnecessariamente na obra impede que outros recursos sejam empregados em setores vitais da sociedade, como ocorre com a saúde, fazendo com que pessoas morram na fila de hospitais por falta de atendimento, haja vista que o Estado não tem recursos suficientes para a contratação de um número adequado de profissionais, ou mesmo que, uma vez atendidas, essas pessoas não possam ser tratadas, já que faltam os necessários medicamentos nas suas prateleiras.

Reforça-se, assim, o ideário de que a corrupção versando sobre recursos públicos é uma afronta à salvaguarda dos direitos fundamentais dos cidadãos.

George Marmelstein (2008, p. 20) explica que:

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Complementando o aduzido, realizando a imprescindível vinculação dos direitos fundamentais à dignidade da pessoa humana, tem-se:

[...] a dignidade da pessoa humana, na condição de valor (e princípio normativo) fundamental que “atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais” exige e pressupõe o reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais de todas as dimensões (ou gerações, se assim preferirmos). Assim, sem que se reconheçam à pessoa humana os direitos fundamentais que lhe são inerentes, em verdade estar-se-á lhe negando a própria dignidade. (SARLET, 2001, p. 87)

Salienta-se que a Constituição Federal de 1988 foi a primeira do nosso país a reconhecer, com amplo destaque, no seu artigo 1º, inciso III, o princípio da dignidade humana como pilar de sustentação do Estado Democrático de Direito, demonstrando, assim, que o constituinte priorizou um Estado que existe e se constrói em torno da pessoa, reconhecendo, deste modo, o ser humano e os seus direitos como sujeitos principais na relação Estado-cidadão.

Destarte, quem comete crime contra o erário e a sociedade, ataca também o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que sua prática acarreta miséria, pobreza e a não efetividade da prestação da atividade estatal, interferindo de forma direta na qualidade de vida dos administrados, em especial aqueles que já encontram-se em situação de vulnerabilidade, corrompendo de forma direta os Direitos Humanos. Para Leal e Schneider (2014, p. 421 *apud* FERNANDES, 2019, p. 113-114):

Não há dúvidas de que a corrupção encontra-se diretamente conectada à violação dos Direitos Humanos e Fundamentais, notadamente quando os atos corruptivos são utilizados como formas de violação do sistema jurídico como um todo (o caso de suborno de servidores públicos para agilizarem procedimentos burocráticos), o que afeta, por si só, a ordem jurídica posta, além de provocar impactos localizados na rede de direitos e garantias vigente (eis que, neste exemplo, outros expedientes podem ser atrasados ou deixados de lado).

Nesta senda, a proteção dos interesses individuais e coletivos, deve se firmar como o principal objetivo das organizações sociais

contemporâneas, e, por óbvio merecem tutela em prol da vedação de transgressões aos Direitos Humanos.

Ocorre que, por anos, as ferramentas utilizadas para tal mister não obtiveram êxito, o que maculou a figura da administração pública, que é vista como algo ineficiente e descumpridora de suas funções, dentre as quais destacam-se as definidas no Preâmbulo da Carta Magna de 1988, como a de “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Nesta esteira, de forma bastante detida, questões atinentes à pobreza, à desigualdade e demais mazelas sociais devem ser abarcadas como prioritárias no caminho de se fazer o certo, também (e sobretudo) no núcleo das empresas públicas, em função da ofensividade das consequências dos atos porventura praticados em desconformidade com as leis.

E, no âmbito internacional,

[...] a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção demonstra preocupação com as ameaças trazidas pela corrupção, haja vista que a mesma promove insegurança social e o desmonte das instituições democráticas, além de comprometer o desenvolvimento do Estado de direito. Igualmente, o Conselho da Europa vê no fenômeno da corrupção a lesão ao governo, à justiça, à economia e ao aparelhamento da burocracia estatal. (FERNANDES, 2019, p. 115)

Em sentido semelhante, para a Transparência Internacional, “*corruption erodes trust, weakens democracy, hampers economic development, and further exacerbates inequality, poverty, social division and the environmental crisis*”⁶.

A preocupação com o tema reveste-se de intensidade, tanto que:

[...] a resolução nº 1/18 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos expõe que a corrupção na gestão dos recursos públicos dificulta a capacidade dos governos em cumprir as suas metas referentes à saúde, educação, água, transporte e saneamento, as quais resultam essenciais

⁶ A corrupção corrói a confiança, enfraquece a democracia, dificulta o desenvolvimento econômico e agrava ainda mais a desigualdade, a pobreza, a divisão social e a crise ambiental (tradução do autor).

para a concretização dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais e, em particular, das populações vulneráveis. (FERNANDES, 2019, p. 115-116)

E,

[...] a Organização das Nações Unidas (ONU) tem reafirmado, em várias oportunidades, que quando se está diante de um alto grau de corrupção, os estados não conseguem fazer valer suas obrigações em matéria de direitos humanos. Inclusive, a entidade sugeriu que o fenômeno em questão fosse tratado como “crime contra a humanidade” pelos países-membros, elevando-o à categoria de delitos como genocídio e tortura (CHADE, 2017 *apud* FERNANDES, 2019, p. 115).

Da exposição supra, firma-se o entendimento de que a garantia de uma atuação ética e dentro dos padrões legais no ambiente corporativo público, precisa ser guiada por práticas direcionadas para a concretização dos Direitos Humanos, utilizando-se dos mecanismos e instrumentos trazidos pela Lei de Empresas Estatais, dos quais destacam-se, de forma promissora, a implementação de programas de *compliance*, ao passo que estes se apresentam como uma inovadora forma de controle dos conflitos e atos de corrupção dentro das empresas estatais, em consonância com o que será visto a seguir.

3. O Criminal Compliance

Em se tratando da recepção no âmbito criminal de condutas perpetradas no cerne da administração pública, torna-se cogente a lembrança da Operação Lava Jato, poia, partir deste marco, passam a ganhar robustez, também no ambiente público, preocupações com a seriedade e efetividade das normas de *compliance*, ocorrendo a necessidade de implementações de fato, caminhando para que aquilo que o *Department of Justice*⁷ (DOJ) vai contra, que são os *paper programs*⁸.

O fato de que uma empresa – pública ou privada, possua um programa de *compliance*, não significa, necessariamente, que ela esteja em conformidade e muitas vezes o programa apenas existe para

⁷ Departamento de Justiça dos Estados Unidos.

⁸ Programas de fachada.

cumprir requisitos padrões. Sobre a existência de um programa que não seja implementado de forma efetiva, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE (2016, p. 15) elenca que “uma preocupação quando se discute compliance, consiste na criação de programas que não constituem programas de fachada”.

Nesse sentido, algumas empresas buscam estabelecer um programa de integridade para simplesmente demonstrar uma cultura de *compliance*; em programas de fachada, o único intuito é demonstrar que a empresa possui *compliance*, mesmo não sendo demonstrada a eficiência desta prática.

A cultura de *compliance* deve priorizar um programa de integridade que seja eficaz e singular, isto quer dizer que deve ser criado e implementado sob medida na empresa que o pretende executar.

Neste contexto, vide o pensamento acerca do tema erigido pelo *Department of Justice*: “*Compliance programs are established by corporate management to prevent and detect misconduct and to ensure that corporate activities are conducted in accordance with applicable criminal and civil laws, regulations, and rules*”⁹.

O programa de integridade se estrutura em um conjunto de mecanismos que tendem a manter os padrões éticos, morais e legais de uma pessoa jurídica. De acordo com a definição do decreto nº 11.129 deste ano, tem-se:

Art. 56. 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:

- I - prevenir, detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira; e
- II - fomentar e manter uma cultura de integridade no ambiente organizacional.

⁹ Os programas de conformidade são estabelecidos pela administração corporativa para prevenir e detectar a má conduta e para garantir que as atividades corporativas sejam conduzidas de acordo com as leis, regulamentos e regras criminais e civis aplicáveis.

Parágrafo único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e os riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual, por sua vez, deve garantir o constante aprimoramento e a adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade. (BRASIL, Decreto n 11.129, 2020).

Portanto, são um apanhado de instrumentos que sustentam um bom *compliance*. Além da consonância com as normas estabelecidas no ordenamento jurídico brasileiro – e em alguns casos internacionais também – Empresas que transacionam em dólar, por exemplo, precisam seguir o FCPA¹⁰, que é uma legislação americana.

Com a crescente em relação ao tema, torna-se necessário, então, criar subespécies para melhor administrar o setor. Ou seja, o *compliance* como uma espécie mais ampla e a sua divisão focada nas áreas; é comum nos dias de hoje a discussão sobre o assunto em diferentes searas, como a trabalhista, tributária, criminal e outras áreas.

Desta forma, o *Criminal Compliance* é responsável por implementar e promover os mecanismos do programa de integridade no que tange a esfera criminal, os assuntos mais comentados aqui são referentes ao crime de lavagem de dinheiro¹¹ e crime de corrupção – objeto específico deste trabalho. Conforme conceitua Guilherme Felício (2018, p. 121), “o instituto criminal *compliance*, portanto, advém desta relação entre *compliance* e direito penal”.

Desta forma, o *compliance* voltado para o cenário criminal tem o foco de combater os atos ilícitos abarcados na esfera penal. Para isso, é necessário que seja feito um estudo interno na empresa, evidenciando e mapeando os riscos que existem ou que possam acontecer.

O setor responsável pelo programa não necessariamente será uma área interna da própria empresa. É bastante comum que as empresas optem por terceirizar este serviço. Independente da forma que for implementado, o principal ponto é que o setor tenha autonomia, no sentido de executar suas ações, mesmo que seja, por exemplo, tratar um caso de corrupção de uma pessoa com destaque hierárquico ou ocupante de cargo de direção na empresa.

¹⁰ Foreign Corrupt Practices Act (Lei de Práticas de Corrupção no Exterior – tradução do autor).

¹¹ No cenário corporativo é abordado como AML – Anti-Money Laundering.

Além da autonomia, o programa deve estar sempre em manutenção e é fundamental que seja atualizado conforme as mudanças na empresa aconteçam. Como afirmam Gabineski et al., (2019, n.p.) “[...] um programa de compliance é um organismo vivo, que se desenha perfeitamente para cada organização, com suas peculiaridades, respeitando sempre as boas práticas atreladas à cultura empresarial”.

A cultura de *compliance* precisa de constante movimento e atualização, em busca de estar almejando maior conformidade, evitando um *compliance* também chamado de *sham program*¹².

Nesta esteira de entendimento, a intenção do *criminal compliance* é fazer com que os atos ilícitos voltados para a esfera penal sejam mitigados, bem como todos os outros problemas como um todo, tendo em vista o foco do programa. Afirma Thomas Rotsch (2019, p. 31), que “a prevenção à corrupção é e deve continuar a ser um dos objetos do *criminal compliance*”.

Além do caos que os casos de corrupção podem gerar em uma empresa, como danos na estrutura e problemas financeiros, o setor responsável pelo programa de integridade tende a ter como preocupação a imagem que uma empresa corrupta tem no mercado. Cada vez mais as empresas buscam manter relações com outras empresas íntegras. Para o Sebrae (2016), “ter integridade significa dar exemplo, ter valores e adotar uma conduta correta”.

Ainda segundo o Sebrae (2016), uma empresa que almeja atuar com um posicionamento ético e de excelência, deve ter o compromisso de combater a corrupção, por este motivo é necessário que “viva essa ideia no dia a dia de sua empresa, seja um exemplo a todos os seus funcionários e mantenha um ambiente de tolerância zero contra a corrupção e outras fraudes em seu empreendimento”.

Em conformidade com o explicitado ao longo deste estudo, a corrupção é prejudicial e causa danos enormes em uma corporação; prejuízos estes internos e externos. Para a sociedade, a corrupção pode causar danos irreparáveis – conforme já fora demonstrado.

Destarte, o *compliance*, mais especificamente a área do *criminal compliance*, tem como objetivo manter a cultura tríplice de prevenir, detectar e remediar viva dentro da empresa (pública ou privada),

¹² Programa falso, simulado, de fachada (tradução do autor).

caminhando no combate aos crimes que podem vir a acontecer, mas sobretudo, evitando que estes aconteçam.

Considerações finais

Do exposto nas linhas pretéritas, retira-se a certeza de que a corrupção é um ato ilícito, que, por suas consequências, acaba por atingir um número indeterminado de sujeitos, gerando a deterioração dos Direitos Humanos, seja pela inoperância estatal a partir da corrupção perpetrada, seja pela intersecção de fatos negativos à sociedade gerados pelo agir/omitir do agente corrupto.

A corrupção na esfera da administração pública atinge o todo, reverberando, *verbi gratia*, seus efeitos danosos nos campos da saúde, segurança, educação, justiça, meio ambiente, assim como nos demais setores de atuação estatal.

O conjunto programático de prevenção, detecção e solução do problema oferecido pelo ordenamento jurídico pátrio não pode ser aplicado de forma isolada, pois não se mostra capaz, por si só, de reprimir ou prevenir atos de corrupção, devendo o Estado portanto, por intermédio de seus administradores, em esferas distintas contribuir com práticas coibidoras.

No Brasil, instituições como o Ministério Público e os Tribunais de Contas, além de Organizações Não Governamentais (ONGs) têm atuado de maneira intolerante na identificação e posterior sanção à corrupção. Em igual sentido, tratados e convenções internacionais sugerem um número crescente de medidas a serem adotadas visando o combate à corrupção como ferramenta primaz de proteção aos Direitos Humanos.

Deste modo, a implementação da cultura de *compliance* é um mecanismo importante e necessário ao combate de práticas ilícitas, como o crime de corrupção passiva, que causa resultados danosos à própria empresa estatal e ao erário público, atingindo todos os administrados.

Somente por meio da autorregulação regulada, o Estado viabiliza que os entes que compõem a Administração Indireta e são regidos majoritariamente pelo regime jurídico de direito privado estructurem programas de integridade, com a intenção de possuir mecanismos de

prevenção e combate ao crime de corrupção passiva, visando a salvaguarda e concretização dos Direitos Humanos.

E, sem intentar esgotar os debates sobre tema ainda tão incipiente, restam evidenciadas a função destacada e a necessidade essencial da adoção de programas de integridade pelas empresas – seja no cenário público ou privado – para que os padrões éticos, morais e, também, legais, sejam mantidos e constantemente aprimorados. O *criminal compliance* configura-se, neste contexto, como um forte aliado do Estado para combater atitudes ilícitas que degradam o íntimo da empresa, alteram os valores sociais e minimizam a efetividade dos Direitos Humanos.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas Estatais**. Rio de Janeiro. Forense, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 37ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2019.

BANFIELD. Edward. **Corruption as a feature of governmental organization**. The Journal of Law and Economics, Chicago. 1975.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal; v. 5**: parte especial (arts. 312 a 359-H e Lei n. 10.028/2000) crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos. 14 ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL, **Decreto 11.129, de 11 de julho de 2022**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

BRASIL, **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial de combate a fraude e corrupção: aplicável a órgãos e entidades da Administração Pública / Tribunal de Contas da União**. – Brasília: TCU, Coordenação-Geral de Controle Externo dos Serviços Essenciais ao Estado e das Regiões Sul e Centro-Oeste (Coestado), Secretaria de Métodos e Suporte ao

Controle Externo (Semic), 2ª Edição, 2018. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/Ao/Eo/EA/C7/21A1F6107AD96FE6F18818A8/Referencial_combate_fraude_corrupcao_2_edicao.pdf.

Acesso em 05 de out. de 2022.

CADE. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia Programa de Compliance**. Disponível em <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf>. Acesso em 08 de out. de 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2022.

FELICIO, Guilherme Lopes. **Criminal compliance como mecanismo de proteção contra a criminalidade econômica**. São Paulo: [s.n.], 2018.

FERNANDES, João Marcelo Negreiros. **Corrupção e Violação a Direitos Humanos: obstáculos ao desenvolvimento brasileiro no século XXI**. Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará. 2019. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2019/07/ARTIGO-6.pdf>. Acesso em 18 de out. de 2022.

FONSECA, Rui Guerra da. **Autonomia estatutária das empresas públicas e descentralização administrativa**. Coimbra. Almedina. 2005.

FONTES FILHO, Joaquim Rubens. **Governança corporativa em empresas estatais: avanços, propostas e limitações**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro. 2018.

Front line defenders global analysis 2020. Disponível em https://www.frontlinedefenders.org/sites/default/files/flid_global_analysis_2020.pdf. Acesso em 07 de out. de 2022.

GABINESK, Bernardo; MARRARA, Cristiane Peixoto de Oliveira; ABBATEPAOLO, João Carlos e NASCIMENTO, Juliana Oliveira. Canal de denúncias – melhores práticas in **Guia prático de compliance / organização Isabel Franco**. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial, volume III**. Niterói. Impetus, 2018.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte especial**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro - volume 2: parte especial**. 16. ed. ed., rev., atual. e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. v. 2 / 2018.

ROTSCH, Thomas. **Corrupção e criminal compliance**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 18, n. 73, p. 31-51, abr./jun. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=151408. Acesso em 08 de out. de 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEBRAE. **Empresa Íntegra**: saiba como proteger o seu negócio contra a corrupção. 2016. Disponível em <https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/empresa-integra-saiba-como-protger-o-seu-negocio-contr-a-corrupcao,3b9fb85844cb5510VgnVCM1000004c00210aRCRD>. Acesso em 10 de out. de 2022.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. **What is corruption?**. Disponível em <https://www.transparency.org/en/what-is-corruption>. Acesso em 05 de out. de 2022.

U.S. Department of Justice. **Principles of federal prosecution of business organizations**. Disponível em <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>. Acesso em 05 de out. de 2022.

O PAPEL DA DITADURA MILITAR NA FALÊNCIA DA PANAIR DO BRASIL: estado de exceção e *lawfare* no direito empresarial

Rogério Nogueira Guimarães¹

Carlos Augusto de Oliveira Diniz²

Alessandro Martins Prado³

Introdução

A Panair do Brasil foi uma empresa aérea brasileira que atingiu seu auge como sociedade empresária na década de 60 do século passado, porém, foi vítima de uma implacável perseguição conduzida pelo governo militar. A falência da Panair do Brasil chamou a atenção pelo fato de que demonstra uma ação persecutória de um regime de exceção contra uma sociedade empresária.

Logo, a hipótese do presente trabalho é a de que o estado de exceção impacta não somente o direito penal e processual penal, mas os demais ramos do direito também. Já no que se refere ao objeto do presente artigo é o caso do processo falimentar da Panair do Brasil.

O objetivo geral do texto é procurar e encontrar elementos que possam contribuir com a com uma compreensão ampliada do conceito de estado de exceção, pois percebemos que existe uma tendência de que as análises do estado de exceção fiquem adstritas ao campo do direito penal e processual penal, o que não refutamos, porém, defendemos a hipótese de que a complexidade do estado de exceção

¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professor Efetivo do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS, Unidade Universitária de Paranaíba-MS. E-mail: rogerio.ng@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0295057781995793>.

² Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professor Efetivo do Curso de Direito da Universidade Federal de Jataí-UFJ. E-mail: carlosaugustodiniz@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3127802813505867>.

³ Mestre em Direito pela UNITOLEDO de Araçatuba. Doutorando em Direito na área de concentração de Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, pela ITE de Bauru. Docente da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul – Unidade de Paranaíba. alessandrodocenteuems@gmail.com.

indica que pode ser um engano duvidar de sua influencia em todo o ordenamento jurídico.

Quanto ao objetivo específico este artigo é analisar o que representou e ainda representa a falência da sociedade empresária Panair do Brasil S.A. para além da questão meramente técnica, ou seja, analisar o fato em sua perspectiva política e filosófica extrapolando uma abordagem fixada no direito processual civil que a falência de uma sociedade empresária possui. Dessa forma, partindo do pressuposto de que visamos ampliar o campo de análise e conseqüentemente contribuir com o desenvolvimento de uma compreensão mais sofisticada do estado de exceção.

Para tanto optamos pelo método indutivo, pois partimos da análise de um caso específico que foi a falência da Panair do Brasil como forma de chegarmos a uma compreensão geral do conceito de estado de exceção. Ademais, como metodologia escolhemos a pesquisa bibliográfica e documental, em que utilizamos especificamente o Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade.

1. Estado de Exceção como Materialização do Leviatã.

No estado de exceção existem dois elementos centrais que são a *regra* e a *exceção*. Eles são importantes porque permitem que se utilize o direito como ardil para dar aparência de legalidade. Neste sentido é preciso que se compreenda a relação entre a legalidade e o estado de exceção. Logo, ponto importante é a simbiose intrínseca ao direito que consiste na alternância/pesagem entre *regra* e *exceção*, pois é justamente a capacidade de mensurar, manobrar, manipular, o peso/força da *regra* e da *exceção* que faz a *balança da justiça* equilibrar ou desequilibrar para a perseguição de um fim.

Essa compreensão do modo como o Poder Judiciário trabalha por intermédio do direito com *exceção* e *regra* é determinante para compreender o processo de falência da Panair, pois essa dualidade, *regra* ⇔ *exceção*, é o direito em sua essência e como compete ao Poder Judiciário o controle da “balança da justiça” sairão do Poder Judiciário a decisão legitimadora das maiores atrocidades, pois afinal em um prato a *regra*; no outro prato a *exceção*; no fiel da balança o Poder. Por outro lado é ilusão criticar a *exceção* em privilégio da *regra*, haja vista que não há forma capaz de dissociá-las, ou seja, a existência de uma é

a força da outra, exceção completa a regra e vice versa. Em outras palavras é natural constatar que os estados de exceção se justificaram na lei como pondera Giorgio Agamben:

O estado de exceção fica no limite entre a política e o direito. Estar no limite entre a política e o direito entende-se aqui como um lugar, ou posição, de algo que esteja entre o mundo real representado pela política (ser) e o mundo virtual representado pelo direito (dever ser). Logo, o estado de exceção apresenta-se como a forma legal do que não pode ter forma legal. (AGAMBEN, 2004, p. 11/12).

O estado de exceção volta-se para o espaço interno do Estado, para seus elementos constituidores povo, território e poder. E é o que se define como *guerra civil legal*. Cite-se Adolf Hitler que promulgou o “Decreto para a proteção do povo e do Estado” que suspendeu direitos relativos às liberdades:

O decreto nunca foi revogado, de modo que todo o Terceiro Reich pode ser considerado, do ponto de vista jurídico, como um estado de exceção que durou doze anos. O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político. Desde então, a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos. Diante do incessante avanço do que foi definido como uma “guerra civil mundial”, o estado de exceção tende cada vez mais a se apresentar como o paradigma de governo dominante na política contemporânea. Esse deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo ameaça transformar radicalmente – e, de fato, já transformou de modo muito perceptível – a estrutura e o sentido da distinção tradicional entre os diversos tipos de constituição. O estado de exceção apresenta-se nessa perspectiva, como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo. (AGAMBEN, 2004, p. 12/13).

Segundo Giorgio Agamben o estado de exceção situa-se em um limbo, um espaço entre o direito e a política, ou entre a democracia e o absolutismo. Porém, confirmar esse raciocínio nada mais é que

raciocinar para compreender a expressão “dar forma legal ao que não tem forma legal”.

Na mesma linha, a ditadura militar assassinou, estuprou, torturou seu próprio povo, ou seja, ela como estado de exceção se voltou para seu espaço interno com explicou Agamben. Com isso é importante ponderarmos desde já que o processo de falência da Panair é expressão máxima da alternância entre *regra* e *exceção* no limbo entre o direito e a política.

Feitas essas ponderações é de se dizer que o processo falimentar é em essência uma forma de se promover uma execução concursal para evitar que credores sejam prejudicados e outros beneficiados pelo mero ato de se antecipar juridicamente aos demais, pois nem sempre todos os credores têm ciência de situação de crise patrimonial da sociedade empresária/empresário falido.

Não obstante aos aspectos legais da falência que são representados genuinamente pela Lei nº 11.101/2005 é preciso que se aprofunde a compreensão do direito empresarial e falimentar quanto a sua característica básica de que são produtos diretos da política, ou seja, não teriam vida sem as decisões políticas.

Neste sentido, é importante que se discuta a influência da política no direito falimentar, para tanto, escolhemos fazer essa demonstração com caso prático que envolve a falência da Panair do Brasil, falência esta que está diretamente relacionada ao estado de exceção no Brasil.

É fundamental que se ressalte que em um estado de exceção as violações a direitos não se restringem apenas no plano do direito penal, pois o que queremos demonstrar é que a ausência do devido processo legal se estende por todo o ordenamento jurídico, a exceção está também no direito civil, falimentar, tributário, financeiro, etc. haja vista que seria impossível que o estado de exceção restringisse seu campo de atuação a uma área específica do direito.

No direito empresarial um dos exemplos do estado de exceção é o caso da falência da Panair do Brasil que somente em 1995 (30 anos depois) conseguiu no Supremo Tribunal Federal – STF reverter o processo de falência imposto pela ditadura. (CNV, 2013, sp). Contextualizando o fato temos que:

O golpe de 1964 teve origem já no início na redemocratização do país em 1946. Após o suicídio de Vargas em 1954 esta crise institucional se agudizou e seu ápice ocorreu em 1964. Os militares da Aeronáutica

derrotados na novembrada de 1955, nos levantes de Aragarças e Jacareacanga após 1964, ocuparam os comandos desta Arma. Em 11 de janeiro de 1965 assume o cargo de Ministro da Aeronáutica o Brigadeiro Eduardo Gomes (líder incontestado da facção vencedora do golpe civil militar). No dia 10 de fevereiro de 1965, chegou à Diretoria da Panair do Brasil, sem nenhuma advertência, um telegrama informando que a partir daquela data as linhas aéreas concedidas àquela Companhia Aérea estavam suspensas. Um fato inexplicável. A alegação do Ministério da Aeronáutica de que a empresa estava em uma delicada situação econômica e que prejudicaria a segurança dos voos é desmentida por ato da própria Aeronáutica que havia concedido a revalidação do certificado de aeronavegabilidade. Fatos mais graves ocorreriam em seguida. No dia 11 de fevereiro de 1965, o juiz da 6ª Vara Cível recebe a visita do Ministro de Estado da Aeronáutica, Brigadeiro Eduardo Gomes e no dia 15 decreta a falência da Panair do Brasil. (ROCHA MIRANDA, 2019, sp).

Importante ressaltar que sem essa perseguição sobre a Panair evidente que o funcionamento da empresa aérea não estaria prejudicado levando em consideração os aspectos econômicos do segmento ao qual pertencia a empresa. Porém, é preciso lembrar dois aspectos sobre a ditadura militar no Brasil: O primeiro deles é que a ditadura militar representou a vitória de um setor entreguista das forças armadas, o segundo ponto é que os assassinos golpistas contaram com o apoio de parcela do empresariado brasileiro.

No caso específico da Panair do Brasil o governo militar via com maus olhos a proximidade dos proprietários da empresa com o ex-presidente Juscelino Kubitschek, pois temiam que ele por ser um político sagaz e popular pudesse articular uma frente ampla para concorrer às eleições previstas para 1965. Além disso, uma série de disputas também econômicas no plano interno como a hegemonia da mídia fundaram as bases necessárias para que os empresários Mário Wallace Simonsen e Celso da Rocha Miranda fossem implacavelmente perseguidos pelo regime militar:

- 1). Fechamento e confisco dos armazéns de Café (entrepósitos aduaneiros) em Trieste, Itália, das empresas, Wasim e Comal. Estas empresas figuravam entre as maiores exportadoras de café à época de seu confisco, trazendo inclusive um abalo nos conceitos do Brasil como exportador.
- 2). Suspensão, sem prazo determinado, das licenças de voo das linhas aéreas da Panair do Brasil S.A., o que levou à decretação de sua falência.

3). Desmantelamento do patrimônio da Panair, coordenada por Síndicos Militares da falência com a ativa participação do S.N.I. e de procuradores especialmente nomeados com esse objetivo.

4). Fechamento da TV Excelsior: na época de seu fechamento, esta rede, pioneira no país, estava implantando a TV em cores e contava com técnicos e elenco de primeira grandeza no mercado nacional. Seu fechamento foi decorrente de pressões políticas por parte do governador do Estado da Guanabara (RJ), então aliado da Revolução, que intentava o apoio da rede à sua futura candidatura.

5). Cancelamento de todos seguros de órgãos do governo realizados pela Ajax Corretora de Seguros - Criação da lei dos sorteios dos seguros de bens públicos e transferência das Comissões para um fundo de seguro agrícola. Também há de se enfatizar o fato da AJAX ser, na época, a maior corretora de seguros da América latina, contando em seus quadros com mais de 600 funcionários, todos muito bem qualificados para suas tarefas. As mudanças abruptas das regras vigentes emanadas por decretos dirigidos ao propósito da perseguição a Celso da Rocha Miranda, como a criação de comissões de inquérito na Companhia Siderúrgica Nacional e outros clientes da Ajax, com intuito de buscar ligações políticas, eliminaram qualquer possibilidade de readequação da empresa às novas regras do jogo, levando-a ao seu fechamento, dois anos depois. Segundo Paulo Egydio Martins, Ministro da Indústria e Comércio, de 1966 a 1967, "diga-se de passagem, que era o grupo mais bem aparelhado em matéria de executivos e profissionais técnicos. A competência deles era notória no mercado..." .

6). Devassa Fiscal em todas as companhias dos acusados coordenado com os Fiscais da Receita e os Agentes do Serviço Nacional de Informações.

7). Comissão de Investigação Sumária da Aeronáutica - CISA – CENTRO DE INFORMAÇÃO DE SEGURANÇA DA AERONÁUTICA - PIS nº194/CISAR cujo Parecer Secreto define aprioristicamente, o que abaixo segue: *"Celso da Rocha Miranda pode ser considerado o principal responsável pela maquinação criminosa e irresponsável que conduziu a Panair do Brasil S/A, à situação de falência financeira e administrativa, em 1965. Assim, Senhor Ministro, Vossa Excelência atendendo sugestão do CISAR, expediu Aviso ao Exmo. Sr. Ministro da Fazenda para que fossem postos à disposição desta Comissão, vários Fiscais do Imposto de Renda, indicados pelo Serviço Nacional de Informações - (SNI), a fim de examinarem os Livros de Contabilidade das diversas empresas pertencentes ao Sr. Celso da Rocha Miranda, sob orientação dessa Comissão. Outrossim, uma cópia dessa Parte Conclusiva deve ser remetida ao CENIMAR, CIE, SNI, DPS, CONTEL, e aos Setores de Segurança da Aeronáutica, tudo por intermédio do Centro*

de Informação da Aeronáutica (CISA), que por sua vez deveria tomar as necessárias providências, junto ao Gabinete de Vossa Excelência para que o Sr. Celso da Rocha Miranda, seja processado por Crime de Sonegação Fiscal.....segue...Presidente do CISAR e Membros... (Doe n")

8). Instauração da Comissão Geral de Investigações - Estado da Guanabara - Tentativa de enquadramento no Ato Complementar nº42, que autorizava o confisco de bens de pessoas naturais, ou jurídicas, sob alegação de enriquecimento ilícito dos Sócios e Diretores. Proc. 218/69, encerrado em 1978 com base no seguinte parecer de sua assessoria jurídica: *“Em síntese, de toda documentação carreada ao bojo dos autos, não emerge nenhum fato relevante, caracterizador da prática do locupletamento sem causa, de conformidade com a tipificação estabelecida pela Legislação institucional que norteia a ação desta CGI”*. *“De fato a prova acusatória se resumia em cópias de informações do mandado de segurança impetrado pela Panair, veiculando graves acusações, mas só palavras, ‘um laudo pericial, que a Justiça comprovou ser falso do Síndico da falência, o Banco do Brasil, o qual também é autor da duvidosa exposição de fis 62 e segs., I “Vol, segue,.. A Comissão, acolhendo o parecer do Relator, concorda com o parecer da Consultoria Jurídica e por unanimidade de votos, resolve arquivar o processo sob referência”*. (ROCHA MIRANDA, 2019, sp.).

A falência da Panair não pode ser esquecida pela sociedade brasileira, pois representa o quão violento poder ser um sistema ditatorial, pois a perseguição contra Mário Wallace Simonsen e Celso da Rocha Miranda é exemplo de dilaceração total do ordenamento jurídico e conseqüentemente de direitos humanos, mas mais que isso a perseguição por eles sofrida demonstra de modo cristalino que brutalidade imposta por um regime de exceção.

Nenhum ser humano é capaz de resistir às investidas persecutórias de um regime de exceção, pois o estado de exceção só encontra par na figura do Leviatã descrita como a criatura que na terra não há coisa que se possa comparar, pois foi criado para trincar sem temer o homem devorando-o sem hesitar.

2. A Legalidade Usada para Justificar a Ilegalidade.

A falência da Panair tem início com um despacho Presidência da República, então ocupada por Humberto de Alencar Castelo Branco, emitido em 10 de fevereiro de 1965 na Exposição de Motivos nº 26:

Presidência da República

Despachos do Presidente da República

Ministério da Aeronáutica

Exposição de Motivos

PR - 1858 - 65 - nº 26, de 10/2/1965. Sugere seja determinado àquele Ministério que sejam suspensas as autorizações administrativas para as linhas nacionais e internacionais exploradas pela Panair do Brasil S. A. - "Autorizo e se proceda efetivamente de acordo com o item 8 deste documento. Autorizo ainda a concessão, também a título precário, a outras companhias, a fim de evitar solução de continuidade nas linhas que vinham sendo operadas pela Panair. Em 10/2/1965 - (Rest. Ao M. Era. Em 11/2/1965). (Diário Oficial da União, seção 1, parte 1, 4ª feira, 10/02/1965, p.1708.) (SALADINO, 2005, sp).

O motivo para essa perseguição ratificamos com o depoimento de Diretor do Grupo Rocha Miranda, em 03/11/2003: "*Juscelino tinha de ser apagado da memória nacional, você não podia criar outra liderança, eles, Mário e Celso, eram apoiadores, trabalharam junto com Juscelino. Quem tivesse uma companhia aérea naquela época, naquele momento, tinha uma força política muito grande*". (SALADINO, 2005).

Aqui começava a jornada falimentar da Panair do Brasil. Esse despacho pegou a empresa totalmente de surpresa, pois sequer existiu processo administrativo, diga-se de passagem, a empresa teve conhecimento dos fatos quando recebeu um telegrama da ditadura militar informando sobre o Despacho. (ROCHA MIRANDA, 2019).

No dia 12 de Fevereiro de 1965 a Panair recorre ao Poder Judiciário e entra com pedido de concordata suspensiva, pois tinha uma dívida com o Banco do Brasil no montante de Cr\$ 4,4 bilhões de Cruzeiros e o banco informara que iria protestar a dívida imediatamente. Porém, a dívida da Panair com o Banco do Brasil representava apenas 19% (dezenove por cento) da dívida de todas as empresas aéreas com o Banco do Brasil, ou seja, juntas todas as aéreas deviam ao Banco do Brasil Cr\$ 23,9 bilhões. (ROCHA MIRANDA, 2019).

Importante trazer a tona o surgimento da Panair do Brasil S.A. que foi fruto de uma união entre duas empresas, a Nyrba⁴ do Brasil S.A. e a Pan American Airways, em assembleia realizada no dia 1 de outubro de 1930 deliberou-se pela alteração da Razão Social para Panair do Brasil S.A. e após a junção as linhas aéreas concedidas a Nyrba do Brasil S.A. passaram para a Panair do Brasil S.A. (SASAKI, 2015).

Essa decisão de suspensão das autorizações de voo das linhas aéreas da Panair do Brasil S.A. foi completamente ilegal, sobretudo quanto ao argumento de que a empresa possuía apenas uma permissão de voo, pois era de fato uma concessão que vinha inicialmente da Nyrba do Brasil pelo Decreto nº 19.079/1930 que posteriormente fora substituído pelo Decreto nº 19.417, de 21 de Novembro de 1930 que: *“Reconhece sob a denominação de Panair do Brasil S. A.. a sociedade anônima a que se refere o decreto n. 19.079, de 24 de janeiro de 1930”*.

Junte-se a isso o fato de que o Decreto-Lei nº 9.793, de 6 de Setembro de 1946 inaugurou uma nova modalidade de concessão agora via contrato, ou seja, não havia espaço para decisões unilaterais por parte da União. De maneira que ainda que a concessão da Panair do Brasil S.A. tivesse vencido o fato é que a União em momento algum se manifestou, ou seja, permaneceu inerte assim como a Panair, essa tese também se valia do artigo 1.079 do Código Civil vigente na época (Lei nº 3.071, de 1º de Janeiro de 1916.): *“Art. 1.079. A manifestação da vontade, nos contratos, pode ser tácita, quando a lei não exigir que seja expressa”*.

O pedido de concordata suspensiva da Panair que foi distribuído para a 6ª Vara Cível, por volta das 14:30 do mesmo dia o Juiz responsável encaminhou um pedido de informações ao Gabinete do Ministro da Aeronáutica sobre os motivos que levaram o governo a suspender as concessões de voo da companhia. (SASAKI, 2015).

Quando o Ministro da Aeronáutica recebeu a requisição da 6ª Vara Cível ordenou que o Coronel Paulo Vitor elaborasse a resposta ao juízo, posteriormente o próprio Ministro da Aeronáutica foi pessoalmente e fardado até a 6ª Vara Cível para estudar os termos do pedido de informação enviado pelo juízo. (SASAKI, 2015).

Então, no dia 15 de fevereiro de 1965, uma segunda-feira, o juiz da 6ª Vara Cível indeferiu o pedido de concordata suspensiva da Panair do

⁴ Nyrba = New York, Rio, Buenos Aires.

Brasil S.A. utilizando a alegação de que “sem linhas, a companhia não terá receita e sem receita irá falir” e transformou o pedido de concordata em falência, sem sequer averiguar se a companhia dispunha de outras fontes de receita. (ROCHA MIRANDA, 2019).

Depois da decisão do Juiz da 6ª Vara Cível determinando a falência da Panair o Banco do Brasil indicou como síndico o funcionário Alberto Victor Magalhães Fonseca e no dia 23 de Fevereiro de 1965 ele se apresentou ao juízo para tomar posse do cargo de síndico da falência.

Na última semana de março, o síndico Alberto Victor Magalhães Fonseca, do Banco do Brasil, havia requerido o envio de um emissário ao exterior para “arrecadar e fazer um levantamento das agências ali sediadas, liquidando ou transferindo a terceiros a responsabilidade das mesmas, de acordo com a legislação de cada país, da melhor forma possível”. Indicara para a missão o funcionário Adolpho Schermann. A Curadoria de Massas não se opôs, contudo formalizou que qualquer liquidação ou transferência fosse “precedida de autorização expressa do Juízo” nos autos, após a realização, em cada caso, de “audiência, no mais breve possível, da Falida, dos credores e desta Curadoria”. O juiz Mário Rebello de Mendonça Filho aprovou a indicação e Schermann embarcou com a esposa para a Europa no dia 29 daquele mês. Investido do poder de demitir os funcionários da Panair e liquidar o patrimônio e os débitos, o preposto recebeu do BB autorização para “movimentar contas bancárias e receber créditos, inclusive receber quantias de repartições governamentais públicas e particulares, obrigando-se a prestar contas”. Ao Jornal do Brasil, Fonseca garantiu que seu representante não fecharia nenhum acordo “sem autorização do juiz da 6ª Vara Cível, Curador da Massa e da Sindicância”. A liquidação, no entanto, não se processaria dessa forma. Conforme o próprio Schermann registrou mais tarde no processo, ele transferiu os contratos de locação da maior parte dos escritórios da Panair à Varig sem consultar as partes interessadas — e o fez gratuitamente ou por preço inferior ao da avaliação oficial, dispensando-se da obrigação de realizar concorrência. Com as lojas, passaram também à empresa gaúcha os móveis, utensílios e outros bens da falida. O restante do patrimônio, como veículos e maquinário, vendeu a preços irrisórios, dilapidando inteiramente o acervo acumulado durante vinte anos de operação paneriana no exterior. As condições negociadas prejudicaram gravemente a massa e os credores. (SASAKI, 2015, sp).

Muitas foram as decisões polêmicas do síndico do processo falimentar da Panair que levaram a companhia a travar outra luta judicial contra a atuação do síndico, conforme veremos a frente no texto, mas a parte de tais decisões do síndico, o processo teve inclusive falsificação de documentos fundamentais:

A pedido do juiz da falência, é encaminhado pelo contador Armando Simões de Castro (indicado pelo síndico) à 6ª Vara Civil, junto com o ofício, um laudo contábil da empresa. Este documento torna-se público antes mesmo de sua juntada aos autos. Mas, fato inusitado, trata-se de laudo pericial falso, quando confrontado com cópia do original enviado ao Supremo Tribunal Federal. (ROCHA MIRANDA, 2019).

Por conta desta falsificação do laudo pericial a Panair do Brasil S.A. impetra uma ação de Incidente de Falsidade, que, surpreendentemente, é julgada improcedente na primeira instância pelo Juiz Rui Octávio Dominguez responsável pela 6ª Vara Cível naquele momento. (ROCHA MIRANDA, 2019, sp.). Porém, devemos dizer que em abril de 1966 teve início um novo flanco de luta para a companhia que além do processo falimentar iniciava esforço para comprovar a falsidade da qual era vítima. (SALADINO, 2005).

Não obstante, nessa nova frente de batalha a Panair do Brasil S.A. ainda tentava apurar as irregularidades executadas pelo Síndico da Massa Falida cujas decisões prejudicaram a empresa e em 1968 devido a comprovação das irregularidades o síndico indicado pelo Banco do Brasil foi destituído da função. (SALADINO, 2005).

O estado de exceção não fica adstrito a um segmento do direito, pois não há como um governo que lance mão de tortura, estupro, assassinato, respeite o restante da legislação. Tal fato fica evidente quando se entende que no estado de exceção ocorre a suspensão do ordenamento jurídico, logo, não há como suspender apenas parte deste ordenamento. Nesta linha, a ditadura empresarial militar lançaria mão de mais um ataque contra os donos da Panair:

DECRETO Nº 57.682, DE 28 DE JANEIRO DE 1966.

Declara de utilidade pública, para fins e desapropriação, em favor da União Federal, as ações societárias da Companhia Eletromecânica "CELMA".

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da atribuição que lhe confere o artigo 87, inciso I, da Constituição Federal, e de acôrdo com o artigo 6º do Decreto-lei número 3.365, de 21 de junho de 1941, alterado pela Lei número 2.786, de 21 de maio de 1956, e

CONSIDERANDO a necessidade premente da recuperação da Companhia Eletromecânica "CELMA", integrando-a definitivamente na infra-estrutura do sistema aeronáutico do país, a bem do interesse público e da Segurança Nacional;

CONSIDERANDO que a maioria absoluta das ações da Companhia Eletromecânica "CELMA" se encontra na posse temporária da Massa Falida Panair do Brasil S.A., e, como tal, sujeita a realização do ativo, com a venda total ou retalhada das mesmas, ou inclusive, a extinção daquela Companhia com o Processamento de sua maquinaria,

DECRETA:

Art. 1º Ficam declaradas de utilidade pública, para fins de desapropriação, em favor da União, na forma do artigo 5º, letra a, do Decreto-lei número 3.365, de 21 de junho de 1941, as ações societárias da Companhia Eletromecânica "CELMA", firma estabelecida no estado do Rio de Janeiro, as quais se encontram arrecadadas como bens da Massa Falida Panair do Brasil S.A.

Art. 2º O Ministério da Aeronáutica fica autorizado a promover a efetivação da presente desapropriação correndo as despesas à conta do Fundo Aeronáutico.

Art. 3º É declara a urgência da aludida desapropriação, nos têrmos do artigo 15, do Decreto-lei número 3.365, de 21 de junho de 1941, alterado pela Lei número 2.786, de 21 de maio de 1956.

Art. 4º Êste decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 28 de janeiro de 1966; 145º da Independência e 79º da República.

H. CASTELLO BRANCO

Eduardo Gomes.

Mas afinal qual seria o impacto desse Decreto nº 57.682/1966 para a Panair? O impacto mostrou-se grande na medida em que foi direcionado a todo o conjunto da estrutura de funcionamento de uma empresa aérea como a Panair, pois no caso em tela o ataque contra a

Companhia Eletromecânica - CELMA resultaria em um processo de desintegração econômica da Panair, ou seja, menos integrada economicamente ela estaria isolada e por isso mais propensa aos intempéries financeiros, pois sua capacidade de controle sobre a atividade estava resumida, diminuída.

Ademais, ressalte-se que esta empresa de Celso da Rocha Miranda atuava na manutenção de turbinas e equipamentos aeronáuticos o que exigia elevado conhecimento técnico e tecnológico, diga-se de passagem, a CELMA era a única empresa da América Latina autorizada pela FAA (Federal American Aviation) - EUA. Porém, a CELMA seria expropriada pelo regime militar com o Decreto-Lei nº 107 de 1967.

Veja, a ditadura militar forçou a falência quando cassou as autorizações das linhas da Panair e atribuiu-as para outras companhias aéreas, mas agora o estado de exceção em essência promoveu o confisco da estrutura logística para sua utilização. De antemão já é possível fazer um questionamento para ajudar na reflexão: onde estava o Poder Judiciário nesse período para conter esses abusos?

O poder Judiciário estava no lugar que cabe a todos os judiciários nos estados de exceção, ou seja, na condução da estrutura que oscila entre regra e exceção garantindo a aparência de legalidade aos abusos praticados. Colabora com essa afirmação o ato complementar nº 42 a seguir:

ATO COMPLEMENTAR Nº 42, DE 27 DE JANEIRO DE 1969.

Dispõe sobre o confisco de bens, define o enriquecimento ilícito e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando das atribuições que lhe conferem o § 1º do art. 2º e art. 9º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, resolve baixar o seguinte Ato Complementar:

Art. 1º O Presidente da República, após investigação, poderá decretar o confisco de bens de pessoa natural ou jurídica que, em relações de qualquer natureza, com a administração, da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações instituídas pelos poderes públicos, associações ou entidades beneficiadas com auxílios ou contribuições estabelecidos em lei, permissionárias ou

concessionárias de serviços públicos, se haja enriquecido, ilícitamente, com bens, dinheiros ou valores, sem prejuízo das sanções penais cabíveis. Parágrafo único. Aplicase também, o disposto neste artigo a quem, de qualquer modo, concorre para o enriquecimento ilícito.

Art. 2º Considerase enriquecimento ilícito o que resultar de: I - Vantagem ou benefício auferido, ilícitamente, na qualidade de diretor, gerente, superintendente, administrador, sócio ou empregado das entidades mencionadas no art. 1º ou outras que se mantenham, no todo ou em parte, mediante contribuições periódicas populares; II - Exploração de jogos de azar ou de lenocínio e do comércio clandestino de entorpecentes; III - Declaração falsa: a) em medição de serviços de construção de estradas ou de obras públicas executadas por empreiteiros, subempreiteiros, concessionários e tarefeiros; b) sobre quantidade, qualidade, pêsso ou características de mercadorias ou bens entregues a serviço de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º; IV - Inserção de elementos inexatos ou a omissão de operações de qualquer natureza em documentos ou livros exigidos pelas leis fiscais, com a intenção de se subtrair ao pagamento de tributos devidos à Fazenda Pública; V - Alteração de faturas e quaisquer outros documentos relativos a operações mercantis, com o propósito de fraudar à Fazenda Pública; VI - Fornecimento ou a emissão de documentos graciosos ou a alteração de despesas, ou outras verbas não especificadas, com o propósito de obter redução de tributos devidos à Fazenda Pública. Parágrafo único. Os casos de enriquecimento ilícito acima referidos não excluem atos ou fatos que possam ser abrangidos pelo disposto no artigo 1º.

Art. 3º Os bens confiscados, de acôrdo com êste Ato Complementar, serão incorporados ao patrimônio da entidade jurídica prejudicada com o enriquecimento ilícito e, se nenhum o tiver sido, ao da União.

Art. 4º Nenhuma sanção fiscal, de qualquer natureza, se aplicará a contribuinte beneficiado por anistias fiscais anteriores a êste Ato Complementar.

Art. 5º Êste Ato Complementar entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 27 de janeiro de 1969; 148º da Independência e 81º da República.

A. COSTA E SILVA

Luís Antonio da Gama e Silva

Augusto Hamann Rademaker Grünewald

Aurelio de Lyra Tavares

Jose de Magalhaes Pinto

Antonio Delfim Netto
Mario David Andreazza
Ivo Arzua Pereira
Tarso Dutra
Jarbas G. Passarinho
Marcio de Souza e Mello
Leonel Miranda
Jose Costa Cavalcanti
Edmundo do Macedo Soares
Helio Beltrão
Afonso A. Lima
Carlos F. de Simas

Aqui chamamos a atenção para a amplitude do decreto, ou seja, é neste tipo de legislação que o direito na ordem capitalista pode expressar o máximo de sua função. Legislações muito amplas, abertas, genéricas permitem que se passe a sensação de regra geral isonômica, porém desde o princípio o estado de exceção tem seus alvos bem definidos, contudo, terá a justificativa de que a ação tem amparo legal. Cite-se a sequencia de legislação a seguir:

DECRETO-LEI Nº 496, DE 11 DE MARÇO DE 1969.

Dispõe sobre as aeronaves de empresas de transporte aéreo em liquidação, falência ou concordata e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando das atribuições que lhe confere § 1º do artigo 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968,

DECRETA:

Art. 1º Além dos previstos em lei, constituem créditos privilegiados da União nos processos de liquidação, falência ou concordata de empresas de transporte aéreo: I - a quantia despendida pela União para financiamento ou pagamento de aeronaves, peças e equipamentos importados pelas empresas de transporte aéreo; II - a quantia vincenda, que haja a União se obrigado a dispender, ainda que parceladamente para pagamento de aeronaves, peças e equipamentos importados pelas empresas de transporte aéreo.

Art. 2º Na liquidação, falência ou concordata de empresas de transporte aéreo, passam, imediata e automaticamente, ao domínio e posse da União, por conta e até o limite do seu crédito, as aeronaves, peças e

equipamentos adquiridos antes da instauração desses processos: I - com a contribuição financeira da União, aval, fiança ou qualquer outra garantia desta ou de seus Agentes financeiros; II - pagos no todo ou em parte, de uma só vez ou parceladamente, pela União ou por cujo pagamento venha a União a se responsabilizar após o início dos processos. § 1º O Registro Aeronáutico Brasileiro efetuará *ex officio* a transferência para a União dos bens especificados neste artigo. § 2º A quantia correspondente aos valores dos bens referidos neste artigo será deduzida do montante dos créditos da União. § 3º Cabe ao devedor tomar tôdas as medidas judiciais regulares para acelerar o julgamento do crédito da União, a fim de ser feito o abatimento previsto no parágrafo anterior.

Art. 3º O Ministério da Aeronáutica poderá destinar as aeronaves, peças e equipamentos referidos no artigo anterior ao serviço da aeronáutica civil e comercial, mediante arrendamento.

Art. 4º As emprêsas de transporte aéreo ficam impedidas de operar aeronaves ou explorar serviços aéreos de qualquer natureza, durante ou depois do encerramento dos processos de sua liquidação, falência ou concordata.

Art. 5º O presente Decreto-lei entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se aos processos em curso, ressalvados os créditos já recebidos.

Art. 6º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 11 de março de 1969; 148º da Independência e 81º da República.

A. COSTA E SILVA

Luís Antônio da Gama e Silva

Antônio Delfim Netto, Márcio de Souza e Mello.

Quantas empresas em recuperação existiam na época? É difícil saber, porém é possível que se deduza qual a empresa que se queria atingir com tal legislação. E os ataques se seguem, agora com a proibição de que empresas aéreas possam pleitear o benefício da concordata. Cite-se o diploma legal:

DECRETO-LEI Nº 669, DE 3 DE JULHO DE 1969.

Exclui do benefício da concordata as empresas que exploram serviços aéreos ou de infra-estrutura aeronáutica e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando das atribuições que lhe confere o § 1º do artigo 2º do Ato Institucional número 5, de 13 de dezembro de 1968, e

CONSIDERANDO que a navegação aérea só pode ter eficiência, isto é, segurança, regularidade e precisão, se a empresa que a explora estiver em condições econômico-financeiras que permitam, em termos de planejamento, execução, manutenção, supervisão e controle, a perfeita sustentação de serviços através de uma sólida estrutura, capaz de plena atividade;

CONSIDERANDO que, se a empresa de navegação aérea, entra em falência, concordada ou liquidação, sua estrutura técnico-econômico-financeira não tem mais condições adequadas e necessárias a merecer a confiança de proporcionar serviços regulares, eficientes e, sobretudo, dotados da imprescindível segurança, que compete ao Governo fiscalizar e garantir;

CONSIDERANDO que a concordada, sendo um favor legal, que se dá à empresa estritamente comercial para continuar o seu negócio, não é de molde a ser admitida para a empresa de transporte aéreo, quando se tem em vista, acima do interesse comercial da empresa, a regularidade e segurança do voo,

DECRETA:

Art. 1º Não podem impetrar concordata as empresas que, pelos seus atos constitutivos, tenham por objeto, exclusivamente ou não, a exploração de serviços aéreos de qualquer natureza ou de infraestrutura aeronáutica.

Art. 2º O presente Decreto-lei entra em vigor na data de sua publicação, aplicando-se aos casos em curso.

Art. 3º Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 3 de julho de 1969; 148º da Independência e 81º da República.

A. COSTA E SILVA

Luís Antônio da Gama e Silva

Márcio de Souza e Mello,

Este decreto lacraria o fim da Panair do Brasil S.A. na medida em que impediu qualquer a possibilidade de soerguimento futuro da companhia. Ademais, todos os ataques pelos quais passou a Panair de fato conseguiram atingir de morte as condições objetivas de funcionamento da empresa, pois minou seu capital, insumos, tecnologia, e até a força de trabalho.

No final de 1985, no Governo José Sarney, o acórdão do Superior Tribunal Federal determinou o retorno do processo sobre a companhia ao Juízo de Falência. Teve início, com o despacho do relator, Ministro Xavier Albuquerque, um acerto de contas com a Panair do Brasil: No episódio que estes atos rememoram, certamente nada edificante, vê-se que a União, vacilante e atônita, não soube encontrar o caminho para a realização do seu direito. Variando freqüentemente de rumo e socorrendo-se de uma legislação *ad hoc* intermitentemente disparada, terminou por nela se enredar e perder a perspectiva do horizonte. Deixou-se atropelar, em suma, pela própria legislação que engendrou desastrosamente para suposta solução de dificuldades. (SALADINO, 2005).

O traumático processo falimentar da Panair do Brasil se sucedeu por longos anos, e *“em 23 de abril de 1986, Celso da Rocha Miranda faleceu aos 69 anos, enquanto se tratava de um câncer, em Nova York. Ele morreu sem assistir ao desfecho de sua própria história”*. (SASAKI, 2015). O fim da falência da Panair do Brasil foi assinado em 4 de maio de 1995, na ocasião Celso da Rocha Miranda foi representado por um funcionário da companhia. (SASAKI, 2015).

Os absurdos são comuns no estado de exceção, como durante a ditadura militar no Brasil, a perseguição e destruição de uma empresa como a Panair do Brasil S.A. é demonstração de como o Estado, de uma forma geral utiliza-se com maestria da *regra* e da *exceção* para destruir qualquer pessoa ou empresa que contrarie o pensamento vigente.

3. O Aprimoramento do Processo Punitivo e o Lawfare.

Conhecendo o caso da falência da Panair do Brasil é importante que possamos fazer sua análise com base no pensamento de Michel Foucault, especialmente sobre as penas de suplício, ou penas unicamente fundadas na violência e na vingança, pois tais processos punitivos fizeram com que surgissem movimentos políticos em defesa de uma alternativa a esta maneira de punir, visto que de certo modo

isso poderia conduzir o povo a agir violentamente também contra o poder instituído.

Então, a percepção foi a de que era preciso encontrar uma forma de punir que não alimentasse a vingança no povo contra o governo estabelecido, mas que ao mesmo tempo permitisse a este mesmo governo punir de modo eficiente. Essa percepção também encontra ressonância com a lição de Nicolau Maquiavel sobre a necessidade de manejar/ministrar o mau de modo estritamente necessário.

Dessa forma, era preciso criar uma maneira mais sutil, porém capaz de trazer ao condenado os mesmos efeitos das penas de suplício, mas de modo mais econômico no sentido de usar o mau adstrito ao mínimo necessário e com o mesmo efeito prático. Surge com isso um discurso fundado no caráter humano, ou seja, era preciso punir exemplarmente, mas desde que se reconhecesse o humano que existe dentro de cada um. Logo, surge uma onda de movimentos visando reformar o modelo de punição.

Essa necessidade de um castigo sem suplício é formulada primeiro como um grito do coração ou da natureza indignada: no pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua “humanidade”. [...] Mas nessa época das luzes, não é como tema de um saber positivo que o homem é posto como objeção contra a barbárie dos suplícios, mas como limite de direito, como fronteira legítima do poder de punir. Não o que ela tem de atingir se quiser modificá-lo, mas o que ela deve deixar intacto para estar em condições de respeitá-lo *Noli me tangere*. Marca o ponto de parada imposto à vingança do soberano. O “homem” que os reformadores puseram em destaque contra o despotismo do cadafalso é também um homem-medida: não das coisas, mas do poder. (FOUCAULT, 2014, p. 74).

O que essas reformas propuseram foi um aperfeiçoamento dos processos de punição com vistas a ganhar o apoio e não o horror popular e de quebra possibilitar que o processo punitivo permanecesse ultrajante para os condenados. O fato indiscutível é que apesar da aparência de humanidade o processo persecutório e punitivo foram aperfeiçoados com tamanha sofisticação que atualmente se pune com mais crueldade e de quebra faz com que o povo creia em conceitos como ampla defesa e devido processo legal.

Nesta mesma esteira do pensamento de Michel Foucault hoje se discute um conceito relativamente novo para substantivar práticas

existentes há muito tempo nas sociedades, ou seja, hoje utiliza-se uma denominação moderna para a perseguição e punição de alguém: *Lawfare*:

Tem-se como conceito de *lawfare* —o uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo (ZANIN, 2019). O *lawfare* é uma guerra jurídica, na qual as armas utilizadas não são físicas e sim, leis, normas jurídicas. O território escolhido para a realização do embate são os tribunais. O inimigo é aquele se que se opõe ao Estado praticante do *lawfare*; e para que isto ocorra, —basta, para tanto, que haja um conflito — geopolítico, político e comercial — e pessoas do Sistema de Justiça e dos demais órgãos que aplicam o Direito estejam dispostas a manipular as leis e os procedimentos jurídicos para atingirem fins ilegítimos com o auxílio de alguns recursos de persuasão. (ZANIN, 2019). Cabe aqui ressaltar que o *lawfare* não abrange a discussão sobre polaridades ideológicas. Qualquer lado de um ambiente político pode motivar a sua prática. No entanto, por mais que a entidade considerada inimiga não seja adepta de ideologias, ela poderá servir de alvo, pois as motivações para o ataque podem não ser exclusivamente políticas, podem ser, por exemplo, econômicas, comerciais. Como a natureza do *lawfare* é de guerra, ele é previsto no manual TC 18-01 do exército norte-americano, qualificado como guerra híbrida, onde são utilizados o Direito e as operações psicológicas de guerra para o alcance de resultados ilegítimos, não restando assim, qualquer dúvida a respeito de como ele se adequa perfeitamente ao Caso Panair do Brasil e de seus respectivos controladores. (GRAVINO, 2022, p. 3/4).

Portanto, o processo falimentar imposto a Panair do Brasil pode hoje ser definido como *Lawfare*, logicamente é preciso ressaltar não se trata de um anacronismo, pois não estamos aqui julgando o passado com olhos contemporâneos, mas sim deixando claro que a perseguição feita pela ditadura militar contra a Panair do Brasil é exemplo claro que hoje se chama de *Lawfare*.

Considerações Finais.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 parte dos estudiosos do direito imaginaram que o Brasil iria a partir de então iniciar um processo de efetivação de direitos humanos e direitos fundamentais, estes compreendidos como aquilo que está escrito na Constituição Federal. Ocorre, que depois de 34 anos da promulgação da Constituição Federal de 1988 o Estado brasileiro não foi capaz de

garantir a efetividade dos direitos humanos e fundamentais aos seus cidadãos, pois o que percebemos é que a carta de 1988 simplesmente mostrou-se um demarcador histórico, ou seja, no Brasil podemos analisar as violações a direitos humanos e fundamentais antes de 1988 e depois de 1988.

Muito disso se deve a maneira como enxergamos, ou a maneira como não queremos enxergar, o nosso passado. A nossa história desde Pedro Álvares Cabral é fundada na suspensão da ordem jurídica para atender aos interesses de quem nos explora, genocídio dos povos tradicionais, escravidão, guerra de canudos, massacre do carandiru, ditadura militar, são exemplos de chagas cravadas a ferro e fogo em nossa identidade nacional. O Brasil sempre foi um estado de exceção desde a chegada dos portugueses.

Neste sentido restou claro que a falência da Panair do Brasil foi um fato decorrente da perseguição implacável a qual foram submetidos os cidadãos Mário Wallace Simonsen e Celso da Rocha Miranda, mas para além a perseguição destes homens pelo estado de exceção (governo militar do Brasil) foi em primeiro lugar uma completa violação de direitos humanos ainda que a violência tenha recaído diretamente sobre a sociedade empresária Panair do Brasil.

Outro ponto que o trabalho apresentou foi que o estado de exceção por ser um espaço de suspensão do ordenamento jurídico, um lugar entre o direito e a política, não limita seu campo de atuação no direito penal e processual penal, mas em todos os ramos do direito, em especial no direito empresarial como se percebe no caso da falência da Panair do Brasil.

Portanto, podemos extrair ao menos duas sínteses dessa abordagem: a primeira é a de que o estado de exceção não pode ser olhado apenas pelo prisma do direito penal e processual penal, pois a perseguição a cidadãos se dá em todos os campos do direito inclusive no direito empresarial como ficou claro.

A segunda síntese é a de que apesar de ser um conceito recente o *lawfare* foi uma prática utilizada pela ditadura militar para perseguir cidadãos utilizando todos os ramos do direito como instrumento de destruição daqueles considerados inimigos do regime de exceção no Brasil.

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.
- BRASIL. **Ato Complementar nº 42 de 27 de Janeiro de 1969**. Brasília: Poder Executivo, 1969.
- BRASIL. **Constituição Federal de 18 de Setembro de 1946**. Brasília: Congresso Nacional, 1946.
- BRASIL. **Constituição Federal de 05 de Outubro de 1988**. Brasília: Congresso Nacional, 1988.
- BRASIL. **Decreto nº 19.079 de 24 de Janeiro de 1930**. Brasília: Poder Executivo, 1930. 271.
- BRASIL. **Decreto nº 19.417 de 21 de Novembro de 1930**. Brasília: Poder Executivo, 1930.
- BRASIL. **Decreto nº 57.682 de 28 de Janeiro de 1966**. Brasília: Poder Executivo, 1966.
- BRASIL. **Decreto nº 107 de 16 de Janeiro de 1967**. Brasília: Poder Executivo, 1967.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 496 de 11 de Março de 1969**. Brasília: Poder Executivo, 1969.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 669 de 3 de Julho de 1969**. Brasília: Poder Executivo, 1969.
- BRASIL. **Lei Ordinária nº 3.071 de 01 de Janeiro de 1916**. Brasília: Congresso Nacional, 1916.
- COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE - CNV. **Relatório: textos temáticos: Texto 8 - Civis que colaboraram com a ditadura**. Relatório da Comissão Nacional da Verdade; v. 2, 416 p., Brasília: CNV, 2014.
- COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE - CNV. **Comissão Nacional da Verdade. Emoção domina audiência pública sobre o caso Panair**. Notícia publicada em: 27 de Março de 2013. Disponível em: <http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/outros-destaques/233-emocaodomina-audiencia-publica-sobre-o-caso-panair.htm>. Acesso em 25 de maio de 2020.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. tradução de Raquel Ramallete. 42 ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2014.
- GRAVINO, Valéria. **Caso Panair do Brasil: Lawfare e mecanismos da Justiça de Transição**. Revista Eletrônica OABRJ – 2ª Edição Especial Projeto de Mentoria. Disponível em: <https://revistaeletronica.oabRJ>.

org.br/wp-content/uploads/2020/11/Mentora-Valeria-Gravino-
%e2%80%9cCaso-Panair-do-Brasil-Lawfare-e-mecanismos-
daJusti%3%a7a-de-Transi%3%a7%c3%a3o%e2%80%9d.pdf Acesso em: 25
de SET. de 2022

ROCHA MIRANDA, Rodolfo da. **Panair do Brasil: síntese dos fatos históricos**. 1ª ed. – Rio de Janeiro: 2019.

SALADINO, Alejandra. **O fechamento da Panair do Brasil e a ascensão da VARIG**. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/cantareira/article/view/27829/16236>. vol. 8. Rio de Janeiro: Revista Cantareira. 2005.

SASAKI, Daniel Leb. **Pouso forçado: a história por trás da destruição da Panair do Brasil pelo Regime Militar**. 1. ed. - Rio de Janeiro: Record, 2015.

POBREZA E SELETIVIDADE PENAL: notas a partir da criminologia crítica e dos direitos humanos

Isael José Santana¹
Cledione Jacinto de Freitas²

Introdução

A pobreza é um fato construído historicamente e não decorrente de uma natureza humana, assim a questão da acumulação se funda na exploração da pessoa por outra, este é o fundamento da riqueza e pobreza, poderíamos aprofundar as diversas teses sociológicas, filosóficas e, em amplitude, as econômicas, mas vamos focar em como o tal fato é de forma determinante um regulador da vida.

A história se baseia em quem detém o “poder” e que explora os demais, seja em razão do sagrado, seja pela força, seja pela posse daquilo que é ou deveria ser comum, na sua obra considerada a “bíblia” da revolução francesa, onde a grande mudança foi a troca da servidão pelas falsas promessas da modernidade.

A partir da passagem podemos pensar em Rousseau (1999) quando o mesmo afirma que a sociedade civil nasce com a propriedade provada, a questão de quem teria cercado o primeiro espaço de terra e dele informado ser “dono”, contando com a aceitação tácita dos demais em razão da covardia.

A vida social, desde que Aristóteles determinou uma natural vida em sociedade, o *zoon politikon*, as relações estão ligadas a quem tem e quem não tem e este “ter” é resultado da exploração dos outros.

¹ Doutor em Filosofia do Direito pela PUC/SP; Docente do Curso de Direito, Pós-Graduação em Direitos Humanos; Pós-Graduação em Políticas pública, cultura e sociedade e do Curso de Ciência Sociais da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul, líder do grupo de estudos CNPq “Criminologia: diálogos críticos”: (e-mail: leasij@s@hotmail.com).

² Doutor em Psicologia pela Universidade Estadual Paulista (UNESP-Campus de Assis); Faculdades Integradas Urubupungá (FIU); membro do grupo de estudos CNPq “Criminologia: diálogos críticos”; e-mail: cledione.jacinto.de.freitas@gmail.com

Não há forma que se estabeleça sem que alguém esteja suprindo as necessidades materiais.

A pobreza então tornou-se uma condição para que alguns pudesse não se submeter aos trabalhos físicos e nem mentais, neste sentido quando Aristóteles tenta sem sucesso justificar a escravidão na Grécia antiga, como que se para que alguns pensassem outros precisariam submeter-se, essa divisão já estava na posse e propriedade.

A definição de pobreza está na ausência, ainda que, como supramencionado, as promessas da modernidade incluíam a igualdade, liberdade e fraternidade, assim essa igualdade nunca foi material, quiçá formal, conforme veremos, na seletividade penal e a quem ela se destina.

Observando essa questão da igualdade formal, tem a regulação da vida por meio do direito e este tem a funcionabilidade de, por meio do ramo específico, direito penal controlar os desejos, vendidos de forma permanente e por meio de uma indústria cultural que tem por objetivo expropriar daqueles que estão na pobreza o “pensar” criticamente, sendo portanto, consumidor e não mais pessoa, na mais profunda miséria a busca é “apenas” do consumo, seja pela venda reiterada dos desejos, seja pela natural necessidade das condições básicas da vida, como comer.

Em um país de miseráveis, embora alguns, se neguem a reconhecer tal realidade, assim como o fizeram com relação ao nazismo, o fato está exposto as vistas de cada um, reiterando que a pobreza é uma criação e não decorrência da condição humana, ainda que decorrido o lapso temporal temos que as atuais condições materiais da existência podem determinar a sua realidade, ainda que não seja apenas o espaço físico, mas a raça como componente agravante desta condição.

Há nenhum dos que se dispõe a fazer a presente leitura pode desconsiderar a questão de pessoas escravizadas e a condição do Brasil na história, sendo o país, no continente americano, o último a abolir a escravidão, e tendo trazido aproximadamente 5 (cinco) milhões de pessoas nesta preserva condição.

Sabemos que a lei, aquela feita por pessoas de determinada classe social e em razão dela tem seus aspectos ligados as mesmas, e não poderia ser diferente, ainda que se brande a libertação de pessoas

escravizadas, é importante saber que as mesmas foram apenas abandonadas a própria sorte. É como se pode denominar liberdade negativa, ou seja, a liberdade de não ter direitos em sua sociedade que não reconhece até a atualidade, nem mesmo a igualdade formal.

O preço da liberdade de tais grupos que compõe determinada classe foi o comércio internacional e a entrega da república aos que detinham tais “propriedades” e que jamais reconheceram a igualdade mesmo tomando o poder e nele se mantendo por séculos, a política desenvolveu-se em torno dos que tinham e nela não há o que se ousou chamar interesse comum.

Pobreza e política

Ao se entender a pobreza como uma questão social e não como um fato natural, percebemos, referenciados em Mollat (1989), que ela é entendida e qualificada de modos diversos, desde uma acepção adjetiva e individualizante até uma acepção substantivante genérica e quantitativa. Essa dupla acepção de pobreza como uma qualificação atribuída a uma pessoa e como uma condição decorrente de carências ainda persistem nas discussões e imaginários. Nessa via, a pobreza ganha conotação diversa como impecúnia, sentimentos de compaixão, admiração, condescendência, fraqueza, vulgaridade, vileza, ignobilidade, repulsa e, não menos importante, de perigo.

Mollat (1989) acrescenta que os modos de lidar com o pobre eram distintos a depender da situação deste: benevolente com os pobres involuntários, trabalhadores e desvalidos por estarem vinculados à figura de Cristo, sendo objeto de cuidado e caridade. Com os pobres simulados, indigentes (indignos), refratários ao trabalho, o tratamento acaba por ser com coerção e coação, expulsos dos espaços e/ou reclusos em instituições disciplinares.

Essas acepções e visões sobre o pobre e a pobreza geraram confusões e divergências conceituais, além de, a partir do século XX, ser reduzido a díade carência nutricional e financeira como as únicas explicativas do fenômeno. Esse reducionismo acabou por produzir uma responsabilização e individualização dos sujeitos pelas condições de entrada e continuidade da pobreza, desvinculando essa questão social dos processos políticos, produzindo formas de atuação fragmentadas e, em muitos casos, culpabilizantes e criminalizantes.

Em se tratando de se entender a pobreza e sua intersecção com a política Milton Santos (2013) chama a atenção para pensar a questão da pobreza como um fenômeno da modernização e da globalização e que os esforços para sua erradicação não podem ser pensados apenas no viés econômico e, sim, enfrentar as questões globais, as questões que podem reorientar os meios de produção, socialização desses meios e reorganização dos meios de vida. Para ele, esse processo só é possível se a pobreza for vista como uma questão política, pois sem sua entrada na agenda dificilmente haverá alternativa de mudança. No entanto, é preciso considerar a forma política adotada para tratar da pobreza, visto que um direcionamento político que se mantém em estado latente de culpabilização e criminalização de pobres e da pobreza acaba por reforçar modos operativos de marginalização e seletividade penal.

Na senda da intersecção pobreza e política Pedro Demo (1997) aponta ser a política elemento fundante para a mudança do panorama a que vivemos, colocando a educação como o eixo central para essa mudança, pois é ela que é capaz de promover a democracia e romper com as desigualdades e contribuir para a emancipação dos sujeitos. Acrescenta ainda que para ocorrer essa emancipação é necessário, primeiro, o sujeito reconhecer sua situação para, assim lutar pela emancipação e criação de condições de emancipação. No entanto as políticas adotadas acabam por contribuir para não promover processos emancipatórios, inclusive com adoção de políticas públicas e sociais alinhadas à lógica do capital e fomentadoras de manutenção do estado neoliberal, exacerbando o individualismo, o consumismo ao mesmo tempo que cria normas que impactam significativamente sobre os pobres, como podemos verificar no aumento significativo de prisões por tráfico de drogas e crimes contra o patrimônio, inclusive, crimes de menor potencial ofensivo.

Pobreza e experiência

Na primeira metade do século XX um pensador e ensaísta judeu-alemão, perseguido pelo regime nazista, trouxe contribuições significativas sobre a modernidade e contemporaneidade ao realizar, dentre outros aspectos, uma crítica ao capitalismo, aos estados totalitários e da leitura histórica do mundo. De sua vasta obra vamos

nos apropriar de dois textos que consideramos pertinentes para o debate proposto que são os textos “Experiência e pobreza” (BENJAMIN, 2012) e “Sobre o conceito de história” (BENJAMIN, 2018).

Walter Benjamin (2012) faz uma reflexão a respeito da experiência na era da reprodutibilidade técnica, problematizando o quanto esta reprodutibilidade impactou nas experiências possíveis de serem compartilhadas. O autor indaga como uma quantidade cada vez maior de estímulos, de acesso a técnica e de uma vida orientada pela reprodutibilidade técnica pode criar uma pobreza de experiências e, ainda mais impactante, uma incapacidade de ter e narrar experiências.

Numa perspectiva de leitura a partir dos direitos humanos e da criminologia crítica o texto de Benjamin é fecundo impactante, pois ao considerar o empobrecimento e perda da experiência e sua possibilidade narrativa como um dos processos característicos da contemporaneidade, pode-se argumentar que correlatamente houve uma pobreza em refletir e partilhar as questões que afetam a vida singular e coletiva, suas relações e determinações sócio histórica e cultural, o que pode contribuir para uma dificuldade de (re)conhecimento de práticas de dominação, autoritárias e de exclusão.

Em um atravessamento do texto benjaminiano sobre a questão da pobreza, uma reflexão se apresenta como lítica, qual seja: a pobreza de experiência sobre a pobreza historicamente construída e seus engendramentos acaba por impactar em formas de atenção fragmentadas e direcionadas a partir do modo capitalista de vida, adotando modelos explicativos ligados a esse modo de vida além de impor ações e práticas que o sustentam, inclusive as que contribuem para a criminalização e seletividade penal.

O texto de Walter Benjamin (2018) referente ao conceito de história pode ser considerado um importante acréscimo na discussão sobre a pobreza de experiência partilhável, quando o autor ao exortar um novo modo de pensar a história, ou seja, aquela que não possui como pressuposto uma narrativa linear e a partir dos vencedores. Nessa via, torna-se imprescindível trabalhar com a história a contrapelo, em suma, trazer à tona a história dos vencidos, pois só assim, é possível a construção de uma nova experiência da história para não se tornar instrumento das classes dominantes.

Essa questão se torna mais urgente se pensarmos nos perigos de contar apenas a história dos vencedores, visto que, conforme Walter Benjamin, essa atitude mantém a permanente vitória dos vencedores provocando a constante insegurança dos vencidos e mortos, sem contar que a reboque está a constituição do estado de exceção como norma histórica e sustentáculo do progresso. O autor questiona ainda o conformismo com essa posição como um dos pontos de manutenção de sistemas que garantem a continuidade da história dos vencedores e, por conseguinte, processos de opressão e desigualdades. A pobreza de experiências históricas dos vencidos, contribui para naturalizar ações, práticas e políticas que os vencidos ao esquecimento, tornando-os, nos dizeres de Giorgio Agamben (2004) *homo sacer*, condenado a vida nua.

Wolfgang Leo Maar (2008) na introdução do livro de Theodor Adorno “Educação e emancipação” discute a questão da experiência dialética como um dos mediadores da emancipação, entendendo a experiência como um processo auto reflexivo para a formação do sujeito, que não pode ocorrer sem uma reelaboração da relação do passado com o presente, apreendendo o presente como sendo histórico, sendo travada quando há a uniformização da sociedade administrada. Nesse sentido, uma educação crítica, que rompe com a educação instrumental, aberta para o contato com o outro não idêntico e para a elaboração histórica é imprescindível para a ruptura da vida administrada e potencializadora de modos opressivos e de dominação.

Em última análise a pobreza de experiência e a pobreza de experiência sobre a pobreza tão em voga na sociedade de espetáculo como tão bem descreveu Guy Debord (2016), esta que prefere a imagem ao real, a representação ao vivido diretamente, calcadas nas relações de pessoas mediadas por imagens, acaba por manter a ordem econômica mundial intacta, pois não é a pobreza real, concreta que está em questão, e sim, a imagem, a representação desta que ganha corpo no mercado espetacular global. Essa espetacularização possui corolário quando se trata da relação direitos humanos-pobreza-criminalidade, onde a representação do pobre delinquente está distante do real, mas mesmo assim, a imagem deste é que se torna válida como explicativo do fenômeno da criminalidade e das políticas criminais seletivas.

Confinar a pobreza

A preocupação com a pobreza, em especial a pobreza urbana não é recente. Ela emerge como questão social, principalmente, na Modernidade quando eles passaram a serem vistos como partícipes da revolução, quando houve um atravessamento da luta contra a opressão e pela liberdade pela transformação da escassez em abundância como escreve Hannah Arendt (2011), para tanto era lutar contra a opressão da burguesia sobre o proletariado, em sua maioria miseráveis, era questão de ordem.

Em se tratando da pobreza e da miséria como questão social Robert Castel (2009) diz que ela sofreu metamorfoses desde o século XVI. Essas metamorfoses foi direcionando cada vez mais para a questão do emprego e da questão da deslificação social [aquela retira todas as referências sociais e comunitárias dos indivíduos], dos desempregados e inimpregáveis. Os pobres e vagabundos, sendo inimpregáveis acabam por sofrer a força repressiva da polícia [voltada para manter a felicidade do Estado], das políticas de segurança e o trato discriminatório da sociedade civil, ora sendo deslocado para espaços periurbanos ou reclusos em instituições totais ou de sequestro como aponta Foucault.

As táticas e estratégias utilizadas para lidar com os miseráveis de toda ordem como os loucos, errantes e vagabundos são tratados em vários escritos de Michel Foucault, tanto nos livros escritos quanto nos cursos do Collège de France. Nesse trabalho, apresentaremos de forma breve as discussões que tangenciam a atenção aos pobres e a pobreza a partir dos livros “Vigiar e Punir” (FOUCAULT, 2009) e “História da Loucura na Idade Clássica” (FOUCAULT, 2003).

Michel Foucault (2003) ao discutir as estratégias de saber e poder que transformaram a loucura em doença mental, apresenta também uma importante discussão a respeito dos critérios de normalidade e anormalidade, bem como da constituição da institucionalização de indivíduos como dispositivo de controle disciplinar e de normalização da sociedade que inicia com a exclusão da cidade dos leprosos e dos loucos indesejáveis [pela nau dos insensatos], passando pela grande internação nos Hotéis/Hospitais e casa da trabalho dos desvalidos, perturbadores da ordem e desagregadores de famílias. Essa massa era reunida, inicialmente, no mesmo espaço sem diferenciação, fato que

só modificou no período da Ilustração e consolidação da sociedade disciplinar como norma.

Foi nesse período que vemos ganhar corpo a “estranha” relação de alienação mental e periculosidade. Essa estranha relação ultrapassou os limites da alienação mental e foi extensiva a outros modos de modos de vida considerados anormais ou indesejáveis, nessa via a relação pobreza-periculosidade veio a reboque demandando um rearranjo nos dispositivos e instituições disciplinares para lidar com esses sujeitos como podemos observar em Foucault (2009) na figura do criminoso e sua transformação em delinquente pela instituição de confinamento denominada prisão.

Foucault (2009) aponta que a prisão produz o delinquente pela forma como recruta e lida com os presos, pelas condições que os presos são obrigados a passar. Podemos acrescentar que há uma construção da carreira moral dos presos e dos pequenos ilegalismos a que são submetidos, atrelados a uma cadeia discursiva desqualificatória e normalizante vão produzindo cada vez mais processos repressivos para lidar com eles. Tais processos acabam por escolher determinados perfis de pessoas sobre a qual há maior direcionamento e atenção no campo da segurança, um dos casos típicos desse direcionamento é descrito pela política de tolerância zero em Nova Iorque tão bem descrito por Loïc Wacquant (2003) efetivada preponderantemente contra nos jovens e negros e pobres. Em suma, na esteira de Wacquant, afirmamos que a política de seletividade penal é uma potente estratégia de punir os pobres, principalmente, nos Estados com o capitalismo avançado e neoliberal.

Seletividade Penal ou *labeling Approach*

Importante estabelecer que a ideia de seletividade nasce com a “Escola de Chicago” a chamada “ecologia criminal”, que tem como teoria referencial o desenvolvimento das cidades e a perda do outro e ainda os espaços em que ocupam, sabendo que pelas zonas concêntricas, há ocupação a depender da condição social.

Este processo traz consigo a perda do “outro” que desde Hannah Arendt (A condição Humana) em sua obra apresenta a perda do senso comum, enquanto o pertencimento do espaço público, outros autores como Bauman (Modernidade Líquida) e Lipovetsky (A era do vazio),

assim quando perdemos o conceito fundamental de sociabilidade, mas essa perda é mais profunda quando se está em consonância com o “outro” que lhe é estranho por não pertencer a mesma classe.

Na esteira deste pensamento e voltando a questão do crime e da pessoa escravizada, Lima (2002 apud Machado, 1987, p. 42) no que concerne à criminalidade, aborda que:

[...] a violência inerente ao sistema escravista ‘perpassava’ igualmente a comunidade escrava, de modo que topamos aqui com outro mecanismo através do qual os cativos relacionavam-se intensamente com o uso da força: agressões entre escravos.³

Em análise à subordinação de uma raça considerada “inferior” ao meio social destaca-se Martins Silva:

[...] os diferentes traços fenotípicos dos colonizados estampavam o emblema da categoria racial, cunhado pelo colonialismo europeu, assentado sob uma matriz eurocêntrica de produção de conhecimento, a qual concebia o racismo como quadro teórico da neutralização das relações coloniais de dominação entre europeus e não europeus, legitimando então, ideias e práticas de relações sociais de superioridade e inferioridade entre dominantes e dominados. (SILVA, 2018, p. 37)

A questão das drogas que estão em segundo lugar na questão do aprisionamento é assim definida pela criminóloga Vera Malaguti Batista, este já tem um rosto definido. O bandido se forma na figura do(a) jovem negro(a), morador(a) de periferias (ZACCONE, 2008, p. 21), pune-se, pois, por condição social por meio de um julgamento em razão do extrato que a pessoa advém, é o que se denomina: *labelling approach*.

As teorias criminológicas são desenvolvidas para analisar as causas da criminalidade e as possíveis soluções. Dentre estas, destaca-se a teoria do etiquetamento, a qual possui como tese central a disposição de que “a criminalidade não é a qualidade de uma determinada conduta, mas o resultado de um processo através do qual se atribui dita qualidade, quer dizer, de um processo de estigmatização” (CONDE; HASSEMER, 2011, p. 111).

³ Utilizamos a expressão pessoa escravizada não considerando “natural” a escravidão e a linguagem é importante para valoração e reconhecimento da questão histórica

A teoria do etiquetamento nada mais demonstra que ainda há um processo de seleção a criminalidade, estigmatizando uma classe de pessoas menos favorecida, o que remete não apenas a reflexão da desigual aplicação do Direito Penal, mas, sobretudo, que muitos criminosos os quais causam prejuízo não a uma, porém a milhares de pessoas, agem de forma acobertada pelo interesse econômico e político, permanecendo na cifra da impunidade, com desvencilho de todos os preceitos constitucionais voltados a concretude de um Estado realmente Democrático e com a efetivação dos mais diversos direitos fundamentais.

Neste sentido Neder nos esclarece que “As prisões (em todo país) escancaram uma podridão que ressalta a arrogância e o descaso das elites e dos governantes em relação aos direitos (em geral), mas, sobretudo, aos direitos humanos das classes subalternas”. (NEDER, 1994, p.12). Outro ponto a ser observado pelos direitos humanos é a “*labelling approach*” ou a “teoria do etiquetamento” teorias que determinam que estão intimamente ligados tais pontos e que merecem uma reflexão nos termos da pesquisa proposta.

Dados

O Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) aponta para os crimes contra o patrimônio como o maior índice dos que estão tipificados, 293.089 do total de 749. 233, seguido pelas drogas que somam 202.264, ou seja, a grande massa encontra-se nas esferas da justiça em dois crimes e suas ramificações. Tratamos aqui das penitenciárias estaduais.

As condições das prisões escancaram a violação contra os encarcerados, lembrando sua raça, e ainda que os números dependem de auto declaração, uma vez que mesmo reconhecer-se negro ainda tem uma certa conotação negativa para muitos.

O déficit de vagas no sistema prisional em 2020 era de 105.344 vagas, no masculino, ou seja, para além da pena há submissão as condições que afrontam a própria norma lei de execução penal, mas o foco aqui é o aprisionamento de uma classe e raça.

Nestes dados 67%, segundo os dados do Depen, se declaram pardos ou pretos, diferente não é o Fórum de segurança pública, vejamos:

Em 2019, os negros (soma dos pretos e pardos da classificação do IBGE) representaram 77% das vítimas de homicídios, com uma taxa de homicídios por 100 mil habitantes de 29,2. Comparativamente, entre os não negros (soma dos amarelos, brancos e indígenas) a taxa foi de 11,2 para cada 100 mil, o que significa que a chance de um negro ser assassinado é 2,6 vezes superior àquela de uma pessoa não negra. Em outras palavras, no último ano, a taxa de violência letal contra pessoas negras foi 162% maior que entre não negras. Da mesma forma, as mulheres negras representaram 66,0% do total de mulheres assassinadas no Brasil, com uma taxa de mortalidade por 100 mil habitantes de 4,1, em comparação a taxa de 2,5 para mulheres não negras. Ao analisarmos os dados da última década, vemos que a redução dos homicídios ocorrida no país esteve muito mais concentrada entre a população não negra do que entre a negra. Entre 2009 e 2019, as taxas de homicídio apresentaram uma diminuição de 20,3%, sendo que entre negros houve uma redução de 15,5% e entre não negros de 30,5%, ou seja, a diminuição das taxas homicídio de não negros é 50% superior à correspondente à população negra. Se considerarmos ainda os números absolutos do mesmo período, houve um aumento de 1,6% dos homicídios entre negros entre 2009 e 2019, passando de 33.929 vítimas para 34.446 no último ano, e entre não negros, por outro lado, houve redução de 33% no número absoluto de vítimas, passando de 15.249 mortos em 2009 para 10.217 em 2019. (IPEA, 2021)

Interessante observar que a aplicação do direito penal leva a consequente provocação do sistema carcerário, verdadeiro produtor de desigualdades, onde há uma marginalização social, sendo que a própria origem aliada ao capitalismo explica esta disparidade entre a real função do cárcere e aquela delineada na legislação.

Nesse sentido:

O nexu histórico entre cárcere e fábrica, entre introdução do sistema carcerário e transformação de uma massa indisciplinada de camponeses expulsos do campo, e separados dos próprios meios de produção, em indivíduos adaptados à disciplina da fábrica moderna, é um elemento essencial para compreender a função da instituição carcerária, que nasce em conjunto com a sociedade capitalista e acompanha a sua história. (BARATTA, 2013, p. 166.)

A forte ligação entre o capitalismo e as matrizes históricas do sistema penal existe por este representar um forte mecanismo de

controle social legitimado. De acordo com Vera Regina P. de Andrade (2012, p. 140):

O sistema penal replica a lógica e a função real de todo o mecanismo de controle social, que, se em nível micro implica um exercício de poder e de produção de subjetividades (a seleção binária entre o bem e o mal, o masculino e o feminino), em nível macro implica um exercício de poder (de homens e mulheres), reproduzidor de estruturas, instituições e simbolismos. O sistema penal ocupa, assim, um importantíssimo lugar na manutenção do *status quo* social.

Tem-se, portanto, que o encarceramento como uma forma de humanização da pena não corresponde à realidade, pois se em um momento da história produziu indivíduos desiguais, hoje em maior gravidade, mantém um setor de marginalizados sociais. Estes sofrem com a intervenção estigmatizante do sistema punitivo do Estado, que aplica a pena de modo a contribuir com o seu efeito marginalizador e atomizante. (BARATA, 2013).

Aliás, não é demais salientar que o sistema penal na visão de Zaffaroni constrói grupos humanos condicionados por meio de um processo de “matriz estereotípica” (matricería estereotípica). Estes grupos integram não só as pessoas criminalizadas, mas todos os profissionais que nele trabalham, tanto do segmento policial, penitenciário e judicial, fazendo com que haja uma reprodução do sistema penal com efeitos deteriorantes (SÁ, 2011).

Considerações finais

A pobreza, igualmente à aplicação da pena é seletiva, distante de qualquer questão meritocrática, o projeto neoliberal tem na pobreza fonte de exploração de trabalho, não há como não ligar economia e liberdade, prisão e trabalho.

Na lei de contravenções penais ainda aparece o vadio ou vadiagem como descrito no texto como um dispositivo de controle daqueles não afeitos à lógica imperativa do emprego compulsório, ou seja, para ser cidadão é necessário que se tenha trabalho, a carteira de trabalho e previdência social já foi o documento mais importante a se portar em idos tempos.

Ainda que estejamos em um momento em que exigir emprego levaríamos a satirizar a norma, considerando que a escassez é anunciada pelo próprio poder público e que um direito se transforma em dever não realizável em razão de políticas públicas eficazes.

Nesta mesma linha de pensamento é preciso dizer que a prisão não tem poder intimidativo, bastando observar as altíssimas taxas de encarceramento e de reincidência em determinados crimes, em regra contra o patrimônio que nos leva novamente a questão da economia.

Encarceramento em massa e seletivo é mais simbólico não atingindo o que as normas legais prevê que é a reinserção harmônica do condenado, uma vez que grande parte do sistema ficou ou foi cooptado por facções criminosas, o que leva a crer que a potencialização do encarceramento é mais letal que o crime cometido.

A ausência de políticas públicas de caráter reparador que vise o mínimo existência a população, a nosso ver, poderia ter efeitos mais eficazes que o sistema prisional, que tem por pressuposto retirar a liberdade para que se ensine a viver em liberdade, ou mesmo o valor da restrição da liberdade, sendo então a lei uma norma contraditória.

Se seletivamente o sistema tem por escopo a vingança privada anunciada em programas de pouca racionalidade, realizada pelo ente público, temos que considerar que o sistema é um sucesso pois encarcera aqueles que já foram aliados do processo de políticas públicas inclusivas.

Os dados mostram que morrem mais jovens negros e negras nas periferias, que os policiais militares que morrem são, em sua maioria, da mesma classe, que há uma guerra com mortes que superam as guerras que midiaticamente são alarmadas e que silenciam o extermínio de uma classe e raça, que somando superam os das guerras.

A forma de cumprimento da pena contribui para que tenhamos mais uma vez a economia como ponto central, uma vez que penitenciárias superlotadas significam menos custos ao estado e que a aqueles que gritam por pena desconsideram a justiça, a igualdade e a liberdade, pois clamam a violência e não o processo de paz.

O país, desde sua ocupação, foi direcionado a exploração dos bens das pessoas e que dispõe a chamar uma constituição de cidadã que tem como princípio a erradicação da pobreza quando ela se aprofunda e que tem nas prisões a miséria das misérias sua ameaça

àqueles que não são detentores de nenhum poder e que carregam em sua raça a preconceitos igualmente históricos.

Por fim, apontamos que um processo de constante construção e reafirmação da pobreza histórica da experiência a respeito da pobreza, suas condicionantes e determinantes, muito decorrente pela irreflexividade das problemáticas que a atravessa, acaba por produzir ações, formas de pensamento e práticas dissociadas das potencialidades de formas de vida dignas, merecedoras de serem vividas. Nesse interim, abre margem para zonas de exclusão/inclusão e fomento de vidas nuas e de punição da pobreza e dos pobres em várias regiões e países. Em suma, a partir da perspectiva benjaminiana, uma das saídas para romper com essa questão é uma nova forma de repensar a história e um processo reflexivo sobre a experiência humana.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: O poder soberano e a vida nua I. Belo Horizonte: UFMG: Humanitas, 2004.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Editora Renavan: Rio de Janeiro, 2012.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2012.

ARENDT, Hannah. A questão social. In: ARENDT, Hannah. **Sobre a revolução**. São Paulo, SP: Companhia das Letras, 2011. p. 92-157.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos, 6ª ed. Editora Renavan: Rio de Janeiro, 2013.

BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito da história. In: BENJAMIN, Walter. **O anjo da história**. Belo Horizonte: Autêntica, 2018, p. 7-20.

BENJAMIN, Walter. Experiência e pobreza. In: BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política: ensaios sobre literatura e história da cultura**. São Paulo: Brasiliense, 2012, p. 123-128. (Obras escolhidas v. 1).

BRASIL. **DEPEN**. Departamento Penitenciário Nacional. Disponível em: www.sejus.es.gov/download/diagnostico-depen.pdf. Acesso em 24 de setembro de 2022.

BRASIL Decreto-Lei nº 3.688, de 03/10/1941, **Lei das contravenções penais** http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm. Acesso em 24 out. 2022

CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social**: a crônica do salário. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

CONDE, Francisco Muñoz e HASSEMER, Winfried. **Introdução à Criminologia**, 2ª tiragem, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro: 2011.

DEBORD, Guy. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016.

DEMO, Pedro. **Combate à pobreza**: desenvolvimento como oportunidade. Campinas-SP: Autores Associados, 1997.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura na idade clássica**. São Paulo, SP: Perspectiva, 2003.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública (Org.). **Atlas da violência 2021**. Rio de Janeiro: Ipea; FBSP, 2021.

LIMA. Carlos Alberto Medeiros. **Escravos de peleja**: a instrumentalização da violência escrava na América portuguesa (1580-1850). Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782002000100009. Acesso em: 10 set. 2022.

MAAR, Wolfgang Leo. À guisa de introdução: Adorno e a experiência formativa. In. ADORNO, Theodor W. **Educação e emancipação**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008, p. 11-28.

MOLLAT, Michel. **Os pobres na idade média**. Rio de Janeiro: Campus, 1989.

NEDER, Gizlene. **Violência e cidadania**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia clínica e execução penal**: proposta de um modelo de terceira geração. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Milton. **Pobreza urbana**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo –EDUSP, 2013.

SILVA, Carlos Eduardo Martins. **Seletividade do Sistema Penal**: o caso Rafael Braga/ organização João Ricardo Wanderley Dornelles, Roberta Duboc Pedrinha, Sergio Francisco Carlos Graziano Sobrinho. – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Revan, 2018.

ZACCONE, Orlando. **ACIONISTAS DO NADA**: quem são os traficantes de drogas. 2ª Edição. Editora Revan. Rio de Janeiro, 2008.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Esta obra é produto dos esforços de professores e professoras da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul do Curso de Direito da Unidade de Paranaíba, obra financiada pela FUNDECT (Fundação de Apoio ao Desenvolvimento do Ensino, Ciência e Tecnologia do Estado de Mato Grosso do Sul), que estimula a produção intelectual dos pesquisadores e pesquisadoras do Estado. Tem por escopo contribuir para a reflexão da sociedade sobre a ausência de efetividade dos direitos humanos e fundamentais, por vezes em decorrência de seu amplo desconhecimento, outras pela distorção da forma pela qual se constituem, ainda sujeitos a ataques históricos por quem detém algum poder, pelos que pensam detê-los e por muitos submetidos ao processo histórico de exclusão, que furtou-lhes uma educação que fosse fundada na autonomia, para a liberdade e que poderia lhes permitir uma ação junto ao Estado que propiciasse uma visão globalizante e não construída midiaticamente ou por dogmas. A obra sugere que o conteúdo dos valores evidentes nos direitos humanos e fundamentais é fonte de uma sociedade mais plural, mais humanizada, mais coletiva, que tivesse nas promessas da modernidade um fato e não uma sutil possibilidade. A sociedade se constitui pelos valores supremos da dignidade para todos e, pelo entendimento da necessidade de proteção de tais valores, defendendo o pressuposto da democracia, da paz e da verdadeira liberdade. A obra intitulada “**DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS: ESTADO, SOCIEDADE E EFETIVIDADE**” é uma produção que visa levar à sociedade em geral a produção reflexiva e a defesa inflexível de tais direitos, apontando que o destinatário deles é a sociedade, por meio de efetivação por parte do Estado que não pode declinar de sua proteção.

The logo for Fundect features a stylized 'F' composed of a series of yellow dots of varying sizes, arranged in a semi-circular pattern above the word 'Fundect' in a bold, white, sans-serif font.

Fundação de Apoio ao Desenvolvimento do Ensino,
Ciência e Tecnologia do Estado de Mato Grosso do Sul



ISBN 978-65-265-0189-4

