

Marcio Renan Hamel
(Org.)

Temas Contemporâneos do Direito 2018

Campus Passo Fundo/RS



A tarefa da construção do conhecimento científico é árdua e longa, considerando-se que em muitas ocasiões se pode facilmente ser vencido pela exaustão e pelo desânimo, em meio às atividades de pesquisa e organização do pensamento. O ensino jurídico no Brasil sofre profundas mudanças, levando-se em conta a imensa desigualdade e exclusão social experimentada pela maioria da sociedade brasileira, momento em que aumenta consideravelmente a função e a importância de um ensino humanístico na Ciência do Direito. Por outro lado, a pesquisa jurídica ainda se encontra aquém das investigações realizadas em várias outras áreas do conhecimento, sendo que também não ocupa lugar de destaque no fomento dos órgãos do país, ainda que o curso de Direito seja um dos mais procurados entre as universidades brasileiras. Há que se considerar, ainda, que aliado à pergunta sobre como pesquisar, também reside a dúvida sobre como apresentar os resultados obtidos. Desta forma, reveste-se de suma importância a criação de um espaço científico comprometido com a pesquisa jurídica desenvolvida pelo corpo docente e discente desta Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF, a partir de onde se origina o presente anuário/2018 da Faculdade de Direito. Com esta publicação inicia-se um novo tempo na sexagenária Faculdade de Direito da UPF, oportunizando-se aos professores e alunos a apresentação dos resultados de suas pesquisas científicas e trabalhos de conclusão de curso. O fortalecimento da pesquisa jurídica passa, sem dúvidas, pela viabilização dos seus resultados, porquanto, não há ciência longe do foro público da razão.



**Temas
Contemporâneos
do Direito 2018**

Temas Contemporâneos do Direito 2018

Campus Passo Fundo/RS

Organizador:
Marcio Renan Hamel



Diagramação: Marcelo A. S. Alves

Capa: Lucas Margoni

O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)
https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

HAMEL, Marcio Renan (Org.)

Temas contemporâneos do Direito 2018: Campus Passo Fundo/RS [recurso eletrônico] / Marcio Renan Hamel (Org.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

298 p.

ISBN - 978-85-5696-513-4

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Filosofia; 2. Direito; 3. Filosofia do direito; 4. Direito contemporâneo; 5. Anuário; I. Título.

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

Sumário

Apresentação	9
Marcio Renan Hamel	
1	11
A aplicação da Lei 8.429/92 aos agentes políticos	
Fabio Guinzelli; Ezequiel Paulo Zanellato; Edimara Sachet Risso	
2	39
Benefícios previdenciários, recebimento indevido e boa-fé: uma análise da jurisprudência do TRF4	
Élen Bárbara Ribeiro; Edimara Sachet Risso	
3	67
Controle de Convencionalidade: a eficácia da proteção aos Direitos Humanos na América Latina e os desafios do Brasil a partir de sua implantação no ordenamento jurídico interno	
Lucas Hahn Spalding; Francine Cansi	
4	95
Educação como um Direito Fundamental positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	
Vitor Augusto Ferreira Barquel; Francine Cansi	
5	119
Escravidão Contemporânea: reflexões de um passado presente no Brasil	
Patrick do Carmo Laitartt dos Santos; Francine Cansi	
6	147
Flexibilização trabalhista: negociado versus legislado a partir da Lei 13.467/2017	
Fernanda Casia Dal Pupo Fior; Francine Cansi	

7	173
Hans Kelsen: a busca pela justiça no direito	
Marcio Renan Hamel; Luiz Henrique Roveda	
8	195
O abandono afetivo como ensejador do dano moral na relação paterno-filial	
Roberto Carlos Gradin; Ana Caroline Bernardes Merlin	
9	219
O reconhecimento da condição jurídica do refugiado ambiental no âmbito internacional	
Izadora Buziki dos Santos; Francine Cansi	
10	247
Revolução Francesa e a construção da Segurança Jurídica	
Luciano de Araujo Migliavacca	
11	271
“Senzalas atemporais”: Reflexos de um Brasil (basilarmente) escravista – frente a doutrinação furtiva da insipiência	
Felipe Pinheiro; Jacson Bacin Vicente; MairaAngélica Dal Conte Tonial	

Apresentação

Marcio Renan Hamel¹

A tarefa da construção do conhecimento científico é árdua e longa, considerando-se que em muitas ocasiões se pode facilmente ser vencido pela exaustão e pelo desânimo, em meio às atividades de pesquisa e organização do pensamento. O ensino jurídico no Brasil sofre profundas mudanças, levando-se em conta a imensa desigualdade e exclusão social experimentada pela maioria da sociedade brasileira, momento em que aumenta consideravelmente a função e a importância de um ensino humanístico na Ciência do Direito.

Por outro lado, a pesquisa jurídica ainda se encontra aquém das investigações realizadas em várias outras áreas do conhecimento, sendo que também não ocupa lugar de destaque no fomento dos órgãos do país, ainda que o curso de Direito seja um dos mais procurados entre as universidades brasileiras. Há que se considerar, ainda, que aliado à pergunta sobre como pesquisar, também reside a dúvida sobre como apresentar os resultados obtidos.

Desta forma, reveste-se de suma importância a criação de um espaço científico comprometido com a pesquisa jurídica desenvolvida pelo corpo docente e discente desta Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF, a partir de onde se origina o presente ANUÁRIO 2018 da Faculdade de Direito. Com esta publicação inicia-se um novo tempo na sexagenária Faculdade de Direito da UPF, oportunizando-se aos professores e alunos a

¹ Coordenador de Pesquisa FD – UPF

apresentação dos resultados de suas pesquisas científicas e trabalhos de conclusão de curso. O fortalecimento da pesquisa jurídica passa, sem dúvidas, pela viabilização dos seus resultados, porquanto, não há ciência longe do foro público da razão.

A aplicação da Lei 8.429/92 aos agentes políticos

Fabio Guinzelli¹
Ezequiel Paulo Zanellato²
Edimara Sachet Risso³

Introdução

O presente trabalho tem como objetivo a verificação da possibilidade da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) aos agentes políticos, bem como verificar a competência para julgamento nos casos de sanções que forem regidas pela referida Lei.

Atos de improbidade têm sido cada vez mais denunciados pelo Ministério Público Federal nas últimas décadas, razão pela qual foi promulgada Lei n. 8.429/92, mais conhecida como Lei de Improbidade Administrativa.

Um dos objetivos da lei foi ampliar o conceito de agente público, para que sejam responsabilizadas não somente pessoas que compõem o quadro de agentes da administração pública na qualidade de servidores, mas também terceiros que concorrem para a prática de determinados atos que venham causar danos ao erário e desprezar os princípios da administração pública, principalmente o da probidade e o da moralidade. Dentre eles estão os agentes políticos.

¹ guinzelli.fabio@gmail.com

² zequi@upf.br

³ edimara@upf.br

No julgamento da Reclamação 2.138/DF, o Supremo Tribunal Federal (STF) discutiu sobre a possibilidade de responsabilização dos agentes políticos pela prática de atos de improbidade administrativa. Teve como entendimento que os agentes políticos não responderiam pelo regime da LIA, uma vez que estes estariam regidos por normas especiais de responsabilidade, em ação que só poderia ser proposta perante o STF.

No decorrer da pesquisa, verificou-se divergência na doutrina e na jurisprudência no tocante à aplicabilidade ou não da LIA aos agentes políticos por estes estarem regidos por um regime especial de responsabilidade. É sobre esses aspectos que se passa a discorrer.

1 A Lei nº 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa (LIA)

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, estabelece princípios a serem respeitados pela administração pública direta ou indireta, dentre eles o princípio da moralidade, visando a que seus agentes sigam padrões mínimos de ética, respeito e lealdade com os bens públicos. O parágrafo 4º determina que os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e na gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A Lei nº 8.429/92, chamada de LIA, regulamentou o comando constitucional, elencando os atos de improbidade praticados por agente público, servidor ou não, contra a administração direta e indireta nas três esferas do governo, ampliando o rol de medidas punitivas, acrescentando a perda dos bens e dos valores acrescidos ilícitamente, multa civil, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios, incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

Fazzio Júnior (2016, p. 10). informa que com a LIA foi possível “alcançar gama mais expressiva de ilicitudes cometidas por agentes públicos e terceiros, bem como a imposição de sanções mais enérgicas, no sentido de que disponibilizam alternativas dotadas de potencial intimidativo mais consistente”

O conceito de improbidade administrativa diz respeito ao ato ilegal praticado pelo agente público no exercício de sua função ou decorrente desta, que desrespeita os princípios básicos da administração pública, principalmente o da moralidade e da lealdade.

Para Neves e Oliveira (2014, p. 18), a palavra probidade significa o que é bom e se relaciona diretamente com honradez, honestidade e a integridade; já a improbidade deriva do latim *improbitate*, que significa imoralidade e desonestidade.

Todo agente público que se vincula à administração deve respeito à lei, sendo-lhe imposto sempre manter atitudes coerentes e honestas, visto que exerce atividades voltadas ao atendimento de necessidades de uma coletividade de pessoas.

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2014, p. 900), “a inclusão do princípio da moralidade administrativa na Constituição foi um reflexo da preocupação ética na Administração Pública e com o combate a corrupção e à impunidade no setor público.”

A improbidade administrativa se dá pela prática de um ato por parte de um agente público ou terceiro que desrespeite os princípios da administração pública, principalmente o da moralidade e que venha causar um benefício para si mesmo ou para outro.

A doutrina diverge acerca das expressões probidade e moralidade. Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, tem-se a preocupação em salientar e fazer cumprir certas determinações constitucionais, não somente porque a lei exige, mas também porque o comportamento social está começando a exigir certas atitudes tomadas por aqueles que exercem cargos públicos e representam uma coletividade. Ser pobo e agir de

acordo com a moral, em razão da carga de subjetividade inicial que esses termos carregam, parece não ser consenso, portanto.

Para Di Pietro (2014, p. 899), “pode-se dizer que as expressões moralidade e probidade administrativa têm o mesmo significado, tendo em vista que ambas se relacionam com a ideia de honestidade na Administração Pública”. E ainda sustenta que “não basta que seja levado em conta apenas a legalidade em sentido estrito, que seria somente a lei, mas também a legalidade em sentido amplo, observando os princípios éticos de lealdade, de boa fé e de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna da Administração Pública.”(DI PIETRO, 2014, p. 899).

Pestana, enxergando a moralidade e a probidade a partir de sua carga valorativa, afirma que “pode-se considerar ambos como portadores do mesmo sentido e consistência axiológica, variando-se, somente, na intensidade da carga valorativa depositada num ou noutro vetor social”. Contudo, se pensados como regras, “inclinam-se para deter feição e configurações específicas, ao enfatizar o disciplinamento consequente ao enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e ofensa aos princípios da Administração Pública” (2014, p. 219).

Fazio Júnior (2016, p. 10), numa tentativa de diferenciação, afirma que “a moralidade diz respeito ao conteúdo ético do trabalho administrativo, a partir da indisponibilidade do interesse maior da coletividade. A ética administrativa é balizada pela sua conformidade com o interesse público primário, não apenas com aspirações transitórias da estrutura administrativa ou dos que a guarnecem.”

Já o princípio da probidade administrativa, para Martins Júnior (2008, p. 113), “atende a honestidade de meios e fins empregados pela Administração Pública e seus agentes, sublinhando valores convergentes à ideia de boa administração, de cumprimento das regras da ética interna da Administração Pública.”

Para Carvalho Filho (2017, p. 22), “o princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos

éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto.”

Complementa Carvalho Filho, que a Lei nº 8.429/92 é a “que prevê as hipóteses configuradoras da falta de probidade na Administração, bem como estabelece as sanções aplicáveis a agentes públicos e a terceiros, quando responsáveis por esse tipo ilegítimo de conduta” (2017, p. 22).

Portanto, apesar das divergências doutrinárias existentes sobre moralidade e improbidade administrativa, percebe-se que ambas têm fundamental importância para o bom exercício da administração pública e, como consequência disso, para o bem-estar de toda sociedade. Tudo o que for contrário a essa premissa, deverá ser tido como imoral e improbo e, na forma da lei, será enquadrado como ato de improbidade administrativa.

Nesse sentido, a doutrina discorre que, para caracterização de ato de improbidade administrativa, não basta o ato em si do agente público, sendo necessária a presença de certos elementos para sua constituição: sujeito ativo que pratica o ato, sujeito passivo que se beneficiou, ato lesivo e o elemento subjetivo, dolo ou culpa (FERRARESI, 2011, p. 71).

Di Pietro (2017, p. 1012) refere que o sujeito passivo seria uma das entidades mencionadas no artigo 1º da Lei n. 8.429/92, o sujeito ativo seria o agente público ou terceiro que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta, a ocorrência do ato danoso descrito na lei causador de enriquecimento ilícito para o sujeito ativo e o elemento subjetivo dolo ou culpa.

O artigo 1º da LIA contempla como sujeito passivo toda a Administração Pública, seja direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao

patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio do erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

Enquadram-se também como sujeito passivo a entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo fiscal ou creditício de órgão público e estão constantes no artigo 1º parágrafo único da LIA.

Conforme expõe Neves e Oliveira (2014, p. 35) “a interpretação adequada deve restringir a sua incidência apenas às entidades que percebam individualmente tais benefícios para realização de interesses públicos específicos.”

O parágrafo único do artigo 1º da LIA impõe que também sejam protegidos os atos praticados nas entidades que receba, por qualquer forma, fomento do Estado: “subvenção, benefício ou incentivos de ordem fiscal ou creditícia, por exemplo, os serviços sociais autônomos (SESC, SESI, SENAI), organizações sociais, organizações sociais de interesse público etc.” (FERRARESI 2011, p. 35). Ou seja, trata-se das entidades que “estão sob controle direto ou indireto do Poder Público, pois, de outro modo, não teria sentido o Estado contribuir com parcela tão significativa para a formação do patrimônio da entidade” (DI PIETRO, 2014, p. 910), as empresas para cuja criação o erário público concorreu com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual.

O sujeito ativo, para a LIA, é o indivíduo que pratica o ato de improbidade, seja ele enriquecimento ilícito, prejuízos ao erário, concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário ou atenta contra os princípios da administração pública. Pode ser agente público ou terceiro que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade, ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Logo, “não é preciso ser servidor público, com vínculo empregatício, para enquadrar-se como sujeito ativo da improbidade administrativa.” (DI PIETRO, 2014, p. 910). Porém, segundo Garcia e Alves (2013, p. 321), para a caracterização do ato de improbidade, é preciso que a conduta seja praticada justamente

em razão de “sua especial condição de agente público”. Portanto, para que o agente público seja responsabilizado por atos previstos na LIA, há que existir um vínculo deste servidor público com o ente lesado e a prática lesiva ter sido praticada enquanto servidor.

ALIArefere um conceito de sujeito ativo amplo, visando a responsabilizar tanto os agentes públicos que concorrem diretamente para a ocorrência da lesão quanto terceiros que se beneficiam direta ou indiretamente de verbas públicas.

A partir disso, pode-se definir ato de improbidade administrativa como sendo condutas comissivas ou omissivas, praticadas por um agente ligado à administração pública. A LIA classifica os atos de improbidade em quatro blocos, nos artigos 9, 10, 10-A e 11, os quais são consecutivamente as condutas que venham causar enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário, concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário ou violação aos princípios da administração pública.

O artigo 9º da LIAdetermina que ato de improbidade administrativa de enriquecimento ilícito é o que leva o agente a auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício do cargo, mandato, função, emprego ou atividade.

Dentre as mais variadas formas de enriquecimento ilícito estão o recebimento de dinheiro, bem móvel ou imóvel, bem como qualquer outra vantagem econômica direta ou indireta, a título de comissão, porcentagens, gratificações ou presente de quem tenha interesse direto ou indireto, que possa ser alcançado e amparado por ação ou omissão decorrente das funções do agente público, assim como receber vantagem econômica direta ou indireta para facilitar a aquisição, permuta e locação de bem móvel ou imóvel, ou contratação de serviços pelas entidades referidas no artigo 1º da LIA por preço superior a venda do mercado.

Também se encaixam nas hipóteses de causa de enriquecimento ilícito perceber vantagem econômica para intermediar liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza; incorporar por qualquer forma ao patrimônio do agente

público bens, verbas ou valores que fazem parte do acervo patrimonial das entidades constantes no artigo 1º da LIA; usar em proveito próprio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades do artigo 1º da LIA.

Conforme expresso no artigo 10 da LIA, constitui ato de improbidade administrativa o que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades protegidas. Dentre as várias hipóteses elencadas no rol, meramente exemplificativo, constituem-se atos que causam prejuízos ao erário facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no artigo 1º da LIA; permitir ou facilitar alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no artigo 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado; conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie.

Tem-se também o artigo 10-A, incluído pela Lei Complementar nº 157 de 2017, dispondo que constitui ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão para conceder, aplicar ou manter benefício financeiro ou tributário contrário ao que dispõem o caput e §1º do artigo 8º-A da Lei Complementar nº 116/03.⁴

Finalmente, o artigo 11 da LIA prevê que constitui ato de improbidade administrativa o que atentar contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

⁴Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências.

Ao fazerem a interpretação dos artigos 9, 10 e 11 da Lei 8.429/1992, Neves e Oliveira explicam que os referidos dispositivos “ao elencarem determinadas condutas que são tipificadas como atos de improbidade, utilizam-se da expressão ‘notadamente’, o que demonstra que outras condutas também podem ser enquadradas nos referidos tipos de improbidade.”(2014, p. 67).O intérprete não se limita ao texto para o enquadramento de um agente público improbo, mas sim, usa o texto como mero rol exemplificativo para aplicar também em situações semelhantes.

O ato de improbidade pode ocorrer de forma cumulada (DI PIETRO, 2014, p. 922) pode se dar por um agente público que recebe propina para a liberação de um benefício previdenciário para terceiro, vindo assim, causar enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário, como também, o ato de improbidade pode se dar de forma separada, quando só desrespeita um dos elementos constitutivos, por exemplo, o desvio de poder, previsto na lei como praticar o ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso previsto daquele na regra de competência, não causando enriquecimento ilícito e nem prejuízo ao erário.

As condutas praticadas aos agentes devem ser analisadas com razoabilidade, levando em consideração a gravidade das punições estabelecidas, como por exemplo, a suspensão dos direitos políticos do agente improbo, tomando-se o cuidado para que sua abertura semântica não venha a punir pequenos atos (ARAGÃO,2013, p. 645).

Na mesma linha discorre Di Pietro (2014, p. 919) ao afirmar que “a aplicação da lei de improbidade administrativa exige bom-senso, pesquisa do intencional do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa.”

Conforme disposto no artigo 37 da CF, a Administração Pública é regida pelos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Porém, não são só estes princípios que regem a Administração Pública, existem também os

que estão constantes na Lei nº 9.784/99, que regulamenta os processos administrativos.

Sendo assim, são atos que atentam contra os princípios da Administração Pública, entre outros: praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; retardar ou deixar de prática, indevidamente, ato de ofício, negar publicidade de atos oficiais, frustrar a licitude de concurso público, deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo.

Com isso, observa-se que o rol de atos de improbidade expresso na lei é meramente exemplificativo, devendo o legislador interpretar a conduta praticada, e, sendo o caso, responsabiliza-lo por ato de improbidade.

Deve-se, assim, sempre investigar a existência de culpa ou dolo, de modo a revelar a presença de um comportamento desonesto” (DI PIETRO, 2014, p. 921).

Sobre o tema, Garcia e Alves (2013, p. 401) argumentam que se compreende por dolo “a vontade livre e consciente dirigida ao resultado ilícito, ou mesmo a mera aceitação do risco de produzi-lo, uma vez que a culpa se caracteriza pela prática voluntária de um ato sem a atenção ou cuidado normalmente empregados para prever ou evitar o resultado ilícito”.

Sendo assim, dolo consiste na conduta voluntária do agente ou a mera aceitação que determinada conduta possa causar um ato ilícito, já a culpa é a prática voluntária do agente sem os devidos cuidados e sem a intenção de causar o ato ilícito, mas que poderia ser evitada se tivesse sido realizada com os devidos cuidados.

Somente o artigo 10 da LIA se refere ao elemento subjetivo do agente, sendo expresso ao falar que: “Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres [...]”, enquanto nos demais dispositivos somente se admite o comportamento doloso.

Conforme o artigo 12 da LIA, o magistrado pode levar em consideração a gravidade do ato para dosar a pena, porém, é omissivo no que se refere a determinação valorativa dos graus de culpa. Assim, quanto mais previsível, mais grave (GARCIA; ALVES, 2013, p. 405).

Pelo fato de o artigo 10 da referida lei ser o único que versa sobre a possibilidade do elemento subjetivo culpa, as demais hipóteses de atos de improbidade, enriquecimento ilícito, concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário e atos atentatórios contra os princípios da administração pública se comprovam somente com a presença do dolo por não existir previsão legal expressa permitindo também a existência do elemento culpa.

Hargercoloca-se na posição em que a expressão culposa referida no artigo 10 da LIA é “é inconstitucional e isso significa dizer que as hipóteses previstas dependem da ocorrência do dolo específico de causas lesão ao erário”(2009, p. 58-59).

Por fim, cabe ressaltar que a observância da presença do elemento subjetivo nos atos de improbidade administrativa é de extrema importância, principalmente daqueles que o fazem com má-fé, tendo o legislador que aplicar a sanção de maneira proporcional, valorando o grau de culpa ou dolo que teve o agente na realização do ato ilícito.

2 Crime de responsabilidade e agentes políticos

O Supremo Tribunal Federal, em 2007, na Reclamação Constitucional 2138/DF, prolatou decisão na qual alegou que os agentes políticos, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidades não responderiam por improbidade administrativa com base na Lei nº 8429/92, mas apenas por crimes de responsabilidade.

Porém, em 2013 o Superior Tribunal de Justiça decidiu que exceto as hipóteses de atos de improbidade praticados pelo

Presidente da República, cujo julgamento se dá em regime especial pelo Senado Federal, não há norma constitucional alguma que imunize os agentes políticos sujeitos a crimes de responsabilidade de qualquer das sanções por atos de improbidade previstas no artigo 37, §4º da CF, tanto que com ela seria incompatível eventual preceito normativo infraconstitucional que impusesse imunidade desta maneira.

Recentemente o STF manifestou-se novamente sobre o assunto, defendendo a aplicação conjunta da Lei de Crimes de Responsabilidade com a LIA, ainda que a doutrina trate o tema de modo diverso. Em seu julgamento, o Informativo 761 do Supremo Tribunal Federal traz o voto do Ministro Celso de Mello (STF, 2017).

Sendo assim, de acordo com a decisão proferida no julgamento da Reclamação 2.138/2007, nem todos os agentes políticos estão sujeitos à aplicação da LIA. Porém, no próximo capítulo será analisado quais são os agentes sujeitos à aplicação de um duplo regime sancionatório, no qual pode ser aplicada a LIA juntamente com as penas descritas na Lei dos Crimes de Responsabilidade

Praticado o ato improprio, ficará sujeito às sanções que delimitam a LIA o agente público ou terceiro, sempre garantindo o direito ao contraditório e a ampla defesa, concretizando-se assim o princípio do devido processo legal.

O artigo 37 §4º da Constituição Federal dispõe que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Depois disso, sobreveio a LIA, em cujo artigo 12 estão previstas as sanções que vão além da norma constitucional ao prever outras medidas a serem tomadas em decorrência do ato improprio, como a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio no caso de enriquecimento ilícito, multa civil e a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou

incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

Percebe-se então que o legislador não limitou a atividade do magistrado para instituir novas sanções ao agente improbo, tanto que em certas ocasiões o agente ativo poderá receber sanções diferenciadas, ou então nem receberá sanções, como é o caso de um terceiro particular, que não tem nenhum vínculo com a administração pública, portanto, não estará sujeito à perda da função.

A questão da aplicação da Lei 8.429/92 é um tema polêmico e alvo de vários debates doutrinários e jurisprudenciais. Uma parte entende que os agentes políticos não estão sujeitos ao regime sancionatório da Lei por estarem regidos por um regime especial de responsabilidade; outra parte entende que estão sujeitos à aplicação, pelo fato de a natureza jurídica dos atos de improbidade administrativa e dos crimes de responsabilidade serem distintas, não havendo *bis in idem* na aplicação conjunta dos institutos.

Os atos de improbidade podem ser divididos em quatro blocos, nos quais seriam as condutas que importam enriquecimento ilícito, as que causam prejuízos ao erário, a concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário e aquelas que atentam contra os princípios da administração pública.

Miranda (2017) refere que, especificamente no que se refere aos atos de improbidade administrativa, o legislador utilizou conceitos jurídicos indeterminados levando em conta a impossibilidade de taxar o grande leque de conduta improba que possa vir a ser cometida pelo agente público. Isso torna o rol dos atos de improbidade exemplificativo, o que possibilita a sanção, ainda que a ação ou a omissão do agente não estejam expressamente previstas.

De acordo com essa conduta legislativa, é errôneo o entendimento de que qualquer ato de improbidade administrativa deve ser considerado como crime, pois para que haja crime,

Damásio de Jesus (2014, p. 195) expõe que “é preciso uma conduta humana positiva ou negativa (ação ou omissão). Mas nem todo comportamento do homem constitui delito. Em face do princípio de reserva legal somente os crimes descritos pela lei penal podem assim ser considerados.”

Por esse fato, não se pode adotar a ideia de que todos os atos de improbidade têm natureza jurídica penal, pois assim se estaria afrontando o princípio da reserva legal, uma vez que o rol dos atos de improbidade administrativa dispostos na lei é apenas exemplificativo e não taxativo. Diante disso, a natureza jurídica dos atos de improbidade administrativa não guarda semelhança com as normas penais, uma vez que os atos improbos estão previstos na LIA em um rol meramente exemplificativo de três grupos e nas normas penais os atos tem que estarem previstos em lei, observando necessariamente o princípio da legalidade.

Deve ser levado em conta também que a LIA defende um bem jurídico difuso e pune seus agentes de forma civil, já para o Direito Penal, o bem jurídico tutelado é mais importante, não tendo como punir, em alguns casos, o agente de forma meramente civil, mas sim de forma mais gravosa, como a restrição de sua liberdade.

Nesse sentido, Miranda (2017) afirma que sendo conveniente a sanção civil para um ato ilícito, hostil a um interesse individual ou coletivo, não há motivo para a utilização da reação penal, eis que estas representam o último recurso para “conjurar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do estado.”

Para Di Pietro (2014, p. 1007), os atos de improbidade têm natureza civil e política, tendo em vista as sanções que lhe são impostas. No mesmo sentido, Fazzio Jr (2016, p. 490), entende que as sanções expressas na LIA não são penais, mas de natureza civil e político-administrativa, expondo que “a ressalva legal aludida não quer dizer que as sanções não são civis, nem penais, nem

administrativas. O artigo 12, caput, não inventa uma nova ordem de sanção com natureza jurídica própria”.

Por fim, restou pacificado diante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2797no STF que o ato de improbidade tem natureza civil, ficando vencidos os ministros que equiparavam o ato com o crime de responsabilidade (STF, 2005).

Portanto, os atos de improbidade administrativa não têm natureza jurídica penal, seja pelo contrassenso dos princípios da taxatividade, da legalidade e da reserva legal ante expostos, seja pelo texto expresso no final do artigo 37, §4º da Constituição Federal “sem prejuízo da ação penal cabível.”

Apesar da gravidade do nome, os crimes de responsabilidade não são de fatocondutas efetivamente criminosas no formato típico de um crime como são abrigados pelo Código Penal. Um crime exige, via de regra, uma sanção penal e o crime de responsabilidade possui sanções exclusivamente políticas, como a perda do cargo público ou seu afastamento.

Os crimes de responsabilidade têm previsão tanto constitucional no artigo 85 da Carta Magna Brasileira, tanto nas leis infraconstitucionais, como é o caso da Lei nº 1.079/50, na qual define os crimes de responsabilidade do Presidente da República, Ministros de Estado, Procurador Geral da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal e do Procurador Geral da República, bem como o Decreto Lei nº 201/67, que prevê a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores.

Não se trata, assim, de crimes tipificados na legislação penal, mas infrações político-administrativas, cuja denominação mais adequada, em vez de “crimes de responsabilidade”, nação que se referisse a ilícitos político-administrativos, tendo em vista que o sujeito que atua no polo ativo sempre será político.

Nada impede que uma infração política seja considerada como crime comum, e em se tratando de crime praticado pelo Presidente da República, preconiza o artigo 86 da Constituição

Federal.⁵Damásio de Jesus (1988, p. 41-42) dá um conceito amplo de crime de responsabilidade, dividindo-os em próprios, que constitui o delito, como os crimes comuns elencados no Código Penal, e os especiais elencados nas legislações especiais; e o impróprio, que corresponde não correspondem à um crime e sim uma à infração político-administrativa.

Pelos mais variados motivos, levantam-se questionamentos sobre a natureza jurídica dos crimes de responsabilidade no sistema presidencialista, em especial ao recente *impeachment* da ex-presidente Dilma Vana Rousseffe pelo julgamento da Reclamação 2.138/02, que no caso, discutia o regime jurídico aplicável a um Ministro de Estado.

Como já foi exposto, os crimes de responsabilidade estão previstos no artigo 85 da Constituição Federal e em legislações infraconstitucionais, como na Lei 1.079/50 e no Decreto Lei 201/67. Silva (2005, p. 550) refere em sua doutrina que “no presidencialismo, o próprio Presidente é responsável, ficando sujeito a sanções de perda do cargo por infrações definidas como crimes de responsabilidade, apuradas em processo político-administrativo realizadas pelas casas do Congresso Nacional.”

Logo, também o Presidente da República pode ser responsabilizado pelos crimes de responsabilidade expressos no rol do artigo 85 da Constituição Federal. Silva (2005, p. 551) refere que “o processo dos crimes de responsabilidade e dos comuns cometidos pelo presidente da República divide-se em duas partes: juízo de admissibilidade do processo e processo e julgamento.” A primeira etapa se dá perante a Câmara dos Deputados e a segunda perante o Senado Federal, conforme artigo 86 da CF.

De acordo com Meirelles (2016, p. 80), agentes políticos são considerados “os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões,

⁵Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais”.

O conceito de agente político é amplo, uma vez que se define basicamente pela independência funcional no desenvolvimento de suas atividades, incluindo não só pessoas do mais alto escalão, mas também auxiliares, ministros e secretários.

Por outro lado, para aqueles que adotam um sentido mais restrito, agentes políticos são aqueles que ocupam os mais altos cargos na administração pública, que exercem funções exclusivamente políticas voltada para o Estado.

Para Di Pietro “a ideia de agente político liga-se, indissociavelmente, à de governo e à de **função política**, a primeira dando ideia de órgão (aspecto subjetivo) e, a segunda, de atividade (aspecto objetivo).” (2017, p. 679). Logo, é agente político quem exerce cargo eletivo, mas não só: “há uma tendência a considerar os membros da Magistratura e do Ministério Público como agentes políticos” em razão do “exercício de uma parcela da soberania do Estado, consistente na função de dizer o direito em última instância e [...] de controle (2017, p. 679).

Sobre o assunto, o STF em sede de Recurso Extraordinário nº 228.977/SP preferiu-se aos magistrados como agentes políticos, investidos de exercício de atribuições constitucionais, sendo dotada plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e de legislação específica (STF, 2002).

Sendo assim, consideram-se agentes políticos aqueles que compõem o arcabouço constitucional do Estado, podendo tomar decisões sem subordinação e dotados de funções incomuns aos agentes públicos em geral, como distribuição de renda, auxílio do chefe executivo em geral, elaboração de normas e emendas constitucionais, bem como outras atribuições, sempre visando o bom desempenho da administração pública e atendendo as vontades que o Estado demanda.

3 Da aplicação da Lei n. 8.429/92 aos agentes políticos

Conforme já exposto anteriormente a LIA prevê sanções cíveis e administrativas para atos praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, conforme dispõe em seu artigo 1º.

O artigo 2º reputa agente público, para os efeitos de aplicação exclusiva desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

A possibilidade de aplicação da LIA em face aos agentes políticos é objeto de grande discussão no mundo jurídico, pois surgiram alguns posicionamentos a respeito de que os agentes políticos não se sujeitariam às disposições desta lei, uma vez que eram responsabilizados por um regime próprio, o qual seria o dos crimes de responsabilidade.

A Reclamação 2.138/DF tratou acerca da aplicação ou não da lei de improbidade aos agentes políticos. A reclamação ora citada foi interposta pela Advocacia Geral da União contra o Juiz Federal Substituto da 14ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal e contra o relator da apelação interposta perante o Tribunal Regional da 1ª Região, na qual se alegava usurpação da competência do STF para julgar crime de responsabilidade cometido pelo Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia Ronaldo Mota Sardemberg, à época dos fatos Ministro Chefe da Secretaria de Assuntos Estratégicos (SAE) da Presidência da República.

A ação de Improbidade Administrativa foi ajuizada em decorrência da solicitação e utilização indevida de aeronaves da Força Aérea Brasileira – FAB para transporte particular seu e de terceiros, sem vinculação às suas atividades funcionais, bem como pela fruição de Hotel de Trânsito da Aeronáutica, tendo o juízo federal se 1ª instância julgado procedente o pedido e condenando o réu nas penalidades dos artigos 12 da LIA e artigo 37, §4º da Constituição Federal (STF, Notícias, 2007).

Inicialmente, o Tribunal, por maioria rejeitou a preliminar de prejudicialidade, levando em conta que o réu daquela ação apesar de cessada sua investidura como Ministro de Estado, atualmente seria chefe de missão diplomática de caráter permanente, mantendo por isso, a prerrogativa de ser julgado perante o Supremo, por força do disposto no artigo 102, I, c, da CF (TJ-RS, RS 2010)

Vencidos, no ponto, os Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, que acolhiam a preliminar sob os fundamentos de ausência de tipo legal relativamente a chefe de missão diplomática e de, considerada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a legitimidade ativa para denúncia por crime de responsabilidade é do Ministério Público Federal, ter este sustentado a inexistência de crime de responsabilidade (TJ-RS, 2010).

Em seguida, o Tribunal, também por maioria, rejeitou a questão de ordem suscitada pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de sobrestar o julgamento da reclamação para aguardar-se o pregão de outro processo em que se tivesse a possibilidade de participação do Colegiado atual (TJ-RS, 2010).

Após várias discussões, o Supremo Tribunal Federal fez a distinção entre os regimes de responsabilidade político-administrativa, previstos no artigo 37, §4º da Constituição Federal⁶, regulado pela Lei 8.429/92 e o regime de crime de

⁶Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade,

responsabilidade, fixado no artigo 102, I, c da Constituição Federal⁷ e regulado pela lei 1.079/50.

Finalizado o debate de distinção, entendeu-se que os agentes políticos, por estarem regidos por normas especiais de responsabilidade não respondem por improbidade administrativa com base na Lei 8.429/92, mas apenas por crime de responsabilidade em ação que somente pode ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal, nos termos no artigo 102, I, c, da Constituição Federal (STF, 2008).

Di Pietro não concorda com a decisão tomada no referido julgamento, aduzindo que:

A improbidade administrativa e o crime de responsabilidade são apurados em instâncias diversas e atendem a objetivos também diversos. Todos os agentes públicos que praticam infrações estão sujeitos a responder nas esferas penal, civil, administrativa e político-administrativa. Nenhuma razão existe para que os agentes políticos escapem à regra, até porque, pela posição que ocupam, têm maior compromisso com a probidade administrativa, sendo razoável que respondam com maior severidade pelas infrações praticadas no exercício de seus cargos (2017, p. 1017).

Com o mesmo raciocínio, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves afirmam que “as figuras coexistem [...] e ensejam sanções diversas, por vezes aplicadas em esferas distintas (jurisdicional e política)” E finalizam “Com escusas pela obviedade, pode-se afirmar que a Lei n. 1.079/1950 é a lei especial a que refere o parágrafo

moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

⁷Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: [...] c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente.

único do art. 85 da Constituição, enquanto a Lei n. 8.429/1992 é a lei que se refere ao §4º do art. 37” (2013, 601).

Por sua vez, Oliveira (2017, p. 855) defende que “os agentes políticos podem ser réus na ação de improbidade administrativa, com a consequente aplicação das sanções da Lei 8.429/1992, salvo aquelas de natureza política que somente podem ser aplicadas por meio do respectivo processo por crime de responsabilidade.”E complementa que “o agente político pode ser responsabilizado, pelo mesmo fato, com fundamento na legislação especial, que trata do crime de responsabilidade, e na Lei 8.429/1992, ressalvada a aplicação de sanções políticas, sem que isso configure *bis in idem*.”(OLIVEIRA, 2017, 855).

Como pode se perceber, mesmo que o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação 2.138/DF foi o de que a LIA não se aplica aos agentes políticos eno caso, à Ministros de Estado, a tese não ganhou espaço na doutrina por suas incongruências morais e legais, voltando o entendimento no sentido de que o instrumento de controle e repressão da improbidade administrativa sejam aplicadas também aos agentes políticos.

Portanto, houve uma evolução jurisprudencial sobre o temadiante das alterações dos membros da Corte nos últimos anos, questão que será analisada no próximo tópico.

Após o Supremo Tribunal Federal limitar a decisão proferida na Reclamação 2.138-2/DF, o mesmo proferiu outra decisão na data de 13 de março de 2008, nos mesmos termos da reclamação ora referida, quando julgou a Questão de Ordem em Petição n. 3.211-0/DF, interposta pelo Ministério Público Federal contra o Ministro Gilmar Mendes (Advogado-Geral da União à época dos fatos) e outros.

Conformre Reupke (2014), na Questão de Ordem 3.211-DF, o STF reconheceu a inaplicabilidade da ação de improbidade administrativa aos agentes políticos, determinando o arquivamento do processo em relação a Gilmar Mendes e a descida

dos autos à 9ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal com relação aos demais requeridos (STF, 2008).

Ademais, as restrições da aplicação da LIA expostos na decisão da Reclamação 2.138/DFcabem somente aos Ministros de Estado e aos agentes que detém regime jurídico de responsabilidade próprio, não tendo efeito vinculante nem efeito *erga omnes*, não impossibilitando a aplicabilidade aos demais agentes políticos, como por exemplo os Senadores, Deputados e Vereadores.

Nesse sentido, a orientação do STFna Petição 3923 ajuizada pelo Ministério Público contra o deputado Paulo Maluff foi no sentido de que caberia a juiz de primeira instância realizar a execução de decisão que o condenara nos moldes da LIA (STF, 2007).

O Ministro Joaquim Barbosa afirmou em seu voto na Questão de Ordem na Petição n. 3923 (STF, 2007) que “a sentença transitou em julgado, de modo que o dever de ressarcir e indenizar o erário está coberto pelo manto da coisa julgada, não havendo a possibilidade de discussão da matéria simplesmente porque o requerido foi eleito deputado federal. Vale frisar: o processo está em fase de execução desde 2001”.

Outro caso recente do STF é a Ação Cautelar 3585, ajuizada pela ex-governadora do Estado do Rio Grande do Sul Yeda Crusius, na qual alegava estar sujeita à lei dos crimes de responsabilidade de agentes políticos, com o objetivo de suspender a ação civil por improbidade administrativa que tramitava contra ela na Justiça Federal.

Em sua decisão sobre o julgamento da Ação Cautelar 3585 (STF, 2014) o Ministro Celso de Mello citou vários precedentes e lembrou, inclusive, que na análise da questão da PET 3923 Exposta, foi decidido por unanimidade que agentes políticos estão sujeitos a uma “dupla normatividade em matéria de improbidade, com objetivos distintos”, tanto a fundada na Lei de Improbidade Administrativa, quanto a decorrente da Lei 1.079/1950.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é pacífico no que diz respeito a aplicabilidade da LIA aos agentes políticos, como prefeitos e vereadores (STJ, 2017).

Por sua vez, Marques afirma que “todo agente público que receber vantagem ilícita pode e deve ser investigado e processado nos âmbitos criminal, civil e administrativo”. Para o autor, deixar de incluir no rol dos improbos “algumas autoridades apenas pelo fato de elas ocuparem cargos do alto escalão governamental infringe drasticamente o princípio da isonomia, previsto no art. 50, caput, da própria Constituição Federal”. Nesse sentido, tem-se que “não há qualquer fundamento razoável que exclua o Presidente da República e outras autoridades do espectro da Lei de Improbidade Administrativa” (2009, p. 60).

Diante disso, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é de que o presidente se submete a um regime especial de responsabilidade (STJ, 2010).

Entende-se como válido expor, aqui, parte da ementa do julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, no caso do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, proferido no Recurso Especial n. 1315217/DF:

[...]1. O Juízo de Primeiro Grau rejeitou a ação de improbidade administrativa ajuizada pelo douto MPF contra Presidente da República que se achava no pleno exercício do seu mandato e dois de seus Ministros de Estado. A decisão veio a ser reformada no Tribunal de Apelação (TRF da 1a. Região), apenas com relação ao Presidente da República, sob o fundamento de procedibilidade do feito sancionador, em face (i) do término do mandato presidencial e (ii) dada a ausência de prerrogativa de foro na ação regida pela Lei 8.429/92. 2. Ocorreu, neste caso, indevida simbiose conceitual entre os institutos do regime de responsabilidade política e o de competência para o processo e julgamento da ação. Esta Corte Superior já adotou a diretriz de que o julgamento de eventuais condutas ímprobas imputadas ao Presidente da República (art. 85, V da Carta Magna de 1988) estão submetidas ao regime especial de julgamento pelo Senado Federal (art. 86 da Carta Magna). [...]. A presente ação de

improbidade administrativa, proposta no curso do mandato presidencial, cursa por via eleita inadequada, como bem solucionou o douto Juízo de origem, pelo que entendeu cabível o seu imediato trancamento, firmando segura diretriz judicante, cuja eficácia agora se restabelece. De fato, o § 8o. do art. 17, da Lei 8.429/92 autoriza ao Juiz a rejeitar a ação, expressando em decisão fundamentada (na verdade, em sentença) o seu convencimento sobre a inexistência do ato, a improcedência do pedido, ou a inadequação da via eleita. Os eventos determinantes dessa extinção podem ser reconhecidos em qualquer fase do processo (art. 17, § 11 da Lei 8.429/92 [...] (STJ, 2017).

Ao expor sua fundamentação no julgamento da PET 3240, o ministro Luis Roberto Barroso enfatiza que os agentes políticos, com exceção ao Presidente da República, encontram-se sujeitos a um duplo regime sancionatório e se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa quanto à responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade, pois não há qualquer impedimento à concorrência de esfera de responsabilização distintas (STF, 2018).

Conclusão

O presente estudo abordou os aspectos gerais da Lei de 8.429/92, mais conhecida como Lei de Improbidade Administrativa, observando-se que o objetivo do legislador foi estabelecer responsabilidades aos agentes públicos e a terceiros que venham a desrespeitar os princípios que regem a boa administração pública.

A fim de chegar a uma resposta sobre a aplicação da referida lei aos agentes políticos, realizou-se uma análise da natureza jurídica dos atos de improbidade administrativa, e do conceito e natureza jurídica dos crimes de responsabilidade.

Verificou-se os elementos necessários para a caracterização dos atos de improbidade, e que estes são divididos em quatro blocos, elencados respectivamente nos artigos 9, 10, 10-A e 11 da LIA.

Verificou-se a existência de divergência entre a doutrina sobre a aplicação da Lei 8.429/92 aos agentes políticos bem como as sanções aplicáveis para os atos.

A posição jurisprudencial sobre o tema também revelou que a Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes políticos, pois encontram-se sujeitos a um duplo regime sancionatório e são submetidos tanto às sanções previstas nos crimes de responsabilidade quanto nas previstas na LIA, não havendo *bis in idem*, pois não há nenhum dispositivo impedindo a aplicação de responsabilidades distintas.

Referências

ARAGÃO, Alexandre de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Forense, 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. *Lei Federal, de 24 de julho de 1985*. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 01 maio 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros. 2005. p. 550.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. *Direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. *Improbidade Administrativa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 07/2016.

FERRARESI, Eurico, *Improbidade Administrativa - Lei 8.429/1992 Comentada*. 2011.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

HARGER, Marcelo. A inexistência de improbidade administrativa na modalidade culposa. *Revista de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária*. Bimestral. Interesse Público, ano 11, n. 58, nov./dez. 2009. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal, volume I: parte geral*. São Paulo: Saraiva. 35. ed. 2014.

_____. Crimes de responsabilidade. *Justitia*. São Paulo, v. 50, n. 141, p. 41-42, jan./mar. 1988. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25764>>. Acesso em: 2018.

MARQUES, Silvio Antônio. *Improbidade Administrativa Ação Civil E Cooperação Jurídica Internacional*. São Paulo: Saraiva, 01/2009.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probabilidade Administrativa*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

MIRANDA, Gustavo Senna. *Da impossibilidade de considerar os atos de improbidade administrativa como crimes de responsabilidade*. 2014. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/488-da-impossibilidade-de-considerar-os-atos-de-improbidade-administrativa-como-crimes-de-responsabilidade.html>> Acesso em: 09 abr. 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de Improbidade Administrativa*. 2. ed. rev., atual e ampl. Método. São Paulo. 2014.

OLIVEIRA, Rafael Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo: Método, 2017.

PESTANA, Marcio. *Direito administrativo brasileiro*. 4. São Paulo: Atlas, 2014.

REUPKE, Erika Giovanini. Natureza jurídica da ação de improbidade quanto aos agentes políticos. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 59, abr. 2014. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao0059/Erika_Reupke.html> Acesso em: 17 abr. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Agravo de instrumento 70039966650 - RS*. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869685/agravo-de-instrumento-ag-70039966650-rs-tjrs/inteiro-teor-111144724>> Acesso em: 15 abr. 2018.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 330846 / PR / 2013/0076849-0*. Brasília, DF. Relator: Min. Regina Helena Costa. Data de julgamento: 18-04-2017. T1 - Primeira Turma. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 17 abr. 2018.

_____. *Recurso Especial nº 1.138.173 - RN (2009/0084672-2)*. Relator: Ministro Humberto Martins. Data de julgamento: 23/06/2015, Segunda Turma, Data de Publicação: 30/06/2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 13 maio 2018.

_____. *Agravo Regimental na Medida Cautelar nº 20.742 -MG (2013/0076550-0)*. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Data de julgamento: 06/05/2015, Corte Especial, Data de Publicação: 27/05/2015. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 13 maio 2018.

_____. *Reclamação n. 2790/ SC 2008/0076889-9*. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Data de julgamento: 02-12-2009. CE - Corte Especial. DJE: 04-03-2010. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 17 abr. 2018.

_____. *Recurso Especial n. 1315217/DF 2012/0058599-8*. Relator: Min. Napoleão Nunes Maria Filho. Data de julgamento: 21-12-2017. Primeira Turma. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 17 abr. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Questão de ordem na Petição n. 3211*. Brasília, DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Data de Julgamento: 12-03-2008. Tribunal Pleno. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 17 abr. 2018.

_____. *Questão de ordem na Petição n. 3923*. Brasília, DF. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Data de julgamento: 13-06-2007. Tribunal Pleno. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 17 abr. 2018.

_____. *Reclamação n° 2138*. DF, Relator: Nelson Jobim, Data de Julgamento: 12/06/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-070, Pub. 18-04-2008. Disponível em: Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 15 abr. 2018.

_____. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 2797*. Brasília. DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Data de Julgamento: 15/09/2005. Tribunal Pleno. DJ: 19-12-2006. Disponível em: www.stf.gov.br. Acesso em: 10 abr. 2018.

_____. *Informativo 761*. Brasília. DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo761.htm>>. Acesso em: 31. out. 2017.

_____. *Recurso Especial n. 228977*. SP. Relator: Néri da Silveira. Julgamento: 04-03-2002. Segunda Turma. DJ: 12-04-2002. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 2018.

Benefícios previdenciários, recebimento indevido e boa-fé: uma análise da jurisprudência do TRF4

Élen Bárbara Ribeiro¹

Edimara Sachet Risso²

Introdução

O presente trabalho é pautado em uma análise jurisprudencial a respeito do posicionamento do Tribunal Regional Federal da 4^a Região em relação à necessidade de devolução dos valores previdenciários percebidos indevidamente pelo beneficiário, considerando a presença dos princípios da boa-fé e da dignidade da pessoa humana na seara da Previdência Social. Nesse contexto, busca-se analisar se o caráter alimentar dos benefícios previdenciários mas, em especial, a boa-fé do beneficiário é capaz de impedir a devolução de valores quando recebidos indevidamente.

O Direito Previdenciário é um campo do do Direito Público no qual se estuda o funcionamento do Sistema Nacional de Seguridade Social - um sistema de proteção social cuja responsabilidade de organização e gerenciamento é do Estado. Esse sistema de proteção é fornecido por meio de três grandes políticas

¹ elenbarbarao4@gmail.com

² edimara@upf.br

sociais: a saúde, a assistência social e a previdência social - cada uma com um foco diferente de atuação, mas todas com um objetivo final comum de fornecer amparo social e proteção à sociedade brasileira.

Tendo em vista a grande demanda de ações previdenciárias de cobrança de valores recebidos indevidamente a título de benefício previdenciário, a presente pesquisa pretende identificar qual é o posicionamento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do Superior Tribunal de Justiça em relação à necessidade de devolução de valores percebidos indevidamente quando o beneficiário age de boa-fé.

A pesquisa tem importância já que os benefícios pagos ao segurado ou aos seus dependentes têm a função de garantir a manutenção da dignidade humana dessas famílias e devem ser pagos quando preenchidos todos os requisitos previstos em lei, sob pena de necessidade de devolução desses valores, além de implicar em crime.

Dessa forma, pretende-se compreender se o caráter alimentar atribuído aos benefícios previdenciários é capaz de impedir a devolução desses valores recebidos de forma indevida. Para isso, analisa-se os casos em que as decisões são favoráveis ao ressarcimento das parcelas aos cofres da Previdência Social e os casos em que o posicionamento é contrário à repetição.

2 A Previdência Social no Regime Geral

A Previdência Social, recebendo também a característica de um direito social fundamental³, vem definitivamente positivada na Constituição Brasileira de 1988, a chamada de Constituição Cidadã

³ Constituição Federal. Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais. Capítulo II - Dos Direitos Sociais. Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

justamente por trazer de forma clara e sistematizada o sistema de proteção social devido pelo Estado aos indivíduos brasileiros.

A Juíza Federal e doutrinadora Marina Vasquez Duarte é clara ao distinguir o Regime Geral de Previdência Social dos demais regimes, sobretudo, quando afirma que o Regime Geral é de ordem pública e coletiva, cuja responsabilidade de organização, forma de filiação, contribuição e custeio, é do Estado brasileiro.

A Previdência Social no Regime Geral, portanto, é um seguro (daí a denominação “segurado” da previdência) imposto ao trabalhador pelo Estado, com o objetivo de garantir ao sujeito e à sua família (que serão os dependentes) a sua subsistência futura, que, no Regime Geral de Previdência Social – RGPS – lhe será dada por meio de um “benefício previdenciário”.

A Lei de Benefícios (Lei nº 8.213/91) estampa no seu primeiro artigo a finalidade do sistema de previdência social, que aprofundada pela doutrina, qual seja “assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente” (VIANNA, 2014, p. 430).

João Ernesto Aragonés Vianna afirma que para melhor compreender a finalidade da Previdência Social, assim como a de outros institutos, é preciso buscar o marco inicial desse assunto na evolução histórica, sendo esse o “caminho necessário para a compreensão do objeto, sob todos os ângulos” (2014, p. 3).

Diferentemente de outras políticas sociais, a previdência visa à proteção do indivíduo em si, ou seja, tem por objetivo protegê-lo contra os infortúnios próprios da existência humana e, além disso, viabilizar que ele continue sendo parte da sociedade e não passe a depender dela quando não puder mais garantir sua subsistência.

Segundo Virgínia Botelho, a previdência acolhe milhões de brasileiros, fornecendo-lhes um benefício previdenciário que assume um papel importante na vida do segurado e, muitas vezes, de sua família, porque passa a compensar financeiramente a

incapacidade do sujeito, ou seja, a benesse representa uma “compensação monetária pela perda da capacidade laborativa do segurado” (BOTELHO, 1996, p. 1).

Álvaro Sólton França, por sua vez, em artigo publicado na data em que a Previdência Social comemorava seus 92 anos, fala acerca do papel socioeconômico que ela tem na sociedade, ou seja, trabalha a ideia de que a Previdência representa uma medida positiva na sociedade contemporânea, porque proporciona proteção financeira aos segurados, permitindo-lhes manter uma qualidade mínima de vida para si e seu grupo familiar (2013, p. 1).

A Lei Maior de todo o ordenamento jurídico brasileiro elege, como forma de garantir a efetividade da função social da Previdência, as situações que deverão ser atendidas para que o indivíduo não se encontre desamparado nos momentos de infortúnio, mantendo-o integrado ao grupo social ao qual ele pertence.

Enfim, a Previdência Social é um seguro que, como política social de caráter contributivo, garante aos segurados e aos seus dependentes amparo e proteção contra eventos previsíveis e imprevisíveis que decorrem, naturalmente, da condição humana do homem.

3 Princípios que fundamentam as decisões judiciais nas ações de repetição de indébito previdenciário

Ao analisar a evolução jurisprudencial do Tribunal Regional Federal da 4^a Região, percebe-se que estão presentes, desde os primeiros julgamentos, os princípios da “dignidade da pessoa humana”, da “irrepetibilidade dos benefícios recebidos de boa-fé” e, em que pese tratar-se de uma relação entre o particular e a Administração Pública indireta, também tem estado presente o princípio da “boa-fé”.

Entender esses princípios é fundamental para compreender porque o Tribunal Regional Federal da 4^a Região e o Superior

Tribunal de Justiça vêm percorrendo o mesmo caminho, desde os primeiros julgamentos, ao proferir suas decisões nas ações de repetição de indébito, seja na segunda instância (TRF4) ou na terceira (STJ).

O princípio da dignidade da pessoa humana, nos ensinamentos de Fábio Konder Comparato, não é recente, é algo que vem se desenvolvendo ao longo da história da civilização humana por meio de observações religiosas, quando se passou a afirmar a criação do homem por um Deus único e transcendente; filosóficas, a partir da certeza de que o homem é um ser racional; e científicas, baseadas nos estudos e teorias desenvolvidas acerca do processo evolutivo do ser humano (COMPARATO, 2010, p. 13-16).

Todavia, foi após grandes períodos de abusos e desrespeito pela condição humana que a sociedade observou a necessidade de afirmar que todos os homens são seres iguais e merecem que sua dignidade seja, acima de tudo, preservada.

Nesse viés, esse princípio passou a ser um dos principais fundamentos que norteiam as sociedades democráticas de direito, como é o caso do Brasil que traz no seu artigo 1º, entre os princípios fundamentais do Estado, a dignidade da pessoa humana, chegando a representar uma questão ética entre as nações, sendo indispensável na formação dos Estados. A dignidade da pessoa humana é um valor fundamental aceito pela sociedade e imposto como forma de manutenção do bem-estar social.

A dignidade da pessoa humana tornou-se, nas últimas décadas, um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental. Ela é mencionada em incontáveis documentos internacionais, em Constituições, leis e decisões judiciais. No plano abstrato, poucas ideias se equiparam a ela na capacidade de seduzir o espírito e ganhar adesão unânime. Tal fato, todavia, não minimiza – antes agrava – as dificuldades na sua utilização como um instrumento relevante na interpretação jurídica. Com frequência, ela funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta sua própria imagem de dignidade (BARROSO, 2010, p. 3).

Assim, cumpre à Previdência Social também o seu papel como provedora dos meios que garantam ao homem a sua dignidade, assumindo um papel fundamental no Estado, já que pautada em diversos princípios, como universalidade, solidariedade, entre outros, e imposta na forma de seguro, devolve ao segurado uma contraprestação, uma parcela previdenciária de acordo com a sua necessidade (FILARDI; PONTES; GOMES, 2010, p. 167).

Afinal, a Previdência Social é um dos três pilares que formam o Sistema Nacional de Proteção Social no Estado brasileiro, competindo-lhe garantir a sobrevivência digna dos seus filiados. Assim, manifestou-se o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região ao analisar os pedidos de ressarcimento de parcelas previdenciárias pagas indevidamente pela Previdência Social (TRF4, AC 2009.71.99.006080-5, SEXTA TURMA, Relator CELSO KIPPER, D.E. 16/09/2010).

A decisão acima, proferida nos autos da apelação interposta pelo INSS contra sentença que julgou procedente o pedido da beneficiária para declarar a inexigibilidade de cobrança de valores recebidos indevidamente a título de aposentadoria por idade rural, demonstra claramente a sobreposição do princípio da dignidade da pessoa humana em relação ao recebimento indevido de parcelas previdenciárias.

Os três princípios mencionados somam-se para fundamentar as decisões, mas a força deste princípio no Estado Democrático de Direito é tão grande que restringe o alcance de algumas normas, como a que é dada pelo artigo 115, II, da Lei de Benefícios (que autoriza o desconto de parcelas pagas além do devido).

Assim, no entendimento do julgador, caso fosse permitido que a autarquia promovesse a cobrança das parcelas recebidas indevidamente pela segurada, descontando os valores em outro benefício de sua titularidade, estar-se-ia retirando as condições

mínimas exigidas para a sua sobrevivência e ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana – um direito fundamental.

Na mesma esteira caminha a decisão proferida em apelação interposta pela autarquia previdenciária, cujo processo original foi ajuizado por beneficiário que estava sofrendo descontos no seu benefício de aposentadoria. Os descontos, feitos pelo INSS, eram decorrentes de um suposto recebimento indevido de “Renda Mensal Vitalícia” de titularidade do segurado (TRF4 5001575-03.2015.404.7010, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DO PR, Relator FERNANDO QUADROS DA SILVA, juntado aos autos em 04/10/2017).

A decisão considerou o fato de que fere a dignidade da pessoa humana o pagamento de benefício previdenciário abaixo do valor do salário mínimo, pois entende que este mínimo garantiria as condições mínimas para a sobrevivência digna do ser humano.

Com o intuito de demonstrar que o Superior Tribunal de Justiça adota o mesmo entendimento, menciona-se decisão proferida em Embargos de Divergência em Recurso Especial pela Ministra Nancy Andrighi (STJ. EREsp 1086154/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/11/2013, DJe 19/03/2014).

Felice Valentino Gaio Filardi, Fernando de Oliveira Pontes e José Maria Machado Gomes, em artigo intitulado “A Previdência Social e a dignidade da pessoa humana” fazem uma importante afirmação: “A dignidade pressupõe consideração pela vida e pela integridade do ser humano, garantias de presença de condições básicas para uma existência na qual se possa exercer a liberdade e receber respeito como pessoa dotada de razão.” (2010, p. 166).

Enfim, o princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, é um dos elementos que confere legitimidade às decisões emanadas pelo TRF4 e pelo STJ, ao passo que é um princípio que possui na sua origem, como se viu nos parágrafos anteriores, a aversão do próprio ser humano por condições impróprias para a sobrevivência do homem.

Já com relação ao princípio da boa-fé, Miguel Reale afirma que “não constitui um imperativo ético abstrato, mas sim uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até as suas últimas consequências” (2003).

Manifestando-se acerca da importância do instituto da boa-fé dentro de uma relação contratual, o doutrinador Fernando Noronha apresenta a existência de duas “boas-fés”: a subjetiva, que “diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito” e a objetiva, por sua vez, refere-se à normas de conduta determinadoras do dever de agir do sujeito (NORONHA, 1994, p.131-132).

Assim, a boa-fé subjetiva deixa o agente numa situação desfavorável em relação à realidade que envolve um determinado ato ou uma situação. Significa dizer que a pessoa desconhece vícios que tornam a ação ilegítima ou que, pelo menos, prejudique direito de terceiro. Por sua vez, a boa-fé objetiva apresenta dois elementos fundamentais: a confiança na inexistência de vícios no contrato e a fé no cumprimento do dever de comportamento leal das partes, ou seja, a boa-fé objetiva tem a “a expectativa de que a parte, com quem se contratou, agiu e agirá com correção e lealdade” (NORONHA, 1994, p. 132).

A mesma lição é dada por Miguel Reale, ao caracterizar o princípio da boa-fé como um comportamento coberto de lealdade e adequado ao padrão de conduta exigido pela sociedade na qual as partes envolvidas estão inseridas, podendo, inclusive, ser considerada um sinônimo de “honestidade pública” (2003).

Assim, depreende-se que o princípio da boa-fé terá um caráter objetivo ou subjetivo dependendo da situação fática, ou seja, do caso concreto no qual as partes estão envolvidas e que será analisado pelo julgador.

A análise jurisprudencial demonstra que o princípio da boa-fé está presente também nas relações previdenciárias, sendo

abordado pela jurisprudência desde os primeiros julgamentos que envolvem recebimento indevido de benefício previdenciário.

Para justificar essa conclusão, tem-se decisões proferidas em julgamentos realizados pelo TRF4, em que, não restando desconstituída a boa-fé do beneficiário pela autarquia previdenciária, as decisões foram a favor da não devolução das parcelas previdenciárias pagas indevidamente (TRF4, AMS 1998.04.01.059736-3, QUINTA TURMA, Relatora MARIA LÚCIA LUZ LEIRIA, DJ 18/08/1999).⁴

No caso acima, a julgadora já trazia o posicionamento adotado pelo Tribunal em relação a benefícios recebidos de boa-fé. Tendo em vista que seria impossível referir uma decisão de cada ano decorrido, procurou-se selecionar apenas algumas para demonstrar que o posicionamento adotado pelo TRF4 é também pautado pelo princípio da boa-fé.

Em outro caso, a beneficiária postulou em juízo a suspensão dos descontos (de parcelas relativas a outro benefício recebido indevidamente) efetuados pelo INSS em seu benefício de pensão por morte, a decisão foi no mesmo estilo, ou seja, tendo ocorrido de boa-fé o recebimento, a verba foi considerada irrepetível (TRF4, AC 2008.70.14.000273-0, QUINTA TURMA, Relator JOÃO BATISTA LAZZARI, D.E. 03/08/2009).

Julgamento ocorrido em março do corrente ano, cujo acórdão, que negou provimento ao recurso de apelação da autarquia previdenciária, traz de forma relevante a presença do princípio da boa-fé na relação que se constituiu entre o terceiro que recebeu parcelas previdenciárias e o INSS (TRF4, AC 5011058-57.2015.404.7204, TERCEIRA TURMA, Relatora MARGA INGE BARTH TESSLER, juntado aos autos em 28/04/2017).

No caso, o INSS verificou que um terceiro havia recebido indevidamente parcelas de benefício após o óbito do titular e

⁴ Considerando que os acórdãos só estão disponíveis para consulta a partir do início do ano de 2001, as decisões anteriores são analisadas somente pelo que a ementa informa.

ingressou com ação de cobrança, pretendente constituir judicialmente o débito. Todavia, o Tribunal confirmou a sentença do juízo *a quo*, por considerar que não haviam provas suficientes de que o terceiro havia agido de má-fé.

A boa-fé que permeia as relações previdenciárias é presumida, conforme se observa nos acórdãos analisados, e exige para sua desconfiguração – que importará na necessidade de restituição das prestações previdenciárias recebidas – a comprovação cabal de que o beneficiário agiu de má-fé (TRF4, AC 5000427-27.2010.404.7011, SEXTA TURMA, Relator JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA, juntado aos autos em 14/04/2011).

No caso acima referido, o Instituto cessou o benefício previdenciário concedido ao segurado em razão de incapacidade (auxílio doença) por entender que haviam irregularidades na concessão. Vencido, o INSS apelou sustentando a necessidade de repetição dos valores recebidos pelo beneficiário de forma indevida.

O Tribunal entendeu que, tendo sido demonstrada a má-fé por parte do segurado no recebimento de parcelas superiores ao que realmente era devido, deu provimento ao pedido da autarquia para determinar o abatimento dos valores pagos a maior.

Dessa forma, o princípio estudado neste subtítulo é tão importante quanto os demais nas decisões jurisprudenciais oriundas das ações previdenciárias, independentemente de quem seja o autor, sendo que a boa-fé será sempre presumida em relação ao beneficiário.

Por sua vez, o princípio da irrepetibilidade dos benefícios previdenciários recebidos de boa-fé tem previsão legal, mas possui aceitação em todo ordenamento jurídico brasileiro porque seus subsidiários são a natureza alimentar e o caráter substitutivo dos benefícios previdenciários (GAIO; NUNES, 2014, p. 16).

Esse princípio tem origem fática: os benefícios previdenciários substituem o salário do trabalhador segurado nas mais diversas manifestações de incapacidade, permanentes ou

temporárias, às quais o homem é submetido durante a vida, ou seja, o trabalhador contribui compulsoriamente durante a vida ativa para a Previdência Social e, nos momentos de inatividade, se preenchidos os requisitos, é “beneficiado” com uma contraprestação.

Dessa forma, o benefício passa a ocupar o lugar do salário e, assim, adquire sua natureza alimentar, porque será o novo (ou atual nos casos de inatividade temporária) provedor do sustento daquela pessoa e, na maioria das vezes, de seu grupo familiar.

É de extrema importância destacar o que a Constituição Federal dispõe a respeito desse assunto, no parágrafo 1º do artigo 100. Ou seja, a Constituição declara que os benefícios previdenciários possuem natureza alimentar, assim como a remuneração do trabalhador, e terão preferência sobre outros débitos que não possuam essa qualidade.

Em decisão proferida nos autos da apelação cível, a Relatora traz à tona uma importante reflexão: “Os princípios da razoabilidade, da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana, aplicados à hipótese, conduzem à impossibilidade de repetição das verbas previdenciárias. Trata-se de benefício de caráter alimentar, recebido pelo beneficiário de boa-fé”. (STF. ARE 734199, Rel. Min. Rosa Weber). (TRF4, AC 0001441-81.2016.404.9999, QUINTA TURMA, Relatora TAÍS SCHILLING FERAZ, D.E. 20/03/2017).

A jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região já vivenciava tal princípio em seus primeiros⁵ anos de atividade, nos julgamentos das ações previdenciárias, como se pode verificar logo abaixo, na decisão datada de 22/05/1991, em que a Relatora Ellen Gracie (hoje Ministra do Supremo Tribunal Federal) narra a responsabilidade da “concubina” em restituir os valores recebidos indevidamente a título de pensão por morte do segurado (TRF4,

⁵ O Tribunal Regional Federal da 4ª. Região, que possui jurisdição sobre os Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná foi instalado em Porto Alegre, no dia 30 de março de 1989.

AC 89.04.18753-2, PRIMEIRA TURMA, Relatora para Acórdão ELLEN GRACIE NORTHFLEET, DJ 22/05/1991).

Isso porque a necessidade de repetição de parcelas previdenciárias vai contra o princípio da irrepetibilidade, justamente por que está presente (ainda que implicitamente) a má-fé daquela que continuou recebendo valores que sabia serem indevidos.

Em seguida, em meados de 1995 também se encontra uma referência sucinta em relação ao referido princípio (TRF4, AG 95.04.31687-5, QUINTA TURMA, Relator AMIR JOSÉ FINOCCHIARO SARTI, DJ 16/11/1995).

Mais tarde, outras decisões são encontradas mencionando claramente o princípio da irrepetibilidade das parcelas beneficiárias recebidas de boa-fé, inclusive mencionando que tal decisão tem precedentes no Superior Tribunal de Justiça (TRF4, AC 2001.71.00.024460-8, QUINTA TURMA, Relator OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA, DJ 28/09/2005).

No caso acima, a segurada ingressou com ação ordinária postulando o restabelecimento do seu benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez bem como a declaração de inexistência da cobrança feita pelo INSS. A cobrança feita pelo Instituto teve origem em procedimento administrativo instaurado a partir de revisão do benefício, momento em que a autarquia constatou que a segurada recebia uma aposentadoria pelo regime próprio do município porque havia exercido a função de professora municipal.

Em que pese o Tribunal ter declarado que a beneficiária não fazia jus ao benefício pelo Regime Geral de Previdência Social, uma vez que sua função no magistério municipal a retirava do âmbito rural de economia familiar, foi decidido que as verbas recebidas a título de aposentadoria por invalidez na condição de segurada

especial possuíam caráter alimentar e, tendo em vista que foram recebidas de boa-fé, eram irrepetíveis.⁶

A partir daí até as decisões mais recentes, o TRF4 tem, de forma unânime, decidido sob o prisma do princípio da irrepetibilidade dos benefícios previdenciários recebidos de boa-fé (TRF4, AC 5005941-85.2015.404.7204, SEXTA TURMA, Relator JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA, juntado aos autos em 11/09/2017).

Essa decisão é de ação proposta pelo INSS postulando o ressarcimento de benefício previdenciário pago, de acordo com a autarquia, indevidamente, uma vez que a beneficiária não possuía os requisitos necessários para a concessão da benesse.

Com isso, percebe-se que o princípio da irrepetibilidade dos benefícios previdenciários também não é um princípio isolado na jurisprudência e na doutrina, pelo contrário, trabalha junto com os princípios da boa-fé e da dignidade da pessoa humana, reforçando a finalidade da Previdência Social que é de proteção dos seus segurados.

Além dos princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé e da irrepetibilidade dos benefícios recebidos de boa-fé, é elemento integrante que fundamenta o posicionamento adotado pelo TRF4 e pelo STJ o caráter alimentar dos benefícios previdenciários, já que são – como regra geral – substitutivos do salário auferido pelo indivíduo durante a sua vida labora ativa, como será visto no próximo capítulo.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 7º, inciso IV, traz como um direito fundamental social a garantia de um salário mínimo apto a atender as principais necessidades do trabalhador e de sua família, tais como moradia, alimentação, educação, saúde.

Dessa forma, nos moldes expendidos pelo Professor Maurício Godinho Delgado, o papel socioeconômico do salário é o lhe dá a sua

⁶ Manifestação do Relator: Por outro lado, não há falar em devolução dos valores concernentes aos benefícios percebidos de boa-fé pela demandante (fl. 74), em razão do princípio da irrepetibilidade ou da não-devolução dos alimentos.

natureza alimentar, ou seja, o indivíduo desenvolve uma atividade laborativa em troca de um pagamento que lhe garantirá a vida em sociedade. Assim, “o salário atende, regra geral, a um universo de necessidades pessoais e essenciais do indivíduo e de sua família. [...]”. A natureza alimentar do salário é que responde por um razoável conjunto de garantias especiais que a ordem jurídica defere à parcela – impenhorabilidade, inclusive” (2016, p. 811).

Nesse contexto, os valores pagos pela Previdência Social, a título de benefício previdenciário, possuem, da mesma forma, natureza alimentar, pois substituem o salário que era auferido pelo segurado até a ocorrência de uma das contingências previstas nos incisos I a V do artigo 201 da Constituição Federal e passam a garantir a manutenção do beneficiário e do seu grupo familiar (MARTINEZ, 2013, p. 777).

Essa “manutenção” está relacionada à sobrevivência do indivíduo, e de sua prole, dentro do padrão que anteriormente era proporcionado pelo salário, ou seja, capacidade de comprar alimentos, de assegurar moradia, transporte, entre tantas outras necessidades diárias (GAIO; NUNES, 2014, p. 165).

Igualmente, o caráter alimentar das parcelas beneficiárias está fundamentado no fato de que esses valores também representam ao segurado uma garantia de amparo financeiro que, em momentos de incapacidade, lhe proporcionarão dignidade humana até seu retorno ao trabalho ou durante a sua inatividade (GAIO; NUNES, 2014, p. 165).

Em mais um momento, a Constituição Federal de 1988 assenta a natureza alimentar dos benefícios previdenciários, ao mencionar no parágrafo 2º do artigo, que “nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo”. Essa garantia tem origem no importante princípio da irredutibilidade do valor do benefício previdenciário que foi estampado no artigo 194, parágrafo único, inciso IV do mesmo Diploma.

Na seara jurisprudencial, constata-se que essa qualidade de natureza alimentar dos benefícios previdenciários já era trabalhada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região desde 1989 (TRF4, AC 89.04.00082-3, SEGUNDA TURMA, Relator OSVALDO MOACIR ALVAREZ, DJ 11/07/1989) (sem grifo no original).

Em seguida é proferida outra decisão, agora do ano de 1997, em que o Relator se manifesta no mesmo sentido em relação ao caráter alimentar dos benefícios previdenciários (TRF4, AC 96.04.33402-6, SEXTA TURMA, Relator JOÃO SURREAUX CHAGAS, DJ 05/03/1997).

A permanência do entendimento do TRF4 quanto ao caráter alimentar dos benefícios previdenciários pode ser observada quando as decisões mais recentes (anos 2016 e 2017) também atribuem essa característica às referidas parcelas (TRF4, AC 5000600-88.2014.404.7018, SEXTA TURMA, Relator JOÃO BATISTA PINTO SILVEIRA, juntado aos autos em 19/12/2016).

No caso acima, o INSS verificou que o beneficiário não preenchia todos os requisitos para a percepção de benefício previdenciário de aposentadoria e, após cessar a benesse, passou a cobrar do segurado o ressarcimento dos valores. Inconformado, o segurado ingressou imediatamente com ação ordinária de restabelecimento de benefício, requerendo também o afastamento da cobrança.

O segurado teve sua pretensão parcialmente provida, pois o juízo deferiu apenas o afastamento da necessidade de devolução dos valores recebidos indevidamente frente ao caráter alimentar das parcelas e a boa-fé do beneficiário ao recebe-las – decisão que foi confirmada pelo juízo *ad quem*.

Por fim, menciona-se decisão proferida em setembro deste ano, cujo posicionamento do Tribunal de irrepetibilidade dos benefícios recebidos de boa-fé continua pautado pelo caráter alimentar desses valores (TRF4, AC 5040127-23.2017.404.9999, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC, Relator JORGE ANTONIO MAURIQUE, juntado aos autos em 20/09/2017).

Resumidamente, a autarquia previdenciária cobrava valores pagos ao beneficiário a título de auxílio-acidente e auxílio-doença, porque formam auferidos de forma cumulada, ou seja, houve recebimento indevido de benefício. Entretanto, confirmando o que já vem sendo decidido pelo Tribunal desde as primeiras demandas, tendo em vista a presença da boa-fé do beneficiário na percepção dos valores, o Egrégio Julgador entendeu pela não devolução das verbas em razão do caráter alimentar que elas possuem.

Por outro lado, se comprovada a má-fé do beneficiário no recebimento de parcelas previdenciárias, verifica-se que o caráter alimentar dessas verbas perde a sua eficácia, pois a jurisprudência decide pela necessidade do ressarcimento, nos termos das decisões que serão em seguida analisadas (TRF4, AC 90.04.23126-9, PRIMEIRA TURMA, Relator ARI PARGENDLER, DJ 20/03/1991).

Continuando o raciocínio de forma crescente, percebe-se que, desde as primeiras demandas, o Tribunal Regional Federal já se manifestava favoravelmente à necessidade de devolução dos valores previdenciários percebidos de má-fé (TRF4, AC 5007651-20.2013.404.7202, TERCEIRA TURMA, Relatora SALISE MONTEIRO SANCHOTENE, juntado aos autos em 12/02/2015).

Em consonância com a corrente adotada nos primeiros julgamentos, a decisão acima foi favorável quanto à repetibilidade de prestações previdenciárias recebidas indevidamente pela dependente do segurado instituidor a título de auxílio-reclusão, em razão de ter ficado comprovada a presença da má-fé (TRF4, AC 5059059-40.2014.404.7000, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DO PR, Relator LUIZ FERNANDO WOWK PENTEADO, juntado aos autos em 21/09/2017).

Acima, o caso foi de segurado que requereu e recebeu indevidamente benefício previdenciário de aposentadoria por invalidez, haja vista que voltou a trabalhar de forma esporádica (inclusive em atividades que exigem esforço – como pedreiro) e não comunicou o fato à autarquia. Entendendo o Tribunal que foram suficientes as provas apresentadas pelo INSS de que o

beneficiário estava agindo de má-fé, confirmou a sentença que deu origem ao recurso de apelação interposta pelo segurado.

Assim, a análise jurisprudencial promovida em conjunto com a pesquisa doutrinária traz de forma muito clara que, independentemente do tipo de ação que chega ao judiciário, o caráter alimentar atribuído aos benefícios previdenciários é um dos elementos, porque não se pode esquecer da importância o do princípio da dignidade da pessoa humana nesse campo, que fundamentam a irrepetibilidade de benefícios recebidos de boa-fé.

Ação de repetição de indébito é a ação processual pela qual a Previdência Social exige o ressarcimento de valores pagos ao segurado (ou seus dependentes) a título de parcelas previdenciárias.

Não foram encontrados dados estatísticos a respeito do aumento de ações de repetição de indébito no TRF4, e, portanto, não é possível trazer informações precisas a respeito do assunto. Todavia, fazendo uma pesquisa jurisprudencial no TRF4 a título de demonstração, a partir das mesmas palavras chave e em períodos diferentes, percebe-se o seguinte:

Quadro 1 – Acórdãos pesquisados

grupo de palavras	período	quantidade de julgados
“previdenciário, benefício, recebimento indevido, devolução”	01/01/1989 a 31/12/2000	6
	01/01/2001 a 31/12/2010	596
	01/01/2011 a 05/10/2017	5.103
“cobrança, benefício previdenciário, pagamento indevido”	01/01/1989 a 31/12/2000	4
	01/01/2001 a 31/12/2010	1.202
	01/01/2011 a 05/10/2017	14.783

Fonte: Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2017.

Em ambos os grupos, os últimos anos apresentam um número expressivamente de julgamentos que os primeiros anos, sendo possível perceber que também houve aumento na quantidade de benefícios pagos indevidamente.

As causas que provocam o recebimento indevido de benefícios previdenciários serão divididas, neste trabalho, da seguinte forma: 1) erro da Administração – cujas ações são propostas ora pelo INSS (em ação de cobrança), ora pelo próprio beneficiário (nas ações declaratórias de inexistência de devolução de valores recebidos indevidamente e nas de restabelecimento de benefício cancelado); 2) por fraude (má-fé) do beneficiário ou de terceiros; e 3) erro de proibição. Nesses dois últimos casos, é necessário esclarecer que a ação é na esfera penal.

O próprio Instituto Nacional de Seguridade Social, por meio de seus servidores, pode cometer um equívoco no momento de analisar os documentos apresentados pelo requerente e concede o benefício, quando o segurado, na verdade, não preenche todos os requisitos.

Em palavras simples, o erro administrativo é o resultado do descumprimento de um dever de ofício por parte do órgão público e que acarreta prejuízo à Administração Pública. É a falsa representação da realidade ou mesmo uma interferência externa (coação física ou moral) sobre a manifestação de vontade (SANTOS FILHO, 2014, p. 190).

Nesses casos, nota-se que o INSS busca o ressarcimento dos valores pautado no que dispõe o artigo 115 da Lei de Benefícios (Lei 8.213/91) e também o artigo 154 do Decreto 3.048/99 (regulamento da Previdência), conforme voto do Relator nos autos da apelação cível nº 5022540-85.2017.4.04.9999, oriunda da Justiça Federal do Estado de Santa Catarina.

A jurisprudência revela inúmeros casos de concessão indevida de benefícios previdenciários. Nesse caso, não se está falando dos casos de má-fé do segurado, ao contrário, são aqueles

requerimentos feitos ao INSS com um sentimento de boa-fé, de convicção acerca do direito de perceber o benefício.

No caso abaixo, a beneficiária ingressou com ação ordinária postulando a declaração de inexigibilidade de valores cobrados pela autarquia previdenciária a título de pensão por morte, tendo em vista que – por erro administrativo – foi pago à demandante e à companheira do segurado instituidor, o valor integral referente à parcela beneficiária (quando o valor deveria ter sido rateado) (TRF4, AC 0012109-14.2016.404.9999, SEXTA TURMA, Relatora VÂNIA HACK DE ALMEIDA, D.E. 28/04/2017).

O voto da Relatora foi convicto, conforme o trecho abaixo transcrito, ao afirmar que, em se tratando de erro administrativo na concessão do benefício, especialmente quando a própria autarquia admite que cometeu equívoco, não há que se falar em devolução dos valores percebidos pela beneficiária de boa-fé.

Na ação ordinária interposta pela beneficiária contra o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) objetivando o restabelecimento da pensão por morte da mãe (TRF4, AC 5032247-15.2015.404.7100, SEXTA TURMA, Relatora SALISE MONTEIRO SANCHOTENE, juntado aos autos em 04/09/2017), os fatos que deram origem à lide relatam irregularidades na concessão de benefício de pensão por morte à filha de segurada instituidora, consistente no fato de que não seria razoável que a filha, que já percebia uma aposentadoria por invalidez no valor de R\$ 3.658,02, fosse dependente da mãe – que recebia benefício no valor de um salário mínimo.

Assim, a Relatora acolheu a decisão do juízo *a quo* na sua integralidade, inclusive transcrevendo a fundamentação proferida em relação à desnecessidade dos valores recebidos a título de pensão por morte pela filha da falecida, tendo em vista que não haviam nos autos nenhuma prova de que a beneficiária tivesse agido de má-fé.

No mesmo sentido foi a decisão proferida nos autos da apelação cível nº 0008089-14.2015.404.9999, cuja origem é ação

cível intentada pelo beneficiário requerendo a declaração de inexistência de devolução de valores recebidos indevidamente a título de benefício previdenciário de auxílio-doença (TRF4, AC 0008089-14.2015.404.9999, QUINTA TURMA, Relator ROGER RAUPP RIOS, D.E. 20/03/2017).

A insurgência contra a sentença sobreveio de ambas as partes (INSS e beneficiário), tendo em vista que a decisão foi de procedência em relação ao pedido da beneficiária para declarar a inexistência do débito decorrente de pagamento indevido de benefício previdenciário de auxílio doença, mas improcedente o pedido de indenização por danos morais.

Dessa forma, extrai-se da análise feita a partir da jurisprudência do TRF4, que o recebimento indevido de benefício previdenciário por erro da própria Previdência Social, não impõe ao beneficiário – desde que tenha agido de boa-fé – o dever de devolver as parcelas. Isso porque, ainda que a benesse não seja devida ao segurado/beneficiário e que esse pagamento indevido tenha causado prejuízo ao erário público, os princípios da boa-fé e da dignidade da pessoa humana aliados ao caráter alimentar dessas parcelas fundamentam a sua irrepetibilidade.

Importante ressaltar que, independentemente de haver ação cível de cobrança de valores recebidos indevidamente, surge, em alguns casos, conforme será trabalhado a seguir, a possibilidade de o sujeito que se beneficiou com parcelas previdenciárias (seja segurado, seu dependente ou terceiro) incidir no tipo penal previsto no artigo 171, § 3º do Código Penal Brasileiro, conhecido como estelionato previdenciário, cuja competência para ação penal é do Ministério Público Federal, uma vez que se trata de crime contra autarquia federal.

O estelionato previdenciário é uma prática criminosa carregada de artil e má-fé, com um fim específico de obter vantagem, causando prejuízo a outrem (nesse caso a vítima é o INSS). O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, caracterizando o

crime como comum e a vítima – no caso do estelionato previdenciário – é a autarquia federal (CUNHA, 2016, p. 340-341).

As pesquisas jurisprudenciais apontam para as primeiras referências à prática defraude para obtenção de benefício no ano de 1989 (TRF4, AC 89.04.15327-1, SEGUNDA TURMA, Relator OSVALDO MOACIR ALVAREZ, DJ 19/09/1989).

Tendo em vista que os acórdãos não estão disponíveis para consulta, extrai-se da decisão acima que se trata de um benefício previdenciário de aposentadoria por idade (na época denominado aposentadoria por “velhice”), em que o INSS suspeitou de fraude (por ser um vínculo empregatício entre parentes), porém, não conseguiu comprová-la.

Em decisão publicada no ano de 1994, verifica-se que houve a comprovação da prática um meio fraudulento para obtenção de um benefício previdenciário. Neste caso específico o sujeito utilizou-se da inserção de dados falsos na Carteira Profissional, prática menos comum nos últimos anos em razão dos recursos utilizados nos novos documentos para evitar as fraudes (TRF4, ACR 94.04.04024-0, TERCEIRA TURMA, Relator MANOEL LAURO VOLKMER DE CASTILHO, DJ 24/08/1994).

O julgado seguinte, datado de 10/06/2010, já traz de forma mais específica e detalhada as elementares do crime de estelionato previdenciário ou majorado – nomenclatura atribuída em razão justamente da majoração na pena por tratar-se de entidade pública (TRF4, ACR 2007.71.10.002190-5, OITAVA TURMA, Relator LUIZ FERNANDO WOVK PENTEADO, D.E. 10/06/2010).

Percebe-se que o Relator destacou o elemento subjetivo do referido delito – dolo, sem o qual o crime não se configura. Isso porque, conforme bem ensina Rogério Sanches “o dolo deve abranger não só o ato de indução ou manutenção da vítima ao equívoco, como também o meio fraudulento empregado, a vantagem ilícita e o prejuízo alheio” (2016, p. 345).

O estelionato previdenciário é considerado, de forma pacífica pelos tribunais, como crime permanente quanto ao beneficiário das

parcelas e instantâneo quanto a terceiro que se beneficie ou que colabore para a prática do delito.

Para ilustrar essa conclusão, são trazidas as seguintes decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, onde, de forma uníssona, os Relatores afirmam a característica permanente do estelionato majorado.

Por outro lado, há casos em que resta comprovado que a parte, em que pese ter concorrido para o crime, ou seja, ter recebido o benefício indevidamente, encontra-se sob a excludente de culpabilidade denominada “erro de proibição”.

O erro de proibição é uma causa que exclui a ilicitude do fato praticado pelo sujeito e vem descrito no artigo 21 do Código Penal. Observa-se que raríssimos são os casos em que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região admite a ocorrência dessa excludente.

No Estado brasileiro não se admite a alegação de desconhecimento da lei como forma de defesa, todavia, em alguns casos, ainda que se presuma que o indivíduo conheça a lei, pode ele, dadas algumas circunstâncias, incidir em “erro quanto à proibição do seu comportamento, valorando equivocadamente a reprovabilidade da sua conduta, podendo acarretar a exclusão da culpabilidade” (CUNHA, 2016, p. 287).

Complementando, o doutrinador Rogério Sanches Cunha ainda refere dois fatores importantes que integram o erro de proibição: ele pode inescusável ou escusável. Neste último caso, o agente comete o crime sem ter consciência da ilicitude dos seus atos e a realidade na qual ele está inserido não lhe permite ter essa “consciência”, permitindo afastar a culpabilidade.

Segundo as decisões encontradas, é verificado e aceito esse tipo de defesa nos casos de pessoas com pouquíssimo conhecimento, como os analfabetos ou semianalfabetos, que geralmente residem sozinhos e não dispõem de fontes suficientes de informação.

Em outro caso, houve denúncia do Ministério Público Federal imputando a três pessoas a prática do crime de estelionato previdenciário, haja vista comunhão de esforços para, de forma

fraudulenta, obter o recebimento de benefício assistencial para uma das acusadas. A sentença foi procedente e os réus, inconformados com a decisão, apelaram (TRF4, ACR 5002859-97.2011.404.7006, OITAVA TURMA, Relator NIVALDO BRUNONI, juntado aos autos em 21/08/2015).

O Tribunal, porém, entendeu que uma das denunciadas agiu sob a excludente de culpabilidade do erro de proibição, que, ocorre quando, nas palavras do Relator Nivaldo Brunoni, “o agente atua sem consciência do caráter ilícito de sua conduta; isto é, deseja realizar determinada conduta, desconhecendo se tratar de conduta proibida”.

O Juízo *ad quem* entendeu que o conjunto probatório produzido no curso da investigação demonstrou que a denunciada que recebeu o benefício assistencial não tinha condições de compreender a ilicitude do seu comportamento.

O relator concluiu que, nesse caso específico, dadas as circunstâncias fáticas, ficou claro que a beneficiária não tinha consciência de que não tinha direito ao benefício requerido. Aliás, como bem acentuou o Relator, a beneficiária não possuía consciência da ilicitude e “não possuía condições de atingi-la, isto é, agiu sob causa excludente de culpabilidade, razão pela qual deve ser absolvida da imputação contida na denúncia, nos termos do art. 386, VI, do Código de Processo Penal”.

Isso nos conduz a perceber que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região possui entendimento consolidado em relação à necessidade de comprovação “inequívoca” de que o sujeito acusado não possuía condições de compreender que estava cometendo infração penal (TRF4, ACR 0027946-23.2009.404.7100, SÉTIMA TURMA, Relator SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ, D.E. 07/07/2015).

Dessa forma, nota-se que o TRF4 possui posicionamento consolidado em relação à possibilidade de configuração de erro de proibição, exigindo que a defesa comprove que a parte acusada não possui condições psicológicas (compreensão da realidade) e culturais (pessoas pouco ou não alfabetizadas, por exemplo) de entender que está cometendo ilícito penal, dispensando meras alegações de

“desconhecimento da lei” ou de “dificuldades financeiras” (TRF4, ACR 5015904-17.2015.404.7108, SÉTIMA TURMA, Relatora CLÁUDIA CRISTINA CRISTOFANI, juntado aos autos em 13/09/2017).

A decisão deu-se em sede apelação criminal interposta pelo denunciado que não se conformou com a sentença que o condenou pelo crime de estelionato majorado após diversos saques de parcelas previdenciárias após o óbito do seu genitor. Nota-se que a Defesa trabalhou sobre a tese de que o então denunciado incorreu em erro de proibição, ou seja, não tinha consciência sobre a ilicitude do ato.

A Relatora Cláudia Cristina Cristofani, em seu voto, citou o artigo 21 do Código Penal, que dispõe acerca do erro de proibição. As provas produzidas nos autos da ação penal demonstraram que o denunciado sabia o que estava fazendo e queria fazer, ou seja, tinha plena consciência da ilicitude dos seus atos, pois “quem, sabendo do falecimento de um indivíduo, acredita poder permanecer recebendo benesses que eram devidas a terceiro? ”.

No segundo julgado analisado, o acusado recebeu parcelas de benefício previdenciário de pensão por morte quando, ao tempo do óbito da segurada, estavam separados de fato. Na sua defesa, também sobreveio a tese de ocorrência de erro de proibição (TRF4, ACR 5001201-90.2015.404.7105, SÉTIMA TURMA, Relator GERSON LUIZ ROCHA, juntado aos autos em 23/08/2017).

Nesse caso não foi diferente o posicionamento do Egrégio Tribunal, porquanto o Relator Gerson Luiz Rocha entendeu que não houve erro de proibição, pois ficou claramente comprovado que o denunciado tinha consciência da ilicitude dos seus atos e assim se pronunciou a respeito do assunto

Enfim, é por meio das ações cíveis que, tanto o Instituto Nacional do Seguro Social - cobrando valores pagos indevidamente - a, quanto o beneficiário - requerendo a declaração de inexistência de cobrança desses valores -, ingressam na Justiça Federal para pleitear seus direitos. Aliás, direitos que, de um lado estão relacionados ao interesse público (o que assiste razão ao

pleito do INSS), mas que, de outro, estão interligados à questões fundamentais como dignidade da pessoa humana e caráter alimentar dos benefícios previdenciários - que, como se pode perceber com a pesquisa realizada - fundamentam o posicionamento jurisprudencial do TRF4 de irrepetibilidade dos benefícios recebidos indevidamente de boa-fé.

Considerações finais

A pesquisa na legislação e na doutrina, além da análise jurisprudencial acerca do posicionamento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região em relação à necessidade de devolução dos valores recebidos indevidamente da Previdência Social a título de benefício previdenciário, quando o titular age com boa-fé revelou que, o recebimento indevido de benefícios previdenciários pode resultar em ações cíveis e penais, cuja competência é da Justiça Federal. As cíveis podem ser intentadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social para cobrança dos valores pagos de forma indevida, mas também podem ser iniciadas pelo beneficiário que, por sua vez, pleiteia a declaração de inexigibilidade de ressarcimento das parcelas e, em alguns casos, requer o restabelecimento da benesse.

Na esfera cível (tanto do INSS quanto do beneficiário), o Tribunal analisa duas questões importantes que se distinguem: se o beneficiário concorreu para a concessão indevida do benefício ou se a causa foi erro da administração. Isso porque, nos casos em que o beneficiário deu causa ao recebimento indevido, é preciso comprovação - uma vez que a boa-fé do beneficiário é presumida - de que ele agiu de má-fé, ou seja, que ele tenha de forma consciente colaborado por meio de atos fraudulentos para o recebimento indevido dos referidos valores.

Se houver erro da própria autarquia na concessão do benefício que levou o beneficiário a acreditar que tinha direito às verbas, não será permitida a cobrança dos valores. Por outro lado, havendo má-fé do beneficiário, o caráter alimentar não é capaz de

impedir a devolução dos valores, podendo o INSS cobrá-los, pois a má-fé demonstra que o sujeito tinha consciência da precariedade do pagamento, o que lhe impedia de recebê-lo.

Seguindo nesta linha, quando fica demonstrada a má-fé do segurado ou dependente que se beneficiou dos valores, é cabível a ação na esfera penal, cuja competência para oferecimento da denúncia é do Ministério Público federal e o crime praticado é o estelionato na forma majorada, previsto no artigo 171, §3º do Código Penal.

Assim, verificou-se que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, posiciona-se pela irrepetibilidade dos valores recebidos indevidamente nos casos em que o beneficiário recebeu as parcelas de boa-fé, fundamentando suas decisões no princípio da dignidade da pessoa humana (princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro) e pelo caráter alimentar atribuído a tais parcelas.

Referências

ALVIM, Rui Carlos Machado. Crítica da Interpretação e da Aplicação da Legislação Previdenciária. **Doutrinas Essenciais de Direito do Trabalho e da Seguridade Social**. Vol. 5. 2012.

ALVIM, Rui Carlos Machado. Uma história crítica da legislação previdenciária brasileira. **Revista de Direito Previdenciário** | vol. 1/2013 | p. 11 - 52 | Nov - Dez / 2013.

BALTAZAR Junior, José Paulo. **Crimes Federais**. São Paulo: Saraiva. 2014.

BARROSO, Luis Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. 2010. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/>>. Acesso em: 06 nov. 2015.

BERTUSSI, Luís Antônio Sleimann; TEJADA, César A. O. **Conceito, estrutura e evolução da previdência social no Brasil**. Disponível em: <<http://cepeac.upf.br/>>. Acesso em: 20 nov. 2015.

BOTELHO, Virgínia. Um novo conceito de proteção social. **Revista Estudos Feministas**. V 4, n. 2. 1996. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

BRAGANÇA, Kerlly H. **Manual de Direito Previdenciário**. 8. ed. São Paulo: Método, 08/2012.

BRASIL, **Constituição Federal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 23 de set. de 2016.

_____. Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999. **Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048compilado.htm>. Acesso em 2017.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-
lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em 2017.

_____. Lei nº 8.212 de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212
compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212compilado.htm)>. Acesso em 2017.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213compilado.htm>. Acesso em 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. Rio de Janeiro: Jus PODIVM, 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2016.

DUARTE, Marina Vasques. **Beneficiários**: Segurados e Dependentes do RGPS. Artigo publicado em 16.09.2005. Disponível em <[http://www.
revistadoutrina.trf4.jus.br/](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/)>. Acesso em: 05 ago. 2017.

FILARDI, Felice Valentino Gaio; PONTES, Fernando de Oliveira; GOMES, José Maria Machado. A Previdência Social e a dignidade da pessoa humana. **Revista Interdisciplinar de Direito**. Faculdade de Direito de Valença. Rio de Janeiro: 2010. Disponível em <<http://faa.edu.br/revistas>>. Acesso em: 03 out. 2017.

FRANÇA, Álvaro Sólon de. **Previdência Social**: 90 anos combatendo a pobreza e reduzindo as desigualdades sociais. Disponível em: <<http://anfip.org.br>>. Acesso em: 12 nov. 2015.

GAIO Júnior, Antônio Pereira; NUNES, Flávio Filgueira. **A irrepetibilidade dos benefícios previdenciários em razão da reversão da tutela antecipada**. p. 164/173. 2014. Disponível em: <<https://www.lex.com.br/Doutrinas.aspx>>. Acesso em: 04 mar. 2017.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de Direito Previdenciário**. São Paulo: LTr. 2013.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais**. São Paulo: Saraiva. 1994.

PEREIRA JÚNIOR, Aécio. **Evolução histórica da Previdência Social e os direitos fundamentais**. Disponível em: <<http://qualidade.ieprev.com.br>>. Acesso em: 10 out. 2016.

REALE, Miguel. **A boa-fé no Código Civil**. 2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/index.html>>. Acesso em: 2017.

SANTOSFILHO, Oswaldo de Souza. **O erro administrativo e a devolução de valores pagos aos beneficiários do INSS**. Belo Horizonte, p. 189-197, dez. 2014.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. São Paulo: Atlas, 2014.

Controle de Convencionalidade: a eficácia da proteção aos Direitos Humanos na América Latina e os desafios do Brasil a partir de sua implantação no ordenamento jurídico interno

Lucas Hahn Spalding¹

Francine Canisi²

1 Introdução

O Estado Democrático de Direito vigente no Brasil é fruto de um processo de transformações históricas ocorridas através de conflitos sociais, políticos e culturais ao redor do mundo. Embora não se constituam exclusividade brasileira, por aqui se verificam significativas carências no tocante à proteção dos direitos fundamentais que sustentam a referida ideologia democrática conquistada com profuso esforço ao longo do tempo. E não há como discutir as mazelas existentes no contexto social pátrio sem abordar a problemática atinente aos Direitos Humanos, tema historicamente recente, mas já debatido com proeminência em diversas searas da comunidade.

Com efeito, a tutela dos Direitos do Homem – como outrora chamados pelos liberais franceses – se constitui hoje o principal

¹ lucas_hs1909@hotmail.com

² francinecanisi@upf.br

objeto de questionamento pelos governos e organizações internacionais, no sentido de como implementá-la, e garantir sua efetividade em escala global. Isso porque o atual Estado de Direito pressupõe a prevalência dos Direitos Fundamentais, pilares do desenvolvimento do ser humano e da sociedade como um todo. E falar de Direitos Fundamentais é falar de Direitos Humanos. Deveras, diversos fatores convergiram para o entendimento de que certos valores devem nortear o modo como a sociedade se organiza e estabelece suas normas. Contudo, tal processo não ocorreu de forma homogênea.

A proteção aos Direitos Humanos ainda se caracteriza como um processo em consolidação na ordem jurídica internacional. Não obstante a atual bem delineada estrutura europeia neste sentido, grande parte das nações carece da eficácia de tal tutela em seus ordenamentos internos. No âmbito latino-americano, análoga situação ocorre com o Brasil, que vivenciou um estímulo na adesão a esse novo parâmetro jurídico apenas no cenário de redemocratização política, já na década de 1980. Veja-se que a ratificação à Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto San Jose da Costa Rica) só ocorreu em 1992, com o posterior reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos no ano de 1998, situações que fazem da aplicabilidade dos direitos humanos consagrados universalmente um desafio recente para nosso país.

Há de se ressaltar, contudo, que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu cláusulas abertas, com o intuito de prever a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, consoante se depreende do artigo 5º, §2º da Lei Maior, e, assim, constitui-se hoje como o instrumento mais avançado concernente à proteção dos direitos fundamentais em toda a história brasileira, corroborando seu teor garantista. Porém, muito embora relevante parcela dos tratados internacionais – e especialmente aqueles relativos a direitos humanos – tenham sido subscritos pelo Brasil,

percebe-se a falta de mecanismos capazes de tornar referida tutela, de fato, princípio intocável no ordenamento jurídico nacional.

Com o intuito de criar uma represália jurídica ao cenário ditatorial, a inovação legislativa promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 - que acrescentou o §3º ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988 - trouxe um novo filtro à produção normativa doméstica. Para além do já tradicional controle de constitucionalidade, a legislação brasileira passou a ser apreciada pelo controle de convencionalidade, assim entendido o processo que tem por objetivo compatibilizar a norma infraconstitucional aos parâmetros previstos pelos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Em outras palavras, a lei ordinária deverá passar por um duplo crivo de compatibilidade para que tenha validade no ordenamento interno.

Paralelamente, a emergência desse novo cenário suscita discussões acerca da soberania nacional, característica comum aos Estados reconhecidamente independentes. A imersão na lógica protecionista dos Direitos Humanos em escala global promove mudanças na medida em que a respectiva legislação interfere no ordenamento jurídico interno. De fato, estar submetido à jurisdição de organismo internacional significa estar sujeito às sanções por ele impostas. A responsabilização internacional, pois, é consequência do parâmetro estabelecido para a tutela daqueles direitos tidos como fundamentais. Nesse ínterim, os sistemas nacionais abriram espaço para uma interferência do Direito Internacional nunca antes vista, avalizando a expansão da tutela dos Direitos Humanos. É dizer, a soberania, em seu conceito teórico clássico, não mais se encaixa nos ditames sociais exigidos mundialmente. Sua relativização é fruto de um processo gradual de normatização que atenda aos interesses do ser humano, confirmando a transição para um Estado voltado à cidadania universal.

Logo, se pretende constatar as deficiências da proteção aos direitos humanos no Brasil, a partir dos casos julgados pela Corte

Interamericana de Direitos Humanos em desfavor do país. Simultaneamente, expandindo o olhar para os demais Estados latino-americanos, quer-se vislumbrar perspectivas de formação de uma comunidade jurídica em matéria de direitos humanos, a partir do diálogo entre jurisdições. Para tanto, é indispensável demonstrar que o controle de convencionalidade se faz elemento essencial nesse processo, adquirindo maior relevância após a inserção da EC nº 45/2004 como referencial para a produção normativa doméstica.

2 Os Tratados Internacionais no Ordenamento Jurídico Brasileiro

De início, cabe mencionar alguns aspectos básicos relativos aos tratados celebrados na esfera do Direito Internacional, em função de seu valor para a positivação daquelas normas, bem como para fins de introdução à abordagem do conteúdo desse capítulo. Como se verá, os tratados tornaram-se sinônimo da ingerência exercida pelo Direito Internacional nos ordenamentos internos, constituindo-se elementos influentes para a legislação e jurisprudência pátrias.

O jurista argentino Cesar Díaz Cisneros afirma que os tratados internacionais são, incontestavelmente, a principal e mais sólida fonte do Direito Internacional Público na atualidade. São dois os motivos. Primeiramente, porque consolidam segurança e estabilidade às relações internacionais que regulam. E, segundo, porque tornam o *jus cogens* (“direito das gentes”) mais genuíno e representativo, pois evidenciam a expressão de vontade independente e conjugada dos Estados e das organizações internacionais, entes sem os quais, não sobreviveriam (CISNEROS, 1955).

Tal entendimento acerca da pertinência destes documentos é ratificado por Alberto do Amaral Júnior:

“Grande parte das normas internacionais existentes teve origem na conclusão de tratados e convenções entre os Estados. Desde a mais remota antiguidade, os tratados têm servido aos mais diferentes fins, entre os quais se destacam a constituição de alianças militares de caráter defensivo, a celebração da paz, o estabelecimento das linhas fronteiriças entre os países e a intensificação do intercâmbio econômico e cultural” (AMARAL JUNIOR, 2015, p. 47).

A evolução do Direito Internacional culminou com a necessidade de sua codificação, especialmente diante da importância adquirida pelos tratados nas relações globais. E essa percepção se originou do processo de multilateralidade da formação de tratados, bem como do surgimento de novos entes internacionais, em um panorama que se consolidava e precisava de respaldos jurídicos.

2.1 O processo de incorporação dos tratados internacionais no Brasil

No contexto de superação do conceito clássico de soberania, face à sua relativização causada pelo enraizamento do Direito Internacional, surge também o questionamento acerca do método de internalização dessa normativa na jurisdição nacional. Logo, discorrer acerca da formação dos tratados internacionais se faz relevante para a compreensão das nuances envolvidas nesse procedimento, que gera significativas mudanças nos países pactuantes.

É importante ressaltar, contudo, que a ingerência desse ramo do Direito não disciplina o modo pelo qual os Estados o reconhecem. Não obstante a coercibilidade com a qual o Direito Internacional ganhou espaço, a sistemática do exercício de celebrar tratados fica a cargo de cada nação. Por isso, as Constituições apresentam variações quanto ao processo de conclusão desses pactos. (PIOVESAN, 2017).

De maneira geral, o compromisso internacional firmado por um Estado é resultado de uma série de etapas, necessárias ao estabelecimento das condições nas quais o mesmo será exercido na ordem nacional, e, eventualmente, reclamado no plano internacional. Desde as preliminares tratativas, até o depósito da ratificação no órgão habilitado, um tratado é cercado de procedimentos formais que o revestem de significado jurídico para as nações envolvidas.

Nesse sentido, podem ser vislumbradas fases internacionais e fases internas na celebração de tratados. As primeiras compreendem a negociação, a adoção do texto, a autenticação, a assinatura, e a ratificação. Na esfera nacional, por sua vez, o referendo parlamentar e a promulgação – com a consequente publicação – simbolizam as fases internas de conclusão desses instrumentos (MAZZUOLI, 2014).

Já segundo Varella (2015, p. 47), não há, porém, uma formalidade estrita no processo de criação de tratados. Estipulou-se uma sequência de fases que apresentam pouca mutação, iniciando-se pela negociação do texto entre os interessados. Segue-se a assinatura e ou a ratificação do acordo, com a promulgação do tratado no âmbito interno. Por fim, ocorre a publicação e o registro do acordo firmado pelo Estado, no órgão internacional competente.

Gize-se que a Convenção de Viena sobre o direito dos tratados de 1969 disciplinou os trâmites internacionais da configuração de tratados, não cuidando, porém, dos mecanismos internos de inserção de cada Estado. É oportuno referir, ademais, que o mesmo documento estipulou as condições para a validade do acordo. São elas a capacidade das partes – entendidas as organizações internacionais e os Estados –, a habilitação dos agentes, o consentimento mútuo, e a licitude do objeto do tratado (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2014, p. 159-162).

Conforme já explicado, não serão feitas profusas análises acerca das teorias que relacionam o direito internacional com o direito doméstico (teorias monista e dualista). Todavia, o estudo do

presente tópico demanda que se revisitem as definições dessas teses doutrinárias. Uma vez que os tratados internacionais passaram a ser classificados em razão da especialidade dos Direitos Humanos, entendeu-se a necessidade de uma incorporação também singular desses acordos.

Nesse diapasão, convém lembrar que, para os adeptos da corrente dualista, o direito interno e o direito internacional constituem ordenamentos segregados. Assim, um tratado internacional somente será efetivo no ordenamento pátrio quando recepcionado por este. É o rito chamado de “incorporação legislativa”. Há uma prevalência da lei interna, inexistindo aplicação imediata da regra internacional (CASTILHO, 2015, p. 128).

Contrariamente, os monistas defendem uma ideia de unidade das normas jurídicas, na qual o direito interno e o direito internacional formam um conjunto harmônico. Não há diferenças entre os sistemas, de modo que o direito interno compõe o arcabouço principiológico do direito internacional, inclusive dele derivando. Tem-se aí o rito da “incorporação automática” do direito internacional, e sua consequente aplicação direta no ordenamento local. (CASTILHO, 2015, p. 129).

Vale lembrar que a ratificação da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados pelo Brasil, em 2009 (através do Decreto nº 7.030) significou a adesão do país aos imperativos do Direito Internacional, em um contexto no qual as normas nacionais restavam omissas a respeito da problemática envolvendo a relação entre direito interno e direito internacional. Isso levou a um alinhamento com o estágio de desenvolvimento da matéria, vez que o Brasil manifestou engajamento no sistema normativo internacional (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2014, p. 235-236).

Posteriormente, a Constituição Federal de 1988 consagrou um extenso rol de direitos e garantias fundamentais em seu artigo 5º, que representavam o processo de redemocratização vivido à época. Em seus parágrafos, o inovador dispositivo carrega significativas mudanças no tocante às relações do direito pátrio

com os preceitos do *jus cogens* ao vincular direitos assinalados em acordos internacionais àqueles subscritos no texto recém-promulgado.

Contudo, a previsão abstrata contida nos §§ 1º e 2º do artigo 5º da Constituição Federal foi silente quanto à forma de incorporação das normativas internacionais no ordenamento pátrio. A Lei Maior “em nenhum de seus dispositivos estatuiu com clareza a posição hierárquica dos tratados *comuns* perante o nosso Direito interno. Deixou esta incumbência para a opinião, necessariamente falível, da doutrina e jurisprudência pátrias, legando a estas um problema que competia ao legislador constituinte evitar” (MAZZUOLI, 2014, p. 397).

Igualmente, não foi determinado o *status* de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento interno. É interessante notar que o teor do artigo 5º, § 2º, aponta para uma abrangência dos direitos firmados em sede internacional àqueles consagrados pelo texto constitucional brasileiro, enquanto o § 1º do mesmo dispositivo refere que as normas reguladoras desses direitos fundamentais possuem aplicação imediata.

Nessa seara, Varella aduz a existência de um *dualismo moderado* no processo de internalização dos tratados no país a partir do advento da Constituição de 1988, conforme explica o autor:

[...] de acordo com esse sistema, direito nacional e direito internacional são duas ordens jurídicas distintas e, portanto, existe um duplo procedimento para que o tratado seja totalmente válido: o engajamento internacional, pelo qual o Estado se compromete perante os demais Estados-partes no tratado, e o engajamento nacional, com a edição de uma norma interna, a partir da qual o tratado obriga os nacionais. Somente após a norma interna o tratado torna-se exigível no Brasil, adquirindo valor normativo que varia conforme a natureza do tratado e a forma de aprovação pelo Congresso Nacional. Chama-se dualismo moderado, porque apenas somos dualistas durante o

período entre a ratificação do tratado e a sua promulgação (VARELLA, 2015, p. 87).

Tal posição considera uma unidade dos sistemas jurídicos nacional e internacional, até a conclusão do acordo e seu ato formal de validade no âmbito interno. Como já referido, o enunciado do artigo 5º, §§ 1º e 2º da Constituição Federal dá margem a diferentes interpretações. Mas o dualismo em si já pressupõe a indispensável recepção da norma internacional pela norma interna, o que acontece invariavelmente através de algum ato de poder. É dizer, o fato de existir o mecanismo de ratificação e promulgação não pressupõe uma anterior adoção pela teoria monista, vez que tais formalidades são consequência própria do procedimento incorporatório.

Os preceitos trazidos pela Carta Magna vigente não foram expressos no sentido de estabelecer a recepção automática ou intermediada das normas internacionais. Por isso, o que se viu foi a construção de uma doutrina que majoritariamente aponta para a existência de um sistema misto de inserção das regras internacionais. Em que pese o histórico do direito constitucional brasileiro apontar para a exigência de um procedimento formal de incorporação, a análise combinada dos §§ 1º e 2º da Constituição de 1988 resultou em uma tese de conjunção das teorias monista e dualista (SARLET, 2015, p. 121-122).

De fato, o ordenamento jurídico brasileiro acolheu a ideia de um sistema congregado, que prima o direito internacional quanto aos tratados internacionais de direitos humanos (por força do artigo 5º, § 1º), e ao mesmo tempo dá preferência ao direito doméstico em relação aos demais tratados internacionais, condicionando a validade deles à edição de ato normativo. Não havendo referência expressa a nenhuma das correntes, o sistema misto vigora pela incorporação automática dos tratados internacionais de direitos humanos, e pela recepção não-automática dos tratados internacionais comuns (PIOVESAN, 2017).

Com efeito, a atual Constituição brasileira regulamenta que o Presidente da República detém a autoridade exclusiva para celebrar atos internacionais, os quais ficam sempre sujeitos à chancela do Congresso Nacional (art. 84, VIII, CF). Por sua vez, o mesmo órgão, forte na disposição do artigo 49, I, é o único competente para decidir sobre atos internacionais que gerem encargos onerosos ao patrimônio do país (AMARAL JÚNIOR, 2015, p. 57).

Assim, o processo de celebração de um pacto internacional no Brasil inicia-se com a negociação dos termos, à qual se seguem as demais etapas da fase internacional. Posteriormente, o texto delineado pelo Chefe do Poder Executivo é encaminhado ao Poder Legislativo, que o aprecia no sistema bicameral. Aprovado o tratado, ocorre a promulgação através de Decreto-Lei pelo Senado Federal. Por fim, segue-se a ratificação pelo Presidente da República, ato que gera efeitos jurídicos e vincula o Estado interna e internacionalmente.

Saliente-se, ainda, que o instrumento de ratificação deve ser depositado em órgão de custódia (como a ONU, por exemplo). Novamente, nas lições de Amaral Júnior (2015, p. 59), “a atuação de cada um dos poderes, por si só, é insuficiente para a formação da vontade nacional que somente se exprime pelo concurso de vontades, sem o qual não se cumprirão as exigências impostas pelo ordenamento jurídicopátrio”.

De igual forma opera a Constituição Federal em relação aos tratados internacionais de direitos humanos. As competências elencadas nos artigos 49, I, e 84, VIII, também orientam o procedimento de inserção das normas de direitos humanos assinaladas pelo Brasil. Portanto, o inovador § 3º acrescentado ao artigo 5º da CF/88 pela Emenda Constitucional nº 45/2004 não excluiu a necessidade de edição de decreto legislativo pelo Congresso Nacional, pois referiu a expressão “equivalência às emendas”, e não propriamente “emendas constitucionais”:

[...] a Constituição não diz que se estará aprovando uma *emenda*, mas um ato (nesse caso, um *decreto legislativo*) que possibilitará tenha o tratado (depois de ratificado) *equivalência de emenda constitucional*. Assim, tudo continua da mesma forma como antes da EC 45/04, devendo o tratado ser aprovado pelo Congresso por *decreto legislativo*, mas podendo o Parlamento decidir se com o *quórum* (e somente com o *quórum*...) de emenda constitucional ou sem ele. Aliás, destaque-se que foi exatamente dessa forma que agiu o Congresso Nacional brasileiro ao aprovar os dois primeiros tratados de direitos humanos com equivalência de emenda constitucional depois da EC 45/04 [...]. Perceba-se que o Congresso Nacional, obviamente, não se utilizou do processo próprio das propostas de *emendas* constitucionais, tendo apenas editado (como realmente tem de fazer) um *decreto legislativo* por maioria qualificada, e nada mais do que isto (MAZZUOLI, 2014, p. 908-909, grifo do autor).

Logo, a incorporação das normas internacionais no ordenamento brasileiro exige o crivo dos Poderes Legislativo e Executivo nacionais, beneficiando um sistema mais democrático.

Além disso, a discussão acerca da primazia do direito interno ou do direito internacional consagrou um sistema misto de introdução das regras cogentes no país. Finalmente, a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos exigiu que um novo parâmetro fosse criado para a produção normativa doméstica e seu controle pelo Judiciário. É o que se verá a seguir no estudo da hierarquia dos tratados de Direitos Humanos no Brasil.

2.2A expansão do controle de convencionalidade e sua aplicação no ordenamento brasileiro

O controle de convencionalidade se faz um instrumento importante de reforço à consecução das práticas tutelatórias dos direitos humanos. Em que pese muitas vezes sua eficácia não ocorra de maneira preventiva, ele alberga um caráter reparatório que justifica sua inserção no mundo jurídico. É fruto da crescente integração entre os países e a consequente incorporação dos

tratados internacionais, e se solidificou a partir da jurisprudência da Corte Interamericana, conforme explica Carducci:

Iniciada em 2005, com o parágrafo 27 da Opinião Concorrente do Juiz Sergio García Ramírez, no caso “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, a doutrina do “controle de convencionalidade” tornou-se oficializada pela Corte IDH no ano seguinte, com dois outros casos: “Almonacid Arellano e outros vs. Chile”, de 26 de setembro de 2006, com os §§ 124 e 125, em que se explicou que o fundamento do instrumento do “controle de convencionalidade” residiria no princípio de boa-fé internacional relativo a direitos humanos, e no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969; e “Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguardo Alfaro y otros) vs. Peru”, de 24 de novembro de 2006, sendo ainda retomado em “La Cantuta vs. Peru”, de 29 de novembro de 2006 (§ 173), “Boycé e outros vs. Barbados”, de 20 de novembro de 2007 (§ 78), e “Fermín Ramírez e Raxcacó Reyes vs. Guatemala”, de 9 de maio de 2008. (CARDUCCI; MAZZUOLI, 2014, p. 157)

A doutrina do controle de convencionalidade no contexto latino-americano tem sua gênese na construção jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a partir da inserção crescente da legislação internacional na ordem pátria dos Estados-membros da Convenção. A expressão, diga-se, desafia à consolidação das novas perspectivas na América Latina: reger as convenções internacionais no sistema jurídico interno, tomando-as como parâmetro no exercício das atividades legislativa e judiciária. No Brasil, essa ferramenta se verifica em dois aspectos: o controle difuso e o controle concentrado.

A ideia de controle das normas emanadas da esfera internacional pode ser conferida de forma inaugural no parecer do Conselho Constitucional francês, em Janeiro de 1975. Pela decisão nº 74-54 DC, o referido órgão julgou não ter competência para analisar a convencionalidade das leis nacionais em relação aos tratados ratificados pelo país. A mesma deveria, pois, ser realizada por juízos ordinários, supervisionados pela Corte de Cassação e

pelo Conselho de Estado. O instrumento internacional balizador era, *in casu*, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, celebrada em 1950 (MAZZUOLI, 2011). Nos termos da decisão:

[...] 1. Considerando que o artigo 61º da Constituição não confere ao Conselho Constitucional um poder geral de apreciação e decisão idêntico ao do Parlamento, limitando-se apenas a pronunciar-se sobre a conformidade com a Constituição das leis referidas seu exame; 2. Considerando, em primeiro lugar, que, nos termos do Artigo 55 da Constituição: "Os tratados ou acordos devidamente ratificados ou aprovados terão, após sua publicação, uma autoridade maior do que as leis, desde que para cada acordo ou tratados, da sua aplicação pela outra parte"; 3. Considerando que, apesar de estas disposições conferirem aos Tratados, nas condições que definem, uma autoridade superior à das leis, não prescrevem nem implicam que a observância deste princípio deve ser assegurada no âmbito do controlo das leis; a conformidade das leis com a Constituição prevista no seu artigo 61.º; 4. Considerando que as decisões tomadas nos termos do artigo 61 da Constituição são absolutas e definitivas, como resulta do artigo 62, que impede a promulgação e a execução de qualquer provisão declarada inconstitucional; que, pelo contrário, a superioridade dos tratados sobre as leis, cujo princípio está previsto no artigo 55, é tanto relativa quanto contingente, por um lado, que se limita a âmbito de aplicação do Tratado e, em segundo lugar, que está sujeito a uma condição de reciprocidade cuja realização pode variar em função do comportamento do Estado ou dos Estados signatários do Tratado e do momento em que a observância esta condição; 5. Considerando que uma lei contrária a um tratado não seria, apesar de tudo, contrária à Constituição; 6. Considerando que o controle do cumprimento do princípio estabelecido no artigo 55 da Constituição não pode ser exercido no âmbito do exame previsto no artigo 61, em razão da diferença de natureza destes dois controles; 7. Considerando que, nestas circunstâncias, não compete ao Conselho Constitucional, ao ser apresentado ao abrigo do artigo 61º da Constituição, examinar a conformidade de uma lei com as disposições de um tratado ou um acordo internacional; [...].

No sistema interamericano, já foi mencionado anteriormente que a alusão ao termo “controle de convencionalidade” se verificou no voto em separado do juiz Sérgio García Ramirez, quando de sua manifestação no caso “Myrna Mack Chang Vs. Guatemala”, em 25/11/2003. Em verdade, essa prática de gerência da convencionalidade das leis nacionais (compatibilidade da norma interna com as disposições internacionais) têm sido feita pela Corte Interamericana desde o início de seu funcionamento, no ano de 1978, haja vista ser essa a função precípua de um tribunal internacional (MAZZUOLI, 2014).

Nesse diapasão foi que a Corte determinou ao governo chileno à obrigação de promover alterações em sua legislação interna, de modo a dar integral eficácia à sentença proferida contra esse Estado no caso “AlmonacidArellano Vs. Chile (julgado em 26/09/2006). A via do controle convencional delega a esse órgão-juiz a interpretação e aplicação da Convenção, confrontando o direito interno, e analisando suas leis e disposições constitucionais. A exemplo do caso chileno, é possível que um Estado-parte seja condenado a revogar ou adaptar leis incompatíveis com a Convenção, pois tais reformas visam garantir a proteção dos direitos humanos na respectiva nação (GUERRA, 2013).

A força expansiva do controle de convencionalidade, então, consubstancia-se nas relações interestatais e na interdisciplinariedade entre os regramentos internacionais e as normas internas, promovendo uma interação inédita no cenário americano. Como salienta Piovesan (2017a): “a respeito do diálogo com os sistemas nacionais, consolida-se o chamado “controle de convencionalidade”. Tal controle é reflexo de um novo paradigma a nortear a cultura jurídica latino-americana na atualidade”. Essa cultura é centralizada na abordagem dos direitos humanos e sua integral proteção.

De fato, a emergência de um recente constitucionalismo mundial encontra validade no princípio máximo da dignidade humana, que incide sua potencialidade em qualquer jurisdição,

atuando contra todos os Estados que violarem sua condição de direito fundamental (PIOVESAN, 2013). As recentes experiências sob a égide dos instrumentos internacionais demonstram que jamais se fez inviável ao ser humano extrair benefícios diretos dos tratados universais.

O mecanismo convencional é fomentado, sobretudo, pelos avanços da abrangência e da diversidade da normativa internacional. O aumento do número de ratificações a determinado tratado, pacto, ou convenção, por exemplo, vincula mais países aos ditames do controle de convencionalidade. De igual forma, a ampliação do rol de direitos tutelados (ou reafirmados) nesses acordos consagra a extensão do arcabouço jurídico interamericano. Ramos (2016, p. 332) lembra que o genuíno controle de convencionalidade é internacional, visto que:

O uso da expressão “controle de convencionalidade”, aliás, na França, em 1975, para se referir ao controle doméstico de suprallegalidade dos tratados, explica-se pela fraqueza do **controle de convencionalidade internacional** na época. Por exemplo, o sistema europeu de direitos humanos não havia atingido a grandeza de hoje: era a época da Comissão Europeia de Direitos Humanos sem acesso direto das vítimas à Corte Europeia de Direitos Humanos. Os casos julgados até 1998 na Corte Europeia de Direitos Humanos atingiam poucas centenas, desde o primeiro em 1960 (Caso Lawless). Após as sucessivas alterações da Convenção Europeia de Direitos Humanos, e, em especial, com a extinção da Comissão Europeia e com o acesso direto da vítima à Corte Europeia (Protocolo n. 11), essa realidade foi alterada substancialmente. Somente em 2009, existiam cerca de cem mil casos aguardando julgamento, números que rivalizam com os dos tribunais nacionais. **(grifei)**

Em que pese tal alegação histórica, há de se constatar a existência de uma seara dupla de controle convencional. O uso “improvisado” do termo no exemplo francês, como sugerido pelo autor, não sinaliza a inexistência desse controle na esfera nacional. Veja-se que o ponto diz respeito, na verdade, à hegemonia do

controle realizado no âmbito internacional (por intermédio de Tribunal). Por certo o controle de convencionalidade ditado pela Corte Interamericana (ou de qualquer outro sistema) é o que deve orientar a temática da proteção integral dos direitos humanos.

Nessa senda, a Corte Interamericana é, com efeito, o órgão legitimado a resguardar e dar aplicabilidade eficaz à Carta que rege o sistema interamericano. Para tanto, se vale do controle de convencionalidade, verdadeiro mecanismo judicial ao qual incumbe a interpretação e aplicação da norma internacional nas legislações pátrias. Dessa forma, a Corte goza de competência *ratione materiae* para empregar o controle de convencionalidade, verificando o cumprimento das obrigações contraídas pelos Estados-membros da Convenção (CANTOR, 2008).

No Brasil, o controle de convencionalidade se verifica pelas formas difusa e concentrada, de modo semelhante ao que ocorre com o controle de constitucionalidade. De fato, esse novel mecanismo de compatibilidade da produção normativa interna se alinha ao tradicional controle constitucional, formando com ele um duplo critério vertical para a validade das leis domésticas (MAZZUOLI; MARINONI, 2013). Mais do que conformes à Constituição e seus princípios, aquelas devem estar de acordo com os tratados internacionais ratificados pelo país.

Aqui, vale recordar a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal quanto à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, consignada no julgamento do RE 466.343/SP e já abordada no presente trabalho. Aos tratados internacionais de direitos humanos qualificados pelo art. 5º, § 3º, da CF/88, se dá valor constitucional (pois equivalem a emendas), enquanto que aos demais tratados de direitos humanos se dá valor supralegal. Já os tratados relativos a outras matérias possuem valor legal.

Evocar tal panorama é crucial para constatar os desdobramentos do controle de convencionalidade no ordenamento pátrio. Uma vez que os tratados internacionais de direitos humanos possuem diferentes classificações na pirâmide

jurídica nacional, serão ferramentas de convencionalidade das leis também de acordo com essa divisão.

Assim é que o controle difuso poderá apenas ser aplicado com base nos tratados de direitos humanos incorporados pelo art. 5º, § 2º, da CF/88, dotados de valor supralegal (GOMES, 2009). Cabe o exercício desse controle aos órgãos judiciais do país, inseridos no contexto da Justiça brasileira, que devem analisar essa compatibilidade preliminarmente - ou seja, antes do exame do mérito - na apreciação do caso concreto. Tal atividade é realizada *ex officio* ou a requerimento das partes.

Por sua vez, o controle concentrado pode ser feito através de ação direta perante o STF, forte nos tratados de direitos humanos internalizados pelo rito do art. 5º, § 3º, da CF/88, que possuem caráter constitucional. Evidentemente, referidos tratados também servem de amparo ao controle difuso, pois integrados ao topo da ordem jurídica em razão de sua matéria (MAZZUOLI, MARINONI, 2013). Nesse caso, veja-se que norma violadora do conteúdo desses tratados será considerada igualmente inconstitucional.

A expansão do controle de convencionalidade, pois, está associada à crescente pressão exercida contra os Estados pela tutela dos direitos fundamentais do ser humano. Deveras, “o impacto dos tratados de direitos humanos nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados Partes tem atraído bastante atenção nos últimos anos e tem se notabilizado mormente em numerosos casos que acarretam alterações nas respectivas legislações nacionais [...]” (TRINDADE, 1999, p. 430).

Inserido nesse cenário, o Brasil se vê abalizado hoje por dois parâmetros de controle normativo, que não só ressignificam os valores e princípios instituídos pela República, mas os reforçam, ampliando direitos e obrigações. Tais fontes devem interagir para a consecução da tutela plena dos direitos humanos, concretizando uma Justiça transnacional. Nas demais nações latino-americanas, o controle de convencionalidade também atua para esse fim.

2.3 O Brasil Perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos: Responsabilidade Internacional do Estado e Consolidação da Justiça Comunitária

O Brasil também contribui para a expansão da tipologia dos casos apreciados pela Corte, haja vista o elevado grau de afronta aos direitos fundamentais constatada em nosso país. O esgotamento das vias jurídicas internas - requisito para a admissibilidade da demanda na jurisdição regional - expõe também, por outro viés, a ineficácia do sistema nacional em concretizar, pelos seus meios próprios, a defesa dos direitos fundamentais, obrigando o indivíduo a recorrer aos tribunais internacionais (AMARAL JÚNIOR, 2015).

É essa instância que afere a responsabilidade internacional do Estado. Tal instituto de Direito Internacional Público, para Celso de Albuquerque Mello (2004), tem origem consuetudinária e é inerente aos pressupostos do Estado, não podendo deixar de existir na ordem interna, vez que distribui direitos e deveres aos sujeitos nela inseridos. Com efeito, a responsabilidade estatal é objeto dos mais importantes debates no direito internacional, pois habita o cerne dos sistemas jurídicos (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2014).

É cediço na doutrina e jurisprudência que a responsabilidade internacional do Estado advém da inobservância de obrigação contida em regra igualmente internacional. Isso se constitui uma convencionalidade entre os sujeitos de Direito, tendo em vista a necessidade de manutenção do equilíbrio das relações entre os atores globais. Logo, “não há como reconhecer ou admitir obrigações convencionais contraídas por um Estado no plano internacional e ao mesmo tempo negar-lhes vigência no plano do direito interno” (TRINDADE, 1999, p. 437).

Vale ter em mente que a responsabilidade internacional do Estado possui um duplo viés, pois pode se caracterizar pelo ato ilícito cometido contra outra nação, ou ser uma violação ao indivíduo, atentando contra a dignidade humana. De qualquer

maneira, constituem-se afrontas ao Direito Internacional, o que certamente atrai um dever de reparação. Cabe aqui verificar apenas a responsabilidade estatal oriunda da prática comissiva ou omissiva ao cidadão, na perspectiva do direito internacional dos direitos humanos.

A teoria da responsabilidade estatal afirma existir encargos de natureza objetiva e subjetiva. Accioly, Silva e Casella (2014) alegam que a ocorrência de responsabilidade internacional depende da existência de culpa por parte do Estado, elemento que se aglutina ao dano, ao ato ilícito e à imputabilidade da conduta. Insta recordar que a imputabilidade é o nexó que liga o ilícito a quem o praticou. Celso de Albuquerque Neves (2010) lembra que, historicamente, a natureza da responsabilidade é, para Grotius, subjetiva (teoria da culpa). Diversamente, Anzilotti e Triepel defendiam a natureza objetiva da reponsabilidade (teoria do risco).

É importante notar que é a nação que consigna, nos documentos que ratifica, o princípio universal do *pacta sunt servanda*. Assim, as obrigações vinculam os Estados-parte do acordo, e não somente seus governos, justamente por se tratar de responsabilidade internacional estatal, e não governamental. Desse modo, alegar dificuldades de ordem interna não justifica e nem exime os pactuantes dos tratados de direitos humanos da responsabilidade internacional (TRINDADE, 1999).

Vale mencionar que a responsabilidade internacional do estado pode abranger as três esferas do poder. Accioly, Silva e Casella (2014) ensinam que a mesma pode ocorrer por atos do Poder Executivo e do Legislativo, quando este último adota lei ou norma que contraria compromissos assumidos, ou mesmo se, em omissão, deixa de adotar medidas cabíveis para a execução dos deveres internacionalmente contraídos.

Em relação à imposição de executar a norma internacional, a própria Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (1969) refere, em seu artigo 27, que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento

de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.”. CançadoTrindade (1999) argumenta que a responsabilidade internacional é questão de segurança jurídica, pois esta última ficaria em xeque caso disposição interna ignorasse um compromisso internacional ratificado.

Assim, sua ocorrência acarreta um dever de reparação ao indivíduo, sendo que a indenização pecuniária incide, nesse caso, como alternativa final. Contudo, é preciso que haja um esgotamento das vias internas para a efetiva declaração de responsabilidade do Estado por Tribunal internacional competente (ACCIOLY, SILVA, CASELLA, 2014).

Atualmente, esse instituto ganhou relevância com o assentamento dos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, os quais aferem a obrigação estatal por afronta às liberdades fundamentais com base nas convenções ratificadas. No panorama latino-americano, percebe-se uma função abrangente da Comissão e da Corte Interamericanas.

A celeuma envolvendo a inserção e a hierarquia das normas internacionais no Brasil foi fundamental para destacar a importância atual da temática do direito internacional dos direitos humanos no país. Na mesma esteira, insta deliberar acerca da execução das sentenças proferidas pelos tribunais internacionais reconhecidos pelo Estado brasileiro. Isso porque tal processo é crucial para a efetividade da tutela dos direitos fundamentais consagrados na Carta de 1988, e representará a comprovação do empenho internacional do Brasil para a consecução da Justiça.

No próprio contexto latino-americano, têm crescido a percepção de que é preciso conceber dispositivos específicos para dar cumprimento às decisões prolatadas por Cortes internacionais. Deveras, são excepcionais as regras de direito interno atinentes à implementação de sentenças oriundas de instâncias internacionais, conhecidas como “*enablinglegislations*”. Na Colômbia, a Lei nº 288/96 estabeleceu normas para indenização às vítimas de violações de direitos humanos (RAMOS, 2016, grifo do autor).

A redação do artigo 68 da Convenção Americana já demonstra que (1) o cumprimento da sentença proferida pela Corte dependerá de procedimento normativo interno, e que (2) as regras nacionais para a execução de sentenças contra o Estado regerão também a execução da decisão da Corte no que tange à sua parcela indenizatória. Trata-se de disposição aberta, o que leva à necessidade de alocar a execução dessa sentença em moldes legais que garantam o mínimo de segurança jurídica à matéria.

Em relação à segunda parte do artigo supracitado, tem-se que o procedimento é o mesmo adotado para as execuções contra a Fazenda Pública, ou seja, a pretensão indenizatória pecuniária terá guarida nos artigos 534, 535 e 910, do Código de Processo Civil. Aliás, a Lei nº 12.214/2010, chegou a definir orçamento para indenizar vítimas de violações de direitos humanos consagrados nos pactos em que a União é parte. Tais pagamentos serão realizados pelo Poder Executivo Federal, a partir das condenações proferidas pelas instâncias internacionais (RAMOS, 2016).

No tocante à parte das sentenças que não envolve indenização pecuniária, o vácuo legislativo permanece. As exegeses acerca da indenização pecuniária não fomentaram a discussão acerca das demais formas de reparação. Prova disso é que as tentativas de regulamentação do assunto ficaram restritas à previsão de procedimentos pecuniários, como se vê do Projeto de Lei nº 4.667/04³. Referida proposta sofreu posteriores alterações no Senado (quando já tramitava como PLC nº 170) e foi lamentavelmente arquivada em 2014, após a rejeição da Casa.

Ainda assim, registre-se a ideia de André de Carvalho Ramos no tocante à exclusão da ordem de precatórios do procedimento de execução de sentença da Corte Interamericana, balizada no artigo 100 da CF/88, para o qual esse caminho é sinônimo de atraso à reparação pecuniária pugnada pela vítima. Desse modo,

³BRASIL. Projeto de Lei nº 4.667, de 15 de Dez. de 2004. Câmara dos Deputados. Brasília, DF, dez. 2004. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=259112&filename=PL+4667/2004>. Acesso em 11/05/2018.

procedimento viável seria equipar aludida decisão à obrigação alimentar, estabelecendo uma ordem peculiar de pagamento que traduziria melhor sua importância. Contudo, verifica-se aí uma dificuldade de teor legal, pois o § 1º do mesmo artigo não possibilita essa equiparação, em seus termos (MAZZUOLI, 2014).

Em que pese o ócio do Poder Público em promover a adoção de medidas eficientes, a gama de situações que pode apresentar uma decisão da Corte Interamericana é vasta, desafiando sobremaneira esse processo:

A difícil tarefa da lei de implementação é fornecer a baliza jurídica não somente para o pagamento de indenizações, mas especialmente para a execução de obrigações de fazer e não fazer. O conteúdo dessas obrigações de fazer ou não fazer pode ser o mais variado possível. Usando como exemplo a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (cuja jurisdição obrigatória o Brasil reconheceu em 1998) vê-se que há casos de soltura imediata de preso, mesmo após sentença transitada em julgado para a defesa e para a acusação (Caso Tamayo), livramento condicional de um preso (Caso Maqueda), a abertura de um posto escolar e um posto médico (Caso Aloeboetoe), não aplicação de leis de anistia (Caso Barrios Alto, Caso Almonacid), ou a tradicional obrigação de investigar e eventualmente sancionar violadores de direitos humanos (Caso Velásquez Rodríguez, Caso Damião Ximenes). (RAMOS, 2016, p. 389)

De qualquer modo, considera-se que quando o Estado deixa de cumprir espontaneamente as decisões da Corte, por força do artigo 68 da Convenção, incorre em novo ato atentatório ao pacto firmado. Esse fato leva à configuração de procedimento contencioso adicional, decretando igualmente a responsabilidade internacional da nação (MAZZUOLI, 2014).

Portanto, estabelecer um moderno aparato para tratar exclusivamente da aplicação da sentença internacional exarada por tribunal de proteção aos direitos humanos é medida de caráter urgente em nosso ordenamento. As previsões existentes se mostram frágeis em um contexto de morosidade judicial e tratamento abstrato

a um rol de direitos que requer tutela diferenciada. Expandir a proteção dos direitos humanos aos mecanismos processuais, desatando-o do reduto meramente legislativo, é sistematizar verdadeiramente seu valor ímpar no direito brasileiro.

Os tratados incorporados ao ordenamento pátrio possuem força cogente em relação a todos os jurisdicionados pelo Estado pactuante, inclusive aos legisladores, podendo-se considerar que o Poder Legislativo assume papel primordial no cumprimento das obrigações convencionadas. Contudo, da mesma forma ocorre em relação aos poderes Executivo e Judiciário. A especialidade dos direitos humanos exige a adequação do direito interno às regras internacionais através da atuação geral dos entes estatais. Regulamentações, alterações legislativas, etc. devem atuar conjunta e indistintamente para a tutela desses direitos (TRINDADE, 1999).

Destarte, devem ser considerados alguns fatores que convergem à conclusão do presente tópico. O processo de redemocratização do país, a institucionalização e valoração de direitos fundamentais, a internacionalização do direito constitucional, os prósperos debates em prol dos direitos humanos na sociedade civil e jurídica, a perpetração da jurisprudência impositiva da Corte Interamericana, a crescente mobilização dos demais países latino-americanos. Todos esses elementos, congregados, insinuam que a eficácia dos direitos humanos se traduz no aspecto multifocal de sua abordagem.

A internacionalização do direito é um fenômeno sem precedentes na história. Sua sistematização e inserção gradativas promoveram consequências polêmicas, mas positivas às sociedades locais, ampliando o rol de direitos e obrigações dos Estados na ordem global. Acima de tudo, esse recente “fato jurídico” deslocou o eixo que regia as políticas mundiais: o Estado passou a ser coadjuvante de um cenário onde os direitos universais do indivíduo assumiram o protagonismo, pleiteando mecanismos para sua tutela em âmbito internacional.

Considerações Finais

O presente estudo teve início com a abordagem dos tratados internacionais no ordenamento brasileiro. Em um contexto de expansão do direito internacional, a análise dos pactos entre os diversos entes da sociedade global se faz necessária, a fim de compreender a natureza dessas relações e os impactos jurídicos daí advindos. Diante disso, verificar como o conceito de soberania foi mitigado a partir do fenômeno de internacionalização do Direito foi essencial para perceber as nuances do processo de incorporação das regras convencionais nos Estados contemporâneos.

O Brasil apresenta um vasto rol de tratados celebrados, os quais demandam procedimentos de elaboração e ratificação tanto na esfera internacional, quanto na esfera interna. Uma vez abrigados na pirâmide jurídica pátria, esses acordos são divididos em razão da matéria que contemplam. O advento da Emenda Constitucional nº 45/04 promoveu a inserção do § 3º ao artigo 5º da Carta de 1988, possibilitando elevar o *status* dos tratados internacionais de direitos humanos ao nível constitucional. Certamente o ponto de realce da primeira parte do trabalho, o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP em 2008, pelo STF, revolucionou a posição jurisprudencial acerca da hierarquia normativa desses pactos.

No Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, mecanismo regional visa estabelecer um piso mínimo à defesa dos direitos humanos no continente americano. Viu-se que a atuação consultiva da Comissão Interamericana desempenha importante papel para viabilizar o acesso do indivíduo à Justiça internacional. De modo análogo, o caráter consultivo e contencioso da Corte Interamericana contribui para a punição aos Estados violadores de direitos humanos no âmbito latino-americano.

As barreiras para a formação de uma comunidade jurídica latino-americana em direitos humanos são apresentadas no tópico final, como desafio contemporâneo de um direito internacional

cada vez mais arraigado às constituições nacionais na América Latina. O diálogo crescente entre as jurisdições, viabilizado pela aplicação do controle convencional, demonstra que a superação desses obstáculos passa pelo fortalecimento de alguns vetores que orientam o rumo do *iusconstitutionale commune* em um continente marcado pela supressão histórica de liberdades fundamentais.

Ao Estado brasileiro, inserido nessa dinâmica, urge alicerçar a tutela sistemática dos direitos humanos através de políticas que envolvam todos os atores sociais. Isso porque, acima de tudo, a inviolabilidade das garantias do ser humano é um processo cultural em constante evolução. O controle de convencionalidade assimilado no país constitui um liame inseparável com os diálogos jurisdicionais, devendo ser fortalecido no intuito de conjugar a democracia do Estado de Direito à cidadania de um Estado Constitucional Cooperativo.

Referências

- ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de direito internacional público*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. ISBN 9788522496853. Livro online.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Org.: Anne Joyce Angher. 22. ed. São Paulo: Rideel, 2016.
- CANTOR, Ernesto Rey. *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*. México, D.F.: Porrúa, 2008.
- CARDUCCI, Michele; MAZZUOLI, Valério Oliveira (Co-autor). *Teoria Tridimensional das Integrações Supranacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. n.p. ISBN 978-85-309-5842-8. Livro online.
- CASTILHO, Ricardo. *Direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Coleção Sinopses jurídicas, vol. 30. ISBN 9788502624863. Livro online.

CISNEROS, Cesar Diaz. *Derecho Internacional Público*. vol. I. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1955.

GOMES, Luiz Flávio. *Controle de convencionalidade: STF revolucionou nossa pirâmide jurídica*. Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, nº 2033, 24 jan. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12241>>. Acesso em 06/05/2018.

GUERRA, Sidney. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o controle de convencionalidade*. São Paulo: Atlas, 2013. ISBN 9788522476954. Livro online.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora RT, 2014.

_____. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. Prefácio Luiz Flávio Gomes. - 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção direito e ciências afins, v. 4 / coord. Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira). Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/11193/material/Controle_Convencionalidade_V_Mazzuoli.pdf>. Acesso em 20/11/2017.

_____. *Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.); MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Coord.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo, con especial referencia a la experiencia latinoamericana*. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org.). *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un ius constitucionale commune en América Latina?* v. 2. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2895>>. Acesso em 12/05/2018.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2017. ISBN 9788547220556. Livro online.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direito humanos: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e implementação das decisões no Brasil*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN 9788547202576. Livro online.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. 1 ed. vol. I. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. ISBN 9788502636927. Livro online.

Educação como um Direito Fundamental positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Vitor Augusto Ferreira Barquel¹

Francine Cansi²

Introdução

Este estudo parte do pensamento de que está estabelecida na Constituição Federal a positivação do direito à educação nos artigos 6º e 205, apesar do momento neoliberal. O que está escrito na Lei Maior brasileira deve ser cumprido, pois o texto constitucional não é apenas um acessório para o Direito.

A pesquisa tem como objetivo demonstrar por meio do método descritivo que a efetivação do direito à educação superior é mais do que necessária para o desenvolvimento dos indivíduos da sociedade brasileira tendo em vista que a mercantilização da educação compromete gravemente o caráter emancipatório da educação e faz com que os indivíduos não exerçam totalmente o direito à cidadania.

Ademais, quando se fala em educação em nível superior, esta é uma peça importantíssima para o progresso das comunidades

¹ 144959@upf.br

² francinecansi@upf.br

globais (GRABOWSKI, 2010). O âmbito familiar, escolar e social contribui para os indivíduos agregarem conhecimento permitindo que eles sejam atores de participação direta no desenvolvimento histórico da sociedade (MANFREDI, 2017). Esse conceito está positivado na Lei nº 9.394/1996, importante dispositivo jurídico no tocante ao direito à educação que será abordada neste trabalho.

Com o propósito de tratar a importância do direito à educação para desenvolver os indivíduos à educação fundamenta-se como uma possibilidade de contribuir para melhorar as condições de inserção social, política, cultural e econômica dos indivíduos. Conforme já afirmava Marx (2013) fundamentado no movimento da materialidade histórica plasmada socialmente, em que o homem apenas é um ser social graças ao trabalho, não nos cabia à inclinação a inocente crença de que a formação escolar possibilitaria, como defendem setores inclusive do marxismo, caminhar para a emancipação humana.

Para fazer valer o movimento dialético que determina a função social do complexo educativo em uma sociedade capitalista, pode-se dizer que se, por um lado, a educação não carrega a possibilidade ontológica de erradicar a sociedade de classes; por outro, para que se resguarde seu caráter ontológico, ela assume, no processo de reprodução da sociedade, um conjunto de mediações que possibilita ao indivíduo se apropriarem, por meios de complexas conexões, da herança cultural acumulada pelo conjunto da sociedade.

2 Conhecimento e a compreensão sobre a educação

O Estado, com poder de administrador de um grupo social, em determinado território, é detentor de funções essenciais à organização social, e dos direitos inerentes aos seres humanos, preservando a estabilidade e a segurança social. Assim, no rol dos direitos sociais depara-se com a educação, um direito fundamental ao desenvolvimento social. Um direito primordial à estrutura

estatal com desenvolvimento positivo, pois uma sociedade sem educação refere-se a uma sociedade sem memória e sem base estrutural para a realização de projetos de vida com fundamento de crescimento.

2.1 A educação como direito fundamental

A consideração da educação como direito fundamental abrange uma abordagem ampla do conceito base de direitos fundamentais. Com efeito, somente o materialismo histórico-dialético põe-se em condições críticas para melhor iluminar a realidade, possibilitando chegar o mais próximo possível do que se planeja compreender: o direito à educação superior e educação-sociedade (MARASCHIN, 2015). O atual estágio do capitalismo contemporâneo, que se encontra em crise profunda, demanda, por intermédio da administração do Estado, uma escola que forme o trabalhador para um mundo em “câmbio constante”. Esse “novo” modelo escolar/acadêmico apresenta algumas especificidades: planejamento, currículo, metodologia, conteúdo, didática, avaliação, entre outros elementos do processo de aprendizagem-ensino que possam ofertar garantias ao próprio Estado, aos empresários e às agências internacionais de orientação e monitoramento, que essa educação no ensino superior terá a eficiência almejada pelo mercado de trabalho capitalista (MANACORDA, 2010).

Em que pese tal afirmativa, alguns indicativos sociais como, por exemplo, o aumento da concentração de renda, os crescentes índices de pobreza e violência, a elevação do desemprego, do número de desabrigados em todo o mundo etc., são indicadores que demandam dos gerentes do capital políticas públicas destinadas, especificamente, a minorar as precárias condições de existência das populações que vivem em condições de miséria (SAVIANI, 2007). Nesse ponto, o Estado aceita intervir com suas políticas de contenção – compensatórias – procurando

contingenciar as pressões sociais. Para atender a essa demanda, os mecanismos estatais elaboram, sempre em sintonia com os empresários, diversos projetos pretensamente salvadores da humanidade, geralmente, focalistas e fragmentados. Porém, nenhum deles representa um afrouxamento definitivo dos mecanismos de controle da sociedade, uma vez que, dialeticamente, vale insistir, aqueles problemas são causados pelo próprio sistema metabólico do capital que se encontra em crise profunda (MÉSZÁROS, 2008)

Assim, tem-se que os direitos fundamentais abrangem duas perspectivas: a objetiva e a subjetiva. A objetiva trata sobre um conjunto de valores e ações positivas do Estado com componentes estruturais da ordem jurídica na relação do Estado com os cidadãos (SARLET, 2012, p. 129). Além de ter um procedimento organizado e justo para que os direitos sejam garantidos e efetivados de forma eficaz (SARLET, 2012, p. 130).

Este processo de valorização dos direitos fundamentais na condição de normas de direito objetivo enquadra-se, de outra banda, naquilo que foi denominado de uma autêntica mutação dos direitos fundamentais (*Grundrechtswandel*) provocada não só – mas principalmente – pela transição do modelo de Estado Liberal para o do Estado Social e Democrático de Direito, como também pela conscientização da insuficiência de uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa para a garantia de uma liberdade efetiva para todos, e não apenas daqueles que garantiram para si sua independência social e o domínio de seu espaço de vida pessoal (SARLET, 2012, p. 130).

Utilizando esse pensamento de direito objetivo é entendida que para a estruturação de novas funções para os direitos fundamentais é necessária uma resolução hermenêutica dos problemas, dessa forma se incorporam novos conteúdos ao programa de direitos fundamentais (SARLET, 2012, p. 130). No caso, a educação como já reconhecida como direito fundamental,

porém, acrescentados os caracteres de desenvolvimento e de emancipação.

Já a abordagem subjetiva é a ideia de um direito consagrada em uma norma jurídica que pode ser requerida judicialmente como um poder de agir para produzir efeitos jurídicos (SARLET, 2012, p. 131).

Existem alguns elementos que caracterizam os direitos subjetivos:

[...] é possível afirmar que este espectro de variações no que concerne ao objeto do direito subjetivo (fundamental) se encontra vinculado aos seguintes fatores: a) o espaço de liberdade da pessoa individual não se encontra garantido de maneira uniforme; b) a existência de inequívocas distinções no que tange ao grau de exigibilidade dos direitos individualmente considerados, de modo especial, em se considerando os direitos a prestações sociais materiais; c) os direitos fundamentais constituem posições jurídicas complexas, no sentido de poderem conter direitos, liberdades, pretensões e poderes de mais diversa natureza e até mesmo pelo fato de poderem dirigir-se contra diferentes destinatários. (SARLET, 2012, p. 131).

Os direitos fundamentais garantidos mediante as prestações positivas do Estado se localizam como direitos de segunda dimensão. É percebido que houve a evolução do Estado de Direito nascido com matriz liberal para o Estado democrático e social (SARLET, 2012, p. 153-154). Essa introdução de direitos fundamentais é essencial para compreender como a Constituição Federal de 1988 reconhece e busca efetivar o direito a educação para direcionar os cidadãos que estão sob a sua égide ao desenvolvimento humano. A estruturação do direito à educação prevista na Constituição Federal de 1988 é encontrada no artigo 6º, entre todos os direitos sociais positivados está o direito à educação. No artigo 205 é positivado que a educação se dá por meio da infraestrutura estatal intrinsecamente com o âmbito familiar e sobre a educação superior em específico no artigo 208

inciso V explicitando que “o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”.

Para consagrar ainda mais o direito à educação na legislação brasileira, em 1996 o Governo Federal sancionou a Lei 9.394 que dispõe sobre as diretrizes e bases da educação nacional. A lei positiva a função social do direito à educação concretizando como direito fundamental:

Art. 3º O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, o pensamento, a arte e o saber;

III – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas;

IV – respeito à liberdade e apreço à tolerância

VI – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;

VIII – gestão democrática do ensino público, na forma desta Lei e da legislação dos sistemas de ensino;

IX – garantia de padrão de qualidade;

XI – vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais;

XII – consideração com a diversidade étnico-racial;

XIII – garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida

A época atual é avançada quando se fala em direitos. É conhecido que os períodos anteriores da história foram marcados pela falta de acesso às oportunidades visto que um número bem restrito de pessoas conseguia estudar e a grande maioria apenas lhe restavam longas horas de trabalho braçal em uma sociedade de analfabetos, poucos tinham condições boas de vida. Então, se atualmente é, em teoria, a época mais avançada, por que esse período mais pacífico não é aproveitado para garantir os direitos fundamentais? O neoliberalismo é o sistema predominante no período contemporâneo. Não é possível pensar em educação pública, gratuita e de qualidade no Brasil com medidas neoliberais

gradativamente sendo implantadas, aumentando a desigualdade e afastando os jovens da educação. Bonavides faz uma crítica maestral ao sistema:

[...] a adoção do neoliberalismo na sociedade brasileira pelo Governo, em benefício unicamente de parcelas privilegiadas do meio financeiro e empresarial, tem gerado na ordem social efeitos catastróficos: duma parte, empobrece o povo, sobretudo as classes assalariadas, conduzindo ao mesmo passo a juventude para a senzala do crime e da prostituição. E por esta estrada vai igualmente inaugurando novos cativeiros, desagregando valores, cavando abismos, sepultando aspirações, estiolando esperanças, desfigurando, enfim, o semblante nacional das instituições(BONAVIDES, 2007, p. 20).

O atual ordenamento constitucional expressa principalmente no artigo 205 o dever do Estado:

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

O segundo artigo da Lei 9.394/96 (BRASIL, 1996) parafraseia o artigo 205 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) dando ainda mais ensejo à necessidade da efetivação da educação. Os cidadãos devem ter educação justamente para ter a formação como ponte para exercer sua cidadania. Esse é um dos motivos pelo qual este direito está positivado na Constituição. É difícil viver em uma sociedade emancipada sem seus integrantes conhecerem seus direitos, terem a capacidade de expor suas ideias e construir um mundo melhor sem a educação que lhes constrói tudo isso. Paulo Freire afirma que um dos fundamentos da educação é não ter caráter manipulador: “A educação das massas se faz, assim, algo de absolutamente fundamental entre nós. Educação que,

desvestida da roupagem alienada e alienante, seja uma força de mudança e de libertação” (FREIRE, 1967, p.36).

A educação superior tem caráter emancipatório, será abordado nos capítulos posteriores a questão da emancipação e desenvolvimento humano, indispensáveis para a condição de pessoa com participação ativa na sociedade. A Lei 9.394/96 possui um artigo específico sobre o ensino superior, alguns de seus incisos são destacados:

Art. 43. A educação superior tem por finalidade:

I - estimular a criação cultural e o desenvolvimento do espírito científico e do pensamento reflexivo;

II - formar diplomados nas diferentes áreas de conhecimento, aptos para a inserção em setores profissionais e para a participação no desenvolvimento da sociedade brasileira, e colaborar na sua formação contínua;

III - incentivar o trabalho de pesquisa e investigação científica, visando o desenvolvimento da ciência e da tecnologia e da criação e difusão da cultura, e, desse modo, desenvolver o entendimento do homem e do meio em que vive;

IV - promover a divulgação de conhecimentos culturais, científicos e técnicos que constituem patrimônio da humanidade e comunicar o saber através do ensino, de publicações ou de outras formas de comunicação;

V - suscitar o desejo permanente de aperfeiçoamento cultural e profissional e possibilitar a correspondente concretização, integrando os conhecimentos que vão sendo adquiridos numa estrutura intelectual sistematizadora do conhecimento de cada geração;

VI - estimular o conhecimento dos problemas do mundo presente, em particular os nacionais e regionais, prestar serviços especializados à comunidade e estabelecer com esta uma relação de reciprocidade (BRASIL, 1996).

É um fenômeno fundamental para o funcionamento de uma sociedade e um processo formativo inevitável devido aos indivíduos estarem inseridos em uma sociedade, também contribuindo para a justiça social em que a educação é peça chave

para reduzir as desigualdades. Esse processo capacita o indivíduo e o prepara às experiências da vida e o progresso social, promovendo a justiça, democracia e, sobretudo a cidadania (JOAQUIM, 2009, p. 33-36). Os Direitos Fundamentais consagrados na Constituição têm estreita ligação com o Estado Social. Os princípios constitucionais estão ligados às prestações pelo Estado, a Educação é uma dessas prestações, entre tantos outros princípios e direitos como dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho, sociedade justa e solidária, etc. (SARLET, 2012, p. 48).

É essencial para uma sociedade democrática a igualdade de oportunidades entre todos os indivíduos que a compõem. A justiça social é importantíssima para o funcionamento de uma sociedade homogênea, visto que a efetivação do princípio máximo da dignidade da pessoa humana se concretiza com a interligação entre Estado (de direito), Constituição e os Direitos Fundamentais, legitimando o Estado Democrático no Direito Constitucional brasileiro atual (SARLET, 2012, p. 49). Ou seja, o cumprimento dos Direitos Fundamentais pelo Estado resulta na emancipação, que também é peça chave para a mudança socioeconômica. Estado Democrático de Direito não pode ser pensado sem o tema “constitucionalismo contemporâneo”, afinal, é uma conexão íntima entre sociedade e as principais garantias aos cidadãos através do Estado (LUÑO, 2013, p. 19).

Na medida em que os Estados Liberal e Social foram se desenvolvendo e havendo a transição da primeira para segunda geração, respectivamente, as tarefas do Estado foram se firmando, transformando a função do poder político de garantia negativa, de limitar o poder do Estado sobre os indivíduos, para a função de garantia positiva dos direitos fundamentais. Dessa forma, essa parte propedêutica foi essencial para formar o ordenamento jurídico tanto infraconstitucional quanto acima de tudo a formação de um Estado de Direito, visto que tem alcance universal para o Direito de qualquer país. Vivendo na democracia, é direito do cidadão pleitear uma ação do Estado para conseguir exercer sua

cidadania, defendê-la através de um comportamento positivo do poder público, é o *status civitatis* (LUÑO, 2013, p. 22-24).

A Constituição de 1988 não pode ter uma visão que descarta os indivíduos por serem meras peças de uma engrenagem social, felizmente a abordagem constitucional é humanista. Devem ser considerados constitucionalmente os conceitos de moralidade pública e moralidade privada, em que no primeiro é voltado para as instituições e práticas sociais vigentes na comunidade, não somente considerar a moralidade privada, que define modelos de vida boa para o indivíduo. Foi positivado um grande elenco de direitos sociais, que têm por objetivo atender as necessidades materiais básicas principalmente dos excluídos, pois, é mister para um Estado dar foco aos grupos vulneráveis da sociedade (SARMENTO, 2016, p. 70-73).

A Educação é um direito fundamental positivado na Constituição de 1988. O conhecimento deve ser espalhado de forma plural e democrática como um modo de preparar os indivíduos que compõem a sociedade para a cidadania. A divulgação do conhecimento é importantíssima para uma coletividade consciente e cidadã. Com isso, afirma-se que a educação é um fenômeno social imanente aos homens. Ela brota das relações humanas, das contradições vividas na sociabilidade. A especificidade da natureza do elemento educativo torna a educação, como pensam, por exemplo, Saviani (2007) e Alves (2011), cada um a seu termo, responsável por transmitir a cada indivíduo singular a generalidade do ser social, ou seja, a cultura historicamente acumulada pelo conjunto da humanidade. Contudo, para que o homem possa produzir seu processo educativo ele precisa, ao mesmo tempo em que cria as especificidades educacionais, sobreviver.

Para produzir sua existência material, garantir alimento, vestimenta etc., ele precisa da natureza, visto que daí ele extrai a matéria necessária para seu sustento. Portanto, é transformando a natureza sob orientação teleológica – com intenção – que os

indivíduos conseguem os subsídios necessários para sua vida material. Diante deste cenário, a base conceitual que compõe essa proposta sobre a atuação do Estado para efetivar o direito à educação com foco no ensino superior, delinea-se a seguir.

2.2 O papel do Estado na efetivação do direito à educação superior

A educação superior deve ter seu acesso democratizado. Houveram avanços significativos para aumentar o alcance do ensino superior mediante leis que popularizaram a entrada nas universidades.

O Estado brasileiro teve um significativo avanço no tocante à educação quando em 2001 sancionou a Lei de Fundo de Financiamento Infantil, o FIES. Este proporciona crédito ao estudante para que possa iniciar estudos em instituições privadas com baixos juros e um menor preço na mensalidade, tendo longo prazo para quitar o valor total depois da graduação do aluno (BRASIL, 2001).

Na Constituição está positivado o direito à educação para não tornar elitista o acesso ao ensino. Outro grande avanço social foi inaugurado em 2005 com a sanção da lei que institui o Programa Universidade para Todos, popularmente conhecido como PROUNI. Garantiu estudo em instituições superiores privadas para o povo de baixa renda, excelente ação afirmativa que assegurou a formação superior a quem não conseguiu ingressar nas universidades públicas (BRASIL, 2005).

Está positivado no artigo 5º, IV, da Constituição Federal que é livre a expressão de pensamento, que leva a um paradoxo: os indivíduos precisam do conhecimento que a educação lhes traz para exercer a liberdade de expressão, porém, também precisam ter o discernimento para compreender que é necessário o direito à educação, este discernimento, então, não se pode alcançar sem educação. Percebe-se então que há uma violação, mesmo que

tácita, e quase não perceptível, deste direito de os indivíduos se manifestarem, visto que, sem o conhecimento, não é possível se expressar livremente.

Uma Constituição não é apenas um pedaço de papel, não é a parte mais fraca de um ordenamento jurídico, deve ser respeitada a sua força normativa (HESSE, 1999, p. 9). A constituição de um país explicita as relações de poder, que podem ser, por exemplo, militares, demonstrando a força de um exército ou o poder econômico com as grandes empresas e o capital ou principalmente, e mais necessário o poder intelectual, composto pela consciência e cultura. As conjugações desses fatores formam a verdadeira constituição de um país.

As condições econômicas e sociais devem ser contempladas para a eficácia das normas jurídicas posto que a constituição jurídica esteja condicionada pela realidade histórica. Junto a isso, a análise da situação jurídica e a força normativa devem ter ajuda de outras ciências como a História, Sociologia e Economia para analisar os elementos necessários, segundo Konrad Hesse (1999, p. 5-26).

Uma das funções do Estado é garantir o bem-estar social e então a igualdade será alcançada. A igualdade quer dizer acesso às mesmas oportunidades, portanto, se um rico tem condições de pagar uma escola ou universidade não precisando de ajuda financeira, por que um pobre também não pode ter acesso às mesmas instituições de ensino através do Estado pelos programas sociais de inclusão. No ponto de vista de Amartya Sen existem dois principais empecilhos para o desenvolvimento do povo, a pobreza, que faz com que os indivíduos não consigam sair da sua condição social, estando impedidos de alcançar o progresso, e o próprio Estado quando não garantidor dos direitos fundamentais, de caráter totalitário ou até mesmo apenas para garantir os interesses de uma classe dominante, na qual explica:

O desenvolvimento requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de

oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos, intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. [...] em outros casos, a privação de liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços públicos e assistência social. [...] em outros casos a violação de liberdade resulta diretamente de uma negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários e de restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade (SEN, 2010, p.16-17).

Voltando à Constituição Federal, outro artigo que intensifica a justificação de uma educação por meio do Estado é o Artigo 208 em seu quinto inciso no qual está explícito que a Educação será efetivada com o “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um” (BRASIL, 1988).

A Educação é fator chave para formação de uma sociedade justa e desenvolvida. Se a Europa se desenvolveu e obteve altos índices de qualidade de vida com a efetivação deste direito, e o Brasil possui uma inclinação jurídica para o Estado Social, também é possível acreditar em um futuro melhor com a aplicação desta política pública fazendo ser possível alcançar o direito ao desenvolvimento.

Assim, denota-se que a emancipação do pensamento por meio da educação e como ela é construída durante o processo de formação educacional considerando como uma das recompensas que se é obtida com o desenvolvimento humano. Tem o significado de dar capacidade ao indivíduo, libertar, tornar independente. Conseguida por meio da educação, é o ponto inicial da libertação humana.

O olhar emancipado permite possibilidades de caminhos novos, emergência de novas possibilidades e acesso a novas experiências, ampliando, desta forma, o repertório sociológico e filosófico para questionar as evidências do nosso tempo (SILVA, 2013, p. 753-754).

A Lei 9.394/96 abrange o conceito de emancipação na educação básica, que também pode ser por analogia ligado à educação superior:

Art. 27. Os conteúdos curriculares da educação básica [e também a educação superior] observarão, ainda, as seguintes diretrizes:

I – a difusão de valores fundamentais ao interesse social, aos direitos e deveres dos cidadãos, de respeito ao bem comum e à ordem democrática;

II – consideração das condições de escolaridade dos alunos em cada estabelecimento;

III – orientação para o trabalho (BRASIL, 1996).

Theodor Adorno (1995, p. 1) analisa a importância da educação partindo do pensamento de que as pessoas estão enquadradas no coletivo cegamente, não fazendo de si mesmas seres dotados de motivação própria. Essa massa inativa atrapalha o funcionamento da democracia, que não deve apenas simplesmente existir, o seu conceito deve ser sempre trabalhado.

O regime democrático se assenta na compreensão de que os cidadãos devem ter a igual oportunidade de participar do processo de formação da vontade da comunidade política que integram. Ocorre que, para que essa participação do cidadão possa ser efetiva, ele precisa ter condições materiais mínimas para exercê-la. É evidente que o indivíduo com baixo nível de instrução deve ter plenos direitos políticos [...], contudo, o seu déficit de escolaridade tende a comprometer a sua capacidade de se informar adequadamente sobre os assuntos públicos e de participar, como um igual, nas deliberações sociais (SARMENTO, 2016, p. 202-203).

O Estado e pessoas interessadas devem conduzir a educação para que seja de crítica permanente. As pessoas interessadas são os professores, os intelectuais e os sujeitos bons que querem um mundo melhor. Todos estes, já são emancipados, obtiveram a emancipação de forma individual e lutam para leva-la ao coletivo. A pré-compreensão é o pontapé inicial para a emancipação. Essas

pequenas bagagens culturais que são criadas desde o começo da vida despertam a sede por conhecimento levando ao hábito da leitura. Dessa forma a libertação e o pensar fora da caixa vão se formando, são esses estímulos pré-escolares que engrenam para uma incorporação pré-reflexiva (ADORNO, 1995, p.11). Diz Jessé Souza: “Como não somos formigas que repetem uma informação genética, nosso comportamento é determinado por uma visão do mundo e das coisas que é construída” (SOUZA, 2017, p. 8).

O conhecimento acompanhado de esclarecimento é chave para a emancipação. A educação é a formação da consciência, é um processo social que faz com que o povo se indigne com as condições de um sistema, cria no pensamento uma espécie de crise ética (ADORNO, 1995, p. 1-28). Ocorre que o mundo intelectual está separado do mundo real, o que é está afastado do que poderia ser, obstáculo para a formação do indivíduo. Emancipação é formação que leva os homens à autonomia, a atitude crítica supera a acomodação (FREIRE, 1967, p. 42).

Transformar a educação em interesse público é a chave para um desenvolvimento dos indivíduos e melhoria da condição social. Com isso o “comprar e vender” do mercado para direitos sociais é contido. Expandir a educação para o coletivo reduz a criminalidade, taxas de fecundidade e mortalidade além do progresso econômico que também beneficia terceiros. São as melhores justificativas para este investimento estatal (SEN, 2010, p. 153-158).

Cabe destacar que o sistema no qual a sociedade está inserida traz muitas infelicidades devido à rotina repetitiva que as pessoas têm. Segundo Zygmunt Bauman (2008, p.55-83) quanto menos escolhas e mais repetidos são o cotidiano é percebido que os privilegiados têm uma vida diferenciada. Essas repetições são um meio de coação indireta do próprio sistema, para manter tudo do jeito que está. Por isso deve se destacar a importância da emancipação, o poder de se libertar, no sentido de perceber o que está acontecendo ao nosso redor.

O que impede que o direito à educação e o desenvolvimento humano sejam efetivados no Brasil é a velha política defasada que favorece os donos do poder. Os grandes ricos, a elite do dinheiro quer se manter dominante, se aproveitando do passado histórico colonialista e com um *apartheid* de classes. Em *A Elite do Atraso*, é muito bem colocado que foi feito um grande pacto entre mídia, ricos e o Estado, já que a elite faz parte da política propositalmente, para manter seus interesses em troca do atraso e precarização das classes mais baixas. “É isso que se perde com a colonização pelo dinheiro: a capacidade de reflexão e aprendizado de todo um povo!” (SOUZA, 2017, p. 215).

O passado e os momentos de necessidade justificam o precisar da intervenção do Estado como o garantidor do bem-estar social. Portanto, percebe-se que é necessário que as pessoas tenham plenitude por meio da aquisição de conhecimento.

2.3 Liberdades e Desenvolvimento Humano

Liberdade, palavra que está ligada ao amplo sentido da definição de democracia, ambos consagram o exercício da cidadania para os indivíduos e por consequência o alcance ao desenvolvimento humano. Estar livre não é apenas viver na democracia, existem alguns empecilhos na própria vida supostamente livre dos indivíduos. Ter acesso ao conhecimento é uma das formas de se libertar para poder dar um rumo à vida.

O conceito de emancipação está interligado com as liberdades tanto negativa quanto positiva. Começando pela liberdade negativa, é a ausência de impedimentos externos do movimento à ação de um agente. É uma liberdade de abstenção a algo e o dever do Estado de proteger essa autonomia das pessoas. É um pensamento adotado pelo setor conservador (SARMENTO, 2016, p.152).

Já a liberdade positiva é o poder fazer algo por meio da própria capacidade, agir guiado pela razão com a autonomia de

escolher visto que o sujeito tem capacidade de se autodeterminar quando presentes as condições para o exercício da liberdade. A liberdade positiva provocada pela emancipação pode ser um exemplo de teoria de justiça social (SARMENTO, 2016, p.153).

A teoria “capability approach” de Martha Nussbaum explicita que para analisar a justiça de uma sociedade deve-se ver o que cada ser é capaz de fazer, capacidades conseguidas através da educação e interação com o meio social. Preconceitos como machismo, homofobia ou mesmo a pobreza econômica são grandes obstáculos para a liberdade positiva. Como a garantia da liberdade positiva é garantida por um ambiente sociocultural livre e inclusivo, cabe à educação fomentar o livre desenvolvimento de quem está em formação, além de outras políticas públicas que ajudem a construir um ambiente de empoderamento aos cidadãos para conseguirem fazerem suas próprias escolhas (NUSSBAUM, 2011, p. 10-18).

A Lei 9.394/96 novamente entra em cena atrelando a formação básica do cidadão à criação de capacidades e consequentemente a emancipação, educação infantil em analogia à educação superior:

Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante:

I – o desenvolvimento da capacidade de aprender [...];

II – a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade;

III – o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem, tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores.

Entende-se por *capabilitesos* elementos importantíssimos para a qualidade de vida de um povo: saúde, integridade física,

educação e outros aspectos da vida individual que não podem ser reduzidos a simples conceitos (NUSSBAUM, 2011, p.18).

Portanto, a *capabilities approach* é entendido como uma tentativa de aproximação à qualidade de vida e justiça social básica, tendo como referência “o que cada pessoa é capaz de fazer e ser?” considerando cada pessoa como um fim, e não um meio. Nussbaum utiliza o mesmo pensamento de Sen na questão das liberdades substanciais:

It is focused on choice or freedom, holding that the crucial good societies should be promoting for their people is a set of opportunities, or substantial freedoms, which people then may or may not exercise in action: the choice is theirs (NUSSBAUM, 2011, p.18).

Com a liberdade garantida e o mínimo existencial, é possível ter uma sociedade livre e o mais importante, informada. É o direito ao desenvolvimento.

A través de los derechos fundamentales las personas podrán controlar libremente su comportamiento, decidir por su propia elección y con un consentimiento libre, con conocimiento de las circunstancias relevantes, sin que existan obstáculos, por necesidades básicas no satisfechas, para su acción y para la comprensión y conocimiento de esas circunstancias relevantes, y con mecanismos que hagan posible la participación en la formación de los criterios de organización del Derecho y los mismos derechos fundamentales. Son medios para una conducta libre y informada. (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 2004, p.138).

Os direitos sociais estão intimamente relacionados ao mínimo existencial. Inicialmente deve se considerar que os direitos sociais têm titularidade coletiva visto que os cidadãos são vinculados ao Estado devido à nacionalidade, interligando o povo ao Estado em uma relação jurídica. No entanto, a titularidade individual não pode ser afastada porque quando se fala em mínimo existencial este é “fundado essencialmente na conjugação entre o

direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, e que, precisamente por esta fundamentação [...]”(SARLET, 2012, p. 194).

A expansão das liberdades faz com que as pessoas se tornem seres mais completos visto que a interação com o mundo é mais imersiva já que têm a verdadeira participação ativa e a vida melhorada (SEN, 2010, p.29).A possível libertação do indivíduo será alcançada pois, além de conseguir ter as escolhas de um futuro que são conseguidas através da educação e emancipação, a liberdade será expandida devido a sua fonte principal privadora de liberdade ser retirada, a pobreza, já que o mínimo existencial garantido gerou progresso, desenvolvimento e crescimento. Tanto pessoal como coletivo em uma sociedade desenvolvida através do acesso à informação e participação ativa. Tudo baseado na universalidade do desenvolvimento. São princípios mínimos que são adotados por uma pluralidade de seres, sem retirar sua identidade como sujeito e nem sua autonomia, para existir a emancipação. E então os modelos dominadores serão afastados (FACHIN, 2015, p.307-312).

Assim, traz-se a baila que o conhecimento e a compreensão parecem ser a superficial ver, duas palavras com o mesmo significado, porém, em uma análise mais complexa percebe-se que fora da linguagem cotidiana não-científica são muito diferentes. Basicamente seria informações técnicas que cada curso desenvolve especificamente na sua respectiva área, assim formando profissionais que certamente estão preparados para seus ofícios no mercado de trabalho, entretanto, não entregando o potencial para as pessoas se tornarem melhores seres humanos.

O conhecimento é limitado, já que em todas as áreas um limite do saber técnico mais cedo ou mais tarde poderá ser atingido, diferente da compreensão. A compreensão é a sabedoria humana. O primeiro passa para atingi-la é ter o conhecimento. A emancipação, experiências da vida, as liberdades individuais formam o direito ao desenvolvimento construindo a formação humana.

Mesmo que bem desenvolvida a compreensão é ilimitada. Tomando como exemplo desenvolver a capacidade de falar em público ou pensar sobre determinados assuntos, são coisas que apesar de estarem avançadas para o ser que sempre atuou nessas áreas nunca terá um limite para evolução determinado. Para introduzir a noção de Capital Cultural: Não é somente o dinheiro que pode ser considerado capital. Tudo o que pode ser acumulado pode ser alguma forma de capital. Assim como o dinheiro ser o capital econômico, existem outras formas de “acúmulos”, como o capital social que são as relações pessoais entre os indivíduos. Dessa forma, o capital cultural se acumula no processo de educação e durante toda a vida de um indivíduo. Se inicia antes mesmo da vida escolar. O início da formação da pré-compreensão se forma com o incentivo que os pais dão a seus filhos a criarem o hábito da leitura. Pais que tiveram acesso à cultura repassam esta forma de capital para seus descendentes, que terão formação melhorada. O início da acumulação se dá com a bagagem cultural.

Segundo Bourdieu o capital cultural é percebido em três estados. O estado incorporado: se dá pelo próprio trabalho do indivíduo, é a obtenção de informação, livros, conhecimento, aprendizagem que se molda ao estilo da pessoa e se torna parte dela ao longo de sua vida. O estado objetivado: o capital cultural é adquirido sem ser ensinado, entrega benefícios aos portadores na mesma proporção no nível de domínio que eles têm e se concretiza com suportes materiais. E o estado institucionalizado: é a legitimação do capital cultural, algo que dá valor ao portador através de documentos como um currículo que mostra toda a produção, uma nota obtida, um diploma ou certificado. É uma forma de competência provando o valor do indivíduo (BOURDIEU, 1979, p. 3-6).

Entrelaçando o âmbito escolar e o familiar percebe-se a efetivação do artigo 205 da Constituição Federal que explicita que a educação é um dever tanto do Estado quanto da família. No seguinte capítulo será abordado o rumo que a sociedade

emancipada toma com ajuda da política e o ambiente socioeconômico. Será trabalhada a possibilidade política de levar à emancipação e a análise de uma sociedade plena.

Considerações Finais

A educação abre caminhos para a liberdade dos indivíduos. Uma liberdade que permitirá fazer escolhas, e com as capacidades adquiridas, todos atingirão o progresso econômico. No entanto, existem empecilhos na política brasileira que comprometem o progresso das metas emancipatórias, como o interesse econômico. Países protagonistas no cenário mundial fazem com que os países em desenvolvimento fiquem dependentes e percam sua identidade e soberania, principalmente o Brasil, território que no passado era de exploração e com mentalidade servil ainda existente. Devem ser implementados valores universalmente democráticos para resgatar a independência dos países de terceiro mundo.

A emancipação muda as relações políticas e sociais uma vez que o aumento da participação na sociedade faz os seres terem consciência dos problemas à sua volta. Deve-se conciliar a emancipação com o discurso contemporâneo dos direitos humanos uma vez que estes dois são universais e interdependentes. O direito ao desenvolvimento é a proteção à pessoa humana e a própria afirmação dos direitos humanos.

Com a efetividade do direito à educação, todos têm acesso a uma vida digna e com isso os pontos negativos da sociedade como violência e desemprego, por exemplo, vão gradativamente diminuindo em longo prazo. Isso justifica a possibilidade do desenvolvimento humano através da educação. Pensar em educação é mais uma das atuações dos direitos humanos, para buscar uma sociedade justa e com disponibilidade do conhecimento para todas as pessoas de uma sociedade conseguirem atingir seus objetivos pessoais.

Referências

- ADORNO, Theodor W. **Educação e emancipação**. Tradução de Wolfgang Leo Maar. São Paulo: Paz e Terra, 1995.
- BAUMAN, Zygmunt. **A ética é possível num mundo de consumidores?** Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. 8.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.
- BOURDIEU, Pierre. **Lestrosiétatsdu capital culturel. Publicado em Actes dela rechercheensciencessociales**, n.30. Paris: Boulevard Raspail, 1979, p. 3-6.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.
- BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Lei de diretrizes e bases da educação nacional**. Brasília, 1996.
- BRASIL. Lei nº 10.260, de 12 de julho de 2001. **Fundo de Financiamento Estudantil**. Brasília, 2001.
- FACHIN, Melina Girardi. **Direitos humanos e desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. Rio de Janeiro. Paz e Terra: 1967.
- GRABOWSKI, G.; R., J. A. R. **Reforma, legislação e financiamento da educação profissional no Brasil**. In: MOLL, Jaqueline (Org.). Educação profissional e tecnológica no Brasil contemporâneo: Desafios, tensões e possibilidades. Porto Alegre: Artmed, 2010, 312p.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Editora Fabris, 1991.
- JOAQUIM, Nelson. **Direito educacional brasileiro – história, teoria e prática**. Rio de Janeiro: Livre Expressão, 2009.
- LUÑO, Antonio E. Perez. **Los derechosfundamentales**. Octavaedición. Madrid: Editora Tecnos, 2013.

- MANFREDI, S. M. **Educação profissional no Brasil**: atores e cenários ao longo da história. 1ª Edição. São Paulo: Paco Editorial. 2017.
- MARASCHIN, Mariglei Severo. **Dialética das disputas: trabalho pedagógico a serviço da classe trabalhadora?** 2015. Tese (Doutorado em Educação) - Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2015.
- MARX, Karl. **O capital**: crítica da economia política: Livro I: o processo de produção do capital. [tradução de Rubens Enderle]. São Paulo: Boitempo, 2013.
- MANACORDA, MárioAliguiero. **Marx e a pedagogia Moderna**. Tradução Newton Ramos de Oliveira. 2 ed. Campinas, SP: Editora Alínea, 2010, p. 66).
- MÉSZÁROS, István. **Para além do capital**: rumo a uma teoria da transição. Tradução PauloCézar Castanheira, Sérgio Lessa. 1. ed. Revista. São Paulo: Boitempo, 2008.
- NUSSBAUM, Martha C. **Creating capabilities**. USA: The Belknap Press of Harvard Press, 2011.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Lecciones de derechosfundamentales**. Conlacolaboración de: Rafael de Asís Roig y Mariadel Carmen Barranco Avilés. Madrid: dykinson, 2004.
- SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. ed. 11. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- SAVIANI, Dermeval. **A relação trabalho e educação**: fundamentos ontológicos e históricos. Revista Brasileira de Educação. 2007.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. 8.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SILVA, Luiz Etevaldo. **O sentido e o significado sociológico de emancipação**. Revista e-Curriculum, n. 11. São Paulo, 2013.
- SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**: da escravidão à lava jato. Rio de janeiro: Leya, 2017.

Escravidão Contemporânea: reflexões de um passado presente no Brasil

Patrick do Carmo Laitartt dos Santos¹

Francine Cansi²

Introdução

Desde os primórdios, as pessoas vivem em uma sociedade desigual, em alguns lugares tais dessemelhanças são mais acentuadas, em outros, menos. Ocorre que, cada região possui suas peculiaridades, uns sofrem com a desigualdade de gênero, da nacionalidade, condição social e outros em relação à cor e da raça, assim também, por exploração de mão de obra sem quaisquer limites(RIBEIRO et al., 2015).

Por muito tempo, o ideal de conquistar outros territórios foi o desígnio de muitas nações. A consequência disso foi a colonização de muitos territórios de forma forçada, muitas mortes e principalmente, o despojo de suas origens.Muitos grupos foram retirados de seus países, sendo realocados em lugares distantes, além de culturas extremamente diferentes de suas origens, para serem usados em serviços braçais, sem ter direito de quaisquer condições humanas, ou qualificação necessária para o mercado de trabalho e desenvolvimento intelectual(MIRAGLIA, 2015).

¹ 136062@upf.br

² francinecansi@upf.br

Da abolição de medidas escravisionistas e o avanço da sociedade, alguns grupos de indivíduos não conseguiram se manter em situação de igualdade em relação aos demais. Determinadas classes tornaram-se superiores, enquanto outras, se tornaram subordinadas, desrespeitadas, outras, até escravizadas.

Em teoria, a escravidão teve fim há mais de um século ao levar-se em consideração as leis promulgadas. Porém, é fato que até hoje milhões de pessoas são exploradas em todas as partes do mundo (RIBEIRO et al., 2015). A diferença é que não se seleciona mais os possíveis escravos pela cor da pele, mas “a seleção se dá pela capacidade da força física de trabalho, e não pela etnia (...) embora haja grande incidência de afrodescendentes entre os libertados da escravidão contemporânea” (SCHWARZ, 2008, p. 123).

Na verdade, ainda que de forma velada, o trabalho escravo, em suas variadas formas “sempre fez parte da história da humanidade, distinguindo-se na antiguidade por seu aviltamento e pela ausência total de liberdade da pessoa escravizada” (CORTEZ, 2015, p. 125). Na mesma linha, ainda hoje “a exploração de trabalho forçado é vista como uma prática do passado, já erradicada e, em virtude disso, não lhe é assegurada a devida importância” (MIRAGLIA, 2015).

Sendo assim, o presente trabalho tem por objetivo analisar a legislação nacional, bem como as ações e iniciativas do Governo Federal na prevenção e efetivo combate ao trabalho em condições análogas à de escravo, a chamada escravidão contemporânea. A questão que norteia o presente estudo refere-se a qual deverá ser o efetivo combate ao trabalho em condições análogas à de escravo, a chamada escravidão contemporânea, que, continua sendo praticado no Brasil? Para tal, utilizou-se o método descritivo, cuja técnica é da pesquisa bibliográfica, onde procura-se discorrer sobre a violação constitucional do princípio da igualdade, no trabalho análogo as condições de escravos.

2 Considerações Iniciais sobre o Trabalho Escravo

Mesmo tendo se passado mais de um século da promulgação da Lei Áurea, o Brasil foi a última nação do mundo ocidental a abolir o trabalho escravo de forma oficial, o que ocorreu no final do século XIX como já visto, e é um dos Estados soberanos que mais registram ocorrências de escravidão moderna no mundo segundo dados divulgados pela ONG *Internacional WalkFree Foundation* em 2016. Apesar disso, somente em 1995 o Brasil reconheceu publicamente a existência de trabalho em condições análogas à de escravo em seu território (PIAS, 2014).

Pelo que é possível perceber em todos os dados oficiais divulgados pelo governo e por entidades não-governamentais, a escravidão está longe de ser uma prática viva apenas nos livros de história. Pelo contrário, grande parte de tudo que é produzido e que chega às nossas mãos atualmente, continuam a ser produzidos à custa de trabalho em condição análoga à de escravo, pois “sapatos, tapetes, açúcar, brinquedos, roupas, perfumes, arroz, carvão, eletrônicos, etc., são apenas alguns exemplos de bens que são produzidos por meio de trabalho compulsório” (RIBEIRO et al., 2015).

Essa condição, por óbvio, ocorre tanto nas atividades urbanas (indústrias têxteis, de construção civil, fábricas de tecelagem, entre outras) quanto nas atividades rurais (pecuária, madeira, desmatamento, corte e cultivo da cana-de-açúcar, etc.) (CORTEZ, 2015, p. 27).

Buscando endurecer o combate à prática escravista, a Lei 10.803/2003, que alterou o artigo 149, do CP, tornou-se um verdadeiro *divisor de águas* no combate ao trabalho escravo contemporâneo, sendo editada no intuito de “atacar o grave problema brasileiro do ‘trabalho escravo’, muito comum em fazendas e zonas afastadas dos centros urbanos, onde trabalhadores são submetidos a condições degradantes de sobrevivência e de atividade laborativa” (NUCCI, 2016, p. 856).

Nesse sentido, a alteração do artigo 149, do Código Penal trouxe a seguinte redação:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I - contra criança ou adolescente;

II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem (BRASIL, 1941).

Nos ensinamentos de Guaraci Moreira Filho, basicamente, a conduta “consiste em reduzir (transformar, converter) alguém à condição análoga, ou seja, idêntica, à de escravo (...) conhecida antigamente por plágio, que é a sujeição de uma pessoa ao domínio de outra” (MOREIRA FILHO, 2012, p. 261).

Nos termos, ainda, da letra da lei, importante salientar que, segundo Jurisprudência do STJ, não se faz necessário a presença de todas as condutas presentes no art. 149, do CP, consumando-se o ilícito com apenas um dos elementos descritos na norma, conforme trecho da decisão a seguir:

Nos termos do consignado no acórdão *a quo*, o crime de redução a condição análoga à de escravo consuma-se com a prática de uma das condutas descritas no artigo 149, do CP, sendo desnecessária a presença concomitante de todos os elementos do tipo para que ele se aperfeiçoe, por se tratar de crime doutrinariamente classificado como de ação múltipla ou

plurinuclear (HC 239.850/PA. 5^a T. rel. Min. Gilson Dipp, 14.08.2012, v.u.).

Sendo assim, após essa decisão, à luz do artigo 149, do Código Penal, de qualquer modo, não há que se negar que “a infração já estará caracterizada quando a vítima for submetida, ou a trabalhos forçados ou à jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo sua locomoção por motivo de dívidas, por exemplo” (MOREIRA FILHO, 2012, p. 261).

Na busca por mais efetividade das penas, duro golpe aos utilizadores de trabalho escravo foi dado, recentemente, pela Emenda Constitucional nº 81/2014, que prevê a expropriação e confisco das propriedades utilizadas no trabalho escravo, bem como, todo e qualquer bem apreendido no local e obtido em decorrência de tal prática. Vejamos a transcrição da letra da Lei:

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes, drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei (BRASIL, 1988).

Em poder dessas propriedades e terras expropriadas, evidentemente após o necessário procedimento administrativo, o Governo as destinará à reforma agrária ou a programas de habitação popular (CORTEZ, 2015, p. 195). Todas as questões processuais envolvendo as expropriações e/ou manutenção de seres humanos em situação de trabalhos análogos à de escravos são de competência da Justiça Federal em ação penal pública incondicionada. Nesses delitos “são afetados os Princípios da dignidade da pessoa humana e da

liberdade do trabalho, daí afastar-se a competência da Justiça estadual” (MOREIRA FILHO, 2012, p. 263).

Guilherme de Souza Nucci, a esse respeito, reafirma que o STF fixou como competente a Justiça Federal, quando entendeu, por maioria de votos, ser o trabalho em condição análoga à de escravo um crime contra a organização do trabalho e por “haver pinceladas sensíveis de proteção à organização do trabalho, embora o crime continue inserido no capítulo pertinente à liberdade individual” (NUCCI, 2016, p. 861).

Nesse prisma, ainda, o STJ também se manifestou quando manifestou:

Compete à Justiça Federal processar e julgar o crime de redução a condição análoga à de escravo, pois qualquer violação ao homem trabalhador e ao sistema de órgãos e instituições que preservam, coletivamente, os direitos e deveres dos trabalhadores enquadra-se na categoria de crime contra a organização do trabalho, desde que praticada no contexto da relação de trabalho (AgRg no CC 105026-MT, 3ª S., rel. Min. Gilson Dipp, 09.02.2011, v.u).

Nessa ótica, segundo os Tribunais Superiores, considera-se a possibilidade “de se poder transferir à Justiça Federal qualquer delito que importe em grave violação dos direitos humanos” (NUCCI, 2016, p. 861). Com base na Constituição Federal, que por sua vez, consagrou o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF), princípio esse que tem caráter cogente e confunde-se com a própria vida. Justifica a imposição dessa norma pelo fato do “referido princípio alcançar o *status* de Princípio Fundamental do Estado de Direito Brasileiro, como forma de coibir todas as atrocidades humanas, discriminação e violações a direitos humanos” (AZEVEDO NETO, 2015, p. 93).

Nesse sentido, o que se busca é prevenir, combater e erradicar de vez toda e qualquer forma da chamada escravidão contemporânea em solo brasileiro, escravidão essa que teve seu

conceito formado mundialmente pouco tempo após a abolição da escravidão no Brasil e foi se complementando ao longo dos anos.

2.1 Conceito de escravidão moderna

O primeiro conceito de escravidão foi proferido na *Convenção sobre a Escravidura*, no ano de 1926, no âmbito da Liga das Nações, o qual, segundo Nanci de Carvalho, delimitou escravidão como “estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem, total ou parcialmente, os atributos do direito à propriedade” (CARVALHO, 2011, p. 239).

De acordo com o artigo 2º, da Convenção 29, da OIT, “a expressão ‘trabalho forçado ou obrigatório’ compreenderá todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente” (PIAS, 2014, p. 04).

Segundo a *ONG WalkFree Foundation* “a escravidão se refere à condição de tratar outra pessoa como propriedade, ou seja, algo a ser comprado, vendido, trocado ou mesmo destruído”, e ainda, “uma situação de exploração da qual não se consegue sair porque está sob ameaça, violência, coerção ou abuso de poder” (RIBEIRO et al., 2015).

Já a Organização Internacional do Trabalho - OIT, em seu artigo 2º da *Convenção Sobre Trabalho Forçado* classifica o trabalho forçado ou compulsório como “todo trabalho ou serviço que é executado por qualquer pessoa sob a ameaça de qualquer pena e ao qual a tal pessoa não se ofereceu voluntariamente”.

Sob a ótica da doutrina trabalhista, Miraglia, retratando o dia a dia dos trabalhadores sujeitos às agruras da escravidão moderna e, citando Sento-Sé, define o trabalho forçado como:

(...) aquele em que o empregador sujeita o empregado a condições de trabalho degradantes, inclusive quanto ao meio ambiente em que irá realizar sua atividade laboral, submetendo-o, em geral, a constrangimento físico e moral que vai desde a

deformação do seu consentimento ao celebrar o vínculo empregatício, passando pela proibição imposta ao obreiro de resilir o vínculo quando bem entender, tudo motivado pelo interesse mesquinho de ampliar os lucros às custas da exploração do trabalhador (MIRAGLIA, 2015, p. 132).

A escravidão atual apresenta características distintas da escravidão antiga sendo a maior causa da referida forma atual de escravidão trabalhista a desigualdade social, não mais podendo ser definida tão somente com base na questão de pertencimento, do indivíduo como propriedade ou da privação de sua liberdade (RIBEIRO et al., 2015, p. 194).

Doutor Schwarz define o “modelo” de escravidão nos dias atuais como sendo “um jogo de resistência e conflito em que se enfrentam empregados e empregadores, uns resistindo à opressão e buscando alguma melhoria nas suas condições materiais, outros buscando maximizar a produção e o lucro” (SCHWARZ, 2008, p. 181).

O professor Cleber Masson ao lecionar sobre a caracterização do trabalho escravo, lembra “não mais se exigir a escravidão propriamente dita, mas condição semelhante a essa”. Segundo ele, o plágio “não se trata de escravidão, sendo suficiente a vítima ser reduzida a condição análoga, isto é, semelhante à de escravo, não mais se exigindo que a vítima seja acorrentada e açoitada” (MASSON, 2016, p. 271).

As formas de escravidão contemporânea diferem das práticas de outrora; afirma que os meios atualmente utilizados para as práticas análogas de escravidão são ardis e fraudulentas, que invariavelmente podem “levar principalmente ao isolamento do trabalhador e à servidão por dívidas, não raramente acompanhados de violência física, coação armada, péssimas condições de trabalho e alojamentos que em nada diferem da senzala” (RIBEIRO et al., 2015, p. 201).

Na visão do jurista Nucci, “logicamente, agora, para a configuração do delito, não mais se necessita voltar ao passado, buscando como parâmetro o escravo que vivia acorrentado, levava

chibatadas e era aprisionado no pelourinho”, tendo surgido novos elementos para caracterizar o conceito da “nova escravidão”, bastando que:

Existe uma submissão fora do comum, como é o caso do trabalhador aprisionado em uma fazenda, com ou sem recebimento de salário, porém, sem conseguir dar rumo próprio à sua vida, porque impedido por seu pretense patrão, que, em verdade, busca atuar como autêntico “dono” da vítima (NUCCI, 2016, p. 857).

Consenso há, no entanto, quando se admite que a existência de restrição de liberdade, configura-se uma grave violação aos Direitos Humanos, sendo que essa restrição pode ocorrer ainda que sob a forma de ameaças de castigo, físico ou psicológico.

Sendo assim, segundo Masson, ainda que o indivíduo aceite, primeiramente, constituir uma relação laboral, por motivo de fraude ou logro, a prática será enquadrada como trabalho forçado, tornando irrelevante o consentimento inicial para a descaracterização do ato. Como observado, o ilícito se perfectibiliza no momento em que exista a falta de voluntariedade (vontade) por parte do trabalhador em desempenhar o serviço, ou seja, para caracterizar o tipo penal “é imprescindível essa supressão da vontade da vítima”. (MASSON, 2016, p. 270)

Na lição de Cezar Bitencourt, para configurar o crime descrito no artigo 149, do Código Penal, faz-se necessário haver vínculo trabalhista entre os sujeitos ativo e passivo da relação, sendo que “o simples encarceramento ou confinamento de alguém, sem a relação de trabalho, submete-se a outros tipos penais, que não interessam ao tipo penal específico” (BITENCOURT, 2012, p. 495).

Isabela Flaïtt descreve ainda, a interpretação do artigo 149, do Código Penal, como gênero, sendo o trabalho forçado e o trabalho degradante, suas espécies. Aquele abrangeria toda e qualquer forma de privação da liberdade, e este, abrangendo, ainda, o labor em

condições indignas, jornadas exaustivas, sem condições mínimas de segurança, higiene ou saúde (FLAITT, 2014, p. 271).

Brito Filho, em seus ensinamentos, leciona que “o que importa e basta é que a relação de prestação de serviços entre os sujeitos, ativo e passivo, seja de tal ordem que o primeiro passe a ter domínio sobre o segundo, de forma que a vontade deste seja anulada”, e conclui resumindo ser “necessária a compreensão de que o grau de domínio que se exerce sobre o sujeito, embora não absoluto, pode leva-lo a condição análoga à de escravo” (MASSON, 2016, p. 271).

Verônica Pias observa, ainda, que o trabalho em condições análogas à de escravo engloba, em grande parte, os migrantes e imigrantes que não dispõem de opções em buscar uma colocação no mercado de trabalho formal, estando, assim, sujeitos a tais condições laborais. Nesse sentido salienta:

(...) em muitos casos, pelo pouco grau de escolaridade, nem sabem que está ocorrendo algum tipo de transgressão aos seus direitos, por puro desconhecimento da legislação, bem como pelo influência de discurso que terceiros exercem sobre eles. Não seria, destarte, uma forma explícita de privação de liberdade, mas um estado velado de subordinação (PIAS, 2014, p. 07).

Assim percebe-se claramente as diversas circunstâncias que levam uma pessoa a ser submetida à condição análoga à de escravo, dentre as quais serão ilustradas na sequência desse estudo.

2.2 Motivos da escravidão moderna

Segundo Bales, um dos fatores que contribuíram para o aparecimento e manutenção da escravidão moderna foi o aumento drástico da população mundial pós-Guerra, especialmente, “em áreas onde o trabalho forçado já era parte da cultura e essa explosão populacional aumentou a oferta de pessoas nessas condições reduzindo, ainda mais, seus preços” (RIBEIRO et al., 2013,p. 199).

Outro fator determinante, ainda segundo o autor, foram as rápidas mudanças sociais e econômicas pelas quais esses países passaram, pois, a modernização trouxe grande riqueza para a elite, aumentando o prevailecimento da pobreza para a maioria menos favorecida, os reduzindo a condição de escravos contemporâneos (RIBEIRO et al., 2013, p. 199).

Outro fator que contribuiu para agravar a questão dos escravos modernos, segundo Michelle Kuhl foi a globalização “pelo fato de seres humanos serem vistos como produtos ou *commodities*, ou seja, mercadorias, que podem ser trocados, comprados, vendidos e explorados (RIBEIRO et al., 2013, p. 200).

Dessa mesma posição compartilha Jairo Lins de Albuquerque quando afirma que “devemos ter em mente que a escravidão contemporânea ou ao menos seu *boom* é produto lateral da chamada ‘globalização’ da economia”, assim, complementa, “onde a agricultura [por exemplo] está inserida mais fortemente numa economia de mercado, buscando competitividade junto aos consumidores do País e do exterior, os índices de trabalho escravo tendem a ser maiores” (ALBUQUERQUE, 2001, p. 79-81).

Nessa visão, percebe-se claramente a predominância de trabalhadores encontrados em condição de escravidão contemporânea no meio rural, ainda que haja em praticamente todos os setores que exploram mão de obra assalariada e nas mais variadas formas.

2.3 Diferentes formas de trabalho escravo

Atualmente, ainda que de forma velada, existem diversas formas básicas de escravidão moderna. Evidente que as formas de escravidão moderna enumeradas a seguir não esgotam as demais maneiras existentes de tornar alguém escravo, visto ser difícil estabelecer um rol taxativo sobre o tema.

Fato é que a escravidão contemporânea mantida à margem das relações trabalhistas, na clandestinidade e, em regra, ocultas,

dificultam seu combate e tornam impossível saber sua real dimensão. De fato o trabalho escravo nunca desapareceu por completo, é o que confirmamos nos comentários de Schwarz quando explica que “não houve uma ruptura substancial no campo da regulamentação do trabalho, mas apenas renovados processos de recomposição no modo de produção” (SCHWARZ, 2008, p. 111).

Esses novos “métodos de recomposição”, analisados sob o olhar do crime tipificado no artigo 149, do CP, assume a forma comissiva, quando reduz “alguém” à condição descrita na norma legal, estando de acordo com a previsão expressa e, comissiva por omissão, quando se enquadra na previsão do artigo 13, § 2º, do CP, *in verbis*:

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado...(BRASIL, 1941).

Segundo o professor Moreira Filho, existem diversos elementos indiciários de redução de pessoas a condição análoga à de escravos, dentre as quais enumera “a falta de pagamento de salário, alojamentos em condições subumanas, acomodações conjuntas para homens, mulheres e crianças, falta de água potável e alimentação adequada, inexistência de sanitários, etc.” (MOREIRA FILHO, 2012, p. 261).

Denota-se assim, que as previsões legais que visam combater o ilícito escravista mesmo sendo, infelizmente, de pouca efetividade na prática, são importantes e necessárias ferramentas de coerção aos utilizadores dessa mão de obra, pois, estima-se que atualmente, o número dos chamados escravos contemporâneos supere em muito, o número dos escravos cativos no tempo da escravidão antiga sendo utilizadas pelos aliciadores as mais diferentes técnicas na captação de suas vítimas.

2.4 O tráfico de pessoas

O tráfico de pessoas é a forma mais utilizada na atualidade no aliciamento de futuros escravos. Na maioria das vezes o trabalhador é ludibriado por promessas fantasiosas de um emprego garantido e remuneração justa, ficando deslumbrado com a possibilidade de proporcionar uma vida melhor a seus familiares.

Nessa “técnica” são recrutados todo tipo de mão de obra, seja homens, mulheres e até crianças que servirão, *a posteriori*, de escravos nas atividades do empregador.

A forma utilizada no aliciamento é sempre a mesma, os chamados “gatos” percorrem os vilarejos e interiores das localidades mais pobres e afastadas angariando candidatos para trabalhar. A promessa é sempre vantajosa se comparadas às condições em que essas pessoas, muitas vezes sem o mínimo de conhecimento, educação e condição financeira, se encontram.

No primeiro contato, demonstram afeição e são agradáveis, prometendo ser portadores de ótimas condições de trabalho e salário. A oferta de serviço em grandes e boas fazendas e condições garantidas de ótimo salário e alojamento, oferecendo, ainda, um adiantamento para deixar para a família, agem como um imã sobre os pretensos trabalhadores (PIAS, 2014). Já atraídos pelas falsas promessas e pelo “adiantamento” que o gato propôs para deixar para a família, os trabalhadores também veem naquela oportunidade uma forma de recuperar sua autoestima e dignidade, o que posteriormente, mal sabe ele será lhe tirada de vez.

Os obstáculos que a vida modesta do interior lhes impõe, não permite que esses trabalhadores tenham o mínimo de acesso ou informação do que acontece em outras partes do país com trabalhadores nas mesmas condições que as suas. Aliada esse baixo acesso à informação está a desorganização desses trabalhadores que, sem a tutela de um sindicato, ficam vulneráveis aos “ataques” dos aliciadores.

Walter Barelli corrobora ao descrever o deslumbramento que envolve as pessoas enganadas pelos “gatos”, dizendo que “a essas pessoas é prometida uma recompensa em termos de rendimento, que as atrai e que sempre funciona como estímulo para aceitar a oferta”; e vai além, quando afirma que “as promessas são sempre enganosas, sendo prometidos bons salários, boas condições de trabalho, e a possibilidade do trabalhador retornar para casa após algum tempo com um bom dinheiro para a família”. Esse tipo de promessa torna o trabalhador extremamente vulnerável (BARELLI; VILELA, 2000, p.09-16).

Ao chegar ao local de trabalho, geralmente localizado em outros Estados e muito longe de qualquer civilização, os trabalhadores se deparam com a triste realidade que os aguarda, sendo, a partir daí, submetidos ao trabalho em condições análogas à de escravo.

A primeira e instintiva reação do trabalhador é querer voltar para casa, o que se torna inviável, pois as fazendas “estão distantes dos locais mais próximos, sendo impossível ao trabalhador não se submeter a esse sistema” (SAKAMOTO et al., 2006, p. 22).

Assim os homens e algumas mulheres são enviados para a atividade desenvolvida pelo empregador, que pode ser em minas de carvão, no campo, no cultivo e colheita de cana de açúcar ou outro segmento do agronegócio, na confecção, etc., enquanto as mulheres “mais atraentes” são destinadas à exploração sexual e as crianças ao trabalho infantil.

Nesse lugar à revelia de qualquer vontade, livre-arbítrio ou dignidade humana, as garantias individuais já não subsistem e “a liberdade e a vontade própria são inexistentes, o que existe é a coerção” (BARELLI; VILELA, 2000, p.15). Nesse viés os referidos autores explicam que “os trabalhadores retêm uma pureza e uma ingenuidade que ainda os permitem sonhar, e, por ironia do destino, é justamente essa pureza, essa capacidade de sonhar, que serve como uma forma de coerção” (, p.16).

Na cadeia produtiva em que estão a trabalhar, são submetidos a trabalhos forçados, isto é, compulsórios que “implicam em alguma forma de coerção caso não desempenhada a contento” (NUCCI, 2016, p. 858). A jornada de trabalho é extremamente longa, sendo o limite “a própria natureza, ou seja, enquanto for possível trabalhar, se trabalha”, e os alojamentos são feitos de lona preta com estacas, espécie de barracas improvisadas, sem a menor privacidade e não possuem banheiros. A alimentação também é deficiente, sem qualquer higiene e a água para beber, geralmente, é contaminada por dejetos humanos e de animais, o que os deixa doentes e desnutridos. (BARELLI; VILELA, 2000, p.19).

Essa extenuante e exaustiva jornada de trabalho, contrariando qualquer regra trabalhista, faz parte da vida laboral desses empregados, “exaurindo o trabalhador, independentemente de pagamento de horas extras ou qualquer outro tipo de compensação” (NUCCI, 2016, p. 858). No mesmo argumento, Julpiano Cortez, refere que essa “jornada de trabalho exaustiva, imposta de forma abusiva, sem o livre consentimento do trabalhador, agride a sua saúde, com violação ao princípio da dignidade da pessoa humana” (CORTEZ, 2015, p. 22).

Relativo às instalações, não há qualquer estrutura para acomodá-los, passando as noites “em barracas de lona ou improvisadas, de folhas de palmeira, no interior das matas que serão derrubadas por eles mesmos, ficando, os trabalhadores, expostos ao sol e à chuva” (SCHWARZ, 2008, p. 121).

Essa exposição a toda sorte de privação vai de encontro à obrigação do empregador com seu empregado, já que “é sua responsabilidade o fornecimento de comida e moradia dignas, sadias e limpas”, diferente da realidade apresentada quando as condições análogas à de escravo expõe o obreiro às intempéries nas suas “cabanas de lona ou abrigos improvisados, sem iluminação ou água tratada” (MIRAGLIA, 2015, p. 138). Ainda a respeito do conceito análogo, o autor tece comentário no sentido de analisar o

trabalho escravo na ótica degradante, de forma a enumerar diversos fatores que ferem a dignidade humana, quando refere:

(...) enquadra-se na condição de trabalho degradante aquele em que o trabalhador não tem registro em carteira, não dispõe de equipamento de proteção, dorme em um curral sem paredes, não tem acesso à água potável ou a assistência médica, férias, décimo terceiro salário. Em quase 100% dos casos não conta com um banheiro no local de trabalho (MIRAGLIA, 2015, p. 145).

Segundo Cleber Masson, mais que isso “o trabalho escravo há de ser interpretado em sentido amplo, abrangendo, inclusive, a submissão de alguém a uma jornada exaustiva de trabalho” (MASSON, 2016, p. 272). As condições a que são submetidos no acampamento demonstram bem as condições degradantes e inóspitas a que se sujeitam. Percebe-se claramente a situação humilhante e vexatória que os diferencia de um trabalhador livre e digno (NUCCI, 2016, p. 858).

Quanto à responsabilização dos acusados, cabe ressaltar que, além de haver a ocorrência do crime previsto no artigo 149 do CP exposta anteriormente, os chamados “gatos” também podem incorrer, subsidiariamente, no crime tipificado no artigo 207 caput e § 1º do CP, visto que, a simples prática de aliciar trabalhadores de um local para outro do território nacional já constitui crime previsto na legislação penal. Dispõe o artigo 207, do Código Penal a seguinte redação:

Art. 207 - Aliciar trabalhadores, com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional:

Pena - detenção de um a três anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem recrutar trabalhadores fora da localidade de execução do trabalho, dentro do território nacional, mediante fraude ou cobrança de qualquer quantia do trabalhador, ou, ainda, não assegurar condições do seu retorno ao local de origem.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é **menor de dezoito anos**, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental (grifo nosso). (BRASIL, 1941).

Ressalta-se, também, a afronta aos direitos individuais expressos no artigo 5º, da Constituição Federal, os quais vedam qualquer tipo de trabalhos forçados, *in verbis*:

XLVII - não haverá penas:

[...]

c) de trabalhos forçados; (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

O trabalhador mantido em condições de semiescravidão é privado, não só de sua liberdade e dignidade, como tem todos seus direitos trabalhistas ultrajados. A Constituição Federal traz uma gama de direitos sociais de proteção e garantia aos direitos trabalhistas que, em maior ou menor grau, são ignorados pelos usurpadores do trabalho alheio, não disponibilizando sequer, o mínimo de assistência a seus cativos.

Nessa escala de cerceamento, até as mais básicas e fundamentais previsões como salário mínimo, horas-extras, repouso semanal ou férias, por exemplo, são suprimidos e, por não possuírem nenhuma espécie de contribuição previdenciária, qualquer tipo de indenização, seguro-desemprego ou expectativa de aposentadoria, *a priori*, lhes é negada. Eis trecho de direitos encontrados hoje na Constituição Federal da República Federativa do Brasil a fim de garantir o mínimo de proteção ao trabalho e trabalhador em seu artigo 7º:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III - fundo de garantia do tempo de serviço;

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; (...) (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Considerando todas essas ilegalidades, numa análise geral sobre as más condições que atingem os trabalhadores ainda nos dias atuais, é clara quando Flaitassevera:

(...) de qualquer aspecto que se analise as condições dos trabalhadores, quer em relação à habitação, à alimentação, aos equipamentos de proteção individual, ao aliciamento, ao transporte, entre outros, evidencia-se o uso da fraude, da violência física, da ameaça, do constrangimento psicológico, em suma, da degradação do homem (FLAIT, 2014, p. 58).

Evidencia-se assim que os “maus tratos trabalhistas” não cessaram em nenhuma de suas formas usuais, mas apenas se transformaram, ou, mais precisamente, estão sendo praticadas de formas mais cautelosas e resguardadas.

2.5 Escravidão por propriedade

O conceito desse tipo de escravidão é bastante escasso, sendo, no entanto, a forma que mais se assemelharia a escravidão “original”. Segundo Bales a chamada escravidão por propriedade seria quando “uma pessoa é capturada ou é vendida com o fim de servidão permanente, ou já nasce dentro do regime de escravidão, e a posse geralmente já é garantida por esse sistema” (RIBEIRO et al., 2014, p. 201).

O escravo, nessa modalidade, seria considerado uma espécie de propriedade do empregador, podendo, assim, ser, inclusive, trocado por outros bens. A escravidão nascida a partir de um

contrato de trabalho é aquela “formalizada” através de um contrato assinado, uma forma de mascarar o real vínculo que está prestes a se criar, ou seja, o vínculo da escravidão moderna. Assim, os contratos são oferecidos como uma “garantia de emprego, mas que, quando os trabalhadores são levados ao seu local de trabalho, se veem submetidos a condições análogas à de escravidão”, dessa forma, fica evidente o uso do artifício do contrato “como um atrativo para aliciar o indivíduo ao trabalho forçado, assim como um meio de fazê-lo parecer legítimo [...] essa é a forma de escravidão que mais cresce, ficando atrás apenas da escravidão por dívidas” (RIBEIRO et al., p. 201).

Essa “maquiagem” ocorre em demasia quando os “gatos” estão em busca de trabalhadores e, para forjar uma relação legal de trabalho, apresentam um contrato de trabalho ao candidato, recolhendo sua carteira de trabalho no pretexto de assiná-la posteriormente, o que nunca ocorrerá e servirá, mais tarde, como uma forma de manter o trabalhador “preso”, pois, juntamente com os demais documentos, recolhidos no momento da chegada à fazenda, serão mantidos em poder do empregador para tentar evitar a fuga do empregado.

Nesse sentido, leciona o professor Walter Barelli que “todo e qualquer documento dos trabalhadores fica em poder do ‘gato’, e esse é o segundo passo em direção à perda de mais um pedacinho daquilo que compõe a dignidade humana” (BARELLI; VILELA, 2000, p.16). Apesar de raras, ou até inexistentes, punições na esfera criminal, os artifícios utilizados pelos gatos e, posteriormente, pelos empregadores de mão-de-obra escrava, sem prejuízo dos demais crimes praticados e previstos na legislação brasileira, estão sujeitos, por esse comportamento, subsidiariamente, às sanções estipuladas no artigo 203, caput e incisos I e II, do Código Penal que estabelece:

Art. 203 - Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho:

Pena - detenção de um ano a dois anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Na mesma pena incorre quem:

I - obriga ou coage alguém a usar mercadorias de determinado estabelecimento, para impossibilitar o desligamento do serviço em virtude de dívida;

II - impede alguém de se desligar de serviços de qualquer natureza, mediante coação ou por meio da retenção de seus documentos pessoais ou contratuais.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental (BRASIL, CÓDIGO PENAL, 1941).

Ainda assim, os artifícios usados na manutenção dos trabalhadores no local de trabalho não se restringem à retenção de seus documentos e pertences, muitas vezes, mesmo acuados por essa arbitrariedade, os trabalhadores decidem abandonar as fazendas ou galpões onde estão confinados. É aí que se revela a forma coercitiva para obrigá-los a permanecer ali, com o uso da força, através de vigilância ostensiva e armada, por meio de “capangas e jagunços”, proibição da utilização de transportes em direção à cidade e, até mesmo, o emprego de tortura (NUCCI, 2016, p. 859-860).

Não tendo outra saída senão submeter-se ao julgo do patrão, os agora escravos modernos permanecem sob os desmandos de seu algoz enquanto forem úteis aos anseios dos fazendeiros ou até que sanem as dívidas, supostamente, adquiridas desde a saída de suas terras em busca de melhores condições de trabalho.

Outra forma de escravidão atual, na visão de Kevin Bales, seria a escravidão submetida por questão de dívidas, sendo essa a forma mais comum entre todas as demais. (RIBEIRO et al., 2014, p. 201). A esse respeito, em sua definição, Cortez explica que “no Brasil, o trabalho forçado se dá, mais comumente, pelo regime da ‘servidão por dívidas’. Nessa situação, o trabalhador se vê subjugado ao patrão, mediante coação física e/ou moral, justificada por um suposto débito contraído por aquele” (CORTEZ, 2015, p. 21).

A escravidão por dívidas, no caso do tráfico de pessoas, tem origem quando da assinatura do contrato ou aceite pelo trabalhador do emprego oferecido pelo “gato”. O “adiantamento” deixado para a família, bem como as passagens, alimentação e hospedagens até chegar ao local de trabalho, tudo é cobrado posteriormente pelo empregador com juros, obrigando, assim, o trabalhador a ter de pagar antes de ir embora e, como ele não terá dinheiro, terá que se submeter ao trabalho contra sua vontade.

Na denominação de Nucci, essa forma de escravidão análoga irá configurar-se quando, “por qualquer que seja o meio empregado, a liberdade de ir e vir do trabalhador for cerceada em função de dívida contraída com o empregador ou seu preposto”, ou seja, nessa modalidade “o patrão restringe sua liberdade de locomoção porque o empregado lhe deve algo em razão de dívida, logo, é o equivalente a impor um cárcere privado por dívida não paga” (NUCCI, 2016, p. 859). Dessa forma, quando o trabalhador pretende deixar o local, é impedido pelo patrão, percebendo então que está completamente endividado e que “não poderá retirar-se antes de pagar o que deve” (SCHWARZ, 2008, p. 120).

Após muito trabalho e sem receber qualquer remuneração é que o trabalhador ficará sabendo da impagável dívida que possui com o empregador, não restando outra alternativa, senão, trabalhar gratuitamente tentando saldá-la. Por fim, ele toma ciência que, apesar de trabalhar por longas horas diárias para quitar a dívida contraída, esta só aumenta, já que, na maioria das vezes, a estrutura oferecida pelo patrão é insuficiente e o trabalhador se vê obrigado a adquirir na cantina do acampamento (pertencente ao patrão), itens básicos que vão desde alimentos até redes para dormir, colchonetes, etc. Por mais anormal que possa soar, há locais que até mesmo as ferramentas de trabalho têm de ser adquiridas por eles, sempre a preços estratosféricos.

Nessa situação, ocorre o que a doutrina chama de *truck system*, que é quando os empregados, por estarem muito distante de qualquer comunidade, são obrigados a adquirir todo tipo de

suprimento nas “vendas” localizadas na própria fazenda a preços muito superiores ao de mercado. Todo o valor gasto é anotado em uma caderneta e, ao final do mês, descontado automaticamente do salário do funcionário, o que acaba por deixá-lo sem receber por muito tempo.

2.6 Trabalho infantil

A população brasileira vive uma crescente quando se fala em número de desempregados no País, segundo a Agência Senado, a mudança na metodologia de cálculo da taxa de desemprego no Brasil, utilizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), concluiu no ano de 2016 que “o número de desempregados brasileiros já passa de 22 milhões de trabalhadores”. Tal situação só aumenta o número de crianças e adolescentes submetidas mais precocemente ao mercado de trabalho, ou seja, a pobreza está diretamente ligada ao aumento de casos de exploração do trabalho infantil, principalmente, quando são obrigadas a mendigar (BRASIL, s/d).

O trabalho infantil também é uma das técnicas pelas quais a escravidão por dívida se desenvolve, submetendo, assim, as crianças a extensas. Infelizmente, segundo Azevedo Neto “a história humana também revelou uma exploração desmedida pelo trabalho de crianças, motivada pela ganância por acúmulo de capital, sobretudo durante a Revolução Industrial” (AZEVEDO NETO, 2015, p. 145).

O crime cometido nessa ótica se torna mais gravoso na esfera criminal, sendo passível de uma sanção com maior rigor por envolver crianças ou adolescentes. Nessas circunstâncias, a pena será acrescida de metade, ou seja, será de três a doze anos de reclusão, e multa, sem prejuízo da pena correspondente a violência praticada, se for o caso. Observa-se quando da transcrição do artigo 149, do Código Penal:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente; (grifo nosso) (BRASIL, 1941).

Paralelo a isso, tramita na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 3358/2012, que busca acrescentar o artigo 207-A no Código Penal, a fim de tipificar o crime de exploração de mão de obra infanto-juvenil. Segue a sugestão da alteração proposta:

Art. 207-A. Contratar trabalhador menor de quatorze anos ou, na hipótese de atividades artísticas, publicitárias e desportivas, sem a respectiva licença concedida pela autoridade judiciária competente.

Pena – detenção de dois a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem contratar trabalhador menor mediante fraude ou simulação de contrato de aprendizagem, ou sem observância das normas tutelares do trabalho do menor, estabelecidas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943, e na Lei n.º 8.069, de 13 de junho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).” (grifo nosso)(SITE CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2012)

Referente à possível exploração da criança ou adolescente à prática de exploração sexual, o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) faz previsão de punição em seu artigo 244-A, *in verbis*:

Art. 244-A. Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no *caput* do art. 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual:

Pena - reclusão de quatro a dez anos, e multa (BRASIL, 1990).

O Estatuto da Criança e do Adolescente, reafirmando seu objetivo protetivo e acolhedor também veda, expressamente, qualquer tipo de trabalho forçado imposto à criança ou

adolescente, ainda que sob alegação de reeducação, como impõe o artigo 112 do Estatuto:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

§ 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado. (grifo nosso)(BRASIL, 1990).

A exploração do trabalho infantil é uma realidade assombrosa que ronda a sociedade e aniquila o futuro da juventude, sendo uma potencial fonte do aumento do número de desocupados e, conseqüentemente, impactando diretamente na violência futura.

Confirmando o exposto, a Constituição Federal, prevê uma gama de direitos e proteção ao trabalhador menor, tendo a proteção da lei em seus direitos previdenciários e trabalhistas, e, nesse sentido, entendemos ser perfeitamente possível, ainda que sem previsão, invocar o Princípio da Dignidade Humana nas garantias ao trabalhador menor de quatorze anos, inclusive. Sendo assim, o artigo 227, da Constituição Federal dispõe:

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

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:
I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas; (grifo nosso)

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente(BRASIL, 1988).

Alinhada a essa defesa aos direitos infantis, Miraglia explica que “o incapaz possui a mesma dignidade que qualquer outra pessoa humana, mesmo não exercendo uma efetiva capacidade, haja vista se tratar de uma capacidade potencial” (MIRAGLIA, 2015, p. 65).

Partilhando do mesmo posicionamento o Governo Brasileiro, há certo tempo, vem adotando inúmeras ferramentas e iniciativas tendo por objetivo pôr fim ao trabalho infantil, bem como ao trabalho escravo de um modo geral, em todas as suas formas.

Considerações Finais

O grande desafio do Estado brasileiro é a erradicação do trabalho escravo, através de programas que minimizem as causas de tal problemática, como a violência urbana, o desemprego dos pais, a falta de escolaridade, dentre outros.

O Estado deve fortalecer e aperfeiçoar os mecanismos de fiscalização, coibindo o trabalho em condições análogas à de escravo, assim como da gestão das Políticas Públicas Sociais, com o objetivo de estabelecer ações concretas, capazes de erradicar esse tipo de trabalho.

Um dos passos fundamentais para o enfrentamento da exploração do trabalho em condições análogas à de escravo, é a conscientização social, pois a sociedade precisa mobilizar-se exigindo das autoridades a responsabilidade que lhes cabem, mudando de atitude, onde, quando cada cidadão fizer a sua parte, por menor que sejam não dando margem a qualquer tipo de exploração.

O Brasil é um país cuja extensão territorial é imensa, e se por um lado, em alguns estados as ações políticas, sociais, administrativas e legislativas atuam severamente frente ao combate da exploração do trabalho infantil, por outro lado, o que se pode perceber é que as medidas protetivas estão vinculadas às ações sociais.

Compreendeu-se que o Brasil é apontado como um dos países que mais avançou no âmbito jurídico, criando a legislação

específica contra o trabalho em condições análogas à de escravo. Embora, o processo de erradicação desse tipo de trabalho seja lento e gradativo, os princípios de proteção integral ao trabalhador são também elementos que permitem ações referentes ao combate desse tipo de exploração.

Com isso, ainda se pode vislumbrar uma “luz no fim do túnel”, em que o pensamento consciente, deve ser cada vez maior, uma vez que o trabalho em condições análogas à de escravo é um dos problemas que precisa de soluções urgente e o empenho para a sua erradicação por parte da comunidade internacional, dos Estados e na sociedade civil organizada.

O referencial teórico apresentado fez compreender que além do dano moral, físico e psíquico (tema não abordado no contexto deste estudo) sofrido pelo sujeito através do trabalho e, mesmo com a existência de todos os mecanismos de tutela, preventivos e repressivos, tanto no âmbito administrativo, refere muito além, do que foi mencionado nesta breve conclusão. Mas espera-se que com este estudo se possa contribuir para futuras pesquisas que venham levantar mais subsídios para o tema proposto.

Referências

AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. **O trabalho decente como um direito humano**. São Paulo: LTr, 2015.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Dispõe sobre a Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Dispõe sobre o Código Penal Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2018.

- BRASIL. **Portal Brasil**. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2009/11/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-garante-igualdade-social>. Acesso em: 20 set. 2018.
- BARELLI, Walter, VILELA, Ruth. **Trabalho escravo no Brasil**. Revista Jurídica Estudos Avançados, IEA-USP, 2000.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. **Código penal anotado: legislação complementar**. São Paulo: RT, 1997.
- CARVALHO, Nanci de. **Tratados e convenções internacionais e seus reflexos no tratamento da escravidão pós-abolição**. Cuiabá: EdUFMT, 2011.
- CORTEZ, Julpiano Chaves. **Trabalho escravo no contrato de empregos os direitos fundamentais**. 2 ed., São Paulo: LTr, 2015.
- FLAITT, Isabela Parelli Haddad. **O trabalho escravo à luz das Convenções nº 29 e 105 da Organização Internacional do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2014.
- MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado: parte especial**, vol. 2. 9 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- MOREIRA FILHO, Guaraci. **Código penal comentado**. 2 ed., São Paulo: Rideel, 2012.
- MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **Trabalho escravo contemporâneo: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. 2 ed., São Paulo: LTr, 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 16 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- PIAS, Verônica de Giacomo. **Trabalho escravo: estudo dos conceitos contemporâneos e a sua aplicabilidade no caso dos médicos cubanos no projeto mais médicos para o Brasil**. Extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado pela acadêmica para obtenção do grau de Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2014.

RIBEIRO, Deborah Cristina Rodrigues; et al. **A escravidão na atualidade: a perduração da exploração e as tentativas de combatê-la.** São Paulo: DA, 2014.

SAKAMOTO, et al. **Trabalho escravo no Brasil do Século XXI.** 2006. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/.../trabalho_escravo_no_brasil_do_%20seculo_%20xxi_315.pdf>. Acesso em: 20 set. 2018.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. **Trabalho escravo: a abolição necessária: uma análise da efetividade e da eficácia das políticas de combate à escravidão contemporânea no Brasil.** São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, Cristiane de Melo Mattos Sabino Gazola. **Do escravismo colonial ao trabalho forçado atual: a supressão dos direitos sociais fundamentais.** São Paulo: LTr, 2009.

Flexibilização trabalhista: negociado versus legislado a partir da Lei 13.467/2017

Fernanda Casia Dal Pupo Fior¹

Francine Cansi²

Introdução

Em uma perspectiva atual, a tecnologia influencia cada vez mais diretamente a vida do ser humano e seu contexto social, essas oscilações também impactam nas relações de trabalho, tendo em vista que, o direito material não evolui ao mesmo passo, questão essa que motiva a busca por aprofundamento nas relações trabalhistas que surgem no decorrer do tempo.

Em decorrência de tais evoluções tecnológicas, na seara laboral houve grande remodelamento na relação direta entre empregado e empregador, bem como de sua subordinação, local de prestação dos serviços, horário de jornada e intrajornada dentre outras.

Entretanto é questionável a situação em que o trabalhador se encontra, pois, se o mesmo está conectado pode prestar serviços a qualquer hora, sem controle definido de horário, bem como, abdicando de seu lazer e descanso, infringindo direitos a ele

¹ fernanda.fior@hotmail.com

² francinecansi@upf.br

assegurados. Mesmo a sociedade atual estar sempre conectada a tudo, o que preocupa é a saúde fisiológica e psicológica do trabalhador que não sessa sua jornada de trabalho, pois, confunde-se lazer e atividade laborativa.

A partir da análise doutrinária atinente a esse tema tem-se a pretensão de trazer o aprimoramento de questões explicativas do instituto da flexibilização das leis trabalhistas e especialmente sobre a prevalência do negociado sobre o legislado, sendo esta uma das formas existentes de flexibilização das normas protetivas laborais.

Assim, em um primeiro momento, será abordado sobre flexibilização e desregulamentação das leis trabalhistas, bem como será demonstrado que ambos os institutos não são sinônimos, tendo cada uma das formas suas características próprias. Na sequência será apresentada algumas considerações realizadas pela doutrina nacional ao analisar o instituto da flexibilização das leis trabalhistas através dos instrumentos coletivos de trabalho, a convenção coletiva de trabalho e o acordo coletivo de trabalho. Em tempo, no que tange as negociações coletivas sindicais, de forma crítica será tratado dos problemas enfrentados pelas negociações coletivas. Por fim, refletir se o negociado versus o legislado implica num avanço ou num retrocesso social e laboral.

1 Flexibilização e Desregulamentação

Antes de ingressar no problema proposto, cabe conceituar e diferenciar flexibilização das leis trabalhistas de desregulamentação das leis trabalhistas.

Para uma noção inicial de como surgiu o instituto da flexibilização, primeiramente, devemos destacar o neoliberalismo estrangeiro, sendo que os simpatizantes trouxeram o núcleo das ideias a serem implantadas no Brasil; a globalização mundial, que transformou os mercados econômicos, passando a ser uma sociedade consumista, rápida e descartável; e, por fim, as crises

econômicas geradas a partir de tais mudanças no mundo inteiro, atingindo diferentes ramos e obtendo variadas soluções.

Esse conjunto é responsável pelo início da discussão sobre flexibilização, que nada mais é, do que uma solução encontrada para modificar o cenário da economia mundial.

Ao que bem relata Siqueira Neto:

Assim como nos países estrangeiros, as discussões nacionais são impulsionadas por ideias de natureza preponderantemente econômica. Neste contexto, a necessidade de consagrar-se um ordenamento jurídico que seja flexível é constantemente enfatizada. A justificativa fundamental da flexibilidade das normas trabalhistas – segundo seus adeptos – é a imperiosa e inexorável adaptação do país aos padrões da concorrência internacional travada em uma realidade de economia globalizada. Nessas circunstâncias, o direito do trabalho brasileiro é definido como excessivamente rígido, estimulador de conflitos e inibidor da produtividade, caracterizado pelo intervencionismo exacerbado do Estado e, portanto, insuscetível de viabilizar uma regulamentação do trabalho capaz de atender à rapidez e à dinâmica desse admirável mundo novo. A solução frequentemente oferecida para superar essa imaginada rigidez do direito e do mercado de trabalho é a redução dos direitos trabalhistas, combinada com o incentivo das negociações coletivas de trabalho exclusivamente por empresas, voltadas para o estabelecimento da “flexibilização” de direitos ou simplesmente a desconstituição de direitos indisponíveis. (1997, p. 33).

De um modo geral, a flexibilização trabalhista surge como uma possibilidade de alargar as relações entre empregado e empregador, outorgando maiores poderes ao empregador, para que este possa firmar acordos fora da esfera legislativa.

Ao conceituar flexibilização e desregulamentação, Jorge Luiz Souto Maior leciona que desregulamentação é a “eliminação de normas do ordenamento jurídico estatal que não mais se justificariam no contexto social, incentivando-se a autorregulação pelos particulares” (SOUTO MAIOR, 2002, p. 97). Já na

desregulamentação “o Estado deixa de intervir na área trabalhista, não havendo limites na lei para questões trabalhistas, que ficam a cargo da negociação individual ou coletiva” (SILVA, 2015, p. 14).

Portanto, o que se verifica é que na desregulamentação ocorre a extirpação da previsão trabalhista do ordenamento normativo, sendo esta forma a mais cruel sob o ponto de vista da intervenção estatal necessária.

Quanto à flexibilização, a doutrina comenta que “representa a adaptação das regras jurídicas a uma nova realidade, gerando um novo tipo de regulamentação” (SOUTO MAIOR, 2002, p. 97).

Assim, “na flexibilização, são alteradas as regras existentes, diminuindo a intervenção do Estado, porém garantindo um mínimo indispensável de proteção ao empregado, para que este possa sobreviver, sendo a proteção mínima necessária” (SILVA, 2015, p. 14).

Tratando sobre a flexibilização, Cassar menciona como:

A flexibilização nasce com uma das possíveis soluções para enfrentamento da crise, facilitando a disputa no processo econômico e, com isso, a competitividade. Flexibilizar significa criar exceções, dar maleabilidade à rígida lei trabalhista, autorizar a adoção de regras especiais para casos diferenciados. Catharino¹¹² afirma que a flexibilização é o antônimo de rigidez e, por isso, flexibilizar é fazer do rígido flexível ou tornar mais flexível o que há. Conceitua como flexibilização a adaptação de normas jurídicas trabalhistas para atender às alterações na economia, refletidas nas relações entre trabalho e capital (CASSAR, 2014, p. 43).

A definição trazida por Cassar vem firmar e reforçar a ideia de que a flexibilização surge como uma alternativa no mundo globalizado. Sendo através desta o surgimento de uma nova maneira de negociação dentro do mercado de trabalho, que vá em sentido próprio e não seguindo objetivamente a letra da lei.

Além disso, falar sobre flexibilização é sinônimo de tratar sobre uma norma jurídica, autorizando que sejam realizados na prática ajustes entre as partes do contrato de trabalho para que

estas possam modelar alguns pontos permitidos conforme aquela situação demanda, adequando-se assim a realidade à prática, unindo ainda uma legislação protecionista que delimita os pontos a serem flexibilizados.

Pode-se entender que os empreendedores possuem maior poder de negociar o contrato individual de trabalho com seus subordinados. No entanto, devem seguir o que diz respeito à luz das condições impostas nas normas trabalhistas.

Sobre a desregulamentação, Cavalcanti diz:

Malgrado as críticas acerca das amarras jurídicas do Direito do Trabalho impeditivas do crescimento econômico e consequentemente da criação de empregos observa-se que o discurso de sua desregulamentação ao contrário da pretensa desregulação do direito pode estar escondendo uma ordem autoritária intervencionista em favor do capital. Considerando-se o sentido da palavra desregulamentação ou deslegalização poder-se-ia crer tratar-se de uma política de supressão das regras ou das leis. Todavia como assevera Alan Supiot a política de desregulamentação jamais conduziu a uma redução quantitativa do número das regras ela pode ser identificada com a `déréglamentation au contenu des loi qui son adoptée en son nom desregulamentação do conteúdo da norma adotada em seu nome ou seja proclama-se uma política desregulamentarista da relação de trabalho e impõem-se regras que dêem sustentabilidade de lucro ao mercado protegido (...) (CAVALCANTI, 2008, p. 75)

A relação entre flexibilizar as normas das relações de trabalho e a desregulamentação das normas trabalhistas são pontos distintos a serem discutidos, porém alguns doutrinadores não fazem essa distinção por considerarem que a desregulamentação é um instrumento indispensável para a realização da flexibilização. Analisando cada um separadamente, pode-se compreender melhor que a maioria das críticas apontadas na flexibilização se confundem às da desregulamentação, fazendo com que os conceitos se misturem e não raramente o assunto da

desregulamentação seja tratado conjuntamente com a flexibilização na corrente doutrinária.

Partindo do ponto em que se trata a divergência entre flexibilizar e desregular, Cassar (2010, p. 44) traz uma distinção excelente entre as duas correntes: na flexibilização há incidência da lei, mas de forma mais branda, havendo apenas algumas exceções, já na desregulamentação não há nenhum tipo de incidência normativa Estatal, sendo totalmente isenta de leis que regulariam o trabalho.

Dessa forma, pode-se entender que a flexibilização apenas dá armas para contornar algumas situações, sendo autorizada pelo Estado, e a desregulamentação, ao contrário disso, age completamente a par das normas protetoras, deixando os indivíduos completamente desamparados pelo Estado, passando a reger somente àquelas normas específicas.

Por isso, quando se observar críticas referentes à flexibilização em que mencionam um total descaso do Estado, não estando presente nenhum tipo de norma protetora, na verdade, reporta-se à desregulamentação. Talvez essa mistura entre os conceitos acontece através da efetivada Reforma Trabalhista, que trouxe a flexibilidade como ponto principal, o que causou muito impacto no meio doutrinário.

A flexibilização e a desregulamentação são ferramentas que deram certo em países desenvolvidos, porém, no caso do Brasil é, primeiramente levantada a questão de intervenção estatal no meio econômico. Vive-se em um país considerado em desenvolvimento mundial, que historicamente passou por diversas crises econômicas, o que enfraquece o mercado de trabalho e conseqüentemente gera desempregos. A situação atual brasileira não mudou muito de figura, pois, continua passando por uma crise econômica nacional, a questão é que se a desregulamentação entrar em vigor, a intervenção do Estado em firmar um salário nominal aos trabalhadores brasileiros estaria completamente afastada. Assim, a livre negociação entre as partes poderia acontecer.

Se não há a fixação mínima de um salário nominal, ou seja, aquele que efetivamente o cidadão coloca no comércio local, fomenta as pequenas e grandes cidades, poderá no acordo entre as partes ficar ajustada uma baixa no valor antes fixado, com menos dinheiro no bolso do trabalhador, menos dinheiro aplicado no comércio.

Para esse tipo de situação não acontecer, antes de ser aplicada a desregulamentação, deveriam ser fortalecidas as bases sindicais das categorias brasileiras, para que essas tivessem força real e suficiente para negociar livremente com os empregadores, estabelecendo condições ainda mais benéficas aos seus associados. Se esse fortalecimento fosse verdadeiro, poder-se-ia afirmar que a desregulamentação das normas trabalhistas também seria uma experiência boa no Brasil.

As negociações coletivas seriam uma alternativa, se bem estruturadas, considerando que há diversas possibilidades de enfrentamento da situação pelas negociações coletivas, aplicação de variados princípios e formas, tudo para chegar a um fim comum: a situação mais benéfica ao empregado.

Contrário a isso, Delgado (2017, p. 261) alerta sobre os riscos da flexibilização sem peias, ou seja, a desregulamentação que não conta com limites impostos pelas normas positivadas brasileiras. Entende ser inadmissível a ideia de separação entre a pessoa enquanto empregado e a pessoa humana nas formas de isenções sociais. Que a sua incorporação dá um poder alargado para a população resolver entre si as questões sociais e trabalhistas, antes respeitadas pela Constituição Federal e seus tratados internacionais. Mesmo que as livres negociações sejam feitas através das negociações coletivas sindicais, a baixa da renda média dos trabalhadores e a conseqüente pobreza gerada por este fator seriam inevitáveis, bem como, a concentração da grande riqueza na parte que já se encontra nesse patamar, situação ocasionada pelo sistema capitalista. Ainda, devemos levar em consideração que haverá queda nas contribuições fiscais, uma vez que o imposto de renda da grande massa trabalhadora baixaria, bem como a

contribuição previdenciária obrigatória, pois a negociação coletiva trabalhista tenderia a retirar essas parcelas nos contratos de trabalho, gerando assim um déficit público.

Conforme verificado, em tese, na flexibilização não ocorre a exclusão da lei protetiva do ordenamento normativo, o que o capital deseja é uma menor intervenção estatal, ou como o próprio nome diz, maior flexibilidade. O problema resultante desse formato é pauta para próxima pauta, seja através de flexibilizações já efetuadas ou através da tão desejada prevalência do negociado sobre o legislado como contempla a reforma trabalhista.

2 Aspectos relevantes para a análise do problema proposto

A doutrina protecionista costuma realizar duras críticas às flexibilizações já realizadas no ordenamento jurídico pátrio, bem como se posicionam contrariamente a novas tentativas de flexibilização de leis trabalhistas.

Neste sentido:

A realidade do mundo do trabalho que está sendo criada pelas normas de flexibilização é esta. Uma realidade que despreza os aspectos éticos das relações sociais e que aumenta a cada dia a desvalorização do trabalho, ampliando a distância entre ricos e pobres, aniquilando a consciência de cidadania nas relações de trabalho e promovendo o caos social (SOUTO MAIOR, 2002, p. 109).

Pelo exposto, percebe-se que segundo o autor a flexibilização de normas laborais acaba por frustrar os princípios e fundamentos da Constituição Federal, aumentando a desigualdade social e piorando as condições laborais e existenciais.

Neste sentido, também é extremamente relevante a seguinte sentença:

O discurso da flexibilização parte justamente da ideia de que se está diante de uma nova etapa do direito do trabalho, na qual é necessário abandonar seu caráter protetivo. Tal premissa esconde em si a

realidade de que um Estado ausente jamais ensejaria real coordenação de forças entre aqueles que detêm o capital e aqueles cuja única arma representa sua mão de obra (SEVERO, 2011, p. 34).

Conforme verificado, entende a autora que o capital tenta construir e consolidar a ideia de estarmos diante de novos tempos, que essa nova etapa do direito ao trabalho exige liberdade, ou seja, que o Estado deixe de intervir nas relações laborais. Segundo a eminente doutrinadora, essa nova etapa é traduzida pela flexibilização das normas trabalhistas, onde o Estado não mais coordenaria e regularia esse conflito existente entre o capital e o trabalho.

Comenta a autora que se analisada a história do direito do trabalho no Brasil e no mundo, conclui-se que a “flexibilização implica retrocesso social injustificável, em um país democrático e de direito como o Brasil” (SEVERO, 2011, p. 35).

Em linhas finais, conforme será verificado, entende-se que para concretizarmos os fundamentos previstos em nossa Carta Magna, faz-se necessária a intervenção do Estado, criando normas sociais, e mais, deve o Estado proteger e impor limites aos interesses econômicos:

[...] no que se refere especificamente aos direitos trabalhistas é inegável a necessidade de um Estado que não apenas proclame esses direitos, mas que também garanta a sua aplicabilidade com serviços de fiscalização, impondo limites aos interesses meramente econômicos, notadamente do grande capital (SOUTO MAIOR, 2014, p. 1).

Visando efetivar o entendimento da doutrina protecionista brasileira, tem-se que:

Pela ideia de proibição do retrocesso social tem-se, pois, que eventuais medidas supressivas ou restritivas de direitos ou prestações sociais implementadas pelo legislador devem ser examinadas com máxima cautela, de sorte a que sejam consideradas incompatíveis com a ordem constitucional sempre que atingirem o núcleo essencial legislativamente concretizado

dos direitos fundamentais. Aqui reside a incompatibilidade dos princípios constitucionais que adotamos em 1988 com a ideia de desregulamentação ou flexibilização de normas que encerram direitos sociais (SEVERO, 2011, p. 36).

Portanto, tendo o Estado o poder-dever de legislar normas que protejam os cidadãos, inclusive os trabalhadores, considerando os preceitos inerentes do princípio de proibição do retrocesso e da dignidade da pessoa humana, entende-se que não poderia em tese o legislador flexibilizar normas de cunho social e trabalhista, visto que esta alteração normativa viola princípios constitucionais.

3 Negociação Coletiva Sindical

Aqui é necessário destacar o que é negociação coletiva, bem como o que é convenção coletiva de trabalho e acordo coletivo de trabalho, para ao fim concluirmos de forma madura sobre o problema de os termos ajustados em negociação coletiva prevalecer sobre as leis trabalhistas, ganhando extrema força a autonomia das partes.

3.1 Convenção coletiva de trabalho e acordo coletivo de trabalho

Sendo o direito do trabalho fruto da maturação histórica vivida pelos operários principalmente no século XVIII, XIX e XX, após terem se organizado coletivamente, os trabalhadores conquistaram diversos direitos laborais, especialmente a previsão e positivação destes direitos em Constituições Federais.

Os sindicatos desempenharam importante papel na luta por direitos, visto que coletivamente representavam os interesses das classes frente ao capital. A grande arma do movimento sindical sempre foi a união dos trabalhadores por um mesmo objetivo, conseguindo com isso diminuir a desigualdade de forças que existe entre o capital e o trabalho.

Não cabe ao presente estudo adentrar aos desafios e problemas historicamente enfrentados pelos Sindicatos, podendo esse assunto ser tema de outra abordagem. O que importa esclarecer é que os Sindicatos realizam a representação dos trabalhadores e, portanto, a negociação coletiva, seja através de convenções coletivas de trabalho, ou através de acordo coletivo de trabalho.

A convenção coletiva de trabalho é fruto da negociação coletiva entre entes sindicais e está prevista no *caput* do artigo 611 da CLT:

Art. 611 - Convenção Coletiva de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual dois ou mais Sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.
[...] (BRASIL, 1943).

A convenção coletiva de trabalho tem como principal característica o fato de tal instrumento normativo ser construído pela negociação entre sindicatos: de um lado o sindicato profissional representante dos trabalhadores e de outro lado o sindicato econômico representando os empregadores. Também, destaca-se como uma das principais características o fato de ser um instrumento genérico e, portanto, mais abrangente (DELGADO, 2015b, p. 165).

Já os acordos coletivos de trabalho, que também são frutos das negociações coletivas, estão previstos no §1º do artigo 611 da CLT:

§ 1º É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho. (BRASIL, 1943).

A principal característica do acordo coletivo de trabalho é o fato de ele ser firmado entre sindicato profissional que representa os obreiros e com uma ou mais empresas. Outro fator que deve ser destacado é que seu conteúdo é mais específico, pois trata de

normatizar condições de trabalho geralmente de uma empresa, sendo ele mais direcionado aos problemas existentes naquele local de trabalho (DELGADO, 2015, p.166-167).

É possível constatar que a principal diferença entre convenção coletiva e acordo coletivo de trabalho está nos sujeitos que participam da negociação coletiva e na abrangência de ambos os instrumentos normativos (DELGADO, 2015, p. 167).

Conforme verificado, percebe-se que cabe ao sindicato profissional representar os trabalhadores nas negociações coletivas, para assim tentar demonstrar mais força e conquistar novos direitos para a categoria. Do outro lado, as empresas se unem e negociam representadas por um sindicato patronal, ou negociam sozinhas e constroem acordos mais específicos.

4 Negociado Prevalecendo Sobre Legislado: Avanço ou Retrocesso Laboral e Social?

Sendo o tema da pesquisa proposta uma das formas de flexibilização das leis trabalhistas, ou seja, o negociado prevalecendo sobre o legislado, passa-se então a análise do referido instituto.

Não é de hoje que o capital busca aprovar a prevalência do negociado sobre o legislado utilizando-se do argumento de que as leis trabalhistas engessam o mercado e com isso causam desemprego.

O texto do artigo 618 da CLT (1943) assim prevê:

Art. 618 - As empresas e instituições que não estiverem incluídas no enquadramento sindical a que se refere o art. 577 desta Consolidação poderão celebrar Acordos Coletivos de Trabalho com os Sindicatos representativos dos respectivos empregados, nos termos deste Título (BRASIL, 1943).

O Projeto de Lei 5.483/2001, de autoria do governo federal da época, pretendia alterar o artigo 618 da CLT e prever de forma singela a modificação do respectivo artigo “para fazer constar que,

“na ausência de convenção ou acordo coletivo [...] a lei regulará as condições de trabalho” (LIMA, 2011, p. 218)”.

Após a transição de governo, devido à grande pressão popular e até mesmo do meio jurídico, o Projeto de Lei 5.483/2001 foi arquivado.

Em 2007, foi apresentando um novo Projeto de Lei pretendendo a alteração da CLT prevendo a flexibilização de determinadas normas trabalhistas:

Ainda em 2007, no dia 06 de setembro, o Deputado Cândido Vacarezza, do PT de São Paulo, apresentou Projeto de Lei para modificação total da CLT, que flexibilizava vários direitos, regradados legalmente, e ainda recuperava a estratégia do negociado sobre o legislado. O projeto somente não foi adiante em razão de forte resistência do meio jurídico (SOUTO MAIOR, 2014, p.13).

Verifica-se que novamente tentou-se prever a flexibilização das leis trabalhistas e também a prevalência do negociado sobre o legislado.

Em 2015, nova tentativa de aprovar o negociado sobre o legislado ocorreu quando da tramitação da Medida Provisória 680 no Congresso Nacional:

Agora, retorna à cena em um "enxerto" inserido na MP 680, que institui o Plano de Proteção ao Emprego. O artigo, incorporado ao projeto que pretende converter em lei essa famigerada MP, altera a redação do 611 da CLT, para acrescentar parágrafos que autorizam a prevalência de condições estabelecidas em normas coletivas, em detrimento dos direitos mínimos contidos na CLT. Trata-se de nova e idêntica tentativa de afastar a aplicação da CLT aos trabalhadores. Agora, porém, diante de um cenário político hostil e predatório, que não tem hesitado em aprovar retrocessos sociais (SEVERO, 2015, p. 98).

Verifica-se que o capital tem buscado constantemente aprovar a prevalência do negociado sobre o legislado. Neste sentido, importante e extremamente relevante é o estudo do

presente tema visto que houve uma forte pressão para aprovação dessa forma de flexibilidade laboral.

Antes de ingressar no ponto nevrálgico do presente problema, é extremamente relevante relembrarmos os temas de amparo estudados, em especial a constitucionalização do direito laboral ao ponto de tornar o trabalho um direito fundamental social que deve observar todos os princípios constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana.

Na perspectiva da negociação coletiva sindical, quanto ao possível retrocesso de se aprovar o negociado sobre o legislado, devemos destacar a problemática da atuação dos órgãos de classe na atualidade. Neste sentido, podemos ingressar na presente questão com a seguinte reflexão:

[...] relevante lembrar que o sistema de negociação coletiva do Brasil é marcado por um ambiente jurídico extremamente desvantajoso para os sindicatos de empregados, que são chamados a negociar sem ter acesso aos documentos que comprovam a veracidade dos argumentos das empresas no que tange à sua dificuldade econômica e ao mesmo tempo são pressionados pelos próprios trabalhadores que se predispõem a aceitar as condições menos favoráveis propostas pelas empresas, na medida em que são ameaçados com o desemprego (SOUTO MAIOR, 2002, p. 112).

Nesse mesmo sentido, a seguinte premissa também há de ser considerada:

Num país marcado pela desigualdade material, explorado desde a sua origem, onde poucos têm muito e muitos têm pouco, onde “as leis não correspondem aos fatos”, quando nem mesmo as determinações legislativas cogentes são observadas, pensar em autonomia da vontade no campo trabalhista, coletiva ou não, soa com certo despropósito. Isso sem considerar que o movimento sindical, após longos anos de opressão, está longe de encontrar uma verdadeira linha de atuação (LIMA, 2011, p. 219).

Ambos os autores citam com certa preocupação a atuação sindical na atualidade, tal preocupação merece ser respeitada, pois efetivamente parte do movimento encontra-se fragilizado. Portanto, num momento de desemprego onde o órgão representante dos trabalhadores não possui força para se contrapor, obviamente ocorrerá a retirada de direitos através de negociações coletivas.

Ainda, em 2002, Souto Maior já destacava que a força coletiva é facilmente afetada, na medida que “[...] os empregadores têm utilizado este ‘efeito de ameaça’ para reduzir sensivelmente o poder de negociação dos trabalhadores, para conter os salários, impor horas extras, aumentar a carga de trabalho e destruir os sindicatos” (SOUTO MAIOR, 2002, p. 113).

Também é de se destacar que o capital defende a livre negociação coletiva num cenário de desemprego, subemprego, baixíssimos salários, miséria, trabalho escravo contemporâneo e exploração de menores. O que se verifica é uma das partes extremamente fragilizada, que sofre pressão dos próprios trabalhadores que estão preocupados com o desemprego que bate em suas portas. Portanto, já se torna possível perceber que a prevalência do negociado sobre o legislado será utilizada apenas para retirar direitos (MIQUELUZZI, 2011, p. 390).

O eminente autor ainda complementa lecionando que:

O mundo do trabalho, porém, apresenta-se desfavorável aos trabalhadores, com a fragilização dos sindicatos, redução das taxas de sindicalização, pulverização das políticas sindicais, precarização das condições e relações de trabalho, fragmentação da negociação coletiva de trabalho e esvaziamento do conteúdo dos acordos trabalhistas (MIQUELUZZI, 2011, p. 391).

Portanto, de antemão já se verifica a problemática de conceder esse poder aos sindicatos, que estão passando por um momento muito instável no cenário da organização e fortalecimento de classe.

Outro ponto que demonstra as dificuldades enfrentadas pelo movimento sindical e que resultará na perda de direitos é o baixo índice de sindicalizados:

Em 2012 constituíam a força de trabalho formalmente assalariada no país 40 milhões de trabalhadores, e em 2014 teriam passado a 52 milhões, representados por 7 mil sindicatos, quase todos filiados a uma de suas 12 centrais, às suas muitas confederações e maior número ainda de federações. Embora o número de filiados a sindicatos seja de 9 milhões, isto é, 21%, esse percentual chegou a 27%, seu maior índice, na década passada (RIBEIRO, 2014, p. 58).

Dos números acima acostados, o que se percebe é uma queda crescente no número de trabalhadores sindicalizados, o que acaba por enfraquecer ainda mais a força do ente de classe, facilitando ainda mais a pressão do capital sobre o movimento obreiro em busca de normas coletivas que suspendam direitos dispostos em lei.

No que tange ao trabalho ser um direito fundamental social, que deve ser interpretado à luz dos princípios constitucionais, em especial a dignidade da pessoa humana, do não retrocesso e, do valor social do trabalho. Também devemos considerar esses fatores ao falarmos da possibilidade de prevalência do negociado sobre o legislado.

O constituinte de 1988, buscando dar maior força à negociação coletiva, dispôs no inciso XXVI do artigo 7º o seguinte mandamento:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.

[...] (BRASIL, 1988).

Com essa disposição constitucional, buscou-se garantir que as normas coletivas possam instituir novos direitos não previstos

em lei com ampla efetividade, visando sempre melhorar a condição social dos trabalhadores e criando assim um “patamar civilizatório mínimo” (DELGADO, 2015b, p. 280).

Após tratar da possibilidade de norma coletiva instituir direitos, Delgado também aduz que “não podem as regras coletivas negociadas flexibilizar, restringir, parcelas instituídas pela normatividade heterônoma estatal [...]” (DELGADO, 2015b, p. 280).

Num primeiro momento, é possível avaliar que os sindicatos na sua grande maioria estão fragilizados para assumirem essa responsabilidade de normatizarem condições aquém das previstas em lei, na sequência verifica-se que conforme a doutrina brasileira estabelece:

[...] a inicial autonomia da vontade liberal cede espaço para o intervencionismo estatal então necessário, gerando-se um sistema de proteção ao trabalhador, considerado vulnerável no conflito de interesses latente na relação capital e trabalho, seja na ordem individual ou coletiva. (LIMA, 2011, p. 216)

Esse ensinamento serve para consolidar o já sustentando no presente estudo: que o trabalhador necessita de proteção estatal, visto que sempre que esteve em condições de igualdade formal, podendo estabelecer as regras do contrato de trabalho, acabou sendo explorado pelo capital.

Nesse mesmo sentido, Souto Severo corrobora que:

[...] a compreensão do papel do trabalho no novo milênio implicará a adoção de uma postura diferenciada diante do que representa a concepção de dignidade humana e de valorização social do trabalho para um Estado Democrático de Direito. A consequência está em atribuir-se papel ativo ou passivo ao Estado e, bem assim, à Justiça do Trabalho. (SEVERO, 2011, p. 98).

Aos que defendem a flexibilização como forma de reduzir o custo operacional nacional, eminente doutrinador nacional leciona que “[...] o custo Brasil, que realmente vem prejudicando o nosso

comércio exterior, é formado por impostos e tarifas estranhos às relações de emprego” (SOUTO MAIOR, 2002, p. 114). Souto Maior ainda complementa informando que:

Os problemas brasileiros são muito mais amplos do que aqueles que se situam no conflito capital x trabalho e a sua solução, portanto, passa muito longe da mera avaliação do custo do emprego. Os problemas do Brasil, dentre outros, são: o desmanche da educação pública; a má distribuição de renda; a falta de incentivo à produção agrícola; a desproporcionalidade do sistema tributário; a ausência de uma efetiva política de incentivo ao turismo e, em certa medida, às pequenas e médias empresas; a evasão do dinheiro público em casos de corrupção cada vez mais agressivos e a consequente sonegação fiscal; a concessão desmedida de incentivos fiscais a multinacionais; a indefinição quanto ao processo de reforma agrária; a insegurança pública, que interfere até mesmo na política internacional do país; o alto custo de uma eterna dívida externa, que consumiu praticamente todo o dinheiro arrecadado com as privatizações (sem se falar em esquemas organizados para benefícios particulares) (SOUTO MAIOR, 2002, p. 110).

Nessa perspectiva, a aprovação do negociado prevalecendo sobre o legislado resultará numa exclusão social ainda maior, onde o trabalhador ficará fragilizado diante do capital, visto que não possuem força coletiva necessária para em todos os momentos conseguirem se contrapor ao forte e globalizado capital.

Diante deste cenário, num momento em que a economia encontra-se globalizada e busca por maior lucratividade e menor custo operacional ao conseguir afastar o Estado da relação capital e trabalho, sobretudo na forma de o negociado prevalecer sobre o legislado, ocorrendo uma violação ao trabalho digno, significa “submeter o trabalhador a entrar com a cabeça e o empregador com a guilhotina” (MIQUELUZZI, 2011, p. 397).

Numa perspectiva mais econômica, pode-se dizer que os trabalhadores bem valorizados e bem remunerados contribuirão com o mercado econômico, visto que esta classe é que estará consumindo os produtos produzidos e comercializados pelo capital.

Essa condição de trabalhadores bem remunerados e valorizados nos leva a concepção de que:

A desregulamentação apresentada sob uma roupagem pós-moderna e mal disfarçada no discurso de autonomia e cooperação, abre os flancos para a espoliação massiva dos trabalhadores que – diga-se de passagem – já se encontram à margem do sistema (SEVERO, 2011, p. 109).

Aqui, faz-se necessário lembrar que no período onde vigorou o liberalismo, tendo como característica o Estado ausente nas relações laborais, ocorreu uma grande exploração dos trabalhadores, destacando-se jornadas elasticadas que ultrapassavam as 14 horas diárias, trabalho mal remunerado e em condições precárias, exploração do trabalho de crianças, dentre outras violações à dignidade da pessoa humana. Portanto, o que se busca demonstrar é que efetivamente o Estado deve participar das relações trabalhistas regulamentando condições mínimas, não podendo as partes envolvidas na relação capital e trabalho estabelecerem normas que vão de encontro aos princípios e objetivos do direito constitucional brasileiro.

A doutrina nacional, ao mesmo tempo que visualiza que efetivamente existem certas regras que necessitam de adequação, corrobora que “se o negociado prevalecer sobre o legislado [...], o trabalhador perderá muitos direitos, que seriam os previstos na lei ordinária (MARTINS, 2015, p. 146).

Ao analisarmos a mudança ocorrida no meio trabalhista brasileiro, no ano de 2017, iremos nos deparar, como demonstrado com correntes doutrinárias que nos trazem uma reflexão de prós e contras.

A partir de então, o que de fato podemos considerar para formar uma posição sólida e bem construída sobre o que é melhor ou não na Reforma Trabalhista, temos que estudar as mudanças ocorridas na legislação referente à flexibilização, mas ressalta-se que muitas são as reflexões a serem feitas sobre a Reforma, por

isso, aqui iremos nos ater somente as que tratam do artigo 611-A e 611-B da CLT.

Tais artigos mencionados não existiam anteriormente à Reforma Trabalhista de 2017, isso porque, eles preveem o negociado sobre o legislado

Ao que se apresentou, com a vinda da Reforma Trabalhista se consolidou a ideia de dar mais poderes às partes, estabelecendo, portanto o negociado sobre o legislado na própria CLT, criando uma relação nova de emprego em que a negociação coletiva ganha força, a fim de atender as demandas mais rapidamente e de forma eficaz para auxiliar no crescimento da geração de empregos nacionais, e assim, ter uma resposta gradativa econômica no mercado.

Sem dúvidas, a vinda dessa nova modalidade ao Direito do Trabalho gerou muita polêmica. Vários são os tipos de comentários quanto ao artigo 611-A da CLT, porém, ao que bem relatam Delgado e Delgado (2017, p. 251) da possibilidade do negociado sobre o legislado, porém sobre os assuntos que estão elencados dentro do ordenamento jurídico, assim, não infringem as normas da Constituição Federal. Por outro lado, este artigo também dá maior poder às partes para negociarem entre si condições do contrato e do ambiente de trabalho, perante a negociação coletiva.

Diversos são os princípios englobados por tal artigo, uma vez que ele traz uma discussão que se estendia no Brasil desde a década de 90. O tema flexibilização trabalhista sempre foi alvo de críticas, por isso, o artigo 611-A é bem elaborado, a fim de suprir grande parte das necessidades acerca do tema.

Já o artigo 611-B vem trazendo mais situações explícitas da negociação coletiva, tendo como gerar a nulidade do ato que não o observar.

Delgado e Delgado trazem, nesse sentido:

De fato, no caput do art. 611-B considerou objeto ilícito (sic!) de negociação coletiva um elenco de trinta temas/assuntos, os quais, essencialmente, correspondem àqueles expressamente citados nos diversos incisos do art. 7º da Constituição da República

(rectius: vários deles correspondem ao elenco constitucional do art. 7º; porém não todos, evidentemente). Esse rol é manifestamente acanhado, conforme se pode perceber. Mesmo assim, a Lei teve a pretensão de o considerar *numerus clausus* - o que, evidentemente, não pode preponderar. Realmente, no caput do art. 61 1-B desponta a palavra exclusivamente, parecendo a Lei significar que outros ternas e assuntos não poderão compor, de forma alguma, o elenco de objetos ilícitos de CCTs e ACTs. (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 265).

Pode-se concluir que um dos princípios mais trabalhados entre esses artigos que preveem a flexibilização no ordenamento jurídico brasileiro é o Princípio da Adequação Setorial Negociada, que na verdade seria um balanço entre as normas ordinárias do sistema e a negociação coletiva. O questionamento que fica é se realmente esse balanço irá acontecer de forma a ajudar o trabalhador e não acabar por confirmar a tese dos críticos da flexibilização, que temem por uma precarização nas condições firmadas no contrato de trabalho, saúde, segurança, condições do ambiente de trabalho, enfim, um retrocesso social trabalhista.

Possível constatar que efetivamente o que se busca é estabelecer negociação sem limites, conforme:

O que se pretende então, sob o discurso de fortalecer os sindicatos dando-lhes autonomia, é retirar dos trabalhadores os direitos mínimos que foram arduamente conquistados ao longo de mais de um século. E, com isso, retirar dos sindicatos os parâmetros de luta, submetendo-os a uma "negociação" sem limites com o capital (SEVERO, 2015, p. 115).

Por fim, considerando todos os aspectos já elencados no presente estudo, é possível concluir que a prevalência do negociado sobre o legislado trata-se de retrocesso social, pois a verdadeira intenção com tal previsão é a possibilidade de as partes estabelecerem normas aquém das previstas em lei. Da premissa estabelecida, nota-se que a flexibilização das leis trabalhistas apresentada no formato de autonomia das partes viola os princípios

constitucionais de não retrocesso, dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho e demais objetivos e fundamentos da ordem normativa nacional, sendo, portanto, retrocesso laboral e social.

5 Considerações finais

O presente artigo objetivou analisar o instituto da flexibilização através da Lei 13.467/2017 no que tange, especialmente, na relação do negociado sobre o legislado, o ferimento ou não dos direitos constitucionais laborais e sociais.

Dessa forma, foi abordado o instituto propriamente dito como flexibilização das normas trabalhistas, discorrendo sobre o termo flexibilização com desregulamentação, passando a tratar um pelo outro. Na flexibilização, há uma autorização feita pelo Estado a fim de alargar as relações entre os participantes da relação de emprego, justificando que as normas constitucionais e infraconstitucionais seriam excessivamente rígidas, devendo ser aplicadas para acompanhar o desenvolvimento global. Já, a desregulamentação trata de um afastamento absoluto do Estado, não regendo mais sobre quaisquer aspectos das relações trabalhistas, sendo compreensível a confusão entre ambos, pois ambos não contam com o protecionismo estatal, expondo o trabalhador à uma situação de inferioridade perante o empregador, essa situação ocorreu principalmente após a Reforma Trabalhista.

Os sindicatos, em tese, seriam a possibilidade de sustentar e garantir os direitos trabalhistas, fazendo as vezes do Estado. No entanto, o que o legislador não considerou foi que a economia e a trajetória brasileira acerca da livre negociação trabalhista não surtiram efeitos sociais positivos, além do mais, os sindicatos das categorias representativas brasileiras não possuem força o suficiente para, sozinhos, enfrentarem uma elaboração contratual com as empresas para garantir direitos, seja através de uma convenção coletiva, acordo entre entes sindicais, ou acordo coletivo, acordo entre o sindicato e uma ou mais empresas. O que

na verdade, e o que mais se teme, é a grande possibilidade da empresa impor cláusulas relativas à jornada de serviços, condições laborais, horas extras e todas as outras questões relativas à mão de obra do trabalhador que urgem em uma lamentável supressão de direitos conquistados.

Da corrente pró-flexibilização, há a defesa de que esta surge como uma alternativa de mercado para proporcionar uma elevação na taxa de empregos, buscando um patamar igualitário mundial frente à globalização. E para os contra a flexibilização importa em uma supressão de direitos trabalhistas constitucionalmente garantidos.

Assim, partindo do princípio basilar do Direito do Trabalho, que é o princípio da dignidade da pessoa humana, podemos concluir que o direito do trabalho está constitucionalmente garantido, sendo um direito fundamental de observância obrigatória.

Em relação à atuação sindical, considera-se que os entes sindicais encontram-se atualmente fragilizados frente à elevada taxa de desemprego atual brasileira, não possuindo poder suficiente de enfrentar uma negociação para buscar uma igualdade entre empregado e empregador. Ainda, atendo-se à baixa porcentagem de indivíduos participantes de sindicatos, por mais que venha crescendo, não ultrapassa 27% (vinte e sete por cento) o número de filiados.

Portanto, foi possível compreender que a aplicação da Reforma Trabalhista, com os seus artigos 611-A que preveem a convenção ou acordo coletivo, possui prevalência sobre a lei nos casos elencados, modificada pela Medida Provisória 808/2017, por sua vez não recepcionada, e o artigo 611-B que elenca as possibilidades de objeto ilícito da convenção ou acordo coletivo. Dessa forma, abriu-se de fato mais poderes às partes, afastando o intervencionismo estatal, deixando este de observar os princípios do direito do trabalho constitucionalmente garantidos.

Se for verdade que a lei infraconstitucional que fere preceitos elencados na Carta Magna deverá ser considerada inconstitucional,

a lei 13.467/2017 fere diretamente tais disposições, uma vez que retira do trabalhador a proteção que visava uma busca pela igualdade entre as partes, uma vida digna ao trabalhador e um não abuso por parte do empregador.

Não há que se falar em aumento da taxa de empregos no Brasil a partir da flexibilização, uma vez que não são as normas protetivas trabalhistas que são a fonte do desemprego, mas sim, a má gestão e os altos impostos cobrados por parte do Estado às empresas e a grande crise econômica que o país vem enfrentando nos últimos anos.

Isto posto, a prevalência do negociado sobre o legislado implica sim em um retrocesso social e laboral, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e todos os fundamentos que foram conquistados historicamente pelos trabalhadores na busca pela dignidade, expondo, a partir de então, o trabalhador a uma situação de inferioridade perante o empregador. Não possuindo sindicato capaz de representá-lo a fim de resguardar seus direitos, o trabalhador encontra-se a mercê do capitalismo, da vontade do empregador e sem uma garantia mínima de direitos no contrato de trabalho, e ainda, contemplado com uma insegurança jurídica que assola o Estado Democrático de Direito.

Referências

BRASIL. CLT (1943). **Consolidação das Leis do Trabalho**. Brasília, 1 de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm> Acesso em: 22 de outubro de 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 10 de outubro de 2016.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 9^a ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2014.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. 2.ed. – São Paulo: Ltr, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Poder, democracia e empresa**. São Paulo: LTR, 2010.

_____. **Curso de direito do trabalho**. 14.ed. – São Paulo: LTr, 2015a.

_____. **Direito Coletivo do Trabalho**. 6ª ed. – São Paulo: LTr, 2015b.

LIMA, Amarildo Carlos de. Flexibilização do direito do trabalho: desafio permanente. *In*: CANDEMIL, Alexandra da Silva (Org.). **Curso de direito material e processual do trabalho**: visão moderna dos direitos sociais. – São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p.207 – 221.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. – 30 ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Flexibilização das condições de trabalho**. – 5. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

MIQUELUZZI, Oswaldo. Negociação coletiva: dificuldades, limites e possibilidades. *In*: CANDEMIL, Alexandra da Silva (Org.). **Curso de direito material e processual do trabalho**: visão moderna dos direitos sociais. – São Paulo: Conceito Editorial, 2011. p. 387 – 410.

SEVERO, Valdete Souto. **O negociado sobre o legislado**, 2015. Disponível em: <<http://www.anamatra.org.br/artigos/o-negociado-sobre-o-legislado>> Acesso em: 20 de outubro de 2017.

_____. **O mundo do trabalho e a flexibilização**, 2011. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/23450-23452-1-PB.htm>> Acesso em: 20 de outubro de 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2ª ed. 3ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **A Fúria**. Rev. TST, Brasília, vol. 68, nº 3, jul./dez. 2002. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/4b0925d3-8202-491c-af2a-542d955cda5b>> Acesso em: 20 de outubro de 2016.

Hans Kelsen: a busca pela justiça no direito

Marcio Renan Hamel¹

Luiz Henrique Roveda²

Introdução

Dentre os grandes temas da filosofia do direito está a justiça. Ao longo do século XX, o reflexo da teoria positivista na Ciência do Direito teve profundo impacto na forma de produzir o Direito. Hermético, formal, lógico, são algumas das características que marcaram o pensamento jurídico até o último quarto do século que findou.

O positivismo jurídico em sua versão normativa teve Hans Kelsen como seu principal nome ao longo do período mencionado, cuja obra ainda apresenta muitas questões a ser exploradas. Especificamente sobre a justiça, Kelsen deixou três obras, quais sejam: *O que é justiça?*; *O problema da justiça*; e, *A ilusão da justiça*. A partir desta tríade, o presente artigo apresenta uma investigação acerca do conceito de justiça na obra de Kelsen, relacionando-o com a moral e com as teorias da justiça de Platão e Aristóteles.

Dessa forma, a pesquisa apresenta quatro seções, sendo a primeira seção a apresentação da vida e influências teóricas de Kelsen; a segunda seção a relação entre direito e moral; a terceira

¹ marcio@upf.br

² luiz_roveda@hotmail.com

seção a análise da justiça; e a quarta seção a ideia de justiça platônica e aristotélica.

1. Vida e influências teóricas

Kelsen procurou introduzir ao Direito um conceito lógico e preciso, despindo o termo de suas linguagens sociológicas e axiológicas e, conseqüentemente, separando a ideia de justiça da noção de direito. De acordo com Hans Kelsen, a justiça estaria ligada e, inevitavelmente, influenciada pelos valores subjetivos daquele que a invoca, sendo, portanto, incabível perante um conceito universal de direito em razão da dificuldade em se extrair, de maneira segura, seu significado. Foi com esse propósito que

Kelsen propôs o que denominou *princípio da pureza*, segundo o qual método e objeto da ciência jurídica deveriam ter, como premissa básica, o enfoque normativo. Ou seja, o direito, para o jurista, deveria ser encarado como norma (e não como fato social ou como valor transcendente). (COELHO, 2009, p. XV)

A diminuição do objeto jurídico à norma causou inúmeros problemas. Kelsen foi taxado de “reducionista” por deixar de lado a importância social e valorativa do direito. Sua intenção, entretanto, nunca foi negar a complexidade das normas jurídicas, mas, sim, fomentar aquilo que realmente interessa ao jurista. Em sua visão, uma ciência que de tudo se ocupa corre o risco de perder a sua essência e o seu rigor (KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998^o).

Kelsen vislumbrou a ciência jurídica como ciência pura de normas. Cada norma vale não porque seja justa, mas porque está ligada a normas superiores por laços de validade, numa série eterna que sempre vai ao encontro de uma norma fundamental (KELSEN, 1998^o). Com base nessa ideia, o jusfilósofo criou a *teoria da norma fundamental* que prevê que:

Qualquer norma só será considerada jurídica e legítima se for estabelecida em conformidade com as prescrições contidas na norma fundamental. Assim, diz ele, o que distingue o comando de um assaltante que exige uma quantia em dinheiro do comando de um fiscal está na primeira norma de hierarquia. Fonte da jurisdição e da legitimidade (o fiscal só não é assaltante porque tem competência legal para exigir), a norma fundamental é valorativamente neutra. Todo o universo normativo vale e é legítimo em função dela. Mas dela não se pode exigir que seja justa. Mesmo uma norma fundamental injusta válida e legítima o direito que dela decorre. (COELHO, 2009, p. XVII)

Neste sentido, pode-se dizer que Kelsen foi um fervoroso defensor da neutralidade científica aplicada à ciência jurídica. Sempre vislumbrou o ponto de vista jurídico separado da moral e da política.

Portanto, segundo o jusfilósofo, só pode ocorrer juízo de valor sobre determinada regra jurídica após se analisar a norma fundamental da qual aquela regra deriva. Na condição de positivista, no entanto, Kelsen sempre defendeu que esta norma fundamental superior seria, inevitavelmente, uma prescrição relativa do ponto de vista racional e científico, em outras palavras, o que ele queria dizer é que a criação da norma superior como última regra absoluta também está interligada a questões de fé e não de ciência (COELHO, Fábio Ulhoa. Para entender Kelsen. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009).

Satisfeita a necessidade de se obter uma norma posta como a primeira, todas as seguintes, desde que de legalmente estabelecidas, serão válidas. A norma primeira, contudo, deve ser dotada de eficácia política e social. Isto porque, após constituída, todas as demais devem seguir seus fundamentos sob pena do ordenamento perder sua validade e se tornar uma unidade descontínua. Deve ser deixada de lado, por consequência, qualquer norma fundamental que instaure desordem ou que gere incerteza e/ou segurança (KELSEN, 1998^c).

2. Direito e moral

Inicialmente, deve-se dizer que, em consonância com as normas jurídicas, há outras espécies de normas sociais que prescrevem formas de conduta aos homens. Kelsen, quando define o direito como norma, pretende criar um objeto singular da ciência jurídica, ao fazer isto, ele busca garantir um conhecimento apenas dirigido ao direito e afastar deste conhecimento aquilo que não pertence ao seu objeto, tudo quanto não se possa, precisamente, determinar como direito (KELSEN, 1998^c). Neste ponto de vista,

Na medida em que a Justiça é uma exigência da Moral, na relação entre a Moral e o Direito está contida a relação entre a Justiça e o Direito. A tal propósito deve-se notar que, no uso corrente da linguagem, assim como o Direito é confundido com a ciência jurídica, a Moral é muito frequentemente confundida com a Ética, e afirma-se desta que só quanto àquela está certo: que regula a conduta humana, que estatui deveres e direitos, isto é, que estabelece autoritariamente normas, quando ela apenas pode conhecer e descrever a norma moral posta por uma autoridade moral ou consuetudinariamente produzida. (KELSEN, 1998^c, p. 67)

Tendo isto em mente, o jusfilósofo austríaco se compromete a preservar a norma jurídica das demais normas sociais, principalmente as morais, esclarecendo que esta separação é necessária para preservar a pureza do sistema por ele criado, qual seja, o princípio metodológico fundamental, que se sustenta em desvincular a ciência jurídica dos fundamentos que lhe são estranhos. Em seus próprios escritos, o autor afirma que “A pureza de método da ciência jurídica é então posta em perigo (...) pelo fato de ela não ser, ou de não ser com suficiente clareza, separada da Ética: de não se distinguir claramente entre Direito e Moral” (KELSEN, 1998^c).

Por Ética, Kelsen entende o conteúdo vinculado ao conhecimento e à descrição da moral, sendo esta um conjunto de normas sociais que regula a conduta humana e está

inseparavelmente conectada à ideia de justiça. Há quem negue o caráter social à moral, argumentando existir normas morais que preveem comportamentos humanos em face de si mesmo, Kelsen refuta ao dizer que mesmo essas normas só surgem na consciência de homens que vivem em sociedade e que, por isso, ainda que essencialmente digam respeito ao homem, de forma mediata se reportam aos integrantes de uma comunidade. No mesmo sentido que não se deve negar a natureza social do direito, não se deve afirmar que a moral estaria presente e teria significado para um homem que vivesse isolado.

A moral e o direito não se diferenciam com relação à conduta a que suas normas submetem os indivíduos. Assim como é insuficiente a imagem de que a moral prescreve uma conduta interna enquanto que o direito defini uma conduta externa. Com relação a isso, Kelsen afirma que a coragem, à título de exemplo, não é sustentada apenas pelo estado de espírito e na ausência de medo em um homem, mas também numa situação exterior condicionada por aquele fato e, além disso, quando uma norma jurídica proíbe o homicídio, esta norma visa igualmente não permitir que exista a intenção de produzir tal resultado (KELSEN, 1998^c). Com base nesta conclusão,

A distinção entre a Moral e o Direito não pode referir-se à conduta a que obrigam os homens as normas de cada uma destas ordens sociais. O suicídio não pode ser apenas proibido pela Moral mas tem de o ser também pelo Direito; a coragem e a castidade não podem ser apenas deveres morais – são também deveres jurídicos. E também a concepção, frequentemente seguida, de que o Direito prescreve uma conduta externa e a Moral uma conduta interna não é acertada. As normas das duas ordens determinam ambas as espécies de conduta. A virtude moral da coragem não consiste apenas no estado de alma de ausência de medo, mas também numa conduta exterior condicionada por aquele estado. E, quando uma ordem jurídica proíbe o homicídio, proíbe não apenas a produção da morte de uma homem através da conduta exterior de um outro homem,

mas também uma conduta interna, ou seja, a intenção de produzir um tal resultado (KELSEN, 1998^c, p. 68).

O jusfilósofo afirma ainda não ser possível compelir alguém a agir de maneira determinada pelo simples e puro dever, negando, pois, a possibilidade de existência de normas categóricas. Essa espécie de moral, que ordena agir contra as inclinações, presume normas auxiliares que estabeleçam deveres. Para Kelsen, as sanções da moral têm particularidades distintas das sanções de uma ordem jurídica, mas são consequências relacionadas a uma conduta e, assim, também relacionadas a sanções. Estas sanções morais são transcendentais (como aquela das normas de uma moral cristã) ou terrenas (como a desaprovação do grupo). A diferença das normas de uma ordem social que são chamadas de direito para as normas de ordem moral está, de acordo com o jusfilósofo, na possibilidade das normas jurídicas serem empregues coercitivamente, por meio do uso de força estatal (GOMES, Alexandre Travessoni. O fundamento de validade do direito – Kant e Kelsen. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000).

O direito e a moral são matérias distintas, assim como as ciências que os estudam. A ciência do direito cuida do complexo de normas que legitimam a conduta humana, a Ética estuda o conjunto de normas de certa e determinada ordem moral (não passíveis de coerção). Para Kelsen, a coerção representa a oportunidade de se fazer uso da força física, não necessariamente a força física efetiva. Ademais, com relação à conexão entre moral e direito, o autor defende a independência deste para aquela, não aceitando qualquer justificação do direito pela moral (GOMES, 2000). Neste sentido, afirma Kelsen:

Estabelecido que o Direito e a Moral constituem diferentes espécies de sistemas de normas, surge o problema das relações entre Direito e a Moral. Esta questão tem um duplo sentido. Pode com ela pretender-se indagar qual a relação que de fato existe entre o Direito e a Moral, mas também se pode pretender

descobrir a relação que deve existir entre os dois sistemas de normas. Estas duas questões são confundidas uma com a outra, o que conduz a equívocos. Á primeira questão responde-se por vezes que o Direito é por sua própria essência moral, o que significa que a conduta que as normas jurídicas prescrevem ou proíbem também é prescrita ou proibida pelas normas da Moral. E acrescenta-se que, se uma ordem social prescreve uma conduta que a Moral proíbe, ou proíbe uma conduta que a Moral prescreve, essa ordem não é Direito porque não é justa. A questão, porém, é também respondida no sentido de que o Direito pode ser moral – no sentido acabado de referir, isto é, justo –, mas não tem necessariamente de o ser; que uma ordem social que não é moral, ou seja, justa, pode, no entanto, ser Direito, se bem que se admita a exigência de que o Direito deve ser moral, isto é, deve ser justo. (KELSEN, 1998^c, pp. 71/72)

Não obstante, direito e moral são sistemas heterogêneos, havendo correntes de pensamento que buscam fundamentar as normas do direito que à moral forem diversas. Essa doutrina, de acordo com Kelsen, possui um problema fundamental, que é o de pensar que existe somente uma moral que fundamenta o direito. Para o austríaco, adepto do relativismo filosófico, não existem valores morais de ordem global: a crença em valores universais acarreta, em sua opinião, a ideia de que há um ente supremo (Deus) que define esses valores. Esta percepção mostra-se inadmissível no pensamento kelseniano que se propõe a produzir uma teoria positivista (GOMES, 2000).

Ademais, a moral pode alterar-se dentro de um mesmo Estado em conformidade com a época. Um comportamento que em determinado período é proibido por questões morais, em outro período pode ser permitido, tolerado ou até incentivado. Por conseguinte, no interior de uma mesma sociedade, ao mesmo tempo, é possível que existam diversas ordens morais divergentes entre si, de diferentes classes sociais, profissões ou origem religiosa, mas que, num contexto geral, convivem pacificamente. Se, assim sendo, existem muitas ordens morais, a moral não pode

ser base de validade da ordem jurídica (GOMES, 2000). No entanto:

A exigência de uma separação entre Direito e Moral, Direito e Justiça, significa que a validade de uma ordem jurídica positiva é independente desta Moral absoluta, única válida, da Moral por excelência, de a Moral. Se pressupusermos somente valores morais relativos, então a exigência de que o Direito deve ser moral, isto é, justo, apenas pode significar que o Direito positivo deve corresponder a um determinado sistema de Moral entre os vários sistemas morais possíveis. Mas com isto não fica excluída a possibilidade da pretensão que exija que o Direito positivo deve harmonizar-se com um outro sistema moral e com ele venha eventualmente a concordar de fato, contradizendo um sistema moral diferente deste. Se, pressupondo a existência de valores meramente relativos, se pretende distinguir o Direito da Moral em geral e, em particular, distinguir o Direito da Justiça, tal pretensão não significa que o Direito nada tenha a ver com a Moral e com a Justiça, que o conceito de Direito não caiba no conceito de bom. (KELSEN, 1998^e, p. 75)

De acordo com esses entendimentos, Kelsen não ignora a perspectiva de normas do sistema jurídico serem estudadas em analogia com uma moral. É possível um estudo comparativo entre valores postos pela ordem jurídica de um determinado Estado, ou mesmo pela ordem internacional, conferindo-os com os valores postos por determinado ordem moral positiva. Esse estudo, no entanto, ficou excluído da perspectiva do jurista científico, já que a Ciência do Direito é, para Kelsen, avalorativa.

3. A justiça

Quando se busca prosseguir rumo ao entendimento do conteúdo da justiça em Kelsen, busca-se prosseguir, antes de tudo, na direção de se absorver o vínculo existente entre as normas jurídicas (estudo derivado do Direito) e as normas morais (estudo

derivado da *ética*). Dessa forma, debater sobre justiça é como debater sobre normas morais, pois

Quando se entende a questão acerca das relações entre o Direito e a Moral como uma questão acerca do conteúdo do Direito e não como uma questão acerca da sua forma, quando se afirma que o Direito por sua própria essência tem um conteúdo moral ou constitui um valor moral, com isso afirma-se que o Direito vale no domínio da Moral, que o Direito é uma parte constitutiva da ordem moral, que o Direito é moral e, portanto, é por essência justo. Na medida em que uma tal tese vise uma justificação do Direito – e é este o seu sentido próprio – tem de pressupor que apenas uma Moral que é a única válida, ou seja, uma Moral absoluta, fornece um valor moral absoluto e que só as normas que correspondam a esta Moral absoluta e, portanto, constituam o valor moral absoluto, podem ser consideradas “Direito”. Quer dizer: parte-se de uma definição do Direito que o determina como parte da Moral, que identifica Direito e Justiça. (KELSEN, 1998^c, p. 72)

No entanto, para ele, discorrer sobre a justiça, não é o mesmo que falar sobre aquilo que se entende como direito (e reciprocamente), isto porque todo e qualquer complexo de normas é determinado pelas normas que pode abranger. Com esta diferenciação já é possível compreender que a disciplina da justiça não é matéria de entendimento do jurista, que precisa estar preso somente à funcionalidade das normas.

O debate sobre a justiça não reside dentro das finalidades da *Teoria Pura do Direito*, pois Kelsen procura retirar de seu interior a responsabilidade de conceituar o que é justo e o que é injusto. Falar de justiça, para ele, é atribuição da *ética* (ciência que se detém ao estudo apenas das normas morais e que, portanto, assume a missão de identificar o justo e o injusto). Da mesma forma que não é relevante para a ciência do direito se ocupar de assuntos metodologicamente destinados a outras ciências, a *ética*, como disciplina autônoma que é, não se preocupa em intervir na ciência

do direito (BITTAR, Eduardo C. B. Teorias sobre a justiça. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000), por conseguinte,

Ao definir o Direito como norma, na medida em que ele constitui o objeto de uma específica ciência jurídica, delimitamo-lo em face da natureza e, ao mesmo tempo, delimitamos a ciência jurídica em face da ciência natural. Ao lado das normas jurídicas, porém, há outras normas que regulam a conduta dos homens entre si, isto é, normas sociais, e a ciência jurídica não é, portanto, a única disciplina dirigida ao conhecimento e à descrição de normas sociais. Essas outras normas sociais podem ser abrangidas sob a designação de Moral e a disciplina dirigida ao seu conhecimento e descrição pode ser designada como Ética. (KELSEN, 1998^c, p. 67)

Isto significa que todo debate sobre a justiça ou a injustiça de um Estado, governo ou regime, por exemplo, devem ser delimitadas por um campo de estudo, o qual normalmente é chamado de *ética*. Por isso, recusa-se a analisar o justo e o injusto dentro da *Teoria Pura Direito*. Entretanto, Kelsen não é alheio à busca por uma definição a respeito do que é justo, haja vista que, fora desta obra, o jusfilósofo se debruçou a amplas pesquisas em relação à justiça, tendo publicado um vasto número de artigos e se detido com muito afinco ao estudo de algumas teorias sobre a justiça, como, por exemplo, a teoria formulada por Platão sobre a justiça, que se transformou em obra coesa, revelada após sua morte.

Ao analisar a justiça de maneira filosófica, é possível perceber que o direito detém a peculiaridade de conseguir ser moral ou imoral; logicamente, prefere-se o direito moral ao imoral, mas não é isso que afasta a validade de um complexo de normas. Portanto, é possível que direito positivo seja justo ou injusto sem que isso ofenda algum mandamento da justiça, de forma que não se tornará inválido caso isso aconteça. O fato é que

[...] muitas normas de justiça, muito diversas e em parte contraditórias entre si, são pressupostas como válidas. Um

tratamento científico do problema da justiça deve partir destas normas de justiça e por conseguinte das representações ou conceitos que os homens, no presente e no passado, efetivamente se fazem e fizeram daquilo que eles chamam de justo, que eles designam como justiça. A questão é analisar objetivamente as diversas normas que os homens consideram válidas quando valoram algo como justo. (KELSEN, 1998^b, p. 16)

O direito não precisa respeitar minimamente a moral para que seja indicado e aceito como válido, isto acontece porque a natureza do direito, para ser preservada em sua concepção, não requer nada além de valor jurídico. Outra vez, deve-se fixar que o que foi determinado pelo legislador é norma jurídica, desde que cumpra as regras internas do ordenamento e que atenda aos requisitos de procedimento e de hierarquia do sistema. (BITTAR, 2000). Para Kelsen, o

[...] direito positivo pode ser justo ou injusto; a possibilidade de ser justo ou injusto é uma consequência essencial do fato de ser positivo. O juízo de que algo é legal ou ilegal refere-se necessariamente a uma ordem jurídica definida, válida para certo espaço e em certo tempo. O que é legal segundo uma ordem jurídica pode ser ilegal segundo outra. Nesse sentido, o valor constituído por normas jurídicas positivas é sempre um valor relativo. Mas a ideia de justiça, em seu sentido específico, designa um valor absoluto, constituído por uma norma não-positiva, que se afirma válida em todas as partes e em todos os tempos, uma norma substantiva com um conteúdo imutável. Mesmo se o enunciado de que alguma coisa é justa ou injusta significar que ela está ou não em conformidade com uma norma de uma ordem moral positiva, estabelecida pelo costume ou pelos comandos de um fundador religioso, ele estará excluído do campo da ciência do Direito. Pois a validade de tal norma positiva depende de uma norma fundamental diferente da norma fundamental do Direito positivo, que é a única condição sob a qual a ciência do Direito pode descrever seu objeto como um conjunto de normas válidas que constituem o valor jurídico específico. (KELSEN, 1998^a, p. 364)

Em *O que é justiça?*, os fundamentos sobre a justiça foram separadas em metafísico-religiosas (Platão, Jesus...) e em racionalistas (Aristóteles, Kant, direito natural...), e auferiram um minucioso estudo. Nas pesquisas preambulares desta obra, jusfilósofo reconhece que a justiça não é capaz de ser elaborada de forma absoluta e que, por essa razão, não pode ser vista como algo comum a todos os homens e de conteúdo incontroverso, devendo ser visualizada, pelo contrário, de maneira extremamente flexível (BITTAR, 2000).

Nesta mesma obra, a solução cristã conferida à questão da justiça se traduz à sujeição a todo e qualquer direito, tendo em vista que qualquer direito emana de Deus. Neste viés,

Os homens devem obedecer a qualquer Direito positivo porque sua obediência é ordenada por Deus, cujos representantes são as autoridades legisladoras. Elas são autorizadas por Deus a produzir Direito, e, conseqüentemente, esse Direito deve ser considerado não meramente como um Direito feito por homens mas como um Direito que tem origem na vontade de Deus. Em última análise, a obediência do homem é devida a Deus e não ao Direito positivo como tal. (KELSEN, 1998^a, p. 254)

Nesta situação, a justificação surge de uma ideia religiosa e seria nela que residiria uma provável certeza científica. Kelsen, contudo, indica que a fé não assegura validade à ciência (KELSEN, Hans. *O que é justiça*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes 1998^a).

O jusfilósofo reproduz, assim, em seus estudos (KELSEN, 1998^a), a ideia da justiça das *Sagradas Escrituras* como uma justiça excessivamente contraditória. Isto porque a “palavra divina” deveria ser utilizada como fonte de harmonia, integração e coesão social; e não como nascente de ideias díspares, conflitantes e controversas. Sua investigação, então, desenvolve-se na intenção de revelar as incongruências textuais dos textos sagrados, principalmente aquelas presentes no Antigo e no Novo Testamento.

Cuida-se de compreender, com estas pretensões, um fundamento religioso sobre a justiça (Bíblia), onde a base de seu pensamento provém essencialmente no poder e nas revelações de Deus; seus atos são suas interferências na vida das pessoas, sua palavra é aquela dada nos Evangelhos. Esta espécie de estudo deveria ter o papel de satisfazer a necessidade de se obter um conceito singular e indiscutível da justiça (a justiça como valor absoluto), no entanto, há uma sincera dissonância quando se compara o Antigo Testamento (lei da retaliação) ao Novo Testamento (lei do perdão). É este contraste que provoca o ceticismo frente a um valor absoluto, soberano e independente, o que acaba por promover o relativismo. Hans Kelsen evidencia a profunda distinção entre o que é ensinado pela lei mosaica, pela doutrina crística, e pelos ensinamentos paulianos (BITTAR, 2000).

Estas distinções não possibilitam discorrer sobre uma singularidade de ideias ou de valores judaico-cristãos absolutos contidos nos Evangelhos; demasiadas incoerências levam a explicações múltiplas da palavra justiça, o que faz presumir a ausência de uniformidade na Palavra Revelada. Não obstante, é manifesto o fato de que o juízo final causará muitos males e que sua justiça acontecerá por meio da retribuição, em outras palavras, por meio de penas, castigos e sofrimento (KELSEN, 1998^a, p. 69).

Contudo, se a investigação se concentrar sobre as concepções filosóficas mais notáveis e de maior prestígio na Antiguidade grega, eventualmente poderá compreender-se algo de concreto e definitivo acerca da definição de justiça. No entanto, o estudo realizado por ele sobre as teorias de Platão e Aristóteles demonstra justamente o contrário, revelando a personalidade deficiente destas teorias para responder satisfatoriamente à questão e deixar claro o que, de fato, pode ser integralmente considerado justo.

A presença de padrões divergentes é o principal motivo do descrédito conferido por Kelsen com relação à possibilidade de matematizar, tornar exato, o conceito de justiça. Assim, o que

acontece é que esse ceticismo do jusfilósofo o conduz a sustentar que o campo dos valores está desprovido de qualquer forma de invariabilidade. Desse modo, ao não reconhecer a existência da justiça absoluta, que apenas poderia subsistir com base em fundamentos metafísicos e não-científicos, sua doutrina se aporta à concepção de justiça relativa, como saída à pergunta do que seria a justiça. O jusfilósofo defende que mesmo diante da diversidade de valores sobre o justo e o injusto somente pode reconhecer o fato de que todo e qualquer sistema jurídico é fundamentado com, pelo menos, um dos valores concebidos pelas teorias que tentam explicar a justiça. A respeito disso,

Admitindo-se a possibilidade de normas de justiça diferentes e possivelmente contraditórias, no sentido, não de que duas normas de justiça diferentes e possivelmente contraditórias possam ser tidas ao mesmo tempo como válidas, mas no sentido de que uma ou outra das duas normas de justiça diferentes e possivelmente contraditórias pode ser tomada como válida, então o valor de justiça apenas pode ser relativo; e, nesse caso, toda ordem jurídica positiva tem de entrar em contradição com qualquer uma destas normas de justiça. Por outro lado, cada ordem jurídica positiva pode corresponder a qualquer de várias normas de justiça constitutivas apenas de valores relativos, sem que esta correspondência possa ser tomada como o fundamento da sua validade. (KELSEN, 1998^b, p. 69)

Assumir que o justo deve prevalecer quando entrar em conflito com aquilo que é considerado e aceito como válido é substituir o certo pelo duvidoso. O que pode caracterizar o princípio da validade de todo um sistema jurídico é a sua respectiva norma fundamental, pressuposição lógico-técnica do sistema, excluindo-se uma norma de justiça qualquer. Logo,

Abstrair da validade de toda e qualquer norma de justiça, tanto da validade daquela que está em contradição com uma norma jurídica positiva como daquela que está em harmonia com uma norma jurídica positiva, ou seja, admitir que a validade de uma

norma do direito é independente da validade de uma norma de justiça – o que significa que as duas normas não são consideradas como simultaneamente válidas – é justamente o princípio do positivismo jurídico. (KELSEN, 1998^b, p. 11)

Assim, a norma fundamental mostra-se suficiente para a independência do direito positivado. A temática da justiça pode ser debatida por uma minuciosa análise do que é e do que não é possível ser visto como justo/injusto, mas desta característica a teoria kelseniana da Ciência do Direito está isenta, contudo, ele confessa que há um justo, mas que é um justo relativo (BITTAR, 2000).

O que acontece é que uma teoria sobre a justiça se responsabiliza por convicções acerca do justo e do injusto, do certo e do errado. Mas estas noções, em muitos casos, não se revelam claras ou unânimes.

A autossuficiência do direito, de acordo com jusfilósofo, só é atingida após isolar o jurídico do não-jurídico. Isto significa que o direito, como ciência, deve consistir em um estudo lógico-estrutural (seja da norma ou do ordenamento jurídico). Neste conjunto de ideias e pensamentos, a própria interpretação torna-se um ato – tanto cognoscitivo (ciência do direito) ou não-cognoscitivo (jurisprudência) – de explicação dos possíveis aspectos da norma jurídica. A interpretação do juiz, por natureza, se converte no ato de elaboração de uma norma individual. Seja qual for o desenvolvimento no sentido da equidade dos princípios jurídicos e da analogia apenas são permitidos desde que aprovados pelas normas jurídicas (BITTAR, 2000). Assim,

A norma fundamental de uma ordem jurídica positiva não é de forma alguma uma norma de justiça. Por isso, o direito positivo, isto é, uma ordem coativa criada pela via legislativa ou consuetudinária e globalmente eficaz, nunca pode estar em contradição com a sua norma fundamental, ao passo que esta mesma ordem pode muito bem estar em contradição com o

direito natural, que se apresenta com a pretensão de ser o direito justo (KELSEN, 1998^b, p. 117).

À vista disso, a teoria da justiça constituída por Kelsen está intimamente marcada por este complexo de premissas. Assim, as mesmas precauções do positivismo jurídico se transferem para o domínio do debate axiológico, dos valores. E isto se dá como maneira de, mais uma vez, afirmar a própria validade teórica da ciência pura do direito; a teoria dos valores conduz ao relativismo, e este ao positivismo. E, assim, reciprocamente.

4. A justiça platônica e a justiça aristotélica

Por certo, a respeito da teoria platônica da justiça, de acordo com Kelsen, confirma-se a perspectiva metafísica e transcendente de Platão, que instrumentaliza suas ideias com base nas condições reais/ideais. Na teoria platônica, a justiça é uma virtude e se liga diretamente à ideia de conhecimento, ou seja, apenas se falha por ignorância, fazendo com que a virtude se transforme em algo lecionável. Mas, se todo o conhecimento apenas pode ser dito como tal se se mantiver nas “essências” e não nas “aparências”, então, a compreensão da justiça deve analisar o que é e não o que deve ser justo. Mas, o que é justo não pode ser objeto de opinião, e sim de uma ciência exata e esta é fundada e construída por meio da dialética; todavia, nem os próprios homens estão de acordo quanto ao que seja justiça (KELSEN, Hans. *A ilusão da Justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000).

A desaprovação de jusfilósofo incide no fato de que a teoria criada por Platão estaria pretendendo eticizar, isto é, tornar ético o mundo natural. Nesta conjuntura, tudo que é material, ou seja, derivado das “aparências”, é provisório e momentâneo, e tudo que é derivado das “essências” deve ser entendido como inefável, transcendente. Conquanto, a justiça humana (circunstancial, instável, imperfeita...) nada mais é do que a reprodução da

verdadeira justiça (absoluta, transcendente, incontestável...), assim sendo, esta reprodução da justiça absoluta é, por ser obra dos homens, imperfeita por excelência, o que se pode alcançar é somente o contemplável, o justo empírico, o humano e o realizável (KELSEN, 2000). Em outras palavras,

A justiça só pode ser reconhecida por intermédio da filosofia; esta, no entanto, afirma Platão na República, “é uma impossibilidade para a grande massa”. Por isso mesmo, a grande massa é totalmente incapaz de governar a si própria, e a democracia está fora de questão. Como, porém, em tudo quanto carrega o semblante humano Platão supõe a existência de uma alma divina e imortal, uma ordem que permite apenas a muito poucos o acesso à divindade e, assim, à salvação da alma, à redenção, só pode ser uma ordem provisória (KELSEN, 2000, p. 455).

De forma resumida, absorve-se dessa doutrina que não se pode ser justo ou injusto única e exclusivamente para esta vida, ao contrário disto, a justiça mostra-se indiferente às circunstâncias deste planeta ou às características individuais dos seres humanos, ultrapassando a esfera terrena e compreendendo mais do que tão somente o corpo físico, ou seja, transcendendo à noção mundana daquilo que os homens entendem por justo. Destarte, se a alma preexiste ao corpo, é porque subsiste à vida carnal, assim, ao justo pertencerá o melhor e ao injusto o pior, para que isso transcorra, toda e qualquer alma aparecerá nua diante de um tribunal, já despedida de tudo aquilo que era material e transitório; e este tribunal julgará os erros e os acertos cometidos de acordo com a justiça celestial, particularizando o fim de cada qual no além e conferindo, por fim, sentido e eficácia aos mandamentos universais que regem todo o convívio dos homens (KELSEN, 2000).

Nesta acepção, o direito positivo – justiça relativa, imperfeita, realizável – deve, ainda que defeituoso, ser respeitado e obedecido porque é estruturado e construído com base na natureza e na transcendência da justiça absoluta. O respeito, mesmo que às leis inócuas, deve ser preservado, pois igualmente Sócrates

submeteu-se, sem opor resistência, à sentença condenatória que injustamente lhe fora aplicada (*Apologia de Sócrates*). Dessa forma, o direito positivo é justificado na metafísica e sua autenticidade provém deste direito natural irracional. Ao Estado, cabe apenas a função de instrumentalizar a promoção da justiça (KELSEN, 2000).

Ainda assim, apesar de todo o esforço platônico, não remanesceu nenhum conceito estável e sólido sobre o que seja a justiça. Pelo contrário, a volubilidade de sua metafísica transformou a justiça em um valor inexprimível e, por conseguinte, desprovida de sentido material e humano. Por fim, o jusfilósofo pontua que

A especulação sobre a justiça nas obras da juventude de Platão está visivelmente sob a influência da dialética socrática. Ela não vai além de tentativas formalistas de definição e, em seu resultado, não ultrapassa análises conceituais inteiramente insuficientes (KELSEN, 2000, p. 273).

Com relação à teoria aristotélica da justiça, Kelsen, partindo erroneamente da premissa de que Aristóteles é racionalista, interpreta o conjunto de ideias no tocante à justiça compreendidas na *Ética à Nicômaco* como sendo uma diagrama matemático-geométrico. Destarte, a justiça dotada de igualdade e proporcionalidade, desmembrada em comutativa (aritmética), distributiva (geométrica)... não seria nada além de um rascunho de matematização da justiça, rascunho naturalmente destinado ao insucesso teórico (KELSEN, 1998^a):

Aristóteles, na *Ética*, tenta desenvolver a sua filosofia moral sobre uma base inteiramente racionalista, a despeito do fato de esse sistema filosófico incluir uma verdadeira metafísica que, em última análise, não é desprovida de fortes implicações morais. É verdade que sua metafísica apresenta-se como uma ontologia, isto é, como uma ciência do ser, uma cognição da realidade, cum conhecimento da natureza, das propriedades e relações do ser

como tal; ocupa-se daquilo que *é* - e não primordialmente daquilo que *deve* ser ou ser feito. Ele caracteriza sua metafísica como uma ciência que lida com as causas primeiras e com os princípios (KELSEN, 1998^a, p. 109).

Iniciando a partir do reconhecimento do bem maior metafísico, ou seja, Deus, procura-se reconhecer no estudo da *Ética* uma busca pelo que é o sentido da vida para o homem, isto é, a felicidade. Isto posto, se a felicidade revela-se na virtude e, sendo a justiça uma virtude, nestes termos é que se vislumbram as ponderações sobre a doutrina do meio termo (*mesótes*). Hans Kelsen entende ser insatisfatório delegar a definição da justiça a um método vazio (dar a cada um o que é seu); ainda, o que é meu, e o que é seu, segundo ele, não é claro o bastante para servir de parâmetro para definição.

A justiça concebida por Aristóteles se encontra dividida em *justo total*(legitimidade) e *justo particular*. Este se subdivide em *justo distributivo* (igualdade geométrica) e em *justo comutativo* (igualdade aritmética) enquanto que aquele se subdivide em *justo natural* e *justo positivo*. É exatamente neste ponto que, para Kelsen, estaria a falha da teoria platônica que, consumida pelo desejo de identificar as espécies e as subespécies, os tipos e as classificações, teria perdido a percepção de sua conveniência prática. Mais do que isto, no momento em que Aristóteles endereça a discussão sobre a justiça para a utilidade da amizade, pois, segundo ele, entre amigos não há necessidade de haver justiça; Kelsen vislumbra nesta questão a desistência aristotélica à discussão sobre o que é a justiça. Isto acontece porque Aristóteles, para ele, teria se esquecido de definir o conceito da palavra justiça e acabando por remeter o problema à questão da amizade(BITTAR, 2000).

Considerações finais

O necessário a se compreender desta reflexão é que a teoria da justiça elaborada e construída por Kelsen é, em verdade, uma

representação do seu posicionamento jurídico-metodológico. O relativismo da justiça, na teoria kelseniana, é resultado do positivismo jurídico. Em suma, o pensamento de que a ciência pura é a ciência desprovida de valor, ética, história... reflete a concepção de que é viável, em ciências humanas, não somente retirar do fenômeno jurídico o que não é jurídico, mas também distinguir o fenômeno jurídico como metodologia provida de certeza; todo este processo, inevitavelmente, deve ser realizado com renúncia de valores.

Assim, a justiça e a injustiça não têm correlação com a validade de um sistema jurídico positivo; é esta a característica que distingue o direito da ética. A validade de um ordenamento jurídico não se mostra contestada simplesmente em razão do direito ter sido constituído de encontro a moral. O que se quer transmitir com esse entendimento é que: aquilo que é válido prevalece sobre o aquilo que é justo, isto ocorre porque o que foi validado está em conformidade com os requisitos de existência normativa de um ordenamento jurídico. O que é justo, por sua vez, está no campo da abstração, não sendo possível encontrar de maneira eficaz o seu conceito e/ou adaptá-lo ao sistema jurídico pretendido.

Para tanto, o resultado que se alcança acerca da semelhança entre justiça e direito com base nos estudos de Hans Kelsen não consegue ser outro senão a de que uma distinção entre direito e justiça resulta na ideia de que a validade de uma norma jurídica independe de uma norma moral transcendente, ou seja, aquela que é justa por excelência. A norma jurídica sempre será válida, ainda que em desacordo com os interesses da justiça. Como resultado, a validade e a justiça de uma norma são princípios de valor diferentes, se conclui, então, que uma norma consegue ser válida e justa, válida e injusta, inválida e justa ou inválida e injusta.

Em resumo, alcançou-se a conclusão de que nenhuma ordem jurídica, justamente por sua necessidade de ser clara e objetiva (ainda que necessite de interpretação), será capaz de oferecer justiça ao homem. Quanto à ideia de justiça, contudo,

continua sem resposta e, talvez, assim permaneça eternamente, sem jamais haver uma resposta definitiva encontrada pelo homem, restando, apenas, perguntar melhor. Com a morte de Kelsen, a trajetória de um dos maiores pensadores do século XX foi encerrada, porém, suas obras ainda o mantêm vivo e são testemunhas de mais de 90 anos dedicados à ciência do direito.

Referências:

BITTAR, Eduardo C. B. **Teorias sobre a justiça**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O fundamento de validade do direito - Kant e Kelsen**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

KELSEN, Hans. **A ilusão da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O que é justiça?**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998^a.

_____. **O problema da justiça**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998^b.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998^c.

O abandono afetivo como ensejador do dano moral na relação paterno-filial

Roberto Carlos Gradin¹

Ana Caroline Bernardes Merlin²

Considerações iniciais

O presente artigo trata sobre a possibilidade do dano moral na relação entre pais e filhos, decorrente da responsabilidade civil pelo descumprimento de normas legais protetoras das crianças e adolescentes.

Atualmente diversas crianças acabam tendo seus direitos lesados por causa de ações ou omissões dos pais, os quais, como guardiões, deveriam proteger e cumprir esses direitos e deveres para que não ocorressem problemas no desenvolvimento da criança. O abandono afetivo e moral dos pais causam diversos problemas psicológicos e de personalidade nos filhos, e uma maneira de tentar diminuir tal negligência é a possibilidade de responsabilização civil pelo não cumprimento dos deveres legais com a prole.

Os deveres dos pais com os filhos estão previstos, especialmente, nos artigos 226 da Constituição Federal, 1634 do Código Civil, e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, e, ocorrendo o descumprimento de algum deles, entra-se a hipótese

¹ gradin@upf.br

² carolinebernardesmerlin@gmail.com

de cabimento do artigo 186 do Código Civil, pois ocorrerá um ato ilícito, ensejador de reparação. Ressaltando-se que a falta de amor por si só, segundo a jurisprudência brasileira, não acarretaria o dever de indenizar, entretanto, ocorrendo a negligência perante os deveres constitucionalmente previstos, haverá a figura da responsabilidade civil.

Esse estudo tem como principal interesse a observância dos ditames legais referentes aos cuidados com os filhos, como forma de contribuir na garantia dos direitos tutelados dos menores, os quais devem ser protegidos pelo Estado, não podendo ocorrer a omissão na sua defesa.

A finalidade é contribuir para o direito brasileiro, analisando-se doutrinas e jurisprudências, pela possibilidade de aplicação do dano moral na relação familiar, questão essa ainda muito controversa no ordenamento jurídico, pois há uma grande divergência no entendimento de possibilidade ou não de quantificação do afeto pelo descumprimento de normas legais. Mostra-se extremamente importante a utilização do instituto da indenização por dano moral por abandono afetivo como forma de coibir as violações aos direitos personalíssimos dos filhos.

1. A evolução do direito de família e o papel dos pais no desenvolvimento dos filhos

Primeiramente é necessário esclarecer que o direito de família está em constante transformação, pois ele desenvolve-se com a sociedade, e por isso não é possível ter-se uma definição restrita do conceito família, já que essa noção está pluralizada. Dessa forma, cabe pontificar aspectos importantes e relacionados ao desenvolvimento da família para ter-se um melhor entendimento sobre o tema do presente artigo.

A humanidade vivencia dia após dia a reformulação do conceito de família, visto o contexto globalizado em que está inserida. Devido ao desenvolvimento da vida em sociedade, e as

mudanças dos costumes e ideias, o Direito de Família passa por uma longa transformação, a fim de se adequar ao tempo. Assim, é notório a grande mudança do conceito família durante todos esses anos, principalmente com o advento da tecnologia, que rompeu a ideia do modelo clássico e pluralizou as formas de constituição familiar (BITTAR, 1993, p.5).

Como exemplo das primeiras formas de família, tem-se a família romana, a qual era composta pelo patriarca, pela mulher e os filhos. O “chefe de família” possuía amplos poderes, devendo ser obedecido por todos, visto que se tratava do modelo patriarcal regido pela figura de um homem com vastos poderes perante todos. Tal modelo era pautado na influência cristã que perdurou por muitos séculos na sociedade, onde o homem, o patriarca, era o responsável pelo sustento de todos, sendo o membro merecedor de maior respeito, e a mulher era vista apenas como cuidadora do lar e dos filhos, além de que para que ocorresse a constituição da família era imprescindível a consagração do matrimônio. Durante anos o reflexo cristão perdurou nas famílias, pois ela era composta de um pai, uma mãe, e filhos que deveriam ser frutos da união legítima entre os cônjuges (CASTRO, 2002, p.91).

No entanto, esse modelo de família sofreu uma grande transformação, em razão da globalização e da evolução social, as quais fizeram com que as normas jurídicas se enquadrassem na situação fática real, comprovando que a antiga visão do direito romano de que o pai era o “chefe da família” e a ele todos deviam respeito estava sendo superada. Neste contexto, o poder absoluto advindo do pátrio poder, o qual quem o detinha possuía plena escolha sobre a vida dos filhos e do casal é vencido, abrindo espaço para o exercício familiar por ambos os pais, que visam o benefício dos filhos. Carlos Roberto Gonçalves explica essa transição material:

O poder familiar não tem mais o caráter absoluto de que se revestia no direito romano. Por isso, já se cogitou chamá-lo de “pátrio dever”, por atribuir aos pais mais deveres do que direitos. No aludido direito denominava-se *pátria potestas* e visava tão

somente ao exclusivo interesse do chefe de família. Este tinha o *jus vitae et necis*, ou seja, o direito sobre a vida e a morte do filho. Com o decorrer do tempo, restringiam-se os poderes outorgados ao chefe de família, que não podia mais expor o filhos (*jus exponendi*), matá-lo (*jus vitae et necis*) ou entregá-lo como indenização (*noxaededitio*)(2014, p.418).

No Brasil foram necessários 462 anos desde o início da colonização portuguesa para a mulher casada deixar de ser considerada relativamente incapaz (vide estatuto da mulher casada de 1962), e mais de 26 anos para consumir a igualdade de direitos e deveres da família – advento da Constituição Federal de 1988 – pondo fim, em definitivo, ao antigo pátrio poder e ao poder marital. (OLTRAMARI, 2006, p.78).

Com o advento da globalização, acarretando transformações histórico-sociais, a família como era vista antes, passa a ser vista como uma forma de priorizar o desenvolvimento da criança, tendo os pais iguais poderes sobre as escolhas para o crescimento saudável do infante. Nesse sentido, Guilherme Calmon Nogueira da Gama afirma ao dizer que “o amor, como sentimento mais íntimo e belo da pessoa humana, tão anunciado e divulgado nas artes, vem ganhando reconhecimento no Direito, notadamente nas relações intersubjetivas”(2005, p.85.).

De outra banda, a Constituição Federal em 1988 também, em seu artigo 227³, assentou os deveres da família, da sociedade e do Estado perante a criança e ao adolescente, destacando a prioridade do direito à convivência familiar, ratificando a ideia de que o “chefe de família” deixa de ser a figura mais importante da relação familiar, passando a ter uma visão de cuidados e prioridade de desenvolvimento saudável voltado aos filhos (BRASIL,1988).

³Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Outrossim, o Estatuto da Criança e do Adolescente também asseverou essa ideia, quando em seu artigo 21⁴ esclareceu que o poder familiar será exercido em iguais condições pelo pai e pela mãe (BRASIL, 1990).

Percebe-se a mudança significativa que o direito de família sofreu na sociedade brasileira com o grande desenvolvimento social, no qual o plano jurídico precisou adaptar-se aos novos ideais, visando o melhor interesse da criança sobreposto ao dos pais. A visão de afetividade e cuidados passa a ser mais nítida, e o texto jurídico trata de defender e proteger o direito dos menores, objetivando o seu crescimento saudável e sadio. É na família que ocorre a formação social do indivíduo, tendente ao desenvolvimento da sua personalidade, sendo que ali há uma função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais dos seus componentes (PERLINGIERI,1997, p.178).

É nas relações familiares que o indivíduo aprenderá a viver em comum, desenvolvendo-se pessoalmente e socialmente, dependendo da competência dos envolvidos em dar e receber amor. Mesmo essas relações sendo complexas, nutrem-se de tudo aquilo que possa ser devolvido à virtude do viver em comum, como o perdão, a solidariedade, a paciência, e o afeto, dependendo essencialmente dos envolvidos e suas capacidades em repassar essas virtudes uns aos outros (VILLELA, 1994, p.645).

Por isso, é necessário ficar atento à questão trazida no texto constitucional de que é dever do pai e da mãe a criação e educação dos filhos, não significando que seja necessário o matrimônio para exercer tal obrigação. O artigo 1.634⁵ do Código Civil, trata de tal

⁴Art. 21. O poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência.

⁵Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: I - dirigir-lhes a criação e a educação; II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; VII - representá-los

ideia, quando estabelece que independentemente da situação conjugal dos pais é dever de ambos exercer o poder familiar. Observa-se que nos dias atuais a pluralidade das formas de família é cada vez mais presente, havendo famílias homossexuais, advindas de união estável, ou formadas pelos pais e seus descendentes, sem estes terem uma união amorosa entre si. Atualmente as pessoas estão acostumadas com as famílias que se distanciam do perfil tradicional, pois a convivência com famílias monoparentais, homoafetivas, recompostas, está pluralizada, tendo a necessidade de flexionar igualmente o termo que a identifica, abrangendo todas as suas formas (DIAS, 2011, p.40).

No mesmo sentido Lourival Serejo pontifica que atualmente o conceito família já possui várias ramificações, não ficando submetida ao clássico modelo consubstanciado na Roma Antiga:

Qualquer que seja a família do futuro, as tendências previsíveis em suas características já estão presentes em grande maioria das famílias atuais, a saber: despatrimonialização (substituição da preocupação capitalista de acumular bens pela valorização das relações familiares autênticas entre os membros de uma família), valorização dos aspectos afetivos da convivência familiar, igualdade dos filhos, desbiologização do conceito de paternidade, guarda dos filhos a terceiros, companheirismo, democracia interna mais acentuada, instabilidade, mobilidade e inovação permanente (2004, p.22).

Assim, fica claro que no exercício familiar deve-se ter presente a idéia de que a sua finalidade essencial está voltada ao melhor interesse da criança e do adolescente, abrangendo seu conjunto de direitos e deveres. Pois, como previsto no artigo 1.636⁶

judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

⁶Art 1.636. O pai ou a mãe que contrai novas núpcias, ou estabelece união estável, não perde, quanto aos filhos do relacionamento anterior, os direitos ao poder familiar, exercendo-os sem qualquer interferência do novo cônjuge ou companheiro.

do Código Civil, o direito de um pai não exclui o direito do outro, e o filho tem direito à companhia de ambos. A convivência dos pais, entre si, não é requisito para a titularidade do poder familiar, que apenas se suspende ou se perde mediante decisão judicial nos casos previstos em lei. (LÔBO, 2010. p. 129.)

Logo, nota-se que os pais, como os principais responsáveis com os cuidados dos filhos, possuem os mesmo direitos e deveres com a prole. Não é necessário que se tenha a constituição do matrimônio para que ambos priorizem o desenvolvimento do filho, principalmente pelo fato da família nuclear, pautada no modelo clássico, não ser mais a única existente. Na família, em todas as suas formas possíveis, há o dever dos pais, de igual forma, de visar o melhor desenvolvimento dos filhos, colocando-os em prioridade, garantindo seu desenvolvimento saudável moldado na afetividade.

2. A responsabilidade civil e o dano moral no direito brasileiro

Conforme dito anteriormente, os pais possuem obrigações e deveres que estão previstos na Constituição Federal e na normal legal no direito brasileiro. Dessa forma, quando descumprido essa imposição legal, estarão agindo de uma forma omissiva lesando os direitos personalíssimos dos filhos, entrando, então, a figura da responsabilidade civil.

Assim, inicialmente cabe ressaltar que a responsabilidade civil é muito importante para a sociedade, tendo em vista que é ela a encarregada de trazer de volta a situação anterior do lesado após o acontecimento do ato ilícito, reparando-se o dano causado. Nesse sentido, toda atividade que traz prejuízo é questão de imputação da responsabilidade, pois ela é destinada a restaurar o equilíbrio moral e patrimonial que foi provocado pelo autor da ação que causou o dano. Por isso, a necessidade de restabelecer a harmonia e o equilíbrio que foram violados pelo dano são as fontes geradoras da responsabilidade civil (GONÇALVES,2014,p.19).

Para se ter a obrigação de reparar um dano causado por ação própria é necessário uma análise mais complexa acerca dos acontecimentos envolvendo o incidente. De acordo com o entendimento de Maria Helena Diniz, para ocorrer a responsabilidade civil de determinado sujeito perante um ato cometido é necessário a existência de uma ação, comissiva ou omissiva, que se apresente como um ato ilícito ou lícito, a ocorrência de um dano moral ou patrimonial causado pela ação do imputado, e o nexo de causalidade entre o dano e a ação (2014, p.53-54).

Em síntese, a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano causado a terceiros, chama-se responsabilidade civil, devendo o ato causador do prejuízo ter sido praticado pelo próprio autor, por pessoa por quem ela responda – por imposição legal-, ou por alguma coisa a ela pertencente. Por isso, para sabermos quem é o responsável pelo dano devemos identificar a quem a lei imputa a obrigação, pois, ninguém poderá ser responsável por alguma coisa sem ter violado um dever jurídico preexistente (CAVALIERI FILHO, 2010, p.3).

Como visto anteriormente, para haver a configuração da responsabilidade por omissão é necessário a existência de um dever jurídico praticado que cause dano a outrem, o qual poderia ser evitado se observado o direito de agir. Cabe ressaltar que o direito de agir deve ser imposto por lei ou resultar de convenção (assim como o dever de guarda), e até pela criação de alguma situação especial de perigo (GONÇALVES, 2014, p.59).

Por isso, quando ocorrer uma ação ou omissão de um dever previsto legalmente, que causa um dano a outrem, e ocorrendo o nexo de causalidade entre a ação e a lesão, haverá a possibilidade de responsabilização civil, e se esse dano ferir direitos personalíssimos da pessoa será decorrente de dano moral.

O dano moral é a lesão de direitos que atingem a esfera personalíssima da pessoa, violando a sua vida privada, honra, imagem, intimidade, bens jurídicos tutelados constitucionalmente. Em sentido estrito, dano moral é a violação da dignidade da pessoa

humana. Mas, assim como na responsabilidade civil, para se ter o dano moral, é necessária a ocorrência de nexo de causalidade entre a ação ou omissão e o dano causado (GAGLIANO, 2011, p.97).

Dessa forma, aquilo que atinge o ofendido como pessoa, e não lesa o seu patrimônio em si, que prejudica os direitos da personalidade, como a dignidade, a intimidade, a imagem e a honra, acarretando dor, sofrimento, vexame, tristeza e humilhação à vítima, é passível de indenização por dano moral. Assim, vê-se que o dano moral, de uma forma geral, é a lesão aos direitos personalíssimos (GONÇALVES, 2014, p.387).

Sabe-se que o dano moral decorre da gravidade do ato ilícito ocorrido, estando ínsito na própria ofensa. Entretanto, de acordo com Cavalieri Filho, só é possível a indenização por dano moral quando ela causar à vítima dor, vexame, sofrimento ou humilhação que fuja à normalidade, que interfiram diretamente e intensamente no comportamento psicológico do indivíduo e cause-lhe angústias, aflições e desequilíbrio em seu bem-estar. Pois, a mera mágoa, aborrecimento ou irritação fazem parte da normalidade do dia a dia dos cidadãos, não sendo, dessa forma, capazes de desequilibrar o psicológico do indivíduo, não cabendo a já citada indenização (2010, p.87).

Dito isso, cabe entender a finalidade da responsabilidade civil decorrente de dano moral, isto é, a quem ela garante os direitos tutelados e a quem ela imputa a necessidade de ressarcimento pecuniário. A reparação do dano moral é um misto de pena e de satisfação compensatória. O direito não é reparador de dor ou aflição, mas sim de danos decorrentes da privação de um bem jurídico de que a vítima teria reconhecido juridicamente. Desse modo, no ressarcimento por dano moral, em razão da impossibilidade de reparação integral, haverá uma tentativa de atingir uma situação material correspondente, pois esse pagamento em regra será pecuniário, a fim de neutralizar os sentimentos negativos de angústia, mágoa e dor, com a superveniência de sensações positivas de alegria e satisfação, visto

que ela possibilitará ao lesado algum prazer, que em certa medida, poderá atenuar o seu sofrimento (DINIZ, 2014, p. 111-147).

Dessa forma, a satisfação do dano moral possui dupla natureza jurídica, sendo ela a compensatória e a punitiva. Por isso, é uma maneira de compensar a vítima pelo dano sofrido, e uma forma de punir o autor, e em consequência disso, acaba por ter a natureza preventiva, isto é, com a punição de quem pratica o dano moral, há o exemplo para a sociedade que esses crimes não serão impunes.

3. O nexu de causalidade e o arbitramento da quantificação do dano moral

Já analisados os pressupostos da responsabilidade civil e da possibilidade do dano moral nas relações pessoais, cabe a análise de um requisito necessário, e considerado o mais importante para a configuração da responsabilização, que é o nexu causal entre a ação ou omissão e a lesão ocorrida. Outrossim, também é oportuno informar como ocorrerá a quantificação do valor pecuniário que será pago a título de indenização, conforme se analisará a seguir.

Fábio Ulhoa Coelho define o nexu de causalidade como o alicerce da possibilidade de indenização e responsabilização do fato e do dano ocorrido, em razão de que a relação de causalidade é uma condição necessária para a indenização, tanto na esfera da responsabilidade subjetiva como na objetiva (2010, p.400). No mesmo sentido, Sergio Cavalieri Filho afirma que o nexu de causalidade deve ser a primeira questão a ser enfrentada na solução do conflito existente que envolva a responsabilidade civil, pois, antes de analisarmos se o autor agiu ou não com culpa, é necessário averiguar se foi ele quem deu causa ao resultado (2014, p.61).

Portanto, antes de qualquer coisa é preciso analisar o dano, que deverá ter sido causado pela lesão de um direito, seja subjetivo ou não, e verificar quem foi o real causador do prejuízo, para que possa ocorrer a devida consequência jurídica para o autor do dano, assim como explica Arnaldo Rizzardo:

Por outros termos, para ensejar e buscar a responsabilidade, é preciso que haja ou se encontre a existência de um dano, o qual se apresenta antijurídico, ou que não seja permitido ou tolerado pelo direito, ou constitua espécie que importe em reparação pela sua mera verificação, e que se impute ou atribua a alguém que o causou ou ensajou a sua efetivação. Em três palavras resume-se o nexa causal: o dano, a antijuridicidade e a imputação. (2011,p.67).

Explicado os pressupostos da responsabilidade civil, bem como o cabimento do dano moral nas relações pessoais, além da necessidade da observância do nexa de causalidade entre o ato e o dano causado, é necessário esclarecer como esse valor da indenização será arbitrado.

Conformedito anteriormente e de acordo com o ensinamento de Maria Helena Diniz, a personalidade é o bem mais importante da pessoa, é a primeira utilidade que faz o indivíduo ser o que é, e a se adaptar às condições em que se encontra, sendo-lhe o critério para ordenar e adquirir outros bens, pois é ela a apoiadora dos deveres e direitos de cada um (DINIZ, 2014, p.92). Dessa forma, verifica-se a gigantesca importância do dever de indenizar moralmente quem teve seu direito pessoal prejudicado, por ser o fator principal do desenvolvimento humano. Em relação à questão de possibilidade de indenização, é imprescindível entender que o dano moral causa um sentimento de mágoa extremamente íntimo da pessoa que teve seu direito lesado, e mesmo sendo algo de difícil mensuração, visto que depende da intensidade do sofrimento, ele deverá ser indenizável, para buscar-se a sua reparação (OLTRAMARI, 2004,p.149).

A vítima do dano moral deve receber um valor que compense a dor ou o sofrimento sentido, pois a lesão dos direitos que não possuem custo patrimonial efetivo, em certos casos, pode ser mais valiosa do que os integrantes do patrimônio do ofendido, devendo assim, o juiz, observando minuciosamente cada caso, arbitrar a indenização mais justa, verificando as posses do ofensor

e a situação pessoal do ofendido. O valor arbitrado não poderá ser tão grande a ponto de ser convertido em fonte de enriquecimento, e nem tão ínfima que se torne inexpressiva para ambas as partes (PEREIRA, 1999, p.328-329).

Da mesma forma, Silvio da Silva Venosa acredita que, quando se trata de assunto exclusivamente moral, a discricionariedade do juiz, considerada ampla na responsabilidade aquiliana, é consideravelmente aumentada, tendo ele que embasar-se, também, em decisões jurisprudenciais para criar-se uma linha lógica na indenização. Isso ocorre porque o prejuízo buscado nesse tipo de indenização é imponderável, tornando a recompensa pelo dano difícil de ser justa em todos os casos, sendo necessário que o magistrado sinta em cada caso o envolvimento social que há, para obter a melhor quantificação (2011, p.49).

Nesta ótica, Oltramari também defende que o tarifamento da indenização com o tipo de dano seria inadequado, e que, tratando-se de direito de Família, e pela sua alta subjetividade, a melhor solução é a quantificação dada pelo magistrado, que se tratando de terceiro não interessado, é a pessoa mais apta para quantificar o dano, conforme os fatos que analisa:

A par de todas as dificuldades até aqui apontadas e da alta subjetividade da tarefa de valorar danos materiais, é de fundamental importância reconhecer que a sua entrega ao livre arbítrio do juiz, especialmente nas causas de família, é a melhor solução, porque, conhecendo a prova, o magistrado, melhor do que qualquer tabela ou tarifamento, saberá adequar um juízo de valor que atenda às funções do ressarcimento. (2004, p.53).

Por tratar-se de assunto delicado e extremamente subjetivo, como já visto, cada caso deverá ser observado cautelosamente pelo magistrado e em observância ao Direito e a legalidade, para se ter uma apuração correta e justa da existência ou não de responsabilidade civil. Deve-se observar se há uma ação ou omissão, que no caso, será a violação dos direitos personalíssimos,

se o dano foi causado em decorrência do abandono afetivo, interferindo na estrutura psíquica do menor, além da existência de um nexo de causalidade entre o prejuízo e a conduta dos pais.

4. Análise jurisprudencial e a possibilidade do dano moral nas relações paterno-filial

Conforme já visto, a família passou por uma intensa transformação em sua definição, não existindo, nos dias atuais, uma classificação única que uniformize a formação familiar. Assim, constatou-se que uma das principais mudanças nela foi a observância do melhor interesse da criança, voltado ao seu desenvolvimento saudável e afetivo. Garantido constitucionalmente, os direitos das crianças são derivados da obrigação dos pais perante elas, e sua inobservância é acarretadora de responsabilização civil, tendo em vista que causa inúmeros danos psicológicos no infante, que acaba por ter seus direitos essenciais privados pela omissão dos genitores. Dito isso, e entendendo os pressupostos necessários para a configuração da responsabilidade civil decorrente de dano moral na relação entre pais e filhos, cabe o estudo de algumas jurisprudências extremamente importantes para concretizar o entendimento do estudo do presente artigo.

Sobre o tema, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, na Apelação Cível nº 20090110466999, afastou a possibilidade do dano moral na relação entre pai e filho que não sabiam dessa qualidade de parentesco antes do autor atingir a idade adulta. O relator, Getúlio de Moraes Oliveira observou minuciosamente os aspectos relativos ao processo, como por exemplo o fato do autor ter tido um pai socioafetivo, o qual estava na sua certidão de nascimento como pai biológico. O autor descobriu apenas em 2008, quando já possuía 35 anos, que havia um pai biológico diverso do constante na sua certidão, e por isso adentrou com a ação. Entretanto, como bem relata Oliveira, não há o que se falar em abandono afetivo antes da data do exame de DNA, tendo em vista que é impossível

exigir a indenização de quem sequer sabia que era pai. E por isso, não havendo a existência do conhecimento do poder familiar não há a configuração denexo de causalidade com os danos psicológicos aduzidos e o abandono propriamente dito. Outrossim, o relator coloca grande destaque na questão da banalização desse tipo de pedido, afirmando a necessidade de uma grande cautela na análise de cada caso para que não ocorra a patrimonialização do sentimento familiar e as demandas desnecessárias do abandono.

Passando-se à análise de outro caso, a jurisprudência a seguir trata de tema demasiado complexo e delicado. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº [70061225074](#), Julgado pela Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com o relator AlzirFelippeSchmitz, julgou procedente a ação para que os réus pagassem à autora a quantia de R\$ 60.000,00 a título indenizatório. A ação foi proposta pela autora, portadora de deficiência mental, representada por seu curador, contra seus pais, pelo abandono afetivo de 38 anos, idade da autora.

Ao seu nascimento, a autora foi abandonada no hospital, e com 40 dias de vida foi criada por uma tia materna até os seus 9 anos, e após passou a residir em instituições públicas até 2005, quando um primo a retirou dos abrigos e assumiu sua curatela. Nota-se que a autora passou sua vida sendo criada por terceiros, e mesmo seus pais sabendo de sua existência e onde se encontrava, eles nunca a visitaram ou a ajudaram materialmente. O relator frisa uma questão muito importante, que é a participação na vida dos filhos, fazendo parte do seu mundo e conhecendo-os, o que no presente caso não aconteceu, pois os pais abandonaram a filha aos cuidados de terceiros e de instituições. Após abandonarem a filha, os pais vieram a ter mais dois filhos juntos, provando que, além do distanciamento deles, foi sonogada à autora a possibilidade de convivência com os irmãos, os quais, por serem saudáveis, foram criados com o afeto jamais sentido pela autora, entretanto ela era a filha que mais precisaria de cuidado e atenção. Ao que foi demonstrado, mostrou-se cômodo aos pais, que possuíam condições financeiras e psicológicas de cuidar dos filhos em

iguais condições, deixar a filha portadora de deficiência aos cuidados de outras pessoas e de instituições.

A apelação foi impetrada pelos réus, que não se conformaram com a decisão de 1º grau que julgou procedente a demanda postuladora de danos morais decorrente do abandono afetivo, pois alegaram que deram o possível de afeto à autora, entretanto as testemunhas ouvidas informaram o contrário, e que o dever de cuidado dos pais com a filha nunca foi concretizado. Por isso, não houve a menor dúvida do abalo moral sofrido pela autora, pois teve seu convívio materno e paterno privado por seus próprios genitores, não recebendo o afeto e carinho necessários para a criação de um filho, sendo presumível o sofrimento dela. Consequentemente, a atitude dos réus que abandonaram a própria filha a sorte de terceiros pelo simples fato dela ter nascido acometida de uma doença mental, ofende ao princípio da dignidade da pessoa humana, havendo o nexo de causalidade com o dano, sendo passível de indenização. Oportuno ressaltar que a responsabilidade civil é subjetiva, e por isso, o dever de indenizar depende do agir doloso ou culposos da parte ré, e é necessário os quatro elementos, quais sejam ação (abandonar a filha), dano (filha cresceu sem um amparo familiar), nexo (a autora não teve um lar por mais de 20 anos pelo fato dos pais terem se omitido) e culpa (obrigação constitucional de os pais zelarem pelos filhos não foi cumprida).

Os pais arguíram a impossibilidade da culpabilização, pois ninguém pode ser obrigado a amar o outro, além de não existir um embasamento concreto afirmando que eles poderiam ter dado uma vida melhor à autora. O relator respondeu magnificamente essa questão, afirmando que é concreto que os pais teriam dado uma vida melhor à filha, já que poderiam ter dado a ela uma família, e afeto, sentimentos que ela nunca recebeu em toda sua vida em abrigos. Não persiste outra conclusão, além a de que os genitores abandonaram a filha por ela ser incapaz e portadora de grave doença mental, não cabendo a justificativa de não possuírem condições financeiras para cuidar dela, pois cuidaram de mais outros dois filhos, e por isso,

privaram a autora da convivência familiar e de receber afeto, que é emanado de uma família, um núcleo onde o destinatário do afeto pertença e se reconheça, independentemente da evolução cerebral de quem recebe o amor. Outrossim, a possibilidade de dar amor e afeto que os genitores aduziram não sentirem pela filha nasce no seio familiar, e desde o nascimento, abandonaram a autora a própria sorte, não havendo a oportunidade desse amor crescer.

Assim, a autora foi abandonada por aqueles que tinham o dever legal de cuidado. O abandono praticado pelos pais foi uma afronta aos deveres parentais que incumbiam a eles, como o de criação e educação da filha, bem como da guarda, não podendo a simples afirmação de que não é possível obrigar alguém a amar ser excludente de responsabilidade. Feriram a constituição e a norma legal, no que diz respeito ao dever dos pais em relação aos filhos, e afrontaram diretamente o constante no artigo 1.634⁷, especialmente os incisos I, II, VII, VIII e X do Código Civil.

O próximo caso é muito emblemático, considerando que foi a primeira vez que o Tribunal considerou a possibilidade de indenização por dano moral decorrente do abandono afetivo dos pais. A decisão foi na ministra Nancy Andrichi, da Terceira Turma do STJ, no Recurso Especial nº 1.159.242, no qual foi enfatizado que não é a falta de amor que enseja a possibilidade de reparação, mas sim, o descumprimento de um dever legal previsto na Constituição Federal, no Código Civil e no Estatuto da Criança e do

⁷Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

Adolescente, unificando o entendimento de que é possível a indenização por dano moral no âmbito familiar.

Muitos magistrados, moldados em premissas que defendem a existência de singularidades das relações familiares, como os sentimentos e emoções, acabam por negar a possibilidade de indenização ou compensação de danos decorrentes do descumprimento das obrigações parentais pelos genitores. Entretanto, não há restrição legal para a aplicação das regras da responsabilidade civil e o dever de indenizar no Direito de Família, assim como se verá a seguir.

Essa ação de indenização por danos morais decorridos do abandono afetivo foi impetrada pela filha contra o pai. Após a ruptura de relacionamento amoroso entre o réu e a mãe da autora, este parou de visitar a filha e manter contato com ela. Outrossim, mesmo sabendo da paternidade, ela só foi reconhecida mediante processo judicial de investigação de paternidade, demonstrando o descaso do pai que já sabia que era o genitor da criança, e mesmo assim, apenas efetuou o registro mediante decisão judicial. O réu alega que mesmo que tenha abandonado a filha, seria um fato sem ilicitude, devendo ocorrer apenas a perda do poder familiar, de acordo com o artigo 1638, inciso II⁸ do Código Civil.

A relatora Nancy Andrighi, brilhantemente afasta a ideia de que, nesses casos, a única punição possível seria a perda do poder familiar, pois essa sanção só poderá ocorrer visando à proteção da criança e do adolescente. Entretanto, não afastará a possibilidade de indenização, por ter em seu objetivo essencial resguardar a integridade do filho, para que ele tenha uma criação digna, que lhe foi negada pelo genitor, e não como objetivo de compensar os prejuízos ocorridos em razão do malcuidado recebido. Dessa forma, seria muito fácil apenas ocorrer a perda do poder familiar,

⁸Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

II - deixar o filho em abandono;

beneficiando os pais negligentes, deixando os prejuízos sofridos pela pessoa que teve seus direitos lesados sem amparo jurídico.

Desse modo, não é apenas o vínculo afetivo que une os pais e os filhos, mas também o legal, que engloba os deveres de convívio, criação, cuidado e educação, e demanda a necessidade de atenção e acompanhamento do desenvolvimento psicológico da criança, sendo esse o vínculo que deve ser buscado para garantir a proteção integral do filho, quando os sentimentos forem tão frágeis a ponto de não sustentarem a manutenção psíquica e física da criança por seus pais. Assim, pautando-se nas normas constitucionais, entende-se que o cuidado é fundamental para a formação dos filhos, não se discutindo nesse aspecto a mensuração subjetiva do amor, mas sim, a verificação do cumprimento ou não da obrigação legal do cuidado.

Destarte, percebe-se que o dano moral foi consumado, em razão da negligência e diferenciação de filiação sofrida pela autora, e a ilicitude ocorreu, pois o réu deixou de cumprir com seus deveres legais, não sendo objeto da ação a questão relativa ao amor, mas sim, a lesão aos artigos protetores da criança e do adolescente.

Nesse contexto, e considerando as decisões jurisprudenciais estudadas a cima, é indubitável afirmar que o cuidado é uma obrigação legal, e por isso há a superação do empecilho declinado quando o assunto é o abandono afetivo, qual seja, a impossibilidade de se obrigar a amar. Nos casos requerentes de indenização pelo abandono não se discute o amar, e sim a imposição legal e biológica do cuidar, visando à dignidade da pessoa humana. O cuidado é pautado em elementos objetivos, sendo possível a verificação do seu cumprimento, em ações concretas, como ações voluntárias em favor dos filhos, ou o tratamento igual entre os filhos de diversos relacionamentos, ao contrário do amar. Amar é faculdade, cuidar é dever.

Considerações finais

Conforme demonstrado no presente trabalho, a família evoluiu consideravelmente desde os primórdios da civilização, e é incontendível afirmar que terá suas bases modificadas ao longo do tempo, pois evolui junto com a sociedade. Perceba-se que, atualmente, o modelo de família é pautado na pluralização, visto que o matrimônio deixa de ser a única forma de constituição da família, além de ser igualitário no momento em que o pátrio-poder é substituído pela igualdade de poderes entre pais e mães.

Outrossim, nota-se que o poder familiar estabelece poderes e deveres, como a necessidade de ter participação na vida dos filhos, acompanhar o desenvolvimento do menor, além de dedicar cuidado para que a criança tenha um crescimento saudável. Por isso, se ocorrer o descumprimento dessas obrigações, o Estado deverá interferir para defender os direitos tutelados da parte mais vulnerável.

Por isso, é dever dos pais, independentemente se sejam biológicos, adotivos, ou até mesmo socioafetivos, visar o bem-estar dos filhos, garantindo os direitos elencados constitucionalmente, especialmente os constantes no artigo 227 da Constituição Federal. Assim devem atentar-se que a ruptura de um relacionamento (como os amorosos entre os pais) ou até mesmo a não existência dele, não poderá afetar a relação entre pais e filhos, já que os pais serão sempre pais, e a inexistência de um vínculo afetivo entre os

Os deveres inerentes aos pais em relação aos seus filhos estão presentes na legislação brasileira, mais especificamente nos artigos 1634 do Código Civil, 227 da Constituição Federal, e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, e, tratando-se de aspectos morais e materiais, se descumpridos, devem acarretar responsabilização. A negligência em cumprir essas obrigações pode ser causadora de danos irreparáveis na criança, podendo acarretar problemas psicológicos e de personalidade no menor. Quando ocorrer a violação de um direito tutelado inerente à criança, entrará a figura do dano

moral, que nada mais é do que uma busca pela reparação pelo descumprimento das funções maternas e paternas previstas legalmente. Essa forma acaba por ser a única juridicamente possível para tentar buscar a reparação do sofrimento decorrente do dano.

Cabe ressaltar que a busca pecuniária não serve para reparar o dano sofrido (voltar ao estado anterior ao dano nunca será possível), mas para compensar um sofrimento, certificando-se que o direito constitucionalmente previsto está garantido, além da questão sancionatória, demonstrando que a conduta dos pais omissos é punível. Outrossim, nota-se que com decisões favoráveis dos Tribunais, há a criação de precedentes no sentido de que os filhos que sofreram esse tipo de abandono e abalo psicológico poderão ter seus direitos garantidos quando buscarem o judiciário, e os pais praticantes dessas omissões saberão que não estarão ilesos por descumprir normas legais, violando os direitos tutelados dos filhos.

Analisando-se a jurisprudência percebe-se que alguns magistrados e doutrinadores não acreditam na possibilidade de responsabilidade civil no direito de Família, defendendo que o descumprimento do dever de cuidado com os filhos seria causador apenas da perda do poder familiar. Primeiramente, é notório que essa sanção não corresponderia à amplitude dos abalos causados aos menores, não seria suficiente para tentar coibir o abandono moral e afetivo dos pais com os filhos, e também, é evidente que a perda desse poder familiar seria a satisfação da busca do genitor negligente para se ver livre de suas obrigações, sendo uma forma de isenção das responsabilidades parentais.

Por existir essa forma de pensamento, é importante ressaltar que a questão indenizatória não diz respeito a essa quantificação subjetiva, pois, na concepção jurídica, não é a falta de amor entre pais e filhos que caracterizaria a possibilidade de ressarcimento, mas o descumprimento do dever legal de cuidado e educação que ensejam a responsabilização. Na realidade fática nota-se que as ações que visam o ressarcimento pela falta de amor são geralmente indeferidas, e as que buscam o ressarcimento pela violação dos

direitos tutelados acabam por ser procedentes, por não existir obrigação jurídica no sentido de amar alguém.

Por isso, o abandono afetivo é passível de indenização quando versar sobre a ofensa à honra subjetiva e objetiva relativa à integridade psíquica da criança, decorrente de um dever jurídico não cumprido pelos seus pais, tutores que deveriam buscar o desenvolvimento sadio do infante. Não há como atribuir ao poder Judiciário o papel de coerção no descumprimento da obrigação de amar, mas é plenamente viável a responsabilização dos pais por um descumprimento de dever legal, já que, como visto, o abandono moral do filho menor, voluntariamente e injustificadamente, priva-o dos direitos essenciais ao seu desenvolvimento, como o da convivência familiar e de ter os pais em sua companhia.

Conclui-se que é completamente compatível a responsabilização civil na esfera familiar, visto que, ocorrendo a omissão dos genitores, que violam os direitos tutelados das crianças e adolescentes, demonstrado a configuração do dano moral, isto é, a ofensa a um direito de personalidade da vítima, e identificado o nexo causal entre o ato ilícito e o prejuízo, há a possibilidade de dano moral, pois há o cabimento dos ditames do artigo 186 do Código Civil. Dessa forma, torna-se precária a impetração de ação visando à responsabilização pelo descumprimento de elementos subjetivos, pois não cabe ao Judiciário obrigar alguém a amar, entretanto, é evidente que o vínculo afetivo e o sentimento são reforçados com o cumprimento das obrigações inerentes aos pais, já que o cuidado, a busca pela educação e o zelo são elementos essenciais para fortalecerem os laços afetivos.

Outrossim, havendo decisões favoráveis no sentido de que existe a possibilidade de dano moral na relação paterno-filial, criar-se-ão precedentes afirmando que os pais que descumprirem com seus deveres serão punidos na esfera cível, e também, que os direitos tutelados dos menores estarão sendo protegidos pelo Estado. Logo, as relações de afeto serão aumentadas, e os danos psíquicos dos menores diminuídos, já que haverá um precedente

de punibilidade, acarretando um entendimento social de que os deveres constitucionalmente estabelecidos dos pais com os filhos precisam ser cumpridos, tendo em vista a tutela jurisdicional do Estado garantido a sua efetivação.

Referências

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de família**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2015.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.

_____. **Código Civil**. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível. Processo nº 70061225074. Relator: AlzirFelippeSchmitz. Porto Alegre, 09 de abril de 2015. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php%3Fnome_comarca%3DTribunal%2Bde%2BJusti%25E7a%26versao%3D%26versao_fonetica%3D1%26tipo%3D1%26id_comarca%3D700%26num_processo_mask%3D70061225074%26num_processo%3D70061225074%26codEmenta%3D6234745+APELA%3%87%3%83O+C%3%8DVEL.+A%3%87%3%83O+INDEENIZAT%3%83RIA+DECORRENTE+DE+ABANDONO+AFETIVO.+INOCORR%3%8ANCIA.+PRESCRI%3%87%3%83O.+A%3%87%3%83O+AJUIZADA+POR+INCAPAZ.+SOLI DARIIDADE++++&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&ie=UTF-8&site=ementario&access=p&oe=UTF-8&numProcesso=70061225074&comarca=Comarca%20de%20Gaurama&dtjulg=09/04/2015&relator=Alzir%20Felippe%20Schmitz&aba=juris

_____. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**. Apelação Cível. Processo nº 20090110466999. Relator: Getúlio de Moraes Oliveira. Brasília, 03 de julho de 2013. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23663893/apelacao-civel-apc-20090110466999-df-0089809-17200980700-01-tjdf/inteiro-teor-111764824?ref=juris-tabs>

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.** Apelação Cível. Processo nº 2009/0193701-9. Relatora: Nancy Andrichi. São Paulo, 24 de abril de 2012. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/acordao-abandono-afetivo.pdf>

CASTRO, Adriana Mendes Oliveira de. **Pessoa, gênero e família – uma visão integrada do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil.** São Paulo: Atlas, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil – obrigações: Responsabilidade civil.** 2010, São Paulo: Saraiva.

COELHO, Francisco Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira. **Curso de Direito de Família - Direito Matrimonial.** Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando sobre o direito das famílias.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 2011.

_____, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2014.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil – responsabilidade civil.** São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito de família.** São Paulo: Saraiva, 2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito de Família e o novo código civil.** Minas Gerais: Del Rey, 2006.

_____, Paulo Luiz Netto. **Direito civil: Família.** São Paulo: Saraiva, 2010.

OLTRAMARI, Vitor Ugo. **O dano moral na ruptura da sociedade conjugal**. Rio de Janeiro: Forense, 2006

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A culpa no desenlace conjugal**. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvin; LEITE; Eduardo de Oliveira. Repertório de doutrina sobre o direito de família. São Paulo: RT, 1999.

_____, Rodrigo da Cunha. **Direito de família uma abordagem psicanalítica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito Civil**. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SEREJO, Lourival. **Direito constitucional da família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004..

VILLELA, João Baptista. **As novas relações de família**. Anais da XV conferência Nacional da OAB. Foz do Iguaçu, set. 1994.

O reconhecimento da condição jurídica do refugiado ambiental no âmbito internacional

Izadora Buziki dos Santos¹

Francine Cansi²

1 Introdução

O presente trabalho de tem por objetivo abordar o Instituto do Refúgio através de suas raízes histórias e evolução, com vistas a analisar a evolução dos conceitos firmados pelo Direito Internacional e o possível reconhecimento de uma nova categoria de refugiados. Frente a isso, no atual cenário internacional o tema sobre as migrações humanas vem sendo debatida de forma ampla. Dentre os grupos que migram de maneira forçosa, encontram-se os refugiados. Estes, são levados a abandonar o seu país de origem, geralmente em consequência de perseguições de cunho racial, religioso, nacionalidade, filiação, grupo social ou opiniões políticas.

Apesar disso, no cenário internacional uma nova categoria de refugiados emerge, os refugiados ambientais. Daí a necessidade de aprofundamento da pesquisa, por se tratar de um tema novo e pouco discutido. Assim, através de uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se do método indutivo, o trabalho segue estruturado em três capítulos, sendo que inicialmente no primeiro capítulo

¹ 127966@upf.br

² francinecansi@upf.br

aprofunda-se o instituto do refúgio, analisando a origem e evolução histórica e a oportuna diferenciação entre asilo e refúgio, para adentrar na elucidação conceitual dos limites e do alcance da proteção, bem como dos direitos e deveres dos refugiados.

Desse modo, analisa-se a evolução dos direitos humanos e da proteção aos refugiados que surgem em decorrência da Primeira e Segunda Guerra Mundial, em razão da grande massa de deslocamentos humanos em função das atrocidades cometidas no período, bem como o surgimento de documentos protetivos e organismos internacionais que buscavam o atendimento dessas pessoas. Destaca-se, dessa maneira, o trabalho desenvolvido pela Liga das Nações e os diversos órgãos criados em seu âmbito com o intuito de proteger os refugiados da época, atuação precursora que serviu de modelo para o desenvolvimento da política de proteção dos direitos humanos e dos refugiados, hoje realizada no contexto da Organização das Nações Unidas.

Além disso, observa-se a forma de amparo fornecida pelos documentos e órgãos existentes no período da Liga das Nações, assim como a instabilidade inicial no tratamento da questão dos deslocamentos e proteção ao ser humano e a forma como isso influenciou na evolução do instituto do refúgio do modo como é visto hoje. Em vista disso, discorre-se sobre os documentos aplicáveis atualmente aos refugiados, bem assim, as categorias de pessoas reconhecidas por esses instrumentos, suas nuances conceituais, que se desdobram em toda a gama de direitos e proteções conferidas a eles. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, documentos concebidos no bojo de atuação da ONU, são o fundamento para a toda a proteção internacional dos refugiados e evidenciam a conscientização dos países no sentido de fornecer assistência e proteção ao homem.

2 O institutodorefúgio

O instituto do refúgio está continuamente presente na humanidade, considerando que a ocorrência de perseguições decorrentes de conflitos armados, religiosos ou políticos sempre existiu; entretanto, somente com as crescentes violações de direitos humanos, ocorridas nos períodos da Primeira e Segunda Guerra Mundial, é que alçou destaque e alcance no plano mundial internacional (SERRAGLIO, 2014, p. 72).

Neste sentido, a Primeira Guerra Mundial pode ser tratada como marco inicial da evolução deste instituto, pois foi com o surgimento da Liga das Nações, uma organização internacional que entrou em vigor em 10 de janeiro de 1920 e objetivava estabelecer paz mundial, que começaram as primeiras ações a fim de proteger pessoas que se deixavam seus países em virtude da guerra. Muito embora, somente ao final da Segunda Guerra Mundial, com a aprovação da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, no ano de 1951, evidenciou-se a possibilidade de uma proteção definitiva dos refugiados (ANDRADE, 1996, p. 22).

Sendo assim, o refúgio, no formato atual, foi a medida de salvação e amparo às milhares de pessoas atingidas durante a Segunda Grande Guerra, que se encontravam sem lares, sem Países e, por vezes, sem nacionalidade; surgindo como uma resposta necessária dos Estados, através da associação no plano internacional, buscando a execução de políticas públicas humanitárias (NASCIMENTO, 2014, p. 33).

Desta forma, a proteção aos refugiados, iniciada no século XX, perdura até os dias atuais, isto porque situações ocasionadoras de violação aos direitos fundamentais ainda surgem, em função dos mais diversos motivos, razão pela qual o Direito Internacional busca adaptar-se a cada novo fator, sempre alargando a guarda daqueles indivíduos cujos direitos básicos foram prejudicados.

2.1 Origem e evolução histórica

Em virtude da Primeira Guerra Mundial a comunidade internacional sentiu-se incumbida de apresentar respostas e medidas acerca deste grande acontecimento, com o intuito de trazer uma nova perspectiva para as vítimas da catástrofe e de evitar que tal tragédia se repetisse (PIOVESAN, 2010, p. 117). Por isso, a criação da Liga das Nações Unidas, ao final da Primeira Guerra, foi à medida tomada pelos Estados para promover a organização da política internacional, em especial, relativa à questão do desarmamento militar, da circulação de pessoas, expedição e uso de passaportes e garantia dos direitos das minorias nacionais (SILVA, 2015, p. 57).

Assim, a Liga em suas atribuições buscava efetivar a cooperação pela paz e segurança internacional, recompondo a paridade entre os países-membros, condenando qualquer tipo de agressão externa contra a independência política e contra a integridade territorial dos mesmos (ANNONI; VALDES, 2013, p. 80).

Apesar do Pacto da Liga não fazer referência específica aos Direitos Humanos e à Proteção dos Refugiados, o aumento do número de vítimas do pós-guerra e o clamor social foram pontos cruciais para que promovesse a busca de soluções a esta problemática, resultando como a primeira manifestação de proteção internacional dos refugiados (ANDRADE, 1996, p. 23).

Estima-se que a quantidade de refugiados e deslocados resultantes da Revolução Russa, conjuntamente com o colapso do Império Otomano e o fim da Primeira Guerra Mundial, era de cerca de 1,5 milhões de pessoas (BARRETO, 2010, p. 14). Portanto, uma das respostas oficiais dirigida à proteção dos refugiados foi à criação do Alto Comissariado para os Refugiados Russos, estabelecido pela Liga das Nações no ano de 1921, ensejado justamente pela Revolução Russa ocorrida em 1917. Inicialmente, o documento tinha por objeto a proteção apenas de pessoas de origem Russa, porém, ocorreu o alargamento dessa competência a

fim de assistir pessoas de outras nacionalidades as quais também se fazia necessário o atendimento (ANDRADE, 1996, p. 50).

Neste sentido, o Alto Comissariado buscava a definição da situação jurídica dos refugiados, o reassentamento ou repatriação, incluindo a prestação de assistência e socorro – essa última com apoio de instituições filantrópicas. Para isso, a Liga contou com a ajuda do norueguês Dr. Fridtjot Nansen, o qual mantinha boas ligações com o governo Russo e que já havia realizado trabalho humanitário semelhante (JUBILUT, 2007, p. 75).

No entanto, a Liga das Nações e o Alto Comissariado enfrentaram diversos problemas que atrapalharam o desenvolvimento pleno de suas atividades, pois, além de sofrerem limitação na atuação, por parte da soberania dos Estados, e de não terem uma definição específica do termo refugiado, o Alto Comissariado corria contra o tempo nas ações que praticava, já que fora instituído com lapso pré-determinado de atuação, que deveria extinguir-se ao final de dez anos após sua data de criação (ANDRADE, 1996, p. 41).

Uma das medidas protetivas adotada pelo Alto Comissariado era a expedição de documentos de identificação para os refugiados, posto que a maioria deles deixava o país de origem sem qualquer tipo de documentação. Por conseguinte, adotou-se o Passaporte Nansen, como primeiro documento internacional de identificação, que objetivava facilitar a entrada e a saída de refugiados, bem como permitir que os Estados controlassem o número de refugiados presentes nos territórios (ANDRADE, 1996, p. 42-44).

Entretanto, por tratar-se de situação que não podia ser resolvida em um curto espaço de tempo, tendo em vista o grau da problemática dos Refugiados, tornou-se necessária a elaboração de outra medida para continuar os trabalhos iniciados pelo Dr. Nansen. Para tanto foi criado o Escritório Nansen, cujos trabalhos iniciaram em 1º de abril de 1931, tendo como atribuições iniciais apenas as tarefas de caráter humanitário, ficando os aspectos jurídicos a cargo do Secretariado da Liga (ANDRADE, 1996, p. 68-70).

Todavia, tal divisão era impossível na prática e o Escritório acabou por exercer todas as fases dos trabalhos, incluindo as questões jurídicas e administrativas, além da emissão dos passaportes de identificação. Não diferente do predecessor, o Escritório também tinha data de liquidação fixada, o que encaminhou a Liga para a busca de novas soluções, culminando na adoção de uma Convenção no ano de 1933, denominada Convenção Relativa ao Estatuto Internacional dos Refugiados (ANDRADE, 1996, p. 74).

O grande trunfo da Convenção foi o de trazer o princípio do *non-refoulement*³ pois, não havia previsão expressa do princípio nos documentos anteriores. Em contraponto, havia também previsão possibilitando aos Estados adotantes de incluírem reservas quanto à aplicação de alguns dispositivos, o que, por vezes, restringia o real objetivo da Convenção (ANDRADE, 1996, p. 77).

Apesar das limitações, acredita-se que o documento serviu como base para a evolução dos direitos dos refugiados e para a criação de documentos posteriores, inclusive, no tocante a adoção de novas políticas pelos Estados, exercendo forte influência na legislação interna de cada país. No mesmo período, com a ascensão de Hitler ao poder na Alemanha, pelo partido Nacional-Socialista, as perseguições contra judeus começaram a ocorrer, ocasionando a saída de oitenta mil refugiados da Alemanha, no período entre 1933 e 1935. Em razão disso, a Liga das Nações optou por criar o Alto Comissariado para os Refugiados Provenientes da Alemanha (ANDRADE, 1996, p. 70-85).

Como nota-se, este período foi marcado pela elaboração de diversos documentos, porém, poucos deles foram realmente efetivos. A maior característica da época consistia na separação do atendimento às classes de refugiados, onde cada órgão fazia distinção entre as origens dos grupos que surgiam. Além do mais,

³Cada parte contratante [...] se compromete a, em qualquer hipótese, não recusar a admissão de refugiados na fronteira de seus países de origem (ANDRADE, 1996, p.77).

com o início da Segunda Guerra Mundial o número de deslocados continuou a aumentar, quando fez-se necessária a elaboração de um documento que atendesse a todos os grupos de refugiados de igual maneira (ANNONI; VALDES, 2013, p. 82).

Sendo assim, para substituir o Escritório Nansen e o Alto Comissariado para Refugiados Alemães, os quais tiveram a extinção de forma concomitante em 31 de dezembro de 1938, foi criado na sequência o Alto Comissariado da Liga das Nações para os Refugiados, tendo iniciado os trabalhos em janeiro de 1939 (ANDRADE, 1996, p. 108).

As incumbências do órgão eram apenas de organização e coordenação ocupando-se, principalmente, da proteção jurídica dos refugiados, não exercendo tarefas diretas de assistência, as quais ficaram a cargo de organizações não governamentais; semelhante aos outros órgãos, esse também não conseguiu cumprir com os objetivos iniciais, tendo sido liquidado no ano de 1946, junto com a Liga das Nações (ANDRADE, 1996, p. 116-119).

Assim, o período da Segunda Guerra Mundial, de 1939 a 1945, deu origem ao maior fluxo de deslocados da história, estimado em 40 milhões de pessoas. Em razão disso, os Estados aliados fundaram a Administração das Nações Unidas para Auxílio e Restabelecimento (ANUAR/UNRRA) no ano de 1943, tendo por objetivo a manutenção e proteção dos refugiados com a imediata repatriação. Vale lembrar que a ANUAR foi criada em data anterior a criação da Organização das Nações Unidas, cuja criação formal se deu em 1945 (SILVA, 2015, p. 41).

Com a finalidade de ajudar no socorro e na reconstrução das regiões devastadas pelo conflito mundial a UNRRA não se estabeleceu como uma organização específica para assistir refugiados, mas para prestar auxílio a todas as vítimas do conflito armado. [...] Ao terminar a guerra, dedicou-se no trabalho de repatriação de quase todos os deslocados que se encontravam em território europeu, conseguindo ajudar em torno de sete milhões de pessoas deslocadas a retornarem aos seus países (SILVA, 2015, p. 76).

Apesar disso, a ANUAR não conseguiu desempenhar suas atividades plenamente, por sofrer enorme pressão pelos países da União Soviética, pois esses resistiam em buscar uma solução para o problema dos refugiados que não fosse a repatriação. Desta forma, a ANUAR encerrou as atividades no ano de 1947, abrindo caminho para a criação da Organização Internacional para Refugiados (ANNONI; VALDES 2013, p. 82).

A criação da OIR já se deu sob os auspícios da recém-criada ONU, mas, como em todas as outras organizações, também tinha um prazo de duração, sendo esse de três anos, pois, acreditava-se que a problemática dos refugiados era temporária. Suas principais funções eram a repatriação, identificação, registro e classificação, auxílio e assistência, proteção jurídica e política, transporte, reassentamento e reestabelecimento de pessoas (FURONI; MARTINS, 2012, p.120).

Conquanto, o que diferenciou a OIR dos instrumentos anteriores foi que ela trouxe um conceito mais amplo de refugiados abrangendo, não só as vítimas do regime nazista, mas definiu refugiado como toda pessoa que partiu ou esteja fora do país de nacionalidade ou, ainda, pessoas que foram consideradas refugiadas, antes do início da Segunda Guerra Mundial, por razões de raça, religião, nacionalidade ou opinião política (ANDRADE, 1996, p. 162-163).

Quanto aos deslocados, definiu-se como sendo as pessoas que foram deportadas, ou foram obrigadas a partir dos países de nacionalidade, ou de residência habitual, por razões raciais, religiosas ou políticas. Entretanto, da mesma forma que a ANUAR, a OIR se extinguiu em virtude dos conflitos existentes entre os Estados do Bloco Leste⁴ e do Bloco Ocidental⁵ (ANDRADE, 1996, p. 164).

⁴ O chamado Bloco Leste era composto por: União Soviética, Bulgária, Tchecoslováquia, Alemanha Oriental, Hungria, Polônia, Romênia e Albânia (USHMM, 2016).

Portanto, a criação da ONU em 1945 foi a porta de entrada para o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois fazia-se necessário estabelecer entre os Estados uma política internacional de proteção ao indivíduo, garantindo a todos as mínimas condições de existência e respeito, através de obrigações assumidas por estes; houve, então, uma espécie de conscientização quanto à proteção do homem a um nível universal (MIRANDA, 2009, p. 274).

Neste sentido, a Carta da ONU trazia consigo a ideia de respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais, à medida que tinha como princípios a segurança internacional, a manutenção da paz e o respeito às liberdades fundamentais sem distinção de raça, sexo, cor ou religião (MAZZUOLI, 2014, p. 931).

Apesar disso, a Carta da ONU não trazia uma definição específica de direitos humanos, resultando então na adoção da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, um dos documentos mais importantes da história e dos dias atuais, o qual veio com o propósito de complementar a Carta e introduzir a chamada concepção contemporânea dos direitos humanos, assim como a universalidade desses direitos e, ainda, os direitos sociais, econômicos e culturais (PIOVESAN, 2010, p. 177).

A Declaração Universal de 1948, bem como os instrumentos subsequentemente adotados, no contexto da ONU, inscrevem-se no movimento de busca de recuperação da dignidade humana, após os horrores cometidos pelo nazifascismo, mas sobretudo se dá a mudança no enfoque, quanto a ser o estabelecimento de sistema de proteção internacional. Todo o sistema se constrói a partir de tal premissa (ACCIOLY, 2014, p. 485).

Desta forma, em decorrência de toda a evolução, em 1951 foi criado o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, com o intuito de proteger e assistir às vítimas de perseguição, de

⁵ O Bloco Ocidental era liderado pelos Estados Unidos e composto por países da Oceania, América do Sul, América Central, Ásia e Europa Ocidental (USHMM, 2016).

violência e de intolerância, tendo como objetivo básico a proteção tanto de crianças, homens e mulheres, bem como a busca de soluções duradouras que possibilitassem a estas pessoas reconstruírem as próprias vidas (ACNUR, 2016).

Assim, o que nasceu para ser um órgão temporário, com duração de três anos, acabou por se tornar um órgão permanente, que ao longo de todos esses anos vem desenvolvendo um trabalho de forma eficiente e atendendo cada vez mais grupos de pessoas.

Para a atuação do ACNUR ser eficiente fazia-se necessário uma definição específica de quem seria considerado refugiado, desta forma, fundada no artigo 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948⁶, foi aprovada a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, no ano de 1951, considerada o documento mais importante relativo a proteção dos refugiados, o qual continua sendo responsável pelo amparo e atendimento prestados a refugiados no mundo inteiro (SERRAGLIO, 2014, p. 79).

A Convenção definiu o conceito clássico de refugiado, bem como a obrigatoriedade do princípio do *non-refoulement* e um conjunto de direitos inerentes a essas pessoas; a Convenção constituiu-se em verdadeiro referencial na investigação e tratamento da questão dos refugiados, ficando praticamente impossível discutir essa temática sem recorrer-se aos princípios e regras consagrados nesse tratado (RAIOL, 2010, p. 99).

Em virtude do contínuo surgimento de novos grupos de refugiados foi elaborado o Protocolo de 1967, cujo objetivo era suprimir as reservas temporais e geográficas trazidas pela Convenção de 1951. Com isso, buscou-se estender proteção àqueles que se enquadravam no conceito de refugiado previsto na Convenção, mas que não poderiam ser atendidos em virtude de suas restrições, tornando o conceito do instituto do refúgio verdadeiramente universal (JUBILUT, 2007, p. 87-88).

⁶Artigo XIV. 1. Todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 16 de nov. 2016.

Dessa forma, a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 consistem nos documentos mais importantes no tocante à proteção dos Refugiados, pois servem de base para a atuação do ACNUR e dos Estados (internamente), estabelecendo aos refugiados um padrão de garantias e direitos mínimos para uma existência digna.

2.2 Instrumentos de proteção

Ao longo dos anos muitos foram os documentos internacionais desenvolvidos com objetivo de fornecer proteção aos indivíduos vulneráveis perante os Estados. Com o advento da Primeira Guerra Mundial houve uma tentativa de oferecimento de respostas e soluções pela comunidade internacional, de modo a compensar o sofrimento vivenciado. Naquela época as medidas encontradas foram pouco efetivas, porém, não menos importantes, pois tudo o que se tem hoje na temática, decorre de uma evolução da proteção humanitária. Cabe dizer, que foi com a criação da Organização das Nações Unidas, no ano de 1945, após a Segunda Guerra Mundial, com elaboração da Carta das Nações Unidas de 1945, a Declaração de Direitos Humanos de 1948 e o Estatuto do Refugiado de 1951 que a comunidade internacional atingiu uma nova perspectiva no sentido de promover a paz entre os Estados e o dever de proteção ao ser humano (SILVA, 2014, p. 87).

A Carta das Nações Unidas em seu preâmbulo afirma a importância da conjugação de esforços entre as nações com o fim especial de promover um efetivo atendimento aos direitos humanos, como forma de oferecer boas condições de vida às pessoas, através da promoção da paz e da cooperação internacional, de modo a permitir que todos Estados se desenvolvam social e economicamente. Convém lembrar que embora exista a previsão de direitos nos instrumentos de proteção, não significa dizer que tais direitos são realmente efetivados, pelo contrário, mesmo após todos os anos que passaram há, ainda, a ocorrência de graves violações de direitos humanos, exemplo disso são as violações que originam os deslocamentos

forçados e o surgimento de refugiados no mundo todo. Portanto, os Estados buscam efetivar o Princípio da Dignidade Humana, e os direitos a ele relacionados, ao incorporá-lo às suas legislações (PIOVESAN, 2012, p. 52).

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, estão elencados os direitos essenciais para a promoção da dignidade do ser humano, muito embora em lista não exaustiva. Portanto, buscou-se a proteção do ser humano, através da normatização dos preceitos universais de liberdade, igualdade e justiça, a serem alcançados a todo e qualquer ser humano (ALMEIDA; APOLINÁRIO, 2011, p. 15). Acima de tudo, a dignidade humana é atributo intrínseco de cada homem, angariada à sua própria essência elementar, de cunho irrenunciável e inalienável, ou seja, que não pode ser objeto de criação, concessão, permuta ou mesmo supressão, devendo ser reconhecida e protegida integralmente (NETO, 2010, p. 67).

Dessa forma, a dignidade humana é a canalizadora de todos os direitos fundamentais e é em prol dela que tais direitos devem ser efetivados. Assim, tem-se como o fim maior dos direitos fundamentais, o provimento a todo e qualquer ser humano de uma existência digna (PASCHOAL, 2012, p. 54). A teoria da integridade, no ambiente social em que o sujeito se encontra inserido, o preceito de dignidade se transforma em dignidade social “manifestada por meio do acesso aos bens da vida necessários ao desenvolvimento da pessoa, do reconhecimento da sociedade e suas instituições da igual dignidade do ser humano” (NETO, 2010, p. 67). É com a acolhida do indivíduo, cujos direitos básicos foram violados em seu país de origem, que desdobra-se o efeito protetivo do instituto do refúgio na promoção da dignidade da pessoa humana. Evidente, também, a correlação da soberania que os Estados exercem ao acolher e proteger um estrangeiro refugiado, para tanto, é através do princípio da cooperação internacional e da *pacta sunt servanda* que a proteção se estabelece e ganha força (JUBILUT, 2007, p. 42).

A Carta das Nações Unidas prevê alguns princípios a regerem as relações entre os Estados da comunidade internacional. Incumbindo esses de promoverem o equilíbrio entre os Estados através da cooperação, com vistas à resolução de problemas tanto de ordem econômica, social, cultura e humanitário, objetivando sempre o fortalecimento da paz mundial. Foi com base nesse documento que todos os outros foram desenvolvidos, uma vez que as violações de direitos humanos ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial exigiam uma resposta e uma solução para a problemática das vítimas, de modo a ser oferecida pela comunidade internacional. Do mesmo modo que ocorre em outros ramos do direito, é inerente ao instituto do refúgio uma vasta gama de princípios que norteiam as suas diretrizes, uma vez que ele deriva do Princípio Universal da Dignidade da Pessoa Humana, com o objetivo maior de conferir proteção ao indivíduo (PIOVESAN, 2012, p. 42-44).

Assim, doutrinariamente dentre os princípios que regem a relação de refúgio entre o Estado acolhedor e o indivíduo refugiado, destacam-se o princípio do *non-refoulement* ou da não devolução; princípio da cooperação internacional; o princípio da solidariedade internacional; o princípio da não discriminação e; o princípio da unidade familiar (ANNONI; VALDES, 2013, p. 124).

Em tese, os países signatários da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e da Convenção de 1951, comprometem-se a cooperar uns com os outros, na promoção de suas diretrizes. Por isso, é a partir da cooperação internacional que se firma o preceito da não devolução, aplicável aos refugiados. Ou seja, ao obrigar-se a não deportar aqueles refugiados que adentram seu território, o Estado toma para si o dever de garantir sua proteção, inclusive, prestando-lhes diversas formas de assistência (PIOVESAN, 2012, p. 203).

Destarte, em conceito o *non-refoulement* é

[...] o princípio pelo qual os indivíduos não podem ser mandados contra a sua vontade para um território no qual possam ser

expostos a perseguição ou onde corram risco de morte ou ainda para um território do qual se sabe que serão enviados a um terceiro território no qual pode sofrer perseguição ou tenham sua integridade física ou vida ameaçada (JUBILUT, 2007, p. 86).

Por esse motivo, o princípio da não devolução é a pedra base do sistema de garantia da proteção internacional dos refugiados, inclusive, estendendo-se sua aplicação àqueles solicitantes de refúgio que ainda não obtiveram o *status* de refugiado (FRIEDRICH; BENEDETTI, 2016, p. 75). Em essência, é a garantia do não retorno forçado ao ambiente hostil, estando assim

[...] integrado às normas imperativas de direito internacional geral, ou *jus cogens*, o *non-refoulement* entra no rol dos valores mais essenciais da comunidade internacional, como um direito que não pode ser negociado ou derogado por qualquer acordo internacional. Trata-se da mais importante ferramenta na proteção aos refugiados, já que coloca o refugiado à salvaguarda da devolução para uma zona de perigo à sua vida, dando-lhe acesso a um procedimento de reconhecimento de seu *status* e, assim, a oportunidade de reconstrução de sua vida e seus direitos. (FRIEDRICH; BENEDETTI, 2016, p. 75).

Todavia, embora a base da proteção aos refugiados esteja na não devolução do estrangeiro ao local da violação, outros fatores também devem ser observados. Afinal, a hostilização aos direitos fundamentais pode continuar ocorrendo, mesmo no novo local de acolhida (FRIEDRICH; BENEDETTI, p. 78). Em razão disso tem-se o princípio da não discriminação, alicerce de inúmeras constituições, incluindo a Constituição Federal Brasileira. O presente princípio está previsto nos artigos I e VII da Declaração Universal dos Direitos Humanos e serve de molde ao texto da Convenção de 1951. Dessa forma, o Estatuto do Refugiado prevê sua aplicação pelos Estados Contratantes a todo e qualquer refugiado, sem fazer discriminação quanto à raça, à religião ou país de origem.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, no *caput* do artigo 5º garante a igualdade de tratamento aos indivíduos, estendendo

os efeitos do princípio da igualdade aos estrangeiros, inclusive, aos enquadrados como refugiados. Afinal,

[...] os refugiados são pessoas comuns: homens, mulheres, crianças, jovens, adultos, idosos. Indivíduos que, em razão de guerras, conflitos, violência generalizada e perseguições de toda sorte, foram forçados a abandonar seus lares e a buscar refúgio em outros países para reconstruir suas vidas (FRIEDRICH; BENEDETTI, 2016, p. 74).

Entretanto, a condição de ser estrangeiro pode derivar a supressão de direitos elementares. Pois, não é incomum a hostilização e discriminação daquele identificável como “diferente” em meio ao grupo social. Isso se acentua em função do choque cultural e linguístico, que surge, quando o estrangeiro, neste caso o refugiado, é inserido no novo ambiente social (CHUEIRI; CAMARA, 2010, p. 170). Resultado disso é o distanciamento que ocorre entre os nativos e o recém-chegado, que poderá sofrer ações discriminatórias, como segregação e xenofobia. Consequentemente, esses “estão entre os maiores desafios para os órgãos encarregados da proteção aos solicitantes de refúgio e refugiados, sendo necessário contornar obstáculos desde o aprendizado do idioma do país de abrigo até questões culturais” (FRIEDRICH; BENEDETTI, 2016, p. 74).

Não é improvável que a entrada dos estrangeiros refugiados cause estranheza e até mesmo medo nos habitantes locais. Pois certos questionamentos naturalmente surgem no grupo social, como por exemplo, questões de ordem trabalhista, de seguridade social e previdenciária, áreas que, por não raras vezes, em certos países, podem encontrar-se em situação deficitária e o recebimento de uma grande demanda migratória de refugiados causará repulsa por parte dos cidadãos locais (CHUEIRI, CAMARA, 2010, p. 170).

Justamente, em consequência disso, consta de forma categórica a não discriminação como preceito elementar da Convenção de 1951, a qual, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, compromete seus signatários a aplicar seus

dispositivos a todo e qualquer refugiado, de forma indiscriminada, independente de sua origem, raça ou mesmo religião. No mesmo sentido, convêm destacar que a ONU em convenção específica, tratou sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, reafirmando a igualdade e a dignidade do homem, condenando toda e qualquer forma de discriminação e segregação social (PIOVESAN, 2012, p. 263).

Com fundamento nessas Convenções Internacionais (ambas ratificadas pelo Brasil), conclui-se que a discriminação significa toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e liberdades fundamentais, nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Logo, a discriminação significa sempre desigualdade (PIOVESAN, 2012, p. 263).

Portanto, a urgência da comunidade internacional em erradicar as discriminações direcionadas aos refugiados, reside no fato de que toda e qualquer discriminação implica em desigualdade. Pois, do contrário, de nada adiantaria o abrigo do refúgio, se os refugiados forem posicionados em grau de inferioridade frente aos nacionais e com direitos fundamentais suprimidos (PIOVESAN, 2012, p. 265). Por assim dizer, o comprometimento com a não discriminação, viabiliza o tratamento igualitário nos direitos fundamentais e permite o livre desenvolvimento dos indivíduos refugiados com dignidade. Conquanto, para sua concretização faz-se necessária a colaboração de todos os entes internacionais.

A colaboração necessária também é tratada como princípio instrumentalizador do instituto do refúgio, denominado de Princípio da Cooperação Internacional, que “está relacionado ao reconhecimento, pelos Estados, de sua impossibilidade de resolverem determinados problemas sozinhos, tendo se consolidado especialmente após a Segunda Guerra Mundial”

(FRIEDRICH; BENEDETTI, 2016, p. 75). Afinal, certos problemas transcendem as fronteiras das nações e para sua solução, mesmo que parcial, torna-se necessária a colaboração mútua dos Estados. Assim sendo, fica evidente a relação da proteção dos refugiados com a mencionada necessidade de cooperação entre os entes internacionais (HENRIQUE, 2010, p. 27).

Sensível a isso, a Convenção de 1951, em seu preâmbulo, positiva o Princípio da Cooperação Internacional como dever de seus signatários, enfatizando que o abrigo e a concessão de refúgio podem acabar por sobrecarregar certos países e que os demais entes internacionais não devem se desincumbir de tal ônus, mas sim, cooperar no que toca a busca por uma solução (FRIEDRICH; BENEDETTI, 2016, p. 78).

De modo similar ao que ocorre com o princípio da cooperação internacional, cujo preceito se infiltra nos dispositivos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, o Princípio da Solidariedade Internacional vem reafirmar a necessidade do entendimento e da cooperação entre os entes internacionais. Muito embora seja também princípio geral do direito e existente há muito tempo no pensamento humanista, ganhou destaque no âmbito do direito internacional após a Segunda Guerra Mundial, a exemplo do princípio da cooperação internacional, também consiste em ajuda mútua entre os Estados (PIOVESAN, 2012, p. 189). Portanto, se os Estados são participantes de um mesmo contexto fático momentâneo, nada mais lógico que ajudem-se mutuamente, na busca de soluções aos problemas internacionais humanitários (JUBILUT, 2007, p. 95).

Por esse princípio os Estados devem dividir de modo adequado, de acordo com os princípios da justiça social e da equidade, os custos e as dificuldades dos desafios globais, sendo precisamente daí que decorre a sua relevância para o Direito Internacional dos Refugiados, vez que este tem como objeto um tema global cujo gerenciamento e solução dependem exclusivamente do auxílio de

um Estado à população de outro Estado desprovida de proteção. (JUBILUT, 2007, p. 95)

Portanto, o princípio da solidariedade, do mesmo modo que a cooperação internacional, considerando que ambos possuem intrincada conexão entre si, também afeta diretamente a proteção dos refugiados, razão pela qual, tem reiterada posituação internacional e constitui uma de suas bases legais. Afinal, sem a comunhão de esforços entre Estados, ou mesmo entre Estados e Organizações Internacionais, é inegável que restará prejudicada toda e qualquer tentativa de proteção aos direitos humanos fundamentais (FRIEDRICH; BENEDETTI, 2016, p. 77).

Em se falando de direitos fundamentais, pode se inferir que com os deslocamentos populacionais ou individuais, ocorre o abandono do local de moradia originário pelo refugiado, com a expectativa de assentamento e restabelecimento da morada em outro local. Significa dizer que para essas pessoas o abandono de seu local de origem é a melhor opção, em detrimento da permanência. (CHUEIRI; CÂMARA, 2010, p. 159).

Em outros termos, com o deslocamento, seja ele por razões econômicas ou mesmo políticas, há uma quebra com o vínculo do Estado de origem e, por assim dizer, a pessoa colocada em tal situação fica desguarnecida, distanciada de seu lar natural, de sua cultura e de seu povo, em posição na qual a proteção de seus direitos fundamentais mostra-se fragilizada (CHUEIRI; CÂMARA, 2010, p. 159).

Por tais razões, o Princípio da Unidade Familiar encontra posição nas diversas resoluções sobre o refúgio. Sendo uma das ações levadas a cabo pelo ACNUR, que consiste no trabalho de reunião das famílias circunstancialmente separadas pelo deslocamento, e em especial pela busca de refúgio (JUBILUT, 2010, p. 152).

Assim, conclui-se que o princípio da unidade familiar, em conjunto com os princípios da não discriminação, da solidariedade, da cooperação internacional e do *non-refoulement*, formam o cerne

do instituto do refúgio e direcionam a atuação da comunidade internacional na efetivação da proteção aos refugiados. Desta forma, assim como as demais garantias de direitos fundamentais, os princípios referentes ao instituto do refúgio merecem ser abraçados nos ordenamentos jurídicos dos Estados. Sua aplicação conjunta visa propiciar a proteção dos refugiados, assegurando a essas pessoas fragilizadas, os direitos essenciais que tanto necessitam, com um tratamento que respeite a sua dignidade. Em função disso, deve ser apontado e observado o panorama geral de incorporação dos direitos e garantidas dos refugiados no âmbito interno da legislação brasileira.

2.3 Incorporação dos preceitos no Estado brasileiro

Como referido, os princípios são a base axiológica do instituto do refúgio, entretanto, para que de fato sejam postos em prática, devem ser incorporados ao ordenamento jurídico de cada país, bem assim, deve existir um compromisso de efetivação e positivação das convenções e diretrizes do instituto. Portanto, se não forem incorporados pelos Estados, não passarão de preceitos puramente teóricos e filosóficos de direitos humanitários, jamais efetivados. Dessa forma, somente com a incorporação dos preceitos principiológicos e normativos do instituto do refúgio ao ordenamento jurídico dos Estados é que os direitos assegurados pelas convenções internacionais se transmutam em garantias e direitos humanos efetivos e aplicáveis ao seu destinatário final (ROCHA, 1996, p. 77).

Considera-se que a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 é o marco de referência na proteção dos direitos fundamentais e da inserção do asilo dentre esses direitos. Após sua edição, em face da necessidade de ampliação desse direito que aprovou-se a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, complementada pelo Protocolo Adicional de 1967, que até hoje são as principais bases de regulamentação da concessão de refúgio (JUBILUT, 2007, p. 36).

Além disso, devido às particularidades da América Latina foi ratificada a Declaração de Cartagena para Refugiados de 1984, recomendando-se, mais uma vez, o alargamento do conceito clássico de refúgio, bem como de seus direitos.

Além dos diplomas normativos internacionais referidos acima, merecem destaque o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, de 1988, o Protocolo de São Salvador e Declaração de São José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas de 1994 e a Declaração e Plano de Ação do México para fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina de 2004, em comemoração aos 20 anos da Declaração de Cartagena. Todos esses documentos normativos reforçam a ideia da proteção integral do refugiado e os princípios consagrados pelos tratados principais, salientando ainda a responsabilidade dos Estados perante a questão dos refugiados (BARBOZA; BACK, 2016, p. 94).

Dentre os países Latino-Americanos, o Brasil tem lugar de destaque em relação ao instituto do refúgio, além de ter ratificado e recepcionado a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967, incorporou também, em seu ordenamento jurídico os preceitos trazidos pela Declaração de Cartagena de 1984 (BARBOZA; BACK, 2016, p. 100).

Com isso, a legislação brasileira adota o conceito ampliado de refúgio, que abrange a leitura conjunta das principais convenções, das quais é participante. Ou seja, o Brasil admite tanto o conceito clássico da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, quanto a mais recente ampliação trazida pela Declaração de Cartagena de 1984, o que torna a lei brasileira uma das mais avançadas e benevolentes em termos de acolhimento aos refugiados (GONZÁLES, 2010, p. 54).

Muito embora, nem sempre tenha sido desta forma, durante os anos que seguiram, após a adoção da Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967, por um período de mais ou menos 20 anos, não houve efetivação prática da política de acolhida por parte do Brasil. Tal fato só mudou após a década de 70, mais precisamente, no ano

de 1977, quando o Brasil firmou acordo com o ACNUR, permitindo que este instituísse escritório *ad hoc* em seu território, o qual ficou sediado na cidade do Rio de Janeiro (JUBILUT, 2007, p. 171).

Esse escritório, no entanto, atuou principalmente realizando o reassentamento dos refugiados que ali chegavam, uma vez que, no acordo existente entre o ACNUR e o governo brasileiro, estabelecia-se que o Brasil manteria a limitação geográfica da Convenção de 51, somente recebendo refugiados provenientes da Europa. E, além disso, o Brasil, também vivendo sob uma ditadura militar, não queria dar guarida a pessoas que se opunham a regimes próximos ao seu, mas permitia o trânsito dessas em seu território para reassentamento em outro Estado. Durante essa fase, cerca de 20 mil argentinos, bolivianos, chilenos e uruguaios foram reassentados na Austrália, Canadá, Europa e Nova Zelândia. Nem mesmo a instalação do ACNUR em seu território fez com que a reserva geográfica fosse denunciada pelo Brasil, muito porque, por esse mesmo acordo, o Brasil permitia a instalação do ACNUR, mas não reconhecia o seu mandato como órgão de uma organização internacional (JUBILUT, 2007, p. 172).

As limitações impostas pelo Brasil à competência do ACNUR no acordo firmado, só não lhe engessou por completa a atuação pelo fato do ACNUR ter se apoiado em entidades já atuantes no Brasil, relativas a trabalhos humanitários. Cabe destacar a atuação da Cáritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro, a Comissão Pontifícia Justiça e Paz e a Cáritas Arquidiocesana de São Paulo (JUBILUT, p. 174).

Contudo, a situação dos refugiados no Brasil somente veio melhorar após a redemocratização que se deu através da Constituição Federal do Brasil de 1988, nesse período “ocorreu a transferência do escritório do ACNUR para Brasília e a denúncia pelo Brasil da reserva geográfica estabelecida pela Convenção de 51. Em 1990 as reservas aos artigos 15 e 17 deste diploma legal foram levantadas” (JUBILUT, 2007, p. 175).

Em seguida, no ano de 1991, foi editada pelo governo brasileiro a Portaria Interministerial 394, através do Ministério da Justiça, a qual inseriu no âmbito jurídico brasileiro normas

procedimentais de solicitação e aquisição da condição de refugiado. Por meio dessa portaria foi atribuído ao ACNUR a competência e responsabilidade pelas entrevistas individuais dos solicitantes de refúgio, de modo que deveria ser enviada uma solicitação de parecer a ser emitido pelo governo brasileiro, a fim de decidir pelo seu deferimento ou não (JUBILUT, 2007, p. 175).

Em linhas gerais o procedimento para a concessão de refúgio ocorria da seguinte maneira: o ACNUR realizava uma entrevista com os solicitantes de refúgio e com base nela elaborava um parecer recomendando ou não a concessão de refúgio naquele caso. Esse parecer era encaminhado ao Ministério das Relações Exteriores, que se pronunciava a seu respeito e fazia sua remessa ao Ministério da Justiça, que proferia a decisão final. Tal decisão era publicada no Diário Oficial da União e era enviado um ofício do ACNUR para as Cáritas Arquidiocesanas de São Paulo e Rio de Janeiro, a partir do qual a Polícia Federal emitia documentação para o refugiado (JUBILUT, 2007, p. 175).

Dessa forma, a atuação do governo brasileiro se restringia apenas ao deferir e indeferir o pleito de solicitação de refúgio, emitindo ou não a documentação e somente isso, sendo, portanto, pouco efetiva. Ainda não havia sido instituído um concreto amparo aos refugiados, que em grande maioria advinham de áreas de guerras, tendo sofrido graves violações de direitos fundamentais e encontravam-se em situação de fragilidade (BARRETO, 2010, p. 18).

Ficou latente, portanto, a necessidade de uma atuação mais forte do governo brasileiro para a proteção e garantia do pleno desenvolvimento desses refugiados. O que não seria possível com a simples edição da referida Portaria Ministerial, mas somente com a efetiva inserção no ordenamento jurídico brasileiro de toda a mecânica da Convenção de 1951, com a instituição de um órgão interno próprio (BARRETO, 2010, p. 19).

Foi então chamada pelo governo para participar dessas discussões e das avaliações a Cáritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro e a de São Paulo, que já estavam acostumadas a trabalhar

com brasileiros vítimas de perseguição – na época através do cardeal D. Paulo Evaristo Arns e do cardeal D. Eugenio Sales. Várias áreas do governo também foram convocadas a participar dessas reuniões, como os Ministérios das Relações Exteriores, Saúde, Trabalho e Educação, que poderiam conceder aos refugiados algum apoio quanto ao tratamento de saúde física e mental, quanto à integração laboral e quanto ao reconhecimento de diplomas (BARRETO, 2010, p. 18).

Desse modo, as discussões e diálogos tramados entre os componentes da sociedade brasileira e o processo de redemocratização e inserção dos direitos humanos no ordenamento jurídico, no ano de 1997, culminou na edição e aprovação do Estatuto do Refugiado, consistente na Lei nº 9.474/97, importante marco para a proteção dos direitos dos refugiados no Brasil (SILVA, 2015, p. 149-150).

O Estatuto do Refugiado – Lei nº 9.474/97 é, por assim dizer, “um instrumento normativo que possibilita a configuração e a execução de políticas públicas para refugiados no país inspirado por documentos jurídicos internacionais” (SILVA, 2015, p. 151).

Com sua edição, definiu-se critérios e procedimentos para a obtenção do direito ao refúgio no Estado brasileiro, bem assim as razões para a sua cassação. Tendo sido elaborado em conjunto com entes da sociedade atuantes na causa, e com o próprio ACNUR, um dos principais objetivos de sua edição, foi a busca por uma solução duradoura para a problemática (BARRETO, 2010, p. 19).

O Estatuto contempla todos os dispositivos da Convenção de 1951, o Protocolo de 1967 e o conceito de refugiado ampliado trazido pela Declaração de Cartagena de 1984, além de expressamente instituir um órgão nacional encarregado de referenciar e gerir a política pública para deslocados. Como visto, por ser precursora neste sentido, a ONU considera as diretrizes da lei brasileira como uma das mais abrangentes, modernas e generosas do mundo.

Considerações Finais

Considerando o volume de deslocamentos humanos ocorridos desses o período das duas grandes guerras até os dias atuais abordou-se, inicialmente, a origem e evolução histórica do Instituto do Refúgio, onde buscou-se delinear seus contornos na ocasião da edição dos primeiros documentos protetivos elaborados pelo Direito Internacional. Demonstrando o quão frágil era a proteção dada ao ser humano e a forma como a instabilidade nas relações internacionais prejudicava uma eficaz implementação do instituto. Deste modo, evidenciou-se que o marco efetivo para a proteção internacional da pessoa humana se deu com o surgimento da Organização das Nações Unidas e a elaboração da Declaração Universal sobre Direitos Humanos de 1948. No tocante aos refugiados a proteção se deu com a elaboração da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, no ano de 1951.

Esse documento serve de parâmetro para a concessão de direitos para refugiados no âmbito interno dos países signatários da Convenção, permitindo que os Estados incorporem em seus ordenamentos jurídicos os preceitos trazidos por ela, bem como, possibilita a inclusão de novos direitos com o intuito de efetivar a proteção que a Convenção objetiva.

Analisou-se, a evolução do instituto que, assim como qualquer outro instituto do direito, não é estático, permitindo sua atualização conforme o avanço do tempo e com o surgimento de novas problemáticas jurídicas no meio social. Afinal, no nascedouro, a Convenção previa a proteção, e *status* de refugiado, apenas para os indivíduos que sofreram perseguição em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política, por fatos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951, no território da Europa.

Contudo, face às contínuas perseguições e violações de direitos humanos no período, evidenciou-se a necessidade de uma atualização de tal conceito, que permitiria o alongamento do instituto do refúgio. A fim de possibilitar a proteção de pessoas que

sofreram perseguição pelas causas já previstas, mas que encontravam-se fora do continente europeu e por fatos ocorridos posteriormente a data prevista, foi elaborado o Protocolo Adicional de 1967, de modo a levantar a limitação temporal e territorial prevista na Convenção. Assim, brevemente, buscou-se demonstrar um panorama geral da legislação brasileira, bem como o modelo de procedimento administrativo adotado para o reconhecimento do *status* de refugiado aos solicitantes que adentram o território nacional.

Conclui-se que, não importa “do que” sejam chamadas as pessoas que se deslocam em virtude de causas ambientais, o importante é que seja concedida proteção a esses indivíduos, seja pelos documentos internacionais já existentes, ainda que indiretamente, seja pela elaboração de novos documentos que permitam um maior alcance e proteção do instituto, pormenorizando suas características e causas ensejadoras da proteção, visando, contudo, o reconhecimento do direito ao *status* de refugiado para as vítimas de intempéries ambientais.

Referências

- ACCIOLY, Hildebrando. *Manual de direito internacional público*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- ACNUR. Alto comissariado das Nações Unidas para refugiados. 2016. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/>>. Acesso em:
- ALMEIDA, Guilherme de; APOLINÁRIO, Sílvia Menicucci de Selmi. *Direitos humanos*. 2. ed. v. 34. São Paulo: Atlas, 2011.
- ANDRADE, José H. Fischel de. *Direito internacional dos refugiados: evolução história (1921 -1952)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- ANNONI, Daniele; VALDES, Carolina Lysian. *O direito internacional dos refugiados e o Brasil*. Curitiba: Juruá, 2013.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; BACK, Alessandra. A proteção normativa dos refugiados políticos na América Latina e no Brasil. In: GEDIEL, José Antônio Peres; GODOY, Gabriel Gualano (Coord.). *Refúgio e Hospitalidade*. Curitiba: Kairós, 2016. p. 87-117.

BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Org.). *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*. 1. ed. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-conteudo/estrangeiros/livrorefugiobrasil.pdf>>. Acesso em:

CHUEIRI, Vera Karam de; CÂMARA, Heloísa Fernandes. Direitos humanos em movimento: migração, refúgio, saudade e hospitalidade. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n.36, p.158-177, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/210/190>>. Acesso em:

FRIEDRICH, Tatyana Scheila; BENEDETTI, Andréa Regina de Moraes. A visibilidade dos invisíveis e os princípios de proteção aos refugiados: notas sobre os acontecimentos recentes. In: GEDIEL, José Antonio; GODOY, Gabriel Gualano de (Coord.). *Refúgio e hospitalidade*. Curitiba: Kairós, 2016. p. 67-85.

FURONI, Rosa Maria; MARTINS, Rui Décio. A questão dos refugiados ambientais e o direito internacional. In: BRAVO, Álvaro Sanchez; MISAILIDIS, MirtaLerena (Orgs). *Os direitos fundamentais dos refugiados (deslocados) ambientais e da exclusão socioeconômica*. 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2012. p. 117-127.

GONZÁLEZ, Juan Carlos Murillo. A importância da lei brasileira de refúgio e suas contribuições regionais. In: BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Org.). *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*. 1. ed. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010. p. 50-58.

HENRIQUE, Renata Tavares. *O regime de mudanças climáticas e os desafios de sua implementação: análise do caso brasileiro*. 2010. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/190965>>. Acesso em

JUBILUT, Liliana Lyra. *O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NASCIMENTO, Luiz Sales do. *A cidadania dos refugiados no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2014.

NETO, Eurico Bitencourt. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PASCHOAL, Gustavo Henrique. *Trabalho como direito fundamental e a condição de refugiado no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Temas de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. *Ultrapassando fronteiras: a proteção jurídica dos refugiados ambientais*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Pará, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, 2009.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 33, n. 130, p. 77-81, abri./jun. 1996.

SERRAGLIO, Diogo Andreola. *A proteção dos refugiados ambientais pelo direito internacional: uma leitura a partir da teoria da sociedade de risco*. Curitiba: Juruá, 2014.

SILVA, César Augusto S. da. *A política migratória brasileira para refugiados (1998-2014)*. Curitiba: Íthala, 2015.

Revolução Francesa e a construção da Segurança Jurídica

Luciano de Araujo Migliavacca¹

Introdução

O tema segurança jurídica circunda vários aspectos da vida jurídica moderna, constituindo pilar fundante e expressão inarredável do Estado Democrático de Direito, consubstanciando-se elemento indissociável da concepção de Direito.

De natureza multifacetada, extrai-se a sua relevância na função estrutural dentro do ordenamento jurídico de modo a conferir estabilidade das relações sociais, previsibilidade e confiabilidade, assumindo contorno especial quando da prestação jurisdicional porquanto relacionada à ideia de efetividade.

Os aspectos relacionados à estabilidade, confiabilidade e previsibilidade destacam-se na definição da segurança jurídica denotando-se a preocupação no tocante à padronização das decisões judiciais de modo a conferir “decisões iguais a casos iguais”.

Examina-se, no presente estudo, mediante pesquisa bibliográfica e utilizando-se método dedutivo-histórico, a construção da segurança jurídica a partir da Revolução Francesa, destacando-a como marco na configuração e constituição do estado moderno (Estado Democrático de Direito).

¹ lucmig@upf.br

Inobstante a conformação do ideal de segurança jurídica remonte a período anterior, inclusive com previsão em documentos históricos, adota-se como marco a Revolução Francesa tendo em vista a relação intrínseca de tal instituto e instauração do Estado de Direito.

Nesse ponto, contextualiza-se, de forma sucinta, o período pré-revolução de modo a trazer elementos para a compreensão da influência do movimento revolucionário na ideia de segurança jurídica. Convém salientar, por oportuno, que não se procede a uma abordagem de todos os aspectos acerca da Revolução Francesa tendo em vista não ser objeto principal do presente estudo, buscando-se delimitar o contexto pertinente à conformação da segurança jurídica, sem pretender esgotar o tema.

Considerando o objetivo da Revolução Francesa – transformação das estruturas sócio-políticas da época – assumiu a segurança jurídica, enquanto elemento indissociável do Estado Democrático de Direito, papel essencial como meio assecuratório das liberdades e direitos individuais conquistados, representando princípio impeditivo de retrocesso.

Tal movimento de consolidação deu-se pelo movimento de codificação do Direito, reconhecendo-se a necessidade para a classe burguesa a previsibilidade e proteção em face da atuação estatal. Atribuiu-se à lei a expressão da vontade geral, denotando o ideal de segurança jurídica por meio da positivação da norma (codificação do Direito), implicando, por conseguinte, a adequação do sistema jurídica a tal concepção no tocante à atuação do Judiciário.

Revolução Francesa: breve esboço histórico

Revela-se necessário – diante da constatação dos elementos conceituais da segurança jurídica como garantia de estabilidade, certeza, confiabilidade, erigindo-a como princípio / valor informador do ordenamento jurídico e necessariamente vinculada à ideia de justiça – estabelecer a recomposição histórica da mesma,

remontando à Revolução Francesa enquanto marco da sua constituição no estado moderno.

Tal contextualização histórica mostra-se crucial para exposição das bases sobre a qual ocorreu a Revolução Francesa e seus os reflexos no ordenamento jurídico, ressaltando tal marco, uma vez que, mesmo havendo posição em sentido contrário, é considerada como a fundação do século XIX como preconizado por Heinen (2013, p. 64), repercutindo seus acontecimentos ao longo do tempo dando a conotação da segurança jurídica dentro de um Estado Democrático de Direito.

Muito embora possa se afirmar a existência de segurança jurídica muito antes da Revolução Francesa – como faz Coelho (2015, p.89-90) ao relacionar a codificação do direito em Roma a partir de 528 d.C. (*Corpus Iuris Civilis*); a Magna Carta em 1.215 e o *Bill of Rights* em 1689 - tem-se como marco exatamente pela instauração do Estado de Direito.

Atento à ideia de conformação de um novo Direito, marcado por rupturas, tem-se “nos traços da Revolução Francesa um esboço de síntese de tantos dos elementos cardeais que nutriram as ideologias conformadoras do novo Direito” (RIBEIRO, 2010, p. 94).

Oportuno, portanto, que se indique, ainda que de forma sintética, a conjectura social, política, econômica e jurídica do período pré-revolução de modo a compreender a influência do movimento revolucionário na ideia de segurança jurídica.

Em termos de sociedade, havia três classes: clero, a nobreza e o Terceiro Estado, sendo que “os privilégios estavam reservados ao clero e à nobreza, sendo que o Terceiro estado congregava a classe média ascendente e o campesinato”, predominando um regime feudal-senhorial fraco (HEINEN, 2013, p. 15).

O Terceiro Estado era formado por burgueses, proletários, artesãos, entre outros, sendo, apesar de a mais numerosa, a classe com menor poder político (ROSA; TABORDA; SILVA, 2011, p. 10).

No tocante à organização do Estado, era o mesmo regido por uma monarquia absolutista, com estrutura estatal voltada essencialmente ao rei, com centralização administrativa excessiva:

Tudo, na teoria, vem do rei e volta para ele; o rei não tem que prestar contas a não ser a Deus; a lei emana apenas de sua vontade; toda justiça é feita em seu nome. Contudo, a realidade é mais complexa: mesmo sem vínculo, a monarquia francesa não é sem limites; eles foram estabelecidos ao longo dos séculos pela tradição cristã e pelo costume (BLUCHE, RIALS; TULARD, 2009, p. 07).

A crise da burguesia também se estendia às classes sociais, marcada pelo vínculo feudo-vassálico, o qual ocupava um lugar marginal, deixando o Estado ser dominado por representações nobiliárias (HEINEN, 2013, p. 14).

Aliado a tais aspectos, houve o agravamento da crise econômica marcada pela cobrança de impostos, dízimos eclesiásticos, direitos senhoriais e feudais, com aumento do déficit e das despesas do Estado (HEINEN, 2013, p. 14).

Conforme Rosa, Taborda e Silva (2011, p. 9), a França estava mergulhada em crise financeira cujas causas consistiam no excesso de gastos da Corte, no excesso de contingente militar (exército e marinha) e a independência americana. Diante da crise, aumentou-se a pressão fiscal, demonstrando a inabilidade em resolver a situação de isenções e privilégios, fazendo com que após as demissões de inúmeros ministros de Luís XVI, houvesse a convocação dos Estados Gerais, abrindo espaço para contestação político parlamentar promovida por frações do Terceiro Setor

Heinen credita, para além dos aspectos citados, que a questão central da crise da monarquia foi o fato de Luís XVI, que era uma figura demasiadamente benevolente,

[...] ter restabelecido os parlamentos, cortes de justiça formadas por magistrados, proprietários de seus cargos em virtude do patrimonialismo das funções. Os parlamentos se apresentavam como guardiões da lei e tentavam controlar o poder real por meio

do direito de registro (confirmação do decreto real) e de advertência (admoestação do rei quanto aos inconvenientes de um determinado édito). (HEINEN, 2013, p. 15).

Diante das insurgências, o rei Luís XVI convocou a Assembleia dos Estados Gerais, com representantes das três classes com o objetivo convencer o clero e a nobreza a pagarem impostos, em vista de melhorar a condição financeira da França (HOBSBAWM, 2015, p. 99).

Ante as divergências entre as classes, transformou-se os estados Gerais em Assembleia Nacional Constituinte, iniciando o movimento revolucionário, sendo a mesma disputada por três partidos políticos: os jacobinos, os girondinos e a planície, culminando na Queda da Bastilha e, 14 de julho de 1789, vindo a instaurar-se a monarquia constitucional e o voto censitário (HOBSBAWM, 1997, p. 101).

De acordo com Bercovici (2008, p.123), o objetivo da revolução é “a emancipação social de todos os homens, a transformação das estruturas sócio-políticas”.

Assim, para que tais transformações fossem consolidadas, a segurança jurídica foi invocada para que se assegurassem os direitos conquistados, idealizados pelo Iluminismo.

A segurança jurídica enquanto elemento indissociável do Estado Democrático de Direito tem como base fundante a necessidade humana de certeza como aspecto essencial para a organização da vida social, sobretudo como meio assecuratório das conquistas, em termos de liberdades e direitos individuais, obtidas a partir da Revolução Francesa.

Hayes destaca a Revolução Francesa como marco que afetou profundamente todo pensamento político e ação social através dos séculos XIX e XX, indicando que o contexto nacional francês, acima de qualquer outro país, possibilitou tal revolução eis que tinha como perfeita a teoria e prática da monarquia como direito divino, desenvolvendo contrastes evidentes entre as várias classes sociais,

de forma que a mesma seria realizada como forma de afastar os enormes abusos em curso e que contaram com o apoio do corpo político (HAYES, 1925, p.465).

Revela-se patente tal importância nos destinos do mundo ocidental, sendo “inegável a transformação dos conceitos políticos e ideológicos que suscitou” (PEREIRA, 2010, p. 757), com repercussão tanto numa perspectiva geográfica quanto temática (VOVELLE, 1987, p. 26).

Em análise dos ideais preconizados pela Revolução, indica-se que a *liberté*² consistiu essencialmente no direito de oposição ao poder (não mais ilimitado e arbitrário) promovendo um regime de liberdade de imprensa e de pensamento; a *égalité*³ significou o rompimento o princípio hereditário base dos regimes monárquicos e aristocráticos; e a *fraternité*⁴, que mesmo sendo mais vago, representou uma mudança na concepção de soberania (FERRERO, 1939, p. 297).

O absolutismo na França, com origem em 1223 com a morte de Felipe, estabeleceu a outorga de poderes ilimitados ao rei provenientes de Deus, existindo uma estrutura social aristocrática, fundada tanto no privilégio do nascimento como da riqueza territorial (TELLO, 2011, p.46).

O poder no *anciénregimé* era centralizado, abrangendo todos os poderes locais e preenchendo toda esfera da autoridade pública “[...] tendo o governo, ansioso para transformar tudo em dinheiro, posto à venda a maior parte das funções públicas, perdera a faculdade de oferecê-la ao seu bel-prazer.” (TOCQUEVILLE, 1989, p. 123).

Tello (2011, p. 48) refere que na monarquia absoluta o poder supremo de fazer as leis era do rei, inexistindo uma constituição rígida, atuando como órgãos de administração de justiça em última instância os chamados *Parlaments*, quedetinhavam o direito de registro das leis ou editos que ditava o monarca, como requisito

² Tradução livre: liberdade.

³ Tradução livre: igualdade.

⁴ Tradução livre: fraternidade.

para sua execução (como concessão real). Os magistrados dos *Parlamentst* tinham direitos hereditários sobre os cargos, “razão pela qual os cargos podiam comprar-se e também se converteu em costume a obrigatoriedade de pagar em preço ou em espécie aos magistrados para obter justiça”, sendo considerados independentes em relação ao poder do rei.

Destaca-se o papel fundamental dos *Parlaments* para o início da Revolução, quando em 1787 o *Parlament* de Paris

[...] começou a pedir justificações sobre editos que estabeleciam maiores impostos para fazer frente à crise fiscal do reino, estabelecendo pela primeira vez que só a nação tinha o direito a conhecer novos impostos, solicitando em consequência a convocatória dos *EtatsGénéraux*. Depois de dois anos de intensos confrontos entre o *Parlament* e o rei, este se vê obrigado a convocar os *ÉtatsGénéraux* depois de 175 anos de inatividade, e aí se deu o início da Revolução Francesa (TELLO, 2011, p. 48).

Envoltos nas ideias de Voltaire, Montesquieu, Rousseau e sob a direção de Diderot e d’Alembert promoveu-se uma nova concepção de modelo político, despertando a noção das desigualdades existentes e o sentimento de revolta e enfocando os gastos excessivos da Corte, desvelando o luxo de uma nobreza perdulária e corrupta, levando à ruína o Estado (PEREIRA, 2010, p. 757).

Tocqueville (1989, p. 118) refere que “o produto de impostos tão mal distribuídos tinha limites, mas as necessidades dos príncipes não as tinham”, promovendo sentimento de descontentamento geral.

Em análise apertada, verifica-se que a insurgência quanto ao aumento dos impostos, dentre outros fatores, recorreu-se à necessidade de a nação ter conhecimento acerca dos novos impostos, vislumbrando-se aspectos inerentes à ideia de segurança jurídica em manifesto contraponto à arbitrariedade decorrente do sistema absolutista monárquico.

Veja-se, ainda, que a Revolução Francesa denota um novo tempo:

É onde tudo inicia: a separação do Estado da Igreja, a proclamação do estado secular, a participação popular na administração do Estado, a liberdade de imprensa, a igualdade de todos ante a lei, a educação pública e gratuita, a abolição da tortura, o início da emancipação feminina, a condenação da escravidão, e principalmente, a ideia de igualdade, liberdade e fraternidade proclamada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão como os princípios que devem guiar a vida de todos os homens (GORCZEWSKI, 2009, p. 122).

Ao mesmo tempo em que se reconhece o avanço em termos de uma nova concepção política de Estado, com restrições à atuação estatal e reconhecimento de liberdades individuais – sob uma pretensa segurança jurídica – não se deve ignorar que tal mudança restou consolidada pelo movimento de codificação do Direito.

Destaca-se que foi com a Revolução Francesa que ocorreu, em breve espaço de tempo, a supressão das desigualdades individuais e de grupos sociais, sendo este, na verdade, seu ponto culminante, mas do que a consagração das liberdades individuais para todos, tanto que a tríade famosa (liberdade, igualdade e fraternidade) somente veio a ser completa em seu último elemento (*fraternité*) por ocasião da Constituição Francesa em 03 de setembro de 1791 (COMPARATO, 2007, p.136).

De igual importância histórica, tem-se em 1789 a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, decorrente da Revolução Francesa representando a derrocada do antigo regime e a instauração da ordem burguesa na França (SARLET, 2010, p. 53), confortando a ideia acerca da necessidade de positivação dos direitos e garantias.

O movimento da Revolução Francesa promoveu a unificação do direito, tendo em vista a existência de muitas normas postas de forma aleatória à comunidade, uma vez que a lei passaria a ser a única fonte de comando, revelando-se necessário “que houvesse poucas delas, e que fossem coerentes. O racionalismo característico

do iluminismo impulsionaria, após a Revolução, o movimento pela codificação” (COSTA, 2000, p. 247).

Buscou-se com a Revolução francesa criar um Direito “que fosse capaz de eliminar o passado e as tradições até então herdadas de outros povos, mediante o esquecimento não só do Direito francês mais antigo como também da negação da autoridade do *iuscommune*” (MARINONI, 2009, p. 188)

Pereira promove síntese quanto ao momento:

[...] dentro nesse ambiente, que inicialmente não era governado por qualquer programação preestabelecida, eclodiu a Revolução Francesa. Em pouco assumiu as características de movimento político e social de profundidade. Extinguiu a monarquia. Proclamou a República. Instaurou o Terror. (PEREIRA, 2010, p. 757).

Costa (2000, p. 47) destaca a análise de Bobbio (1995, p. 55) na superação do jusnaturalismo e o desenvolvimento extremo do racionalismo pelo movimento da codificação “já que à ideia de um sistema de normas descobertas pela razão ele une a exigência de consagrar tal sistema num código posto pelo Estado”.

Da mesma forma que a positivação das garantias e liberdades individuais representavam a necessidade para a classe burguesa em termos de previsibilidade (segurança jurídica) e proteção em face da atuação estatal, vislumbra-se que as mesmas tiveram forte influência da classe responsável pela “revolução”.

Nesse sentido é a crítica feita por Grossi (2005, p. 193) ao afirmar que “o grito da Marselhesa e os foguetórios disparados para as cartas dos direitos impediram muitas vezes de advertir quão limitador e inatural tinha sido o grande processo de panlegiferação e de codificação nos séculos XVIII e XIX.”

Segundo a visão deste autor, houve o que o mesmo denomina de absolutismo jurídico caracterizado por um rígido monismo ditado por imperiosos princípios de ordem pública impedindo uma visão pluriordenamental (GROSSI, 2005, 194), restringindo inadvertidamente a noção de segurança jurídica.

Inobstante tal ponto de vista, revela-se clara a influência da Revolução Francesa para toda a Europa, repercutindo em inúmeros países especialmente a Declaração dos Direitos do Homem como clara evidência da superação dos abusos no *Ancien Régime*, assegurando-se que todos os homens nascem livres e permanecem livres e iguais em direitos, tendo como objetivo principal a preservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem como liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão (BEARD; ROBINSON, 1908, p. 259).

A manutenção da segurança apareceu como finalidade do Estado, preconizada no 1.º, 2.ª alínea, da Constituição Francesa de 1791 enunciou a proclamação famosa: "A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão" (FRANÇA, 1791).

Denota-se, desse modo, a expressão na lei acerca das conquistas, sob o argumento de que a lei é a expressão da vontade geral constante na Declaração revela o ideal de segurança jurídica por meio da positivação da norma ou propriamente da codificação do Direito.

Ademais, Lynch (2011, p. 83) reconhece, nesse contexto, que "a dinâmica da Revolução Francesa impôs o reconhecimento da Nação ou do povo" afastando-se "todas as propostas de desenho institucional que, orientadas pela teoria do governo misto, não refletiam a unidade daquela soberania" reconstruindo-se a ordem política sob tal prisma (2011, p. 83).

Segurança jurídica e Revolução Francesa

A segurança jurídica teve projeção na Revolução Francesa nas conquistas dos direitos fundamentais, "como uma tentativa de dar ao exercício do poder limites, oferecendo garantias mínimas àqueles que não o detém" (MARQUES NETO, 1983 p. 89).

Teve a segurança jurídica papel essencial “à garantia e à expansão das relações comerciais da burguesia, que exigia autonomia para contratar, segurança em seus negócios e não ingerência do Estado em suas relações privadas” (COELHO, 2015, p. 91).

O novo pacto de poder, restringindo o do Estado e assegurando o da burguesia, restaria consolidado pela positivação dos direitos, já denotando a relação intrínseca entre o constitucionalismo e a própria evolução dos direitos fundamentais, como se verá adiante.

A mudança do modelo de Estado absoluto – centrado na pessoa e vontade do príncipe – passou a ser regrado pela Constituição protegendo os direitos da pessoa humana. Salienta, ainda, o fato de que os ideais surgidos no pós Revolução Francesa estavam “inebriados pelos princípios racionalistas cartesianos”, fazendo com que a jurisdição servisse para concretizar as perspectivas tendentes à satisfação da classe liberal burguesa do final do século XVIII e início do XIX, evidenciando-se o Estado de Direito, “baseado na submissão dos governos à lei” (NASCIMENTO, 2009, p. 159). O processo de constitucionalização do sistema jurídico ganha relevo partir da contribuição das revoluções americana e francesa (PAULO NETO, 2016, p. 232), ganhando espaço a ideia de regras e princípios.

Tais princípios, como a igualdade e da legalidade, ganharam destaque e importância, em razão da modificação do quadro de poder, fazendo com que houvesse a ascensão ao poder de “uma nova camada social, formada por comerciantes emergentes, que possuíam dinheiro, mas não tinham influência política nem os privilégios da nobreza - a burguesia” (VAINER, 2006, p.12).

É possível perceber a ascensão da burguesia como classe dominante, erigindo novos valores como destacado por Castro (2002, p. 210):

A burguesia, então composta de dominados e governados como protagonista daquela revolução social, transformou-se em classe

dominante fazendo surgir novos princípios filosóficos e despertando a consciência da população para as liberdades políticas, à semelhança do processo democrático criado nos Estados Unidos da América do Norte, instituindo, como princípios axiológicos do novo estado jurídico, o respeito às liberdades individuais e as igualdades de direitos, de fundamental importância para o atual Estado Democrático de Direito.

Ainda, nas palavras de Vainer (2006, p. 12), “[...] a Revolução Francesa representou a ascensão ao poder da burguesia que necessitava de segurança para a realização de seus negócios. Necessitavam de segurança jurídica”.

A almejada segurança jurídica residia na previsibilidade do direito cujo intuito era resguardar, mediante o princípio dogmático da certeza desenvolvido por concepções formalistas, e proteger a propriedade burguesa (GONÇALVES, 2013, p. 172).

A segurança jurídica, nesse contexto, assumiu a conotação de certeza, fundada na lei, tendente a assegurar os ideais preconizados pela Revolução e os direitos conquistados.

Nesse enfoque, frisa Marinoni (2009, p. 191),

[...] a lei seria indispensável para a realização da liberdade e da igualdade. Por este motivo, entendeu-se que a certeza jurídica seria indispensável diante das decisões judiciais, uma vez que, caso os juízes pudessem produzir decisões destoantes da lei, os propósitos revolucionários estariam perdidos ou seriam inalcançáveis.

A certeza do Direito, consubstanciando a ideia de segurança jurídica, materializou-se por meio da lei cuja aplicação não mais representava a opinião do julgador, mas vinculada e limitada à legislação impedindo a criação de direitos ou a falta de isenção dos juízes. “Assim, manter o juiz preso à lei seria sinônimo de segurança jurídica” (MARINONI, 2009, p. 192).

Desta forma, indissociável a noção de segurança jurídica com as conquistas advindas da Revolução Francesa, ainda que voltadas

essencialmente aos burgueses, uma vez que as modificações oportunizaram que os direitos conquistados fossem positivados e, além disto, observados quando da sua aplicação judicial.

Em decorrência da necessidade de conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do ser humano resultou, naturalmente, na descrição e positivação dos mesmos com a manifesta explicitação dos seus modos de exercício, havendo um Estado essencialmente “nomocrático: um gerador de normas jurídicas. O ideal do *governmentbylaw* não indicava apenas um modo de exercício do governo, mas também o seu objetivo: proclamar e aplicar o Direito” (COMPARATO, 1986, p. 17)

Canotilho (2003, p. 257) ressalta que “o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida”, razão pela qual estabelece que os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito.

Prossegue o autor afirmando que

[...] a segurança jurídica está conexas com elementos objetivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a proteção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos de actos dos poderes públicos (CANOTILHO, 2003, p. 257).

Evidencia-se, por conseguinte, uma relação intrínseca da segurança jurídica à lei, sendo o positivismo o aspecto marcante no período pós Revolução Francesa.

Consoante análise de Correa (2006) a Revolução Francesa fez-se necessária do progresso para a sociedade positiva – como devir histórico de um todo orgânico – rejeitando os tradicionais esquemas de interpretação.

Inobstante o fato de o judiciário representar uma classe aristocrática no *ancienrégime*, manteve-se com Revolução Francesa

a prerrogativa de julgar entre as funções de governo, tendo sido confinado os juízes a estrita aplicação das leis, não podendo “imiscuir-se no exercício do Poder Legislativo, ou suspender a execução das leis, nem invadir as atribuições administrativas, ou expedir citações aos administradores por razão de suas funções” (tít. III, cap. V, art. 1.º, alínea 3). No art. 5.º, sempre citado, do Código Napoleão inscreveu-se a regra de que “é proibido aos juízes pronunciarem-se por via de disposição geral e regulamentar sobre as causas que lhes são submetidas” (COMPARATO, 1986, p. 188).

Nesse aspecto, o positivismo ganha relevância no pós-revolução tendo em vista a necessidade de que os direitos assegurados não seriam interpretados ou modificados pelos juízes, atento à ideia de que no juspositivismo “a natureza cognoscitiva da jurisprudência consiste numa atividade puramente declarativa ou reprodutiva de um direito preexistente, isto é, no conhecimento puramente passivo e contemplativo de um objeto já dado” (BOBBIO, 1995, p. 211).

Tal período corresponde ao que Pfersmann (2014, p. 78) denomina de primeira idade do “Estado de Direito”, o qual se estende das revoluções do século XVIII até a segunda metade do século XIX, destinado a elaborar “um instrumento jurídico que permita limitar as prerrogativas do monarca (ou do órgão substituto dirigindo o ‘Executivo’, sendo submetidas às normas gerais e abstratas chamadas ‘leis’”.

Nesse ponto, imperioso destacar que a visão externada por Faralli (2003), com base em Zagrebelski, que a lei não deve ser concebida com a visão das leis: numerosas, mutáveis fragmentadas, ocasionais, contraditórias:

La legge per eccellenza era allora il codice: nel codice si trovavano riunite ed esaltate tutte le caratteristiche della legge, cioè la volontà positiva del legislatore, capace di imporsi indifferentemente su tutto il territorio dello Stato e operante per la realizzazione di un progetto giuridico di ragione (la ragione della borghesia liberale);

*il carattere deduttivo dello svolgimento dell'enorme; la completezza, la generalità e l'astrattezza.*⁵

A marca da codificação do pós-revolução era exatamente a falta de complexidade de modo a propiciar, ante a redução da possibilidade de interpretações “dúbias”, certeza ao direito.

Tais aspectos, da codificação e da limitação da atuação judicial, são objeto da análise de Fassó (1988, p. 36)

*[...] giunge alla stessa conclusione a cui erano pervenuti i critici illuministi del diritto comune continentale: la necessità della codificazione e della limitazione massima dei poteri dei giudici. L'istanza che egli fa valere è, come nel caso degli altri illuministi, soprattutto quella della certezza del diritto, senza la quale non sono assicurati i diritti degli individui.*⁶

A substituição do direito comum tinha de ser substituído pelo direito nacional que “ao contrário do inglês, tinha que ser claro e completo, para não permitir qualquer interferência judicial no desenvolvimento do Direito e do poder governamental” (MARINONI, 2009, p. 189).

A redução da discricionariedade, fonte de segurança jurídica em razão da ideia de previsibilidade e certeza, constitui aspecto inerente ao juspositivismo, tal como preconizado por Hart tendo em vista a noção de que os tribunais consideram as regras jurídicas “como padrões a seguir na decisão, suficientemente determinados, apesar da sua textura aberta, para limitar o seu carácter discricionário, embora sem o excluir” (HART, 2007, p. 161).

⁵ Tradução livre: A lei por excelência era então o código: no código foram reunidos e exaltados todos os recursos da lei, que era vontade positivada do legislador, capaz de impor-se igualmente sobre todo o território do país e trabalhar para a realização de um projeto jurídico da razão (a razão para a burguesia liberal); o caráter dedutivo da conduta das normas; a completude, a generalidade e a abstração.

⁶ Tradução livre: Ele chega à mesma conclusão que foram recebidas os críticos do Iluminismo do direito comum continental: a necessidade de codificação e da limitação máxima dos poderes judiciais. A petição afirma que ele é, como no caso dos outros pensadores iluministas, particularmente a da segurança jurídica, sem a qual não são segurados direitos dos indivíduos.

Inclusive porque a lei deixa lacunas a serem preenchidas, conforme já referenciado por Hart⁷ (2007, p. 140) “a linguagem geral dotada de autoridade em que a regra é expressa pode guiar apenas de um modo incerto.”

Exatamente nesse ponto, destaca Marinoni (2009, p. 187) a importância da lei para o sucesso do novo regime:

Como a lei era imprescindível para a realização dos escopos da Revolução francesa, e os juízes não mereciam a sua confiança, a supremacia do parlamento aí foi vista como sujeição do juiz à lei, proibido que foi, inclusive, de interpretá-la para não distorcê-la e, assim, frustrar os objetivos do novo regime.

Ademais, segundo MacCormick (1986, p. 128-129)

*[...] the existence of laws is not dependent on their satisfying any particular moral values of universal application to all legal systems; the existence of laws depends then upon their being established through decisions of human beings in society.*⁸

Estava-se diante do que Streck (2013, p. 84) classifica como positivismo exegético, forma do positivismo primitivo, que separava direito e moral e que pregava a *proibição de interpretar* – próprio do período pós-revolução francesa.

Em decorrência da Revolução Francesa “a supremacia do parlamento objetivou amarrar o juiz ao texto da lei, transformando-o em alguém destituído de poder criativo e de *imperium*” (MARINONI, 2009, p. 187.)

O positivismo jurídico cria um limite à atividade interpretativa – não havendo proibição de interpretar – mas

⁷ Hart, divergindo da abordagem teórica da problemática pugnada por Kelsen, estabelece uma relação entre o tema da segurança e da estrutura da linguagem jurídica, reconhecendo a (im)possibilidade de considerar a segurança jurídica como carácter factualmente presente no direito positivo. (2007, p. 153).

⁸ Tradução livre: A existência de leis não depende da satisfação de valores morais particulares de aplicação universal a todos os sistemas legais; A existência de leis depende então de serem estabelecidas através de decisões de seres humanos na sociedade.

restringindo-a a interpretação textual, sendo eventualmente extratextual porém nunca contra a vontade que o legislador expressou na lei (BOBBIO, 1995, p. 214).

De acordo com o positivismo exegético, a atividade interpretativa decorre do conhecimento entre sujeito e a norma, evidenciando-se um procedimento lógico-formal partindo-se de um silogismo entre a lei como premissa maior e o fato como premissa menor, chegando-se na regra que irá reger o caso proposto (BARROSO, 2009, p. 281).

O positivismo legal busca “desconectar lei e justiça (pretendendo a neutralidade axiológica do ordenamento jurídico e do operador do direito)” e identifica a lei aplicável ao caso concreto seguindo uma regra de conhecimento (FERNANDEZ; FERNANDEZ, 2011, p. 8).

Historicamente, os julgadores aplicavam as leis como melhor lhes aprouvesse, de acordo com interesses dos seus protegidos, interpretando as leis de “modo a manter o *status quo* e a não permitir que as intenções progressistas dos seus elaboradores fossem atingidas. Não havia qualquer isenção para julgar” (MARINIONI, 2009, p. 188).

Como ressaltado por Comparato (1986, p. 20), os juízes e tribunais, da mesma forma que os senhores de terras, exerciam a jurisdição por delegação do soberano, tornando inevitável o entrelace de interesses. Até mesmo porque os cargos judiciais eram comprados e herdados, “o que fazia supor que o cargo de magistrado deveria ser usufruído como uma propriedade particular, capaz de render frutos pessoais” (MARINONI, 2009, p. 188).

Diante da necessidade de um novo regime, intensificou-se a teoria de separação dos poderes⁹, distinguindo as funções do Legislativo e do Judiciário, limitando a atividade deste último com subordinação de forma rígida ao parlamento, limitado o poder dos

⁹Montesquieu (2000, p. 157); Aristóteles (2000, p. 206).

juízes, portanto, a afirmar o que o Legislativo já havia dito, concluindo que o “poder de julgar” era, de qualquer modo, um poder nulo .

Evidentemente que para que a atuação jurisdicional fosse limitada à declaração, a lei deveria ser clara e apta a regular todos os possíveis conflitos. O medo do arbítrio judicial, derivado da experiência do ancien régime, não apenas exigia a separação entre o poder de criar o Direito e o poder de julgar, como também orientava a arquitetura legislativa desejada (MARINONI, 2009, p. 189).

Além de clara, deveria a lei contar a noção de generalidade, princípio esse associado explicitamente ao conceito de lei, ou pelo menos, com o sistema jurídico (WALDRON, 2008, p. 1145)

Em síntese apertada, Marinoni (2008, p. 190) refere que “a Revolução francesa, como toda revolução, ressentiu-se de forte dose de ilusões românticas e utopias, gerando dogmas como o da proibição de o juiz interpretar a lei.”

A segurança jurídica, nesse aspecto, restou fortemente marcada pela sua vinculação à teoria positivista, com forte apelo à ideia da lei como necessária para consolidação dos direitos e garantias conquistadas, conferindo a ideia de certeza aos indivíduos.

Evidentemente que a base da segurança jurídica calcada no positivismo, decorrente do período pós Revolução Francesa padece das mesmas críticas feitas ao juspositivismo, adquirindo outros contornos com a evolução e a superação do positivismo, alçando a segurança jurídica outros patamares coma evolução do sistema jurídico.

Considerações Finais

A segurança jurídica figura como elemento de destaque no ordenamento jurídico, sendo valor fundante do Estado Democrático de Direito e se relaciona diretamente à busca da efetividade da prestação jurisdicional.

Nesse contexto, sopesando-se que a importância da segurança jurídica decorre para o ordenamento jurídico de sua

conformação histórica, necessária a correlação entre a aquela e a a Revolução Francesa, identificando-a em sua função assecuratória das liberdades e direitos individuais conquistados e como princípio impeditivo de retrocesso.

A ideia marcante de ruptura trazida pela Revolução Francesa fortalece o ideal de segurança jurídica enquanto fundante do Estado Democrático de Direito limitando a ação estatal e assegurando direitos e liberdades individuais.

Se de um lado, a lei – revestida pelo caráter de segurança jurídica – limitava as arbitrariedades do absolutismo anterior, de outro promovia o sentimento de previsibilidade e estabilidade aos demais, assegurando, ao menos conceitualmente, a igualdade entre todos e o sentimento de confiabilidade necessário a um novo regime.

A forte vinculação com o positivismo e a conseqüente codificação do Direito – atribuindo-se à lei o parâmetro para a estabilidade pretendida em tal contexto histórico – denota os caracteres iniciais de identificação da segurança jurídica, cujos reflexos são visíveis atualmente, visualizando-se tal movimento a partir da Revolução Francesa.

Pode-se referir que se inaugurou a fase inicial da segurança jurídica enquanto elemento vinculado à lei e a sua configuração enquanto valor, concebido de acordo com a Constituição, para a efetivação de direitos e estruturação do Estado Democrático de Direito.

O positivismo jurídico promoveu, com a Revolução Francesa, a limitação do direito à lei, restringindo a interpretação por parte dos juizes, com redução da discricionariedade, tendente a assegurar certeza ao direito.

Pode-se, a partir de tal contextualização, identificar e definir a segurança jurídica como valor informador do ordenamento jurídico propiciando estabilidade, certeza (enquanto elemento de cognoscibilidade) e confiabilidade nas relações jurídicas, não limitada a tal dimensão conceitual, mas representativa da sua concepção inicial.

Referências

- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BERCOVICI, Gilberto. Soberania e Constituição: Para uma crítica do constitucionalismo. São Paulo: QuartierLatin, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico** - lições de filosofia do direito. Comp. Nello Morra, tradução por Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo : Ícone, 1995.
- COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **Garantias constitucionais e segurança jurídica**. Pref. Ricardo Lewandoski. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais no estado moderno. **Revista dos Tribunais**. vol. 614/1986, p. 14 - 22, Dez / 1986.
- CORREA, Priscila Gomes. Auguste Comte Histórico: Ordem essencial - Progresso irresistível - Revolução impossível. Texto integrante dos **Anais do XVIII Encontro Regional de História** - O historiador e seu tempo. ANPUH/SP - UNESP/Assis, 24 a 28 de julho de 2006. Cd-rom.
- COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Sobre a importância do poder judiciário na configuração do sistema da separação dos poderes instaurado no Brasil após a constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** | vol. 30/2000 | p. 240 - 258 | Jan - Mar / 2000. DTR\2000\38.
- FARALLI, Carla. **La certezza del diritto nell'età della decodificazione**. Scritti giuridici in onore di Sebastiano Cassarino, 2003. Disponível em: <http://www3.cirfsid.unibo.it/murst40-97/40-97/SezioneII/ParteIII/3.3/Faralli_new.doc> Acesso em: 29 dez. 2016.
- FASSÒ, G. 1988. **Storia della filosofia del diritto**, Vol. III: Ottocento e novecento. Bologna: Il Mulino.
- FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Direito natural e positivismo jurídico**: justiça, segurança e interpretação jurídica. 2011. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25349-25351-1-PB.pdf>> Acesso em: 02 mar. 2017.

- GONÇALVES, GuilhermeLeite. **Direito entrecerteza e Incerteza**. Horizontes críticos paraa teoria dossistemas. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GORCZESVSKI, Clovis. **Direitos Humanos**. Conhecer, educar, praticar. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.
- GROSSI, Paolo. Absolutismo jurídico (ou: da riqueza e da liberdade do historiador do Direito. **Revista DireitoGV** 2, v, 1, n 2, p. 191-200, jun-dez 2005. Tradução Ricardo Marcelo Fonseca.
- HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. 3 Ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: CalousteGulbenkian, 2007.
- HAYES, Carlton Joseph Huntley. **A political and social history of modern Europe**.Macmillan, 1925. (Acesso Heinoline)
- HEINEN, Luana Renostro . Democracia na Revolução Francesa: 1791 E 1793. In: Giordano Bruno Soares Roberto; Gustavo Silveira Siqueira; Ricardo Marcelo Fonseca. (Org.). **História do direito**. Florianópolis: FUNJAB, 2013, v. I, p. 64-81.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito** - UFPR, Curitiba, n.49, p.11-58, 2009.
- NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A filosofia hermenêutica para uma jurisdição constitucional democrática: fundamentação / aplicação da norma jurídica na contemporaneidade. **Revista Direito GV**, n. 5, p. 147-168, jan.-jun., 2009.
- PAULO NETO, Alberto. A relação entre direito e moral em Habermas: a análise preliminar a faktizitätundgeltung. **Princípios: Revista de Filosofia**, Natal, v. 23, n. 42, set.-dez. 2016.
- PFERSMANN, Otto. **Positivismo jurídico e justiça constitucional no século XXI**. 1. ed. Tradução e Coordenação: Alexandre Coutinho Pagliarini. Prefácio: Jorge Miranda. Apresentação: Francisco Rezek. São Paulo: Saraiva/IDP, 2014.
- RIBEIRO. Fernando Armando. Direito, continuidade e ruptura. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito** (RECHTD), v. 2, p. 86-95, julho-dezembro, 2010.

- ROBINSON, James Harvey; BEARD, Charles Austin. **Readings in Modern European History**: A Collection of Extracts..Ginn, 1908. (Acesso heinonline)
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. n. 21, março/abril/maio,2010. Salvador, Bahia.
- VOVELLE, Michel. **A Revolução Francesa e seu eco**. Texto apresentado no "7º Congresso Internacional das Luzes", em Budapeste, no período de 26 de julho a 2 de agosto de 1987. Traduzido por Magda Sento Sé Fonseca. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v3n6/v3n6a03.pdf>> Acesso em: 05 nov. 2016
- BLUCHE, Frédéric; RIALS, Stéphane; TULARD, Jean. **Revolução Francesa**. Tradução de Rejane Janowitz. Porto Alegre: L&PM, 2009.
- CASTRO, Honildo Amaral de Mello. Poder judiciário e empresa. visão, realidade e prospectiva. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** | vol. 40/2002 | p. 205 - 226 | Jul - Set / 2002. Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial | vol. 1 | p. 113 - 138 | Dez.
- COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. **Garantias constitucionais e segurança jurídica**. Pref. Ricardo Lewandoski. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais no estado moderno. **Revista dos Tribunais**. vol. 614/1986, p. 14 - 22, Dez / 1986.
- FERRERO, Guglielmo..ReflexionssurlaRevolucionFrancaise. **Revue d'HistoirePolitique et Constitutionnelle**, v. 3, 1939.
- FRANÇA. Constituição de 1791. Disponível em: <<http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/const91.pdf>> Acesso em: 15 jan. 2017.
- HOBSBAWM, Eric. **A era das revoluções**: Europa 1789-1848. Tradução: Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- LYNCH, Christian Edward Cyril. **Os órfãos de Montesquieu**: o constitucionalismo esquecido dos monarquianos. franceses (1789) Revista Estudos Políticos, Número 2, 2011/01.

- MACCORMICK, Neil; . WEINBERGER, Ota. **An Institutional Theory of Law**. New Approaches to Legal Positivism. Dordrecht: Reidel, 1986.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Conceito e evolução dos direitos fundamentais. Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 5/1993 | p. 54 - 61 | Out - Dez / 1993. **Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos** | vol. 1 | p. 1079 - 1090 | Ago / 2011
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Código Napoleão. **Revista dos Tribunais** | vol. 835/2005 | p. 757 - 765 | Mai / 2005 Doutrinas Essenciais de Direito Civil | vol. 2 | p. 837 - 848 | Out / 2010.
- ROSA, Ismael Valdevino da; TABORDA, Luana do Rocio, SILVA, Peterson Roberto da. As Transformações do Poder Político na Revolução Francesa Disponível em: <http://petercast.net/wp-content/uploads/2011/07/base.pdf>. Acesso em 30.set.2018.
- TELLO, Diana Carolina Valencia. As instituições e a via da dependência histórica. **Rev. Bras. de Políticas Públicas**, Brasília, v.], n. 1, p. 35-64, jan./jun. 2011. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/1249/1142>> Acesso em: 20 dez. 2016.
- tempo. ANPUH/SP - UNESP/Assis, 24 a 28 de julho de 2006. Cd-rom. Disponível em: <<http://www.anpuhsp.org.br/sp/downloads/CD%20XVIII/pdf/ORDEM%20ALFAB%20C9TICA/Priscila%20Gomes%20Correa.pdf>> Acesso em: 29 dez. 2016.
- TOCQUEVILLE, A. de. **O Antigo Regime e a Revolução**. 3. ed. Tradução de Yvonne Jean. São Paulo: Hucitec, 1989.
- VAINER, Bruno Zilberman. Aspectos básicos da segurança jurídica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional** | vol. 56/2006 | p. 5 - 26 | Jul - Set / 2006 DTR\2006\430

**“Senzalas atemporais”:
Reflexos de um Brasil (basilarmente) escravista –
frente a doutrinação furtiva da insipiência**

Felipe Pinheiro¹

Jacson Bacin Vicente²

MairaAngélica Dal Conte Tonial³

Introdução

O escopo do referente artigo trata-se ponderar um prisma a respeito dos reflexos de um Brasil (basilarmente) escravista, face ao hoje; às cicatrizes sociais que tal fenômeno propiciou, permeadas ao âmago Estatal; e a vultiva comutação do fenômeno escravagista, ao estreito do presente – culminando a uma furtiva doutrinação da insipiência. Valendo-se para tal, do método qualitativo-interpretativo, com fulcro em um perquirir bibliográfico, abarcando Adorno e Horkheimer (1985), Bauman (2008), Becker (1973), Bobbio (1997/1998), Bonavides (1993/2004), Bourdieu (1989/2002), Canotilho (2000), Dallari (1998), Frebvre (1989), Gonçalves (2016), Kant (1985/2007), Kok (1997), Malheiro (1866), Maquiavel (2007), Marshall (1967), Mendes e Branco (2014),

¹ felipe.pinheiro36@gmail.com

² jacsonvicente@upf.br

³ mairatonial@upf.br

Mészáros (2008), Moraes (2003), Pallieri (1955), Rousseau (1996), Sarlet (2012), Sarmento (2006), Teixeira (1996), Vicente (2015); sobre uma ótica histórica, científico-política e social.

Nas laudas históricas do Brasil, a vigência doesclavagismo intraespecífico⁴ durante o Brasil colônia e império, já trata-se de fenômeno recorrente em alterações várias; todavia, não se pode deixar de abstrair o sobrepujar escravista, que pairou outrora no país, durante três séculos e meio (1500-1888). Tal fenômeno, fulcrava-se em vernizes laborais; esses, precipuamente, para fins agrícolas, sendo os alcunhados escravos empregados no plantio de cana-de-açúcar, café, ou auxílio nos afazeres quotidianos da cognominada “casa-grande”. Havendo sido o Brasil um dos principais comerciantes, e adquirentes de escravos da América; predicou-se como maior importador de escravos do “Novo Mundo”, chegando a possuir uma população de quatro milhões de seres, declivados a tal conjuntura⁵; hoje, cento e trinta anos após a abolição da escravatura, surge o inquirir indubitável – será que tais ocorrências deixaram mazelas no imo social? Se propiciaram, como tais cicatrizes comportam-se? Será que ainda há uma “escravidão” permeada ao Brasil, não mais laboral, pela coação - e sim, valendo-se de outros meios?

São inquirições que intentamos trazer à luz; por tal, respondendo-as, durante o decurso desse singelo artigo. Supracitado, desenvolver-se-á em cinco esferas. Primariamente, estabelecendo um liame histórico entre o fenômeno escravagista brasileiro e a voga conjuntura social; após, elucidando os reflexos desse, face ao hoje, ponderando as “cicatrizes” sociais permeadas ao âmago Estatal; ao cabo, tratando da vultiva comutação do fenômeno escravagista, ao estreito do presente – culminando a uma doutrinação furtiva da insipiência.

⁴Intraespecífico: Entre seres de mesma espécie.

⁵BIBLIOTECA NACIONAL. **Para uma história do negro no Brasil**. Rio de Janeiro: Biblioteca Nacional, 1988.

Parte superior do formulário

Não há intento cá de edificar truísmo críptado, tampouco exaurir tão lato terreno; meramente aspira-se, inflamar a fagulha incessante da reflexão, que uma vez em ígnea condição, não se mais poderá tolher. Dão-se, portanto, como pequenas ponderações prismáticas, às luzes dos supracitados autores, aspirando elucidar a respeito dos reflexos de um Brasil (basilarmente) escravista.

Para tanto, o presente trabalho elenca sobre: Digressão histórica: Um liame entre o fenômeno escravagista e a voga conjuntura social; “Cicatrizes” sociais permeadas ao âmago estatal: Reflexos do anafórico para com o vogo; ocomutar do fenômeno escravista ao estreito do presente – culminando a uma doutrinação furtiva da insipiência; arcabouço normativo vigente: cenho ao concerne educacional; a tricotomia dos direitos fundamentais: Secundária geração – incutindo-se ao princípio da dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, passamos então as profícuas deliberações.

1 Digressão histórica: Um liame entre o fenômeno escravagista e a voga conjuntura social

O fenômeno escravagista brasileiro ocorrido no períodocolonial e imperialista, possuiu duração aproximada de três séculos e meio (1500-1888), dando-se como capítulo lúgubre, e indissolúvel da história constitutiva nacional. Ademais, tal fenômeno veio a incidir diretamente, para a edificação cultural do país, que se tornou messiânico, ao abarcar tantas tradições diversas em um mesmo arcabouço.

Kok (1997, p.4), trata de tais influências.

Tradições indígenas e africanas vigoram em quase todos os recantos do Brasil [...] é impossível compreender as tribos

indígenas que vivem na floresta amazônica e os ritmados tambores africanos que invadem o país na época do Carnaval sem lembrarmos dos três séculos e meio de regime escravista e de comércio de gente.

A autora também salienta o verniz mercantil incidido para com os escravos; esse, que era emergente da condição dos mesmos, haja vista que junto a escravidão encimava-se um dilapidar de personalidade normativa, abstendo o indivíduo a sua “qualificadora” inerente de humano; homiziado de tal, culminava por tornar-se apêndice. O referente processo de comutação do ser a objeto cunha-se por reificação, sendo elucidado por Vicente (2015, p.506).

O conceito dessa palavra, que tem origem no latim *res, rei* (coisa) + terminação *ficação* (tornar), ou seja, tornar ou transformar-se em (uma) coisa (objeto), surge em decorrência da não visualização no outro, de um ser humano, uma pessoa, mas sim, um objeto (por vezes abjeto), necessário para um propósito: produzir bens de consumo, transportá-los, negociá-los e mantê-los.

Há de se entrever, também, que o indivíduo imbuído à condição de escravo, não possuía direitos na ordem civil “*Iuscivile*”; sendo esse, (à semelhança do “Direito” Romano) epitetado por *res*.

O nosso Pacto Fundamental, nem lei alguma contempla o escravo no número dos cidadãos, ainda quando nascido no Império, para qualquer efeito em relação à vida social, política ou pública [...] desde que o homem é reduzido à condição de *cousa*, sujeito ao poder e domínio ou propriedade de um outro, é havido por morto, e não tem representação alguma, como já havido decidido o Direito Romano. (MALHEIRO, 1866, p. 16).

Destarte, fazia-se o escravo abscondito de qualquer jus que viesse a tutelar/salvaguardar o cidadão; e menos ainda, homiziado de quaisquer prerrogativas que viessem a abranger um ser humano. Tratava-se de apêndice, desse modo, cabia margear-lhe meramente o

direito de propriedade, que intentava por garantir os desejos do Senhor escravista (sujeito com a posse), para com sua *res*.

Para Frebvre(1989, p. 29-32)a história dá-se como o estudo do processo de comutação social humana, e por tal o esboço registral do errôneo, ou assertivo no verniz anafórico⁶; sendo o outrora, indubitavelmente, fulcro para o catafórico⁷; o vogo⁸, por conseguinte, trata-se de um espelhar oriundo, e por tal, nascente de edificações antepostas.

Ademais, como vislumbrara o mesmo,“o objecto de nossos estudos não é um fragmento do real, um dos aspectos isolados da actividade humana – mas o próprio homem, entendido no seio dos grupos de que faz parte”. (FREBVRE, 1989, p.31).

Desse modo, o supracitado autor, pondera que não há como ocorrer uma secção entre as vicissitudes históricas; pois o presente, edificou-se às bases do pretérito. Estando a atual conjuntura social brasileira, em indubitável liame com o anafórico fenômeno escravista.

2 “Cicatrizes” sociais permeadas ao âmago estatal: Reflexos do anafórico para com o vogo

Antepostamente a estabelecer as tratativas do espelhar anafórico para com o vogo, faz-se necessário compreender a estruturação estatal; desse modo, ao visar seu âmago, poder-se-á estabelecer jungir às cicatrizes perenes.

Aos colóquios de Pallieri (1955, p.14), o estado dá-se como organização mediadora, e tutelar; irrefutável, pois, para a edificação de uma verossímil harmonia social, trata-se de “uma ordenação que tem por fim específico e essencial a regulamentação global das relações sociais entre os membros de uma dada

⁶Anafórico: Que advém de dantes (sema temporal [pretérito].).

⁷Catafórico: Agregado por cá, a semântica temporal (futuro).

⁸Vogo: Ao sema temporal (Presente.).

população, sobre um dado território, na qual a palavra ordenação expressa a ideia de poder soberano, institucionalizado.”

Já Dallari (1998, p. 49) postula que, o Estado dá-se como “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território.”

Ademais, Pallieri (1955, p. 14), delibera que o Estado elementar, por sua vez, abarca como esco genitor um povo, um território, um elemento de soberania, um governo, e uma finalidade; sendo desse modo, simplório convir que, esse, para sua própria manutenção valha-se do predicativo histórico, indispensável, pois.

Sendo envergadura constitutiva, cabe cá empenhar dedução pueril - as tratativas da construção estatal; podendo-se vocificar deveras infactibilidade quimérica, ao entrever a edificação do mesmo, cenho a ausência lacunar de tais predicativos.

Imbuído aos elementos constitutivos, fita-se a factual existência de um governo; esse, que se faz conceituado pelo preclaro filósofo genebrês Rousseau, em sua heráldica obra cognominada *O Contrato Social*.

Para Rousseau (1996, p. 71-77), o governo trata-se de um arcabouço, que deve propiciar a mútua altercação entre os vassalos e o soberano; cujo seu fim deva ser a volição geral, em virtude do referente, não se podendo a soberania estatal alienar; pois, tal vicissitude viria a descaracterizar o Estado; esse, procedendo a sucumbir ao ocaso, o que por óbvio, culminaria a prejudicar o governo; com o governo corrompido, e a soberania alienada, não mais poder-se-ia proceder o mecanismo estatal; por cabo, esse, vindo à perecer. “Um corpo intermediário, estabelecido entre os súditos e o soberano para permitir sua mútua correspondência, encarregado da execução das leis e da manutenção da liberdade, tanto civil como política”. (ROUSSEAU, 1996, p. 76)

O mesmo autor, ainda define a necessidade de uma finalidade Estatal específica - não podendo essa, à semelhança da soberania ser homiziada; portanto, estando encimada a qualquer viço emergente do soberano.

[...] somente a vontade geral tem possibilidade de dirigir as forças do Estado, segundo o fim da sua instituição, isto é, o bem comum; pois, se a oposição dos interesses particulares tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi a conciliação desses mesmos interesses que a tornou possível [...] ora, é unicamente à base desse interesse comum que a sociedade deve ser governada. (ROUSSEAU, 1996, p. 33).

Conseqüentemente, elucida a benevolência e homogeneidade prismática advinda do pacto social.

Por qualquer dos lados que se remonte ao princípio, chega-se sempre à mesma conclusão, a saber, que o pacto social estabelece tal igualdade entre os cidadãos, que os coloca todos sob as mesmas condições e faz com que todos usufruam dos mesmos direitos. Destarte, pela natureza do pacto, todo ato de soberania, isto é, todo ato autêntico da vontade geral, obriga ou favorece todos os cidadãos [...].(ROUSSEAU, 1996, p. 41).

Ao estabelecer-se liame, entre a figura Estatal, e seu componente constitutivo governamental, pode-se, doravante, entrever ambos em mesmo fitar.

Maquiavel (2007), em sua referente obra primaz cognominada *O príncipe*, ao tratar dos principados mistos, traz-nos a frente uma cálida cicatriz indissolúvel, permeada aos Estados que dantes estiveram sob o sobrepujar tutelar real, e o quão, supracitada vicissitude faz-se profícuo, e auspiciosa, ao aspirante (re)colonizador.

Portanto, digo que esses Estados que são ou não da mesma província e da mesma língua, ou não são. Sendo do mesmo meio, é fácil mantê-los, principalmente por não estarem acostumados a viver livres [...] porque, em outros aspectos, ao manter as velhas condições e não havendo deformidade de costumes, os homens continuam vivendo tranquilamente, tal como aconteceu na Borgonha, na Bretanha, na Gasconha e na Normandia, que tanto tempo foram da França [...]. (MAQUIAVEL, 2007, p.33-34).

Maquiavel (2007), não explicita meramente aspectos de um verniz Estatal, mas também de um cerne histórico, científico-político e sociológico; podendo-se, destarte, abstrair deveras o haver de uma incidência histórica, para com o imo Estatal. Assim, culminando por corroborar os colóquios de Frebvre (1989); ratificando cá, que o anafórico, à sua semelhança, molda o vogo, tal qual o vogo, procede por edificar o catafórico. Além de tal, homogeneamente apresenta a perenidade das ocorrências históricas, imersas a essência Estatal; e o transmutar dessas em cicatrizes, ou heráldicas reminiscências. Todavia, elucida a imorredoura presença das respectivas, mesmo que em conjuntura vultiva ou impungível.

3 O comutar do fenômeno escravista ao estreito do presente – culminando a uma doutrinação furtiva da insipiência

Já criptado o austero nó, entre o pretérito e o presente, cabe agora dar prosseguimento as ataduras.

Ao fitar de Adorno e Horkheimer (1985), somente o conhecimento pode aclivar o homem, do breu lacunar da irresolução, dainesclarecibilidade, e da insipiência. Não podendo esse, possuir autonomia verossímil sobre si próprio, sem a valia da reflexão.

Portanto, a superioridade do homem está no saber, disso não há dúvida. Nele muitas coisas estão guardadas que os reis, com todos os seus tesouros, não podem comprar, sobre as quais sua vontade não impera, das quais seus espias e informantes nenhuma notícia trazem, e que provêm de países que seus navegantes e descobridores não podem alcançar. (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 17).

Desse modo, os mesmos autores, apresentam a *ex-adversaposição* à insipiência,alcunhadaesclarecimento, cuja o concerne viria a elevar os homens a condição de senhores; não senhores de vilipendiosas posses, ou frívolos reinados; tampouco

detentores de menoscabas titulações de nobreza. Deveras senhores de si, indivíduos autônomos, radicados na reflexão, e versados em sua própria essência. Viria, ademais, emancipa-los da funesta qualificadora incidente da insipiência.

Bauman (2008, p.7-12), corrobora os vereditos de Becker (1979); para o autor, o homem vive imerso em um suposto “desvario” – provisório, articulado e consentido, com o fim estrito, e ilusório de homiziar-se de si próprio, de seu próprio caráter de mortalidade.

Tanto em termos individuais como coletivos, todos nos elevamos sobre a finitude de nossa vida corporal, e, no entanto, sabemos – não conseguimos não saber, embora façamos tudo (e mais) para esquecer – que o voo da vida, de maneira inevitável, vai cair ao solo. (BAUMAN, 2008, p. 7).

Postula Becker (1979), ao fulgor de mesma temática, veredicto em vocificação uníssonos.

Tudo que o homem faz em seu mundo simbólico é uma tentativa de negar e sobrepujar seu destino grotesco. Ele literalmente se lança em um esquecimento cego por meio de jogos sociais, truques psicológicos, preocupações pessoais tão afastadas da realidade de sua situação que são formas de loucura: loucura aceita, compartilhada, disfarçada e dignificada, mas mesmo assim loucura. (BECKER, 1979, p. 26-27).

Assim, indo de encontro a máxima cândida da capacidade humana de auto iludir-se, visando fins de sua própria subsistência. O esquecimento da referida condição humana, viria a dispensar ao homem oportunidade singular, sobre a qual poderia valer-se à medida que lhe fosse convencional; estaria esse, plenamente absorto em sua perenidade. E cá deve-se agregar quê, não mera perenidade, conquanto, o perpétuo não lhe homiziar o estado de mortal; inobstante, o aprazível, por sua vez, beneficiá-lo-ia com a fadaria imortalidade. Imortalidade infactível, contudo, reconfortante. Desse modo, estaria o indivíduo suspendendo-se em altura, que não

poderia suportar, entretanto, o conforto da auto-alienação seria determinante, pois sendo essa, aprazível procederia por abraçá-la; daí o emergir de uma auto-doutrinação da insipiência, dando-se logo pela incapacidade humana de fitar seu lúgubre cabo.

Malgrado, não se pode entrever somente uma auto-alienação do ser, para consigo próprio. A respectiva doutrinação insipiente, é emergida também, do ser para com o outrem; podendo esse, predicar-se como ente natural, ou coletivo.

Kant (1985, p. 100) no tocante do esclarecimento, pondera sobre tal incidência do ser para com o outrem, e o quão, respectivo indivíduo permeado a pusilanimidade (advinda da insipiência [inesclarecibilidade.]), procede por apropriar-se de ideais alheio – a tal absorção, de bradar pelos mesmos; tornando-se austeramente fidedigno, mesmo desconhecendo-lhes sumariamente, “Esclarecimento (*Aufklärung*) é a saída do homem de sua menoridade, da qual ele mesmo é culpado. A menoridade é a incapacidade de fazer uso de seu entendimento sem a direção de outro indivíduo.”

Ao corroborar com supracitado, outrossim; homogeneamente emergem Adorno e Horkheimer (1985, p. 17). Aos autores, o indivíduo imerso à insipiência, pressupõem, de modo inverossimilhante, estar versado a temáticas que sequer possui conhecimento propedêutico.

[...] primeiro acreditam que os outros sabem o que eles não sabem; e depois que eles próprios sabem o que não sabem. Contudo, a credulidade, a aversão à dúvida, a temeridade no responder, o vangloriar-se com o saber, a timidez no contradizer, o agir por interesse, a preguiça nas investigações pessoais, o fetichismo verbal, o deter-se em conhecimentos parciais: isto e coisas semelhantes impediram um casamento feliz do entendimento humano com a natureza das coisas [...]. (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 17).

Conquanto, indubiamente, há de perلustrar-se verossimilhança conjuntural, a fitar: veraz quinhão de culpabilidade em pendor ao indivíduo. Se aposta pusilanimidade,

procede por declivar de modo outrossim, indivíduos a condição de “menoridade”; acrescentemente, a valia consuetudinal estreitada, chancelar-se-ia meramente por sua singular e insofismável volição.

A ratificação de íris, subleva-se de outrossim preposto; ao colimar de Kant (2007), em sua grafia *Fundamentos da metafísica dos costumes*, o que por cá, faz-se deitado e alcunhado por pusalinimidade, predicativa-se, por veracidade, em errática volição – evocada, e supernamente deliberada pelo próprio ser, a cognominar-se: malévola volição, por radicar-se à *ex-adverso* – de referente dicotômica (benévola volição/malévola volição; intrepidez/ pusilanimidade.).

Nesse mundo, e até também fora dele, nada é possível pensar que possa ser considerado como bom sem limitação a não ser uma só coisa: uma boa vontade. Discernimento, argúria de espírito, de capacidade de julgar e como que possam chamar-se os demais talentos do espírito, ou ainda coragem, decisão, constância de propósito, são sem dúvida a muitos respeitos coisas boas e desejáveis [...] a boa vontade não é boa por aquilo que promete ou realiza, pela aptidão para alcançar qualquer finalidade proposta, mas tão somente pelo querer [...]. (KANT; 2007, p. 21-3)

Dessarte, vislumbra-se a insipiência em pendor de imputabilidade, incidente ao próprio ser – abscondito de aclave ao esclarecimento, pelo emanar de sua sumária volição.

Ao fitar de Bourdieu (2002, p. 7-139), ao abarcar convenções de hegemonia, edifica-se, amiúde, veredicto de culpabilidade incidente ao aposto ser sobrepujado, cuja retina predicativa-se homiziada de clarividência – espelhar de um emprego menoscabo de cognominada naturalização vilipendiosa, apêndice de precedente deliberação vultiva, egresso de tutelar recôndito, ao arcabouço de vezo vulgo.

Conquanto, o indubitável jungir, o convir cabal, seria liamar as duas pontas; o viço emanado do conhecimento, para com o pujante, e soberano arcabouço Estatal.

Acrescentemente ao anafórico, Bourdieu (1989, p. 7-9) proclama o cognominado poder simbólico; dá-se por tal, pelos predicativos imbuídos à possança, o sublevar de um ser – cenho a outrem, munindo-se, para tal, de suas estritas aspirações. Contudo, superno viço advém de seu caráter recôndito/vultivo, homogeneamente, amalgamando-se ao fulcro Estatal, pela valia de naturalização tácita menoscaba ao vezo.

No entanto, em um estado do campo em que se vê o poder por toda a parte, como em outros tempos não se queria reconhecê-lo nas situações em que ele entrava pelos olhos dentro, não é inútil lembrar que – sem nunca fazer dele, numa outra maneira de o dissolver, uma espécie de “círculo cuja o centro está em toda parte e em parte alguma” – é necessário saber descobri-lo onde ele se deixa ver menos, onde ele é mais completamente ignorado, portanto, reconhecido: o poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem. (BOURDIEU; 1998, p. 7-8)

De tal, emerge Bauman (2008, p. 7-23), para apostar, o transmutar célere social, culminou por edificar mercantilismo incidente ao condicionamento vital, dessarte, o epitetado “mercado de condições”; abarcando por cá, alcunhadas fórmulas vitais, cujo âmago aliena cumulado acional austero e precedente, ao lograr de um verossimilhante sema vital. Supracitado, que procede por estreitar a cativo, o respectivo indivíduo (não raro, ente coletivo.), imbuído ao imo social, sublevando de preposto vernizes factíveis e inexequíveis ao mesmo; desse modo, forjando hegemonidade condicional a sobrepuja-lo.

A manipulação do excedente está no auge da perversidade quando coloca a culpa pela imperfeição das fórmulas de vida produzidas culturalmente e da desigualdade de sua distribuição produzida socialmente sobre os homens e mulheres para os quais as fórmulas são produzidas e os recursos necessários para dispô-las fornecidos [...] afastar a culpa das instituições e dirigi-la para a inadequação do

indivíduo ajuda a difundir a raiva potencialmente rompedora, ou a redistribuir seu papel nas paixões de autocensura e autodepreciação [...]. (BAUMAN; 2008, p. 12.)

Entrementes a referido, Bauman (2008) agrega ao fulgor, chancelar homogêneo as proclamações de Bourdieu (2002); sinalagmáticamente, ponderam o pendor críptado, portanto, à outrossim, consuetudinal, amiúde incidente aos seres sobrepujados, por conjunturas de dominação hierárquica, cujo ensejo sumário, dá-se pelo influir de imputabilidade ao próprio ser, radicado em condição subjugada.

Bobbio (1997, p. 11) edifica tipologia precisa, e singular, para predicativar as ramificações de poder existentes, descortinando interseção, até então abscôndita.

[...] ao lado do poder econômico e do poder político, o poder ideológico, que se exerce não sobre os corpos como o poderpolítico, jamais separado do poder militar, não sobre a posse de bens materiais, dos quais se necessita para viver e sobreviver, como o podereconômico, mas sobre as mentes pela produção e transmissão de idéias, desímbolos, de visões de mundo, de ensinamentos práticos, mediante o usoda palavra [...].

Tal fenômeno faz-se epitetado por Poder ideológico, esse, que para o autor, dá-se como a mais viçosa manifestação de incidência, pois, não se vale de coação física, tampouco materialidade. Vale-se de ideias, edificando-se como pendor em propagaçãovirulenta; virulência, essa, advinda de um ideal precedentemente deliberado, possuindo como predicativo precípuo, sua vultividade e furtividade; encimando-se por sua infactibilidade de vislumbre, tirante pela virtude da reflexão.

De mesmo modo, Bauman (2008, p. 19) corrobora supracitado, o pairar recôndito de uma cognominada possança ideológica, cenho as magnas massas, por tal, vulgo – plenitude populacional; consequentemente, que se faz aclivada pelo agravar

midiático, concomitantemente, ao venalizar arcabouços de uma alienação cultural, profícua, pois, aos intentos de estreitos.

A ideia de “ideologia” é inseparável da idéia de poder e dominação. É uma parte não destacável do conceito de que qualquer ideologia é do interesse de alguém; são os governantes (a classe governante, as elites) que fazem sua dominação segura por meio da hegemonia ideológica. Mas para alcançar esse efeito precisamos de um “aparato” que, em algumas ocasiões abertamente, mas na maioria das vezes sub-repticiamente, conduzirá cruzadas culturais que levarão à hegemonia do tipo de cultura que promete diluir a rebelião e manter os dominados obedientes. Uma ideologia sem uma “cruzada cultural” seria o mesmo que um vento que não sopra, um rio que não flui. (BAUMAN; 2008, p. 19.)

Acrescentemente, Bauman (2008), postula a incidência midiática, frente as organizações sociais, entrementes, as vilanias sublevadas por aposta; *a pari passum*, seu influir no aclivar ideal populacional. Concomitantemente, ao intento de amiúde, agregação de culpabilidade em pendor ao sobrepujado.

Explicações alternativas foram buscadas, sendo encontradas em abundância na “cultura de massa”; com a “mídia”, especializada em lavagem cerebral e em diversões baratas, e o “mercado consumidor”, especializado no engano e na sedução, sendo considerados os principais vilões. Algumas vezes as “massas” foram consideradas vítimas infelizes da conspiração mercado/mídia, em outras foram culpadas por serem cúmplices tão bem-dispostas da conspiração – mas sempre estava implícita uma espécie de dano cerebral coletivo [...]. (BAUMAN; 2008, p. 18.)

Adorno e Horkheimer (1985, p. 99-138.) ratificam tais postulações, ao fitar de apostos, a indústria cultural, concomitantemente, a diversos arcabouços, procede por salvaguardar uma magna possança, sendo essa, ideológica e econômica; o transmutar de íris emergente da cognominada indústria cultural, procede por edificar padronizações inóguas, que somente culminam por crescer ao mero verniz da vaidade; para

tal, a cognominada, vale-se de fundar ideal, alienando-lhe aos demais seres imersos ao imo social, forjando factibilidades “adequadas”, abarcando por cá – vestes, aparência, grafia, e modo de vocificação. Declivando, destarte, o fundar ideal evocado do próprio ser, criptando tais liames de hegemonia.

Tanto técnica quanto economicamente, a publicidade e a indústria cultural se confundem. Tanto lá como cá, a mesma coisa aparece em inúmeros lugares, e a repetição mecânica do mesmo produto cultural já é a repetição do mesmo slogan propagandístico. Lá como cá, sob o imperativo da eficácia, a técnica converte-se em psicotécnica, em procedimento de manipulação das pessoas. Lá como cá, reinam as normas do surpreendente e no entanto familiar, do fácil e no entanto marcante, do sofisticado e no entanto simples. O que importa é subjugar o cliente que se imagina como distraído ou relutante. (ADORNO; HORKHEIMER, 1985, p. 135.)

A cognominada Indústria cultural, emergente de Adorno e Horkheimer (1985), faz-se cognominada por Bauman (2002) ao epíteto de “cultura de massa”; conquanto, se dissonam as orações agregadas, o imo semântico, predicativa-se homogêneo – o aciviar de ideal precedentemente deliberado, submergido por anseios políticos e econômicos, a estreitar os indivíduos, radicados ao arcabouço social, a conjunturas exíguas, parcas e ínfimas de reflexão, corroborando de modo virulento vislumbres mercanciados, e ideais mecanizados; o alienar sumário de “adequação”, fórmulas vitais e exequibilidades, tais dão-se pelos agentes do velado criptar insipiente, que flana às parcialmente indissipáveis lúgubres névoas da proibidade recôndita ao versar. Daí um emergir impetuoso, e vil de uma insipiência furtiva e premeditada; reconfortante, pois, a uma minoria que veladamente, proceder por nutri-la; tal qual uma mesma Troia⁹.

⁹Liame referencial agregado, para com a obra literária de Homero – epitetada *Ilíada*;dessarte, acivando metonímia textual.

4 Arcabouço normativo vigente: cenho ao concerne educacional

A concernência educacional vigente ao país, predica-se, indubiamente, esco, emergente do respectivo maquinar de espécime mercantil de condicionamentos vitais; aclinando-se, pois benevolmente, a apêndice precípua, por tal, indissolúvel, do aposto processo de doutrinação furtivo da insipiência, cujo âmago, procede por abarcar a sumária existência vital; *a priori*, infância (Puerilidade), polo amalgamar incidente a arcabouços basilares (Escola/ Família/ Igreja/ Mídia.), cataforicamente a tal, *a posteriori*, pelo cancelar de referentes mazelas, entrementes, a ratificação de já criptada doutrinação, polos vernizes secundários existenciais (Trabalho [Labor.]/ Família/ Igreja/ Mídia.). À outrossim, faz-se crucial entrever que, a vasão temporal, sublevada das instituições educacionais, ir-se-á vagar de encontro aos vernizes laborais; desse modo, a primaz incidência doutrinante de tácita insipiência, evocada pelos arcabouços de base (mesmo que reconditamente), indubitavelmente, por conseguinte, procederá por defrontar-se ao labor, dessarte, as águas de aposto riacho caudaloso (vernizes secundários existenciais.), à outrossim lúgubres, hão de receber vasão dos afluentes de incipiente leito (vernizes primazes existenciais.); edificando, portanto, processo de semelhante virulência, isso dá-se, cíclico transmitir ideal (doutrinado.).

Colima-se ao tocante do aposto arcabouço educacional, indúbio influir de vicissitudes capitais ou cognominado poder econômico; emergente de Bobio (1998, p. 954-5.), esse, dá-se a homogeneidade das demais possanças (abarcado pela tricotomia do autor.), que se valem de deliberado, e determinado viço, grajeando edificar influir para com outrem, encimando, destarte, suas aspirações, “[...] é o quese vale da posse de certos bens, necessários ou considerados como tais, numa situação de escassez, para induzir aqueles que não os possuem a manter um certocomportamento, consistente sobretudo na realização de um certo tipo detrabalho.”.

Fronte a postuladas incidências econômicas; vislumbra-se, a *pari passum*, o império de um sobrepujar capital, encimando-se a dissonantes meios estatais, por tal, não mais havendo-se de fitar uma veraz secção, entrementes, ao público e privado. Bauman (2002, p.22-3.), corrobora preposto, ao proclamar uma epitetada colonização dos meios públicos, pelos anseios da esfera privada.

Conforme a esfera pública vem sendo colonizada, demaneirafurtiva porém firme, pelos interesses privados, podada, descascada e limpa de suas conexões públicas e pronta para o consumo (privado.), mas dificilmente para a produção de laços (sociais.), esse efeito também pode ser descrito como uma descolonização da esfera pública. (BAUMAN; 2002, p. 23.)

À íris de Meszáros (2008, p. 13.), predicação funesta de anafórica interseção, dá-se pelo verossímil lograr de aposto amalgamar; o aglutinar de meras aspirações capitais, pairando hierarquicamente em primácia, cenho ao verossimilhante ensejo educacional, procede por declivar a qualificação de ensino ofertado;acrescentemente a tal, em concomitância, se se não factibilizando desse modo, sublervar-se-ia educação em parca condição, ínfima e estreitada. O dilapidar axiomático, isso dá-se, de valor cumularia pauperismo educacional de mero verniz, à outrossim, isso dá-se, homoganeamente a verborragia vulga – “educação de fachada.”.

Educar não é mera transferência de conhecimentos, mas sim conscientização e testemunho de vida. É construir, libertar o ser humano das cadeias do determinismo neoliberal, reconhecendo que a história é um campo aberto de possibilidades. Esse é o sentido de se falar de uma educação para além do capital: educar para além do capital implica pensar uma sociedade para além do capital. (MEZÁROS; 2008, p. 13.)

A educação faz-se contemplada a grafia magna Constitucional de 1988, delineando-se ao perlongar do arcabouço de direitos fundamentais, à outrossim, incutindo-se aos epitetados

direitos sociais, por tal, de secundária geração; salvaguardada e expressa em seu Art. 6.º, *in verbis*: “**Art. 6.º** São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, 2018, p. 8)

Acrescentemente a tal, evoca-se cunhada ao título VIII: Da ordem social, entretentes, ao capítulo III: Da educação e do desporto. Onde cumula por perlustrar o designado Art. 205, *in verbis*: “**Art. 205.** A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”. (BRASIL, 2018, p. 57)

Cataforicamente, vislumbra-se a grafia do epíteto Art. 206, o salvaguardar principiológico da qualificação educacional.

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

- I** – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II** – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e saber;
- III** – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
- IV** – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- V** – valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos, na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, aos das redes públicas;
- VI** – gestão democrática do ensino público, na forma da lei;
- VII** – garantia do padrão de qualidade; [...]. (BRASIL, 2018, p. 57-8)

Ademais, o comprometimento do arcabouço Estatal para com a educação, predica-se sempiternamente ratificado pelo Art. 208, §1.º, ao aclivar jus ao versar, a direito público subjetivo. “**Art. 208.** O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a

garantia de: [...] § 1.º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. [...]” (BRASIL, 2018, p. 58).

À outrossim, indúbio chancelar, procede a reverberar amiúde as proclamações Constitucionais; dá-se por tal, homogeneamente, as postulações do Art. 212, § 3 – agravando comprometimento para com a padronização qualitativa, entrementes, a edificação de equidade, emergentes dos verossimilhantes investimentos educacionais.

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. [...]

§ 3.º A distribuição dos recursos públicos assegurará prioridade ao atendimento das necessidades de ensino obrigatório, no que se refere a universalização, garantia de padrão de qualidade e equidade, nos termos do plano nacional de educação.

O convencionamento constitucional dá-se de modo indubitável, ao grajear entrever magno incidente aos direitos fundamentais – ao estrito por cá, dos direitos sociais; inobstantemente a supracitado, há de vislumbrar-se benesse abstracional a veracidade de factibilidade, evocada da *práxis*, fronte a grafia normativa.

Ao colimar de Teixeira (1996), a educação dá-se como jus indeclinável/insolúvel/inalienável, predicando-se dever, e não faculdade Estatal; destarte, a gratuidade e aplicabilidade de anafórica, dever-se-ia aglutinar plenitude vulga, homiziando íris distintiva a conjuntura social ou econômica.

O direito à educação faz-se um direito de todos, porque a educação já não é um processo de especialização de alguns para certas funções na sociedade, mas a formação de cada um e de todos para a sua contribuição à sociedade integrada e nacional, que se está constituindo com a modificação do trabalho e do tipo de relações humanas. (TEIXEIRA, 1996, p. 60.)

Ao corroborar com Teixeira (1996), subleva-se Marshall (1967), ao proclamar o jus ao versar, como precípua fulcro basilar social; à outrossim, elucidando o espelhar, emergente de um absconditar educacional (doutrinar insipiente.), desse modo, o ser faz-se agravado pelas vicissitudes vitais, cujoimo queda-se imbuído. Por tal, o estreitar/dilapidar educacional, faz-se profícuo a uma furtiva doutrinação da insipiência.

O direito à educação é um direito social de cidadania genuíno porque o objetivo da educação durante a infância é moldar o adulto em perspectiva. Basicamente, deveria ser considerado não como um direito da criança freqüentar a escola, mas como o direito do cidadão adulto ter sido educado. (MARSHALL, 1967, p. 73)

De tal, evoca-se cancelar indúbio, ao entrever liame insecionavel, entrementes, a educação – e ao aclave social, e prismático do ser, a conjuntura de esclarecimento; agregando-se por cá, amiúde, as vocificações de Frebvre (1989), o vogo, *per se*, inerentemente procede a edificar o catafórico, sempiternamente amalgamado ao anteposto. Dessarte, abstrai-se insofismável incidência do arcabouço educacional, para com as exequibilidades vitais do ser¹⁰, forjando a verossimilhante íris, de que o recôndito/velado declive educacional, procede por criptar, portanto, salvaguardar a conjuntura de sobrepujar para com o vulgo, isso dá-se – a sumária população.

5 A tricotomia dos direitos fundamentais: Secundária geração – incutindo-se ao princípio da dignidade da pessoa humana

Acrescem-se a semântica de direitos fundamentais, o cumulado de normas positivadas e salvaguardadas no ordenamento jurídico magno, por tal, abarcando vernizes de

¹⁰Interseção ao mercantilismo de condicionamentos vitais.

seguimentação constitucional. Tal corroboração emerge de Bonavides (2004, p. 560-1), ao fitar de preposto, direitos fundamentais abarcam, *per se, duo* arcabouço predicativo superno.

[...] direitos Fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais. Pelo primeiro, podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. Pelo segundo, [...] os direitos fundamentais são aqueles direitos que recebem da constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança [...]. (BONAVIDES, 2004, p.560-1.)

Ponderações de aposto, submergem ao vislumbrar do Art. 60, § 4.º, IV, donde queda-se em cripta a preconização aos direitos e garantias individuais, aglutinados pela primaz geração de direitos fundamentais. O escopo dos respectivos juses fundamentais, faz-se ensejar, edificar e manter os escos elementares constitutivos de liberdade e dignidade humana¹¹.

Sarlet (2012, p. 15.) elucida o pluralismo semântico, flanando aos periféricos dos direitos e garantias fundamentais, pois benevolmente, incute ao primaz alcunho de espécime (Arcabouço.), fronte aos secundários gêneros (Ramificações.).

Há que se levar em conta a sintonia desta opção (direitos fundamentais) com a terminologia (neste particular inovadora) utilizada pela nossa Constituição, que, na epígrafe do Título II, se refere aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, consignando-se aqui o fato de que este termo – de cunho genérico – abrange todas as demais espécies ou categorias de direitos fundamentais [...](SARLET, 2012, p. 15.)

Ademais, o emergir histórico de supracitados, evoca-se pela grafia de Sarmiento (2006, p. 12-3), as proclamações do mesmo, os direitos fundamentais de secundaria geração, sublevam-se, pois, a direitos positivos, a crescer austera exigibilidade, incidente para

¹¹BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiro, 2004.

com o arcabouço Estatal, resolução de uma conjuntura de defrontes, advindos da classe laboral.

As Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) trazem em seu bojo novos direitos que demandam uma contundente ação estatal para sua implementação concreta, a rigor destinados a trazer consideráveis melhorias nas condições materiais de vida da população em geral, notadamente da classe trabalhadora. Fala-se em direito à saúde, à moradia, à alimentação, à educação, à previdência etc. Surge um novíssimo ramo do Direito, voltado a compensar, no plano jurídico, o natural desequilíbrio travado, no plano fático, entre o capital e o trabalho. O Direito do Trabalho, assim, emerge como um valioso instrumental vocacionado a agregar valores éticos ao capitalismo, humanizando, dessa forma, as até então tormentosas relações jus laborais. No cenário jurídico em geral, granjeia destaque a gestação de normas de ordem pública destinadas a limitar a autonomia de vontade das partes em prol dos interesses da coletividade. (SARMENTO, 2006, p.12-3.)

Ao fitar de Bonavides (2004, p. 564-5), os cognominados direitos de secundária geração, tratam-se de advir ideal, sumariamente influído pelos ensejos antiliberais do século XX, abarcando a seu precipuo, a equidade plena dentre os pares.

São os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula. (BONAVIDES, 1993, p. 517)

A heráldica problemática, incumbida aos direitos fundamentais de secundária geração (Precipuamente, a fitar por cá: A educação), dá-se pela malsonância sumária aos meandros da grafia constitucional, cenho a *práxis* verossimilhante. O ainda vivificado declivar dos singulares, por tal, indissolúveis direitos

fundamentais, a meras normas programáticas¹², culminando a plena inexequibilidade do texto constitucional, pela adoção da escusa reserva do possível¹³. Tamanho relegar vilipendioso dos direitos fundamentais, a ínfima e parca volição legislativa, ou acional executivo-administrativo, procede por tolher deveras a factibilidade dos direitos fundamentais, pela sempiterna inércia emergente de supracitados arcabouços, corrompendo e defrontando o princípio da dignidade da pessoa humana, entrementes, ao mínimo existencial.

A grafia constitucional faz-se enfática ao proclamar, em seu Art. 208, § 2.º, *in verbis*:”§ 2.º O não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.”. (BRASIL, 2018, p. 58)À outrossim, o Supremo Tribunal Federal – agregando ao fulgor a conjuntura, valera-se, para tal, da expressa grafia constitucional; ponderando com veemência ao tocante de voga altercação.

[...] quando o Poder Público se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no texto constitucional, transgredir a própria Constituição Federal. A inércia estatal configura desprezo e desrespeito à Constituição e, por isso mesmo, configura comportamento juridicamente reprovável. (STF, 2001, on-line).

Conquanto, o indubitável jungir, evocado de uma furtiva doutrinação da insipiência, aclivada pela magna morosidade Estatal; proficua, pois, a vernizes políticos e econômicos, cumula seu culminar exorabilizar ímprobo, pela valia do transgredir menoscabo do princípio da dignidade da pessoa humana, concomitantemente, ao dissipar do mínimo existencial; Supracitado, que se queda corroborado por Mendes e Branco(2014.), aos veredictos de truísticapreconização qualitativa educacional.

¹²MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

¹³CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

Nesse ponto, é interessante ressaltar o papel desempenhado por uma educação de qualidade na completa eficácia dos direitos políticos dos cidadãos, principalmente no que se refere aos instrumentos de participação direta, como o referendo e o plebiscito. Isto porque as falhas na formação intelectual da população inibem sua participação no processo político e impedem o aprofundamento da democracia. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 675.)

Desse modo, colimando a indúbia valia axiomática educacional, não meramente a pairar como salvaguardo à psique; todavia, a tutelar e preconizar o próprio âmago do ser, sua essência humanitária – adignidade que lhe é tão cara, por tal, hegemônica ao arcabouço normativo, homogeneamente, imbuída aos aspectos principiológicos. Predicativando-se elemento indissolúvel a consecução de uma veraz subsistência, não se podendo por aposto, homiziar aos entes radicados ao arcabouço social; inobstantemente, sumariamente enferma, ao quedar-se abarcada por patologias deliberadas, subleva-se a educação brasileira. Se ao anafórico as senzalas, acresciam névoa a vexatória/funesta conjuntura nacional, por vogo, o império do capital, entrementes, a intentos sicálios, denega o brasear de literatura ou o censurar desse¹⁴, conquanto, procede de modo mais artífice, dilapidando/dissipando a educação, edificada à pátria; recôndita e tacitamente, chancela-se pela morosidade desinteressada, acrescida de uma velada, e precedentemente deliberada doutrinação da insipiência, a relegada *via-crúcis* brasileira, ao ratificar senzalas atemporais, predicando, por tal, o magno corromper da dignidade da pessoa humana, paulatinamente, ao venalizar do Estado Democrático de Direito.

¹⁴Alusão a cognominada “Grande Queima de 1933”, emergente de uma Alemanha despótica e arbitrária (Terceiro Reich.); perlongadamente ao jungir referencial, para com o *index librorumprohibitorum*, submergido da Igreja Católica Apostólica Romana, salvaguardando respectivas aspirações de perenes vernizes doutrinantes -sinalagmaticamente, intentavam a consecução de mitigar ideias.

Considerações finais

O escopo do respectivo artigo fora ponderar um prisma aos tocantes dos reflexos de um Brasil (basilarmente) escravista, frente ao hoje; às cicatrizes sociais que tal fenômeno propiciou, permeadas ao âmago Estatal; e a vultiva comutação do fenômeno esclavagista, ao estreito do presente – culminando a uma furtiva doutrinação da insipiência.

Destarte, sendo o outrora indubitavelmente fulcro para o catafórico; o vogo, consequentemente, trata-se de espelhar oriundo, e por tal, nascente de edificações antepostas; não podendo o Brasil, seccionar-se de seu pretéritoescravagista. Aclivando cá, a história a apêndice indissolúvel, permeado ao fenômeno Estatal. Outrossim, abstrai-se que, se os fulgores do outrora, resplandecem como infactíveis quiméricosface ao hoje, as ignobilidades, por sua vez, consequentemente, bebem de mesma fonte; desse modo, se perenes são as venturas, imorredouras fazem-se as desditas.

Tais concernesliamam-se junto a sociedade; até converterem-se em bálsamo ao brio – aclivando conjuntura ao heráldico, ou concebendo cálida e irrequieta cicatriz. “*Verum ac factumconvertuntur*”⁵. Entrementes, supracitado jungir, procede por edificar morada ao imo social em vacância; não podendo mais, em sua condição, sofrer esbulho, ou quaisquer intentos de secção.

Tal dá-se com o Brasil, que ora fora submetido a venal exploração por parte de seu genitor, ora explorara laboralmente os antepassados, em rigor seus semelhantes, alcunhados e tratados por *res* – absconditando-lhes a “qualificadora” de seres humanos, incidindo a esses, predicativos de apêndices. Ademais, há anteposta valia menoscaba beneficiaria à “*pater pátria*”, comuta-se junto a desassossegada sociedade para o estreito do presente; se as amareladas laudas apresentam respectiva ação vilipendiosa emergida de fugaz “família”, as níveas laudas do vogo trazem à luz,

⁵Brocardo: Colima-se, pois, “O verossímil e o factual convertem-se.”.

qual pirilampos ao breu, uma exploração deleitosa por parte dos epitetados “*primus inter paris*” radicados no arcabouço dareferente democracia representativa brasileira. Daí o elevar/aclivar oportuno da insipiência ao aspirar seu “império”; abscondito do conhecimento, o homem perece ao extremo verdor do irresoluto, e procede por sucumbir ao estreito lacunar do mero aprazível; aprazível, que por sua vez, culmina a edificar soberania, emanando da referente virulência: a temeridade ao erro, a aversão ao perquirir, o atônecer fita à inquirição, a negação ao verossímil, e a vexação ao dissonante.

Inobstantemente, pode-se prismar que, às sombras do reputado veterano teatro de variedades, alteram-se as “*personas*”¹⁶, epítetos, e cortinas, todavia sumariamente jamais o enredo. Destarte, o mesmo Brasil, que outrora fora subdividido entre “casa grande” e “senzala”; hoje, faz-se abarcado por homogeneidade jurídica singular, emergente dos mecanismos normativos vigentes. Conquanto, prossegue seu penar pungente, estando sobrepujado por “senzalas atemporais”, agora críptadas por uma – premeditada, deliberada, e quimérica insipiência.

Referências

- ADORNO, Theodor W; HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento: Fragmentos Filosóficos**. Tradução Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.
- BAUMAN, Zygmunt. **Sociedade individualizada: Vidas contadas e histórias vividas**. Tradução José Gradel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- BECKER, Ernest. **A negação da morte**. Tradução Luiz Carlos do Nascimento Silva. Rio de Janeiro: Editora Record, 1973.

¹⁶Cá dá-se pelo sema primaz, como elucida Gonçalves (2016, p. 98) “A palavra pessoa (do latim persona) começou a ser usada na linguagem teatral da antiguidade romana no sentido, primitivo, de máscara. Esta era uma persona, porque fazia ressoar a voz de uma pessoa.”.

BIBLIOTECA NACIONAL. **Para uma história do negro no Brasil**. Rio de Janeiro: Biblioteca Nacional, 1988.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola. PASQUINO; Gianfranco. **Dicionário de política**. 11.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

_____. **Os intelectuais e o poder: dúvidas e opções dos homens de cultura na sociedade contemporânea**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora UNESP, 1997.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiro, 2004.

_____. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução Maria Helena Kühner. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

_____. **O poder simbólico: Memória e sociedade**. Tradução Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. Congresso Nacional. Constituição da República Federativa do Brasil (1988.). In: CÉSPEDES, Livia; ROCHA, Fabiana Dias da. (Org.). **Vademecum Saraiva**. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 4-65.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.484 - Distrito Federal**. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília: STF, 21/08/2001. DJ, 2001. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14819200/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1484-df-stf>>. Acesso em: 18 de Ago. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FREBvre, Lucien. **Combates pela história**. Lisboa: Editorial Presença, 1989.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2016.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Casagraf, 2007.

_____. O que é esclarecimento? In _____. **Textos seletos**. Tradução Floriano de Sousa Fernandes. Petrópolis: Editora Vozes, 1985. p. 100-117.

KOK, Glória Porto. **A escravidão no Brasil colonial**. São Paulo: Saraiva, 1997.

MALHEIRO, Agostinho Marques Perdigão. **A Escravidão no Brasil: Ensaio Histórico-Jurídico-Social**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1866.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. Tradução de Fulvio Lubisco. São Paulo: Jardim dos livros, 2007.

MARSHALL Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.

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

MÉSZÁROS, István. **Educação para além do capital**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PALLIERI, Giorgio Balladore. **Dirittocostituzionale**. 4. ed. Milano: Giuffrè, 1955.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social: Princípios do direito político**. Tradução Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martin Fontes, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

TEIXEIRA, Anísio. **Educação é um direito**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 1996.

VICENTE, Jacson Bacin. A desumanização de direitos através da reificação: o não reconhecimento do outro. In: Clovis Gorczewski. (Org.). **Direitos Humanos e Participação Política**. 1. ed. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2015, v. VI, p. 505-517.