

COORDENADORA GERAL E ORGANIZAÇÃO  
DRA. SARA BERNARDES



revista  
**Superior  
de Justiça**

---

VOLUME 9 - OUTUBRO, 2018

---

**ES  
JUS**  
ESCOLA SUPERIOR  
DE JUSTIÇA



REVISTA SUPERIOR DE JUSTIÇA

**Diretora Fundadora:**

Sara Maria Alves Gouveia Bernardes

**Coordenação Científica**

Sara Maria Alves Gouveia Bernardes

Joaquim José Miranda Júnior

Cilas Bernardes Rosa

Eugenio R. Zaffaroni

Ricardo Rabinovich-Berkman

Raphael Silva Rodrigues

Enrique Coscarelli

Amélia Imbriano

José Luis Fliguer

Kaminsky Mello

Manoel Felizardo

Mario Secchi

Nicolás Rodríguez León

Monica Pinto

Marta Biagi

Teodora Zamudio

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

Eduardo Sisco

Manuel Vial Dumas

Javier Baños

**Conselho Editorial:**

Sara Maria Alves Gouveia Bernardes

Joaquim José Miranda Júnior

Cilas Bernardes Rosa

Francis Albert Cotta

Josinaldo Leal

Manoel Felizardo

Thiago Perez

Valéria Fernandes



**Pareceristas:**

Sistema IESLA Double Blind Peer Review

Luis Fernando Pires Machado (DF); Sara Maria Alves Gouveia Bernardes (MG); Joaquim José Miranda Júnior(MG); Raphael Silva Rodrigues(MG); Amélia Imbriano (AR); Alberto Rodríguez Blanco(AR); Nicolás Rodríguez León(AR); José Luis Fliguer(AR).

Editor Responsável:

Dr. Cilas B. Rosa

Diagramação e Revisão Textual:

Amanda Gama

**2018 Editora Edições Superiores**

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, e videográficos. (Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Av. Miguel Perrela, 698 - Castelo - Belo Horizonte /MG CEP: 31.330-290

<http://edicoessuperiores.com.br/>

Impresso no Brasil/ Printed in Brazil

Os trabalhos divulgados nesta edição são de responsabilidades exclusiva dos autor

R454

Revista Superior de Justiça. / Belo Horizonte: ESJUS– Escola Superior de Justiça– v. 1, Abril. 2001 – Belo Horizonte: Edições Superiores, 2018.

v. 9, n. 1, Out. 2018.

ISSN:2236-2355

Bilíngue: Português e Espanhol

1. Direito. 2. Leis. 3. Jurídico



# PREFÁCIO

É sempre desafiador redigir uma apresentação, um prefácio, para uma revista tão requisitada como esta.

Desafiador o é, também, porque esse periódico costuma juntar trabalhos de diferentes tipos e temáticas diversas em razão da abrangência dos temas trabalhados por distintos alunos inscritos nos mestrados e doutorados através da ESJUS-IESLA. Essa edição permitiu aos alunos a possibilidade de desenvolverem suas temáticas em área de concentração livre, razão da disparidade temática.

Para introduzir ao amigo leitor, portanto, tenho matérias variadas.

As características dos trabalhos diferem, sendo uns de pesquisa, outros de exposição, outros de defesa de uma ideia, sem que tal diversidade (que, como adiantávamos, faz ao miolo de toda boa obra coletiva) gere qualquer prejuízo à qualidade do fascículo em si. Ao contrário, em realidade, de fato o enobreça mais, desde que a riqueza maior reside, segundo creio, na coexistência em multiplicidade, e não na monotonia da semelhança.

Sabe-se que uma boa universidade exige dos que aspiram ao título doutoral publicações acadêmicas, em número sequer de uma por ano, preferivelmente envolvendo trabalho de pesquisa com resultados originais.

Eis aqui, portanto, mais um fruto gerado por brilhantes mestrados e doutorandos através de nossa prestigiosa casa de saberes.

Todos os trabalhos foram analisados e avaliados pelos membros do Conselho Editorial e, até mesmo, por um dos distintos doutores avaliadores membros do nosso Banco de Avaliadores Ad hoc. Após rigoroso julgamento foram considerados aptos à publicação em nosso periódico semestral.

“A leitura engradece a alma” disse Voltaire.

Neste raciocínio, apresentamos a você, caro leitor e autor, o 9º volume da Revista Superior de Justiça. São 15 artigos e 20 autores que trouxeram com exclusividade ao meio acadêmico assuntos inovadores. Apresentamos o artigo de autoria de: Aparecida Chiodi Pesamosca, Carla Rita Brachi Silveira e Mônica Chiodi Pinto, com o artigo *“Migração Mundial de trabalhadores e a influência no mundo do Trabalho”*, o de Aurizan de Souza Ferreira e Felipe Rossi de Andrade com o tema: *“O papel das câmaras de vigilância no Direito Penal”*, o de Bárbara Fuzário com o *“Aumento da criminalidade no Brasil”*, também o de Bruna Rosa Corrêa com *“Estabelecimento empresarial: como objetivo de direito e negócios jurídicos”*, o de Cláudia Maria Ferreira Rodrigues com o artigo em Espanhol *“Tipicidad Material del Artículo 229 del Código Penal Brasileño”*, Clécio Arthur Vasconcelos Valadares com a *“Inobservância do Princípio da Dignidade da pessoa humana nos presídios femininos Brasileiros”*,



a autora Eliane Fernandes do Lago Corrêa com a *“Análise Crítica da medida Socioeducativa de Internação e a Doutrina da Proteção Integral”*, o artigo de Everson Assumpção *“A construção histórica dos Direitos Sociais Fundamentais”*, Haneron Victor Marcos apresentando os *“Oitenta anos de Divinis Redemptoris: A consolidação do Anticomunismo Católico”*, a autora Laís Ferreira Simões de Paiva com a *“Admissibilidade de sentença contrária ao direito positivo infraconstitucional”*, trouxemos também o artigo de Maria Rômulo Calado de Souza com a *“A força vinculante da decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas”*, o artigo em coautoria por Raphael Silva Rodrigues, Renato Toledo da Cunha, Ricardo Henrique Carvalho Salgado, *“A superação do dualismo Kantiano Noumenon e fenômeno por Hegel”*, o artigo de Rodrigo Tita, *“O efeito confiscatório do ITCMD no momento do inventário e da partilha dos bens”*, o de Simone de Fátima Ferreira Sá com o *“Trabalho análogo ao escravo no Brasil contemporâneo: aparato normativo e suas interfaces na perspectiva do direito do Trabalho”*, e também o de Valdeci Ataíde Cápua com a *“Dispensa de licitação em casos de emergência “fabricada”*.

Enumerados estão, portanto, os frutos alvissareiros desse número da renomada Revista Superior de Justiça.

Com orgulho, faço votos de boa leitura!

**Dr<sup>a</sup> Sara M. A. G. Bernardes**  
*Presidente do Conselho Editorial*





# Revista

SUPERIOR DE JUSTIÇA

*BELO HORIZONTE  
OUTUBRO  
2018*











# SUMÁRIO

|   |     |
|---|-----|
| MIGRAÇÃO MUNDIAL DE TRABALHADORES E A INFLUÊNCIA NO MUNDO DO TRABALHO<br><i>Aparecida Chiodi Pesamosca</i><br><i>Carla Rita Brachi Silveira</i><br><i>Mônica Chiodi Pinto</i> | 15  |
| O PAPEL DAS CÂMARAS DE VIGILÂNCIA NO DIREITO PENAL<br><i>Aurizan de Souza Ferreira</i><br><i>Felipe Rossi de Andrade</i>  | 29  |
| AUMENTO DA CRIMINALIDADE NO BRASIL<br><i>Bárbara Fuzário</i>  | 43  |
| ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL:<br>COMO OBJETO DE DIREITO E NEGÓCIOS JURÍDICOS<br><i>Bruna Rosa Corrêa</i>   | 55  |
| TIPICIDAD MATERIAL DEL ARTÍCULO 229 DEL CÓDIGO PENAL BRASILEÑO: LESIVIDAD Y PROPORCIONALIDAD <b>(ESPAÑOL)</b><br><i>Cláudia Maria Ferreira Rodrigues</i>                      | 71  |
| INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NOS PRESÍDIOS FEMININOS BRASILEIROS<br><i>Clécio Arthur Vasconcelos Valadares</i>                                    | 87  |
| ANÁLISE CRÍTICA DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO E A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL<br><i>Eliane Fernandes do Lago Corrêa</i>  | 103 |
| A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS<br><i>Everson Alexandre de Assumpção</i>   | 121 |
| OITENTA ANOS DE DIVINIS REDEMPTORIS: A CONSOLIDAÇÃO DO ANTICOMUNISMO CATÓLICO<br><i>Haneron Victor Marcos</i>   | 135 |

ADMISSIBILIDADE DE SENTENÇA CONTRÁRIA AO DIREITO  
POSITIVO INFRACONSTITUCIONAL

*Lais Ferreira Simões de Paiva*

147

A FORÇA VINCULANTE DA DECISÃO PROFERIDA NO INCIDENTE DE  
RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

*Mário Rômulo Calado de Souza*

165

A SUPERAÇÃO DO DUALISMO KANTIANO  
NOUMENON E FENÔMENO POR HEGEL

*Raphael Silva Rodrigues*

*Renato Toledo da Cunha*

*Ricardo Henrique Carvalho Salgado*

187

O EFEITO CONFISCATÓRIO DO ITCMD NO MOMENTO DO INVENTÁRIO  
E DA PARTILHA DOS BENS

*Rodrigo Tita*

197

TRABALHO ANÁLOGO AO ESCRAVO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO:  
APARATO NORMATIVO E SUAS INTERFACES NA PERSPECTIVA DO DIREITO  
DO TRABALHO

*Simone de Fátima Ferreira Sá*

211

DISPENSA DE LICITAÇÃO EM CASOS DE EMERGÊNCIA "FABRICADA"

*Valdeci Ataíde Cápua*

235



# REVISTA SUPERIOR DE JUSTIÇA

## V.9





# MIGRAÇÃO MUNDIAL DE TRABALHADORES E A INFLUÊNCIA NO MUNDO DO TRABALHO

*Aparecida Chiodi Pesamosca<sup>1</sup>*

*Carla Rita Brachi Silveira<sup>2</sup>*

*Monica Chiodi Pinto<sup>3</sup>*

## RESUMO

A migração faz parte da construção social de todos os territórios estatais, priorizada pelo estímulo de desenvolvimento econômico em atividades agrícolas e industriais. O principal elo de motivação à migração advém da busca humana pela integração social por meio do seu próprio trabalho, instituída com o propósito da troca de mercadorias e da necessidade de consumo. A imigração de italianos e espanhóis, posteriormente de asiáticos é a base estrutural social e econômica da República Argentina com registro de imigração no início da formação do Estado e com a migração interna após a oportunidade de desenvolvimento comercial industrial e agrícola, atraídos pela necessidade de mão de obra. No Brasil, o marco ocorre na migração de portugueses no início da descoberta do território em 1500, estando presente o número elevado de imigrantes africanos, forçados pelo regime escravocrata e, posteriormente por migrações internas, principalmente das regiões sudeste e nordeste pela oportunidade de desenvolvimento agrário e necessidade de mão de obra na era industrial passando pela influência imperialista e período colonial. A motivação à migração se dá pela busca de desenvolver-se socialmente, melhor qualidade de vida e refúgio político. Na contemporaneidade devem-se considerar os desafios que os estrangeiros têm enfrentado para adentrar o país e reconstruir suas vidas, mas encontram dificuldades pela burocratização, estigmas e discriminação, por ser decorrente, na atualidade, a imigração em grande parte do Haiti, o que torna vítimas pela vulnerabilidade e necessidade de integrar-se ao meio social por meio do trabalho, abrindo portas para a atuação dos “coiotes” responsável pela exploração e redução de trabalhadores

---

1       Doutoranda em Ciências Jurídicas. Mestre em Direito do Trabalho e Relações Internacionais de Trabalho. Especialista em Gestão Escolar. Graduada em Pedagogia. Advogada, Escritora, Direito da Métodos Soluções Educacionais, Diretora Administrativa e Financeira na prestação de Assessoria e Consultoria de Gestão de Municípios no Estado de Mato Grosso.

2       Doutoranda em Ciências Jurídicas. Mestre em Direito do Trabalho e Relações Internacionais de Trabalho. Especialista em saúde do trabalho com ênfase no ambiente do Trabalho. Escritora. Advogada sócia na Advocacia Marlon em Ilhéus Bahia. Docente Universitária de Direito do Trabalho na Universidade Madre de Thais em Ilhéus - BA. Conselheira do Comitê de Ética e Disciplina da OAB-BA.

3       Mestranda em Ciências Jurídicas. Advogada Especialista em Direito Penal e Processo Penal. Escritora. Diretora da IMEC – Instituto de Métodos e Pesquisas Científicas.

a condições análogas à de escravo. O presente trabalho se desenvolveu por pesquisa bibliográfica e documental, com o intuito de levantar questões importantes a serem repensadas para a estruturação de políticas públicas com o fim de conceder direitos aos estrangeiros, principalmente aos refugiados.

**Palavras-chave:** Imigração; Migração; Trabalho.

## ABSTRACT

The migration is part of the social construction of all State territories, prioritized by the stimulation of economic development in agricultural and industrial activities. The main link of motivation for migration comes from the human search for social integration by means of your own work, created with the purpose of exchange of goods and the need for consumption. The immigration of Italians and Spaniards, later of Asians is the structural social and economic base of the Republic Argentina with immigration record at the beginning of the formation of the State and the internal migration after commercial development opportunity industrial and agricultural, drawn by the need for labor. In Brazil, marco occurs on Portuguese migration at the beginning of the discovery of the territory in 1500, and the high number of African immigrants, forced by the slave regime and later by internal migration, especially of the regions Southeast and Northeast for the opportunity to land development and need of manpower in the industrial age through the influence of imperialism and colonial period. The motivation for migration if you give the search to develop socially, better quality of life and political refuge. In contemporary times should consider the challenges that foreigners have faced to enter the country and rebuild their lives, but encounter difficulties by bureaucratization, stigmata and discrimination for being due, the immigration in large parts of Haiti, which makes victims by the vulnerability and the need to integrate the social environment through the work, opening doors to the performance of the “coyotes” responsible for exploitation and reduction of workers to conditions analogous to slavery. The present work was developed by bibliographical research and documentation, in order to raise issues of importance to be reconsidered for the structuring of public policies with the order to grant rights to foreigners, mainly to refugees.

**Keywords:** immigration; Migration; Job.



## INTRODUÇÃO

É certo que o homem busca a definição de sua existência e seu lugar na sociedade desde o início das civilizações. Com ânsia de viver com fartura, gozar dos prazeres que a vida lhe oferece e aventurar-se nas descobertas que o mundo pode lhe proporcionar.

Esta visão se alargou com a revolução tecnológica que universalizou os meios de comunicação e de relações que passaram do doméstico e alçaram voos mais altos, nos territórios internacionais.

As relações de trocas comerciais e da prestação de serviços perderam a sua natureza primitiva no decorrer dos séculos, e tornou a força de trabalho mais barata, promíscua e precária, reflexo da má distribuição de riquezas, violação de direitos e garantias fundamentais que assombra a humanidade.

A evolução dos meios tecnológicos de comunicação e segmentação de mercado não foram suficientes a alterar os efeitos sociais e suas transformações, trazendo em seu bojo problemas seculares de imposição do valor atribuído a força de trabalho, apenas pelo objeto de sua liquidez e não às condições de dignidade humana.

Houve um tempo em que o homem foi reduzido a objeto de troca, assim como a comercialização de produtos diversos, equiparando-se a mera matéria prima por dispor de sua mão de obra, força de trabalho, pelo direito à vida subumana em senzalas (Brasil), em cativeiros, em verdadeiras gaiolas ou “fazendas flutuantes” (mar de bandeiras que arvoram sua nacionalidade de acordo com o registro de viação), que retratam as condições análogas à de escravo que foram escritas na história, junto à evolução dos territórios consagrados de Estado (País).

Notório é o processo contínuo da manifestação do homem que detém o poder em não se submeter aos limites da dignidade humana daquele que lhe é subordinado, mantendo na atualidade formas de exploração de trabalho, ainda hoje em trabalho escravo.

A migração de povos trouxe junto à busca por melhores condições de trabalho, o movimento e a miscigenação entre os povos, - fato social que influenciou dentre a diversidade migratória a construção do território Argentino, influenciando, também na norma jurídica e sua adequação a cada época, e manifestação de seus detentores de direito e de força para reivindicar que seja aplicado a sua individualidade e coletividade, normas de conduta que lhes protegem de qualquer forma de discriminação, exploração e ausência de dignidade sobreposta à pessoa do trabalhador.

O principal elo de motivação de migração é associado ao mundo do trabalho, aos interesses de explorar novas culturas e, nos casos extremos abrigo político de seres humanos que se encontram em estado de calamidade, em países com concentração de conflitos políticos, econômicos e sociais.

A migração na contemporaneidade tem ganhado destaque com os últimos acontecimentos que expõem seres humanos em busca de nova realidade por terem a ineficiência estrutural de seu Estado em constante guerra, em violação de direitos fundamentais e não assegurar os direitos sociais como ocorre na Síria.



Os efeitos da migração de estrangeiros e de migrações nacionais necessitam de pesquisa e estudos que busquem refletir sobre a realidade emergente e os conflitos que advêm desta realidade vivenciada nos países receptores de imigrantes e dos problemas que são advindos da migração nacional.

O presente estudo versa sobre a migração no mundo e migração nacional, abordando de forma crítica as influências que decorrem do deslocamento geográfico humano, as oportunidades para prática de exploração de trabalho e sua precarização, bem como o papel que essa prática vincula a estruturação social dos países ou do estado que acolhem os fluxos migratórios.

## HISTÓRIA DA MIGRAÇÃO MUNDIAL

A migração mundial teve seu impulso em destaque a partir do início do século XIX ao XX, nas Américas (Brasil-Argentina) com as transformações sociais, econômicas e pelo nascedouro da indústria que ganhou espaço e foi revolucionária na vida de todos, universalmente, considerando que os efeitos da revolução industrial alcançaram territórios além da Inglaterra (precursora da Revolução Industrial com início no século XVI), mesmo que seu início mais importante tenha originado deste.

A influência da Revolução Industrial transformou a visão sobre a forma gerir e administrar por seu novo processo produtivo que acelerou o tempo de fabricação de produtos e diminuiu seu valor, considerando que os trabalhadores, que antes se faziam indispensáveis, passaram a ser demitidos, iniciando o vulto de pessoas vítimas do desemprego.

Neste período iniciou-se fortemente a era do capitalismo, por ser a Revolução Industrial financiada por classes burguesas que passam a controlar o comércio, nascendo o trabalho precário e a conhecida terminologia proletariado.

Efeito desencadeado pelo método industrial fez com que muitos Europeus, desempregados, migrassem para outros países como as de limítrofes nas Américas, que se encontrava em fase de exploração.

O deslocamento populacional por migração, emigração e imigração ocorreu e ocorre na sua modalidade na forma interna e externa, variando de acordo com a época, interesses e motivos que estimulam sua ocorrência.

A engrenagem que move o ciclo migratório é a mesma que deu sua origem a busca pela sobrevivência com a venda de sua força de trabalho, desencadeando problemas socioeconômicos que refletem na estrutura social e econômica ainda hoje.

A migração em escala internacional ocorre de países da Europa e da África, no entanto, os africanos eram obrigados à migração por serem equiparados a mercadoria, mero objeto, assim eram comercializados, iniciando a cultura da prática discriminatória, exploratória e de tráfico humano.



Há que se observar que a migração não se refere apenas a de estrangeiros, sendo o deslocamento feito dentro do próprio território nacional, de um estado para outro.

## MIGRAÇÃO NO BRASIL

Foram os portugueses os precursores da migração no Brasil no ano de 1500, influenciando a exploração do País e instituindo o Império com o incentivo de investimento de países da Europa, estando presente a migração forçada com o tráfico de Africanos.

No período posterior a Abolição dos escravos, com a necessidade de mão de obra, italianos foram incentivados pelo governo brasileiro a virem ao Brasil para cultivar as plantações de café (São Paulo) e de uva (Estados do sul).

O governo não se interessou em ter a mão de obra dos africanos, deixando-os livres, porém sem recursos para sobreviverem, nascendo problemas sociais, culturais e de inferiorização dos negros, que se alastraram na história ligada ao preconceito, a redução à miséria levando a sobreviverem nas classes sociais mais baixas.

Os imigrantes italianos reduziram e romperam com o caminho migratório pela divulgação de relatos das condições de exploração no trabalho, realizadas no Brasil, fazendo com que diminuísse o fluxo migratório.

Por ser um país em desenvolvimento, o Brasil atraiu ao longo da história a migração de vários territórios internacionais, atraindo ainda hoje, empresas e estrangeiros que imigraram ao Brasil com a intenção de investir, trazendo imigrantes que se deslocam de países altamente desenvolvidos e industrializados, que vêm até o país buscar oportunidades de destaque em seus investimentos econômicos, restando a migração de brasileiros apenas para aqueles que possuem talentos de investimento que interessa países no exterior.

No Brasil a migração interna teve maior impulso, iniciado no século XX, mas com ênfase no século XXI, onde, os principais estados com maior número de migração e deslocamento populacional, com origem de migração, em maior número são: São Paulo, Paraná e Minas Gerais que de acordo com os dados levantados pelo IBGE <sup>4</sup> dobrou o número de imigrantes vindos em grande número dos Estados Unidos (51.933) e do Japão (41.417), chegando a 87% comparados ao ano de 2000 a 2010. Os países como Bolívia, Paraguai e Argentina, concentram as estatísticas de migração enquanto imigrantes registrados pelo Censo Demográfico, no entanto em menor quantidade e não chegam a comparar ao número de imigrantes dos dois primeiros países citados.

---

4 Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. Ano: 2010.



De acordo com os dados do Instituto das Migrações de Direitos Humanos (IMDH)<sup>5</sup>, o número de Haitianos permanentes, acolhidos como refugiados é de 43.871 (mil), imigrantes que chegam de seu país a procura de melhores condições sociais. O Brasil acolheu os refugiados e está na tentativa de buscar incluí-los na sociedade, com a promoção do curso de português (a Universidade de Brasília vem investindo neste sentido), com a busca pela documentação, já que na maioria dos casos, devida a condição precária acabam extraviando passaportes e documentos pessoais, além de muitos serem vítimas de oportunistas a procura da mão de obra barata ou até mesmo ao tráfico de seres humanos, se apropriando da sua documentação.

## MIGRAÇÃO NA ARGENTINA

Na Argentina o direito é considerado como decorrente da necessidade e das várias transformações sociais que integram a sociedade, concretizada por seus indivíduos ao longo do início e do estado em que a sociedade se encontra hoje. Os aspectos sociais, a necessidade de regulamentar o direito decorreu principalmente das formas de trabalho que ocorriam e ocorrem de acordo com as influências de cada época.

Sua principal mudança ocorreu no fim do século XIX e começo do século XX, quando a influência da revolução industrial chegou até o país. Neste momento foi necessário trazer características do convívio das relações sociais para aplicação nas relações de trabalho.

A grande preocupação com o número de imigrantes de vários países resultou na miscigenação pela mistura dos povos que se concentraram na nação Argentina, para regulamentar o futuro social e político, as regras seguiram aquilo que se evidenciou como necessidade de regulamentação tanto em sua forma preventiva como na aplicação de sanção para aqueles que violaram e vêm a violar os direitos reconhecidos na sua universalidade e de acordo com os preceitos considerados fundamentais na própria constituição nacional Argentina.

No entanto, como nos demais países latino-americanos e também em vários territórios do mundo, as relações de trabalho sofreram grande influência por meio do desenvolvimento econômico, pela necessidade de produção após a Revolução Industrial com as máquinas e os trabalhos nas fábricas, transformando as relações de trabalho vinculadas, mais do que nunca aos rumos que a economia percorre.

Isto posto, onde uma nação foi formada por muitos imigrantes que imigraram de países, na maioria da Europa, o estado buscou fundar a sua essência constitucional baseado nos direitos que asseguram o desenvolvimento social e econômico pleno, mas que repudiam qualquer violação aos direitos humanos.

---

5 MINISTÉRIO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Lista de refugiados**. Imigração de Direitos Humanos. 2016.



Segundo Júlio Armando Grisolia<sup>6</sup>, quanto maior for a condição social e econômica, menor será a necessidade de proteção. Quanto menor for o poder aquisitivo, que resulta no estado de pobreza e de miserabilidade, maior será a necessidade de proteção concedida pelo Estado.

Destaca ainda, a necessidade de manter um trabalho com qualidade, com ausência de exploração e da precarização do trabalho para que o indivíduo possa se inserir e sentir parte integrante da sociedade.

No Direito do Trabalho Argentino, o instituto traz a valoração dos direitos sociais do trabalhador incluindo a necessidade de proteção aos aspectos da Previdência Social, trazendo no artigo 14 da Constituição Nacional, características que regem e apontam tal garantia fundamental da República Argentina, não havendo a codificação de uma lei trabalhista, mas várias leis que tratam em sua forma específica de assuntos voltados às relações do trabalho.

No país, por meio de reivindicações em greves trabalhistas e manifestações populares foi a cada dia sendo desenvolvida a legislação, hoje vigente, que ganhou o seu devido espaço por meio de lutas dos trabalhadores e de fatos que ocorreram no ambiente de trabalho causando o sentimento da necessidade de ter os seus direitos trabalhistas protegidos para que pudessem sentir-se dignos e pertencentes a uma nação que os reconhece como cidadãos.

A imigração para Argentina ocorreu com a venda de terrenos rurais com baixo custo, cuja finalidade rurícola era incentivada e de necessidade para o consumo de produtos alimentícios. A influência também veio de conflitos de guerra com Paraguai, da crise econômica e da estratégia política do governo Argentino ao convidar imigrantes de territórios da Europa para que viessem desenvolver a indústria e a economia no país.

Na década de 30, o país contava com a população de 30% de imigrantes na maioria italianos e espanhóis que tentavam investir no país, mas que a intenção era de mandar a sua renda para a família nos países de origem. Com o grande movimento e investimentos migratórios principalmente de indústrias, loteamentos de terra para a produção de alimento e com a volta dos imigrantes para seus países, o país Argentino passa por uma nova forma migratória e interna.

Com a diminuição do fluxo de imigrantes e com o desenvolvimento desta indústria, bem como da propriedade agrícola, a migração interna passou a existir com a busca por empregos nos centros urbanos e rurais. A sociedade Argentina foi fundada com influências migratórias que tem seu marco migratório externo e interno pela característica de busca pela exploração de investimento em novos comércios, tanto o rural quanto o de produtos industriais.

---

6 GRISOLIA, Júlio Armando. **Manual de Derecho Laboral**. Ciudad autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perot, 2015.

## PRINCIPAL MOTIVAÇÃO A MIGRAÇÃO

De acordo com as estatísticas da *Eurostat Statistic Explained*<sup>7</sup>, - em observatório por quantidade de migrantes com registro de nacionalidade no país, identificam o motivo propulsor, como principal estímulo a saída de território, com gozo dos direitos nato de cidadão nacional, para aventurarem-se em países desconhecidos, influências de precariedade no desenvolvimento básico humano, referente a critérios de influência social de seus países, estruturas política, ideologias que regridem as condições de prosperidade de seus nacionais.

*Migration is influenced by a combination of economic, political and social factors: either in a migrant's country of origin (push factors) or in the country of destination (pull factors). Historically, the relative economic prosperity and political stability of the EU are thought to have exerted a considerable pull effect on immigrants.*<sup>8</sup>

Os destinos mais cobiçados são os de países da União Europeia, pela estrutura que atraem imigrantes com a oferta de elevado número de vagas de emprego, pela necessidade dos Europeus em conseguir empregados, oferecem a disponibilização desta, que reduz a valoração da força de trabalho, mas pelo “sonho e acesso aos demais destinos dentro da Europa”, cada vez mais, imigrantes arriscam suas vidas em busca da prosperidade e efetivação da função social do trabalho.

Nas mídias: televisionada, redes sociais e canais de comunicação com abrangência mundial, os noticiários evidenciam seres humanos que se submetem condições de risco para adentrar em países considerados desenvolvidos e que possibilitam a vida com dignidade de direitos que seus países de origem não podem ou se negam a lhes garantir.

A motivação é sempre apontada com características semelhantes para todo o território, de onde vêm esses imigrantes, a busca pela vida que pode ter nesses países, dificuldade na política ditadora ou omissão, desastres naturais e condições de saneamento básico, saúde, educação reduzidos à utopia de uma nação garantidora dos mais importantes direitos à humanidade.

A migração faz parte da construção social de todos os territórios estatais, priorizada pelo estímulo de desenvolvimento econômico em atividades agrícolas e industriais. O principal elo de motivação a migração advém da busca humana pela integração social por meio do seu próprio trabalho, instituída com o propósito da troca de mercadorias e da necessidade de consumo.

As imigrações de italianos e espanhóis posteriormente de asiáticos são a base estrutura social e econômica da República Argentina com registro de imigração no início da formação do Estado e com a migração interna após a oportunidade de desenvolvimento comercial industrial e agrícola, atraídos pela necessidade de mão de obra.

7 EUROSTAT STATISTICS EXPLAINED. **Migration and migrant population statistic**. Ano de referência: May 2016.

8 EUROSTAT STATISTICS EXPLAINED. **Migration and migrant population statistic**. Ano de referência: May 2016.

No Brasil, o marco ocorre na migração de portugueses no início da descoberta do território em 1500, estando presente o número elevado de imigrantes africanos, forçados pelo regime escravocrata e, posteriormente por migrações internas, principalmente das regiões sudeste e nordeste pela oportunidade de desenvolvimento agrário e necessidade de mão de obra na era industrial passando pela influência imperialista e pelo período colonial. A motivação a migração se dá pela busca de desenvolver-se socialmente, ter uma melhor qualidade de vida e refúgio político.

Atualmente, a migração nacional tem sido motivada no Brasil pelo desemprego, já na Argentina não há influência desta questão, por sua vez, a imigração para o primeiro país tem decorrido de conflitos políticos, na maior parte, refugiando-se no país e para o segundo, o fluxo migratório se concentra em peruanos, bolivianos e paraguaios que buscam trabalho junto aos grandes centros como Buenos Aires, geralmente em hotéis e segmentos de turismo. Outro fator motivacional é a atração por estudo no país, havendo grande concentração de brasileiros e angolanos, também por ter sido a Argentina, destaque na qualidade de vida.

No entanto, em notícia divulgada pela Opera Mundi<sup>9</sup> desde o ano de 2004 até 2009, o aumento de imigrantes chegou a 489%, sendo atraída pelo acesso a facilidade da língua, por estudos e em grande concentração de imigrantes dos países vizinhos, considerando ainda que o país concede benefícios de residência editada no acordo do MERCOSUL.

### **Efeitos sociais, econômicos e políticos do trabalho de Migrantes na contemporaneidade**

O trabalho representa a troca da força de trabalho pela remuneração, salário ou o valor pago ao trabalhador para que preste os serviços em função de uma organização empresarial ou àquele que detém a mão de obra.

Já nas primeiras relações de trabalho, o valor dado ao ser humano passou por transformações e mudanças de ideologia sobre o que deveria ser garantido para a não exploração e para concedê-lo um labor justo, humanitário e com função que vincula ao desenvolvimento social, cultural e principalmente econômico, pois nos conflitos apresentados por transformações no mundo do trabalho, esteve presente a exploração e a atribuição à valoração do ser humano, chegando a escravidão em tempos antigos e ainda, se evidenciando esta modalidade para àqueles que não sabem limitar e atribuir o valor da força de trabalho e tratam esta relação com fins de lucratividade.

O contrato de trabalho é formalizado entre contratante e contratado pela troca de sua força

9 OPERA MUNDI. Em cinco anos, Argentina aumenta em 489% concessão de vistos de residência para estrangeiros. Luciana Taddeo | Buenos Aires - 28/07/2010. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/5306/em+cinco+anos+argentina+aumenta+em+489+concessao+de+vistos+de+residencia+para+estrangeiros.shtml>>. Acesso em: 09 de Outubro de 2016.





laboral por valor atribuído em forma de salário ou remuneração, mediante cláusulas expressas que regulamentam este acordo entre as partes.

Nasce a relação emprego, - uma das características comumente utilizadas entre migrantes e aqueles que acolhem e lhes dão oportunidade de trabalho no país que os recebe, através do contrato de trabalho.

“É a esse estado de anomia que devem ser atribuídos, como mostraremos, os conflitos incessantemente renascentes e as desordens de todo tipo de que o mundo econômico nos dá o triste espetáculo. Porque, como nada contém as forças em presença e não lhes atribui limites que sejam obrigados a respeitar elas tendem a se desenvolver sem termos e acabem se entrecrocando, para se reprimirem e se reduzirem mutuamente. (...) As paixões humanas só se detêm diante de uma força moral que elas respeitam. Se qualquer autoridade desse gênero inexistente, é a lei do mais forte que reina e, latente ou agudo, o estado de guerra é necessariamente crônico.” (DURKHEIM, VII: 2004, p. 4).

Um dos efeitos contemporâneos da migração que afeta e preocupa órgãos de fiscalização, Ministério do Trabalho e do Emprego, Ministério Público do Trabalho e órgãos incumbidos de poder/dever de aplicar a norma em abstrato aos fatos, representantes do estado na ordem jurídica e jurisdicional é o trabalho escravo contemporâneo ou redução a condições análogas a escravo.

Nos últimos anos, desde a década de 90, o resgate de seres humanos em condições forçadas, degradantes e subumanas trabalhando na forma explorada têm ganhado os noticiários e, é pauta de debate e mobilização universal.

Doutrinadores apontam esta realidade por motivações do capitalismo e de deficiências na estrutura básica de territórios em estados do Brasil e em crise mundial.

De acordo com o Ministério Público do Trabalho, o número maior de pessoas vulneráveis a exploração escravista são migrantes, sujeitos em situações clandestinas, com baixa escolaridade (em média dois anos apenas), jovens de 18 anos até a faixa etária de 44 anos (despertam maior interesse ao “gato” quando são de aparência forte e aspectos saudáveis), dependente químico (em especial álcool), dentre outros.<sup>10</sup>

De acordo com a OIT “Trabalhadores migrantes e outros grupos, tais como afrodescendentes e povos indígenas, por sua vez, são particularmente vulneráveis a esse tipo de exploração”.<sup>11</sup>

Os migrantes são atraídos por regiões onde há trabalhos esporádicos ou em fazendas de cultivo agrícola e do setor de exploração, porém, não se reduz apenas ao território rural, existindo em centros urbanos a exploração têxtil e outros segmentos, como no caso que ficou conhecido mundialmente da grife espanhola “Zara”.

10 Revista Labor. Ministério Público do Trabalho. p. 15.

11 OIT. Trabalho Escravo. 2016, p. 03.







As estratégias de empresas que suprimem a vida desses trabalhadores é a oferta de condições básicas, por assim dizer, como a busca pelo “sonho de viver bem” e ao deparar-se com seres humanos vulneráveis, em condições, muitas vezes de miséria, analfabetismo e dependência química, se aproveitam para ludibriá-lo com promessas de um trabalho que lhes proporcione tudo aquilo que ele deseja.

Na atualidade, um dos destaques dos efeitos da migração é advindo da tentativa de refugiados de guerra entrarem em países estrangeiros como forma de busca ao asilo político e não serem vítimas permanentes da supressão de seus direitos sociais, humanos, decorrente da crise política e em campos de guerra, mormente destacados por países como a Síria.

A problemática oportuniza aos traficantes de seres humanos a aproveitar do momento de refúgio para aliciar e conduzi-los a uma vida de exploração. A exploração no mundo do trabalho vai desde a prática de infrações até a prática de crimes contra a dignidade da pessoa humana devendo ser tratada com a verificação de todos os preceitos que envolvem esta relação de abuso entre as partes, bem como quando couber a sanção adequada.

O Protocolo de Palermo nasceu justamente como uma das ferramentas para combater, punir e regulamentar os crimes de tráfico de pessoas na jurisdição internacional, existindo ainda, o Estatuto de Roma que criou o Tribunal Penal Internacional.

Observa-se que com os efeitos sociais, influências decorrentes de conflitos políticos e de guerra, também são precursores para a motivação da emigração, influenciado diretamente na prevenção por meio de normas que tratam dos assuntos que se referem aos fatos sociais, assim sendo, os avanços na esfera do direito internacional e no direito do trabalho tem conquistado novos rumos.

No que toca ao direito humano da pessoa, a Corte tem abrangido a reivindicação de direitos que são condizentes da dignidade da pessoa humana e tratados na convenção americana de direitos humanos em matéria trabalhista, com a garantia de direitos sociais de todos, como o direito ao devido processo legal e o esforço da proteção de seus direitos violados em juízo.

Segundo Flávia Piovesan, a Corte internacional que trata dos direitos humanos tem concedido decisões, como nos casos envolvendo o Panamá em 2001 e o Peru em 2006, onde a dispensa arbitrária de quase 300 Trabalhadores foi julgada com a sentença de pagamento de indenização e reintegração desses trabalhadores, condenando ainda o estado por não assegurar os direitos sociais do Cidadão para que pudesse ter o acesso ao devido processo legal e a sua proteção judicial.

Hoje, a Declaração Americana dos Direitos Humanos universalizou sua proteção a aplicação da norma em abstrato diante dos fatos por tratar-se da emergente transformação e adequação a necessidade e aos conflitos sociais, econômicos e culturais que vem acontecendo, interferindo diretamente no direito interno de países, a fim de garantir que o ser humano possua uma vida com seus direitos assegurados e não a violação de tais direitos.



No Brasil os direitos sociais garantidos pela Constituição Federal em seu artigo 7º condizem à garantia tanto aos brasileiros natos como aos naturalizados e estrangeiros, havendo ressalva apenas para o último aos direitos políticos e ao reconhecimento de cidadania.

“A Corte endossa o dever jurídico dos Estados de conferir aplicação progressiva aos direitos sociais com fundamento no artigo 26 da convenção americana de direitos humanos especialmente em se tratando de grupos socialmente vulneráveis.”<sup>12</sup>

A convenção Americana de direitos humanos traz os preceitos fundamentais para a garantia dos direitos fundamentais inerentes ao ser humano, onde o estado possui o dever de aplicar progressivamente as redes sociais voltadas para cada situação específica, priorizando pelo desenvolvimento dos direitos como: saúde e segurança, educação e lazer de todos aqueles que são vulneráveis por sua condição social econômica ou política.

Outro fator importante a considerar são os casos de discriminação que ocorrem com os estrangeiros.

“Com base nos resultados de uma pesquisa etnográfica desenvolvida entre os anos de 2013 e 2015 com haitianos que vivem no município de Santo André (SP), Adriano Alves de Aquino Araújo e Adriana Capuano de Oliveira apontam que uma das frustrações dessa população é a questão 11 Caderno de Debates – Dezembro 2015 da discriminação por parte da sociedade brasileira em relação a negros, o que pode dificultar sua ascensão econômica e social – ascensão esta que, geralmente, é um dos objetivos do projeto migratório dos que chegam ao Brasil.”<sup>13</sup>

Os desafios enfrentados pelos imigrantes haitianos apresentam todas às nuances já citadas, a dificuldade de se estabelecer no país por serem estigmatizados tanto por sua cor, quanto por questões de serem estrangeiros, além de estarem vulneráveis aos “coiotes” que estão sempre na tentativa de lucrar com a situação de necessidade e fragilidade dos refugiados.

“[...] denunciaram a ineficácia da medida em sua tentativa de coibir a ação de “coiotes”, devido, por um lado às práticas burocráticas e administrativas para concessão do visto humanitário e, por outro, às promessas dos “coiotes” que lhes garantiam a chegada segura ao Brasil, bem como a obtenção de documentos, emprego e bons salários. Estas questões, segundo os autores, acabavam fazendo com que muitas pessoas ainda optassem pelo trajeto via fronteira terrestre, na região norte do País, expostas às redes de tráfico e contrabando humano.”<sup>14</sup>

12 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e à justiça internacional**. 4. ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 184.

13 INSTITUTO MIGRAÇÕES E DIREITOS HUMANOS – IMDH. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania**, v.10, n.10 (2015).

14 Op. Cit., 2015, p. 12.



A atuação dos “coiotes” acaba por lograr êxito diante da burocracia e morosidade constante nos processos de documentação legal, deixando margem para a atuação dos criminosos que manipulam o imigrante com a ilusão que ao pagarem, terão maior facilidade de entrada no país, acabando por se tornar reféns da exploração e por deixar nas mãos da organização criminosa seus documentos, levando a violação dos direitos humanos e minimizando as chances de se desenvolverem adequadamente e de forma lícita no país.

Na Argentina, a imigração vem enfrentando problemas por xenofobia dos argentinos, que na atualidade não estão recepcionando estrangeiros de bom grado, como o ataque reportado pelo Opera Mundi<sup>15</sup>, onde imigrantes foram atacados no clube Albariño. A motivação se funda na Usurpação social que vem em detrimento do número de imigrantes do Peru, Bolívia e principalmente do Paraguai, havendo o aumento do narcotráfico e de problemas políticos e sociais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A migração é um fenômeno mundial que integra o deslocamento de seres humanos para outros territórios com motivação, na maior parte, por mudanças estruturais de seu país, seja por desastres naturais, política, social, econômica, cultural, são as mais comuns. No entanto, diante da migração internacional, o estado tem discutido quais são as influências desses fluxos migratórios.

Um dos fatores que mais preocupam a sociedade civil são o acúmulo de estrangeiros em seu país pela ameaça a demanda de emprego diante da crise econômica que tem assolado tanto a Argentina como também no Brasil.

Na Argentina os problemas enfrentados são principalmente a xenofobia por argentinos considerarem que com a inserção de paraguaios, peruanos e bolivianos tem aumentado a “usurpação social”, sendo destaque o aumento do narcotráfico, precarização do trabalho, crescente vulnerabilidade de estrangeiros no país, destacando-se para a deficiência social e econômica.

Do ponto de vista positivo, a imigração no país traz novas oportunidades, mão de obra diversificada e o intercâmbio cultural.

Já no Brasil tem aumentado o número de haitianos após o desastre natural, onde um elevado número de pessoas buscaram refúgio no país.

No entanto, a maior preocupação é como acolher esses imigrantes e disponibilizar os direitos sociais que possa integrá-los na sociedade diante da burocratização e lacunas legislativas que não

---

15 OPERA MUNDI. Em cinco anos, Argentina aumenta em 489% concessão de vistos de residência para estrangeiros. Luciana Taddeo | Buenos Aires - 28/07/2010. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/5306/em+cinco+anos+argentina+aumenta+em+489+concessao+de+vistos+de+residencia+para+estrangeiros.shtml>>. Acesso em: 09 de Outubro de 2016.



acompanham a evolução social e nem mesmo condiz com os interesses do capitalismo.

Muito tem sido feito em prol dos imigrantes, como a garantia de benefícios e de residência na Argentina assegurada no Acordo do MERCOSUL e ainda, com o investimento em políticas públicas oferecidas pela melhor qualidade de vida e de trabalho de instituições em prol dos direitos sociais e humano no Brasil.

Mesmo assim, os desafios mais comuns apontam para a discriminação dos estrangeiros e pela xenofobia, e oportunidade para vulnerabilidade a redução de condições análogas a de escravos, crime crescente tanto com vítimas imigrantes, quando com sujeitos migrantes nacionais.

Destarte, as influências dos fluxos de migração com o descolamento geográfico de seres humanos, não é um fato novo, mas existe desde o início das civilizações e de lá pra cá sua principal influência está alicerçada nas relações da troca, do comércio de produtos e da necessidade de sobrevivência só ser humano que integra a sociedade.

Das relações comerciais e da necessidade de consumo iniciou-se as relações de trabalho, marcada na história pela exploração do homem com menor poder econômico e de relações políticas, transmutando situações fáticas que transformaram os modos primitivos por meio da regulamentação em lei e acordos de paz entre os países, mas que após séculos de história, lutam por melhores condições de vida e de trabalho, a persistência de problemas de base se justifica na força econômica e de quem detêm o poder, e massacra o mais fraco.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

EUROSTAT STATISTICS EXPLAINED. **Migration and migrant population statistic**. Ano de referência: May 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Censo Demográfico. Ano: 2010.

INSTITUTO MIGRAÇÕES E DIREITOS HUMANOS – IMDH. Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania**, v.10, n.10 (2015).

GRISOLIA, Júlio Armando. **Manual de Derecho Laboral**. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perot, 2015.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Lista de refugiados**. Imigração de Direitos Humanos. 2016.

REVISTA LABOR. Ministério Público do Trabalho. p. 15.

OPERAMUNDI. **Em cinco anos, Argentina aumenta em 489% concessão de vistos de residência para estrangeiros**. Luciana Taddeo | Buenos Aires - 28/07/2010. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/5306/em+cinco+anos+argentina+aumenta+em+489+concessao+de+vistos+de+residencia+para+estrangeiros.shtml>>. Acesso em: 09 de Outubro de 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e à justiça internacional**. 4. ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 184.

# O PAPEL DAS CÂMARAS DE VIGILÂNCIA NO DIREITO PENAL

*Aurizan de Souza Ferreira<sup>1</sup>*

*Felipe Rossi de Andrade<sup>2</sup>*

## RESUMO

Este artigo propõe uma reflexão analisando o filme *Minority Report* do autor Philip K. Dick com o livro “vigiar e punir” do autor Michel Foucault e o livro “Justiça” do autor Michael J. Sandel, enfocando a contribuição da vigilância à justiça com vistas a prevenção de crimes, inibição da criminalidade, identificação de criminosos e provas visuais de crimes. No final, questiona a materialidade do crime usando os materiais dos autores.

**Palavras-chave:** Vigilância; Justiça; Vídeo; Crime

## RESUMEN

Este trabajo trae un enfoque de la película *Minority Report* del autor Philip K. Dick, del libro *Vigilar y castigar* del autor Michel Foucault y del libro *Justicia* del autor Michael J. Sandel, con foco en la contribución de la vigilancia a la justicia, objetivando la prevención de crímenes, inhibición de la criminalidad, identificación de criminales y pruebas visuales de crímenes. El presente artículo discurre también, sobre la materialidad del crimen.

**Palabras-clave:** Vigilancia; Justicia; De vídeo; Crimen.

1 Aurizan de Souza Ferreira, Tecnólogo em Gestão de Segurança Privada pela Universidade Paulista – UNIP; Extensão em Espanhol pela Universidade Estadual do Piauí – UESP; Bacharelado no Curso de Direito na Faculdade Fortium do Gama-Distrito Federal. E-Mail: aurizandias@bol.com.br

2 Felipe Rossi de Andrade, Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília (2012); Cursou Medicina Legal, Psicologia Jurídica, Direito Comercial Europeu, Direito Ambiental Europeu, Regimes Jurídicos Internacionais e Retórica na Universidade Católica Portuguesa - Porto/Portugal (2011); Especialista em Direito Eleitoral pelo Instituto de Direito Público - IDP (2013); Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal no Instituto Damásio de Jesus (2013); Estudante do Módulo de Doutorado em Direito Penal na Universidade de Buenos Aires - UBA. É Professor Universitário e Coordenador Acadêmico na Faculdade Fortium do Distrito Federal..



## INTRODUÇÃO

O silêncio é uma garantia constitucional que pode ser usado como uma forma de proteção pessoal. Ocorre que sua aplicação de forma desmedida, tende a levantar o questionamento acerca da impunidade aos criminosos, isto porque, o silêncio não se resume ao mero calar-se do réu, mas também é verificando quando dos meios de prova.

Nesse sentido, percebe-se que ao longo dos tempos vem se buscando a necessidade de um sistema eficaz na solução de crimes, bem como de provas a serem utilizadas nos processos, nesse prisma, ao verificar o uso de testemunhas oculares, o principal motivo que cala suas vozes é o receio de represálias.

Câmeras de vigilância seriam uma saída para tal situação, porém, o fato de existir câmeras de vídeo para vigilância eletrônica não invalida a possibilidade de que ocorram crimes. No entanto, imagens de câmeras de vigilância podem ser usadas para a devida investigação e real efetividade do processo penal no processo.

É bem verdade que as provas tidas como tecnológicas, filmagens e gravações, possuem um certo grau de credibilidade, embora haja controvérsias em relação ao uso delas, tendo em vista que, de forma leiga, seriam de fácil edição para conhecedores do assunto, porém, quando acompanhada de outras provas como depoimento testemunhal se torna mais possível chegar a verdade dos fatos.

A câmera de vigilância é uma ferramenta com alto potencial para que se tenha uma maior inibição de crimes. O que se pretende chegar com uma expansão das câmeras é dar assistência para os Órgãos de Segurança Pública (Polícia Cível, Militar, Federal e Rodoviária Federal) e à justiça.

Gravações e filmagens são lícitas em ambientes públicos, tal qual como em shoppings ou até mesmo empresas, pois considera-se que a pessoa que permanece neste ambiente, renuncia sua intimidade, não podendo alegar invasão de privacidade.

Nos dias atuais, existem câmeras espalhadas por todos os locais, sejam condomínios, lojas, supermercados, órgãos públicos, edifícios e escritórios, que captam filmagens em todos os ângulos, bem como há outros dispositivos móveis que possuem recursos para captura de imagens. Nesse sentido, o que se pretende é uma forma mais útil na utilização dessas câmeras.

Segundo o Art. 367 § 5º e § 6º do CPC<sup>3</sup> 2015, já demonstra a autorização de uso de audiências por videoconferências, demonstrando a recepção do instrumento para o meio processual.

A justiça traz uma novidade importante para as partes, com a gravação das audiências em áudio e ou vídeos, novidade essa que também é adotada e pode ser aprimorada para Direito Penal,

---

3 Novo Código de Processo Civil Brasileiro

partindo da premissa das gravações realizadas por centrais de monitoramento como fonte principal no processo.

A possibilidade de fomentar a discussão sobre as câmaras de vigilância como ferramenta essencial para resolução e inibição de crimes foi o estímulo para o desenvolvimento deste trabalho.

## MÉTODO

Este trabalho trata-se de um artigo que foi realizado através de uma pesquisa bibliográfica, utilizando como fonte os livros *Justiça e Vigiar e Punir*, o filme *Minority Report*, poema *Dualismo*<sup>4</sup>, e demais informações complementares adquiridas no *nexojornal*<sup>5</sup>, *youtube*<sup>6</sup> e *causaoperaria*<sup>7</sup>.

Através do filme *Minority Report* do autor Philip K Dick, lançado em 21 de junho de 2002 nos Estados Unidos, observa-se a importância da tecnologia que outrora, ocorrera em 2054, que traz a criação de um programa denominado de *precrimes*, que se deu início nos anos de 2048, na qual era composto por três paranormais, dois homens gêmeos e uma mulher, que eram chamados de *precogs*, os mesmos tinham os seus cérebros interligados através de interface, na qual foi elaborado e desenvolvido um sistema com objetivo de prevenir os crimes de assassinato, identificação dos locais, e as vítimas de possíveis assassinos, diante dessas informações que eram reveladas ao grupo de policiais de elite, eles poderiam antepor-se ao local visualizado para evitar o assassinato e prender o possível assassino antes da consumação do fato, tais acontecimentos eram também visualizados por duas testemunhas através de vídeo conferência para atestar as informações reveladas pelos *precogs*, no entanto surge um dilema, se alguém é preso antes de cometer o crime, pode essa pessoa ser acusada de assassinato? Pois o que motivou sua prisão nunca aconteceu.

O filme *Minority Report*, traz a luz um sistema de vigilância que é realizado através de câmeras instaladas nos mais variados locais que fazem a leitura dos cidadãos através da retina ocular, as mesmas funcionam como um scanner, identificando cada pessoa.

Assim como no poema *dualismo* de Olavo Bilac, busca-se um entendimento bilateral para uma unificação prática entre câmeras de vigilância e justiça, para que traga resultados e soluções mais céleres a justiça brasileira.

4 Olavo Brás Martins dos Guimarães Bilac, foi um jornalista e poeta brasileiro, membro fundador da Academia Brasileira de Letras.

5 Disponível em: [www.nexojornal.com.br/expresso/2017/03/24/cameras-de-seguranca-trazem-mais-seguranca-para-as-cidades](http://www.nexojornal.com.br/expresso/2017/03/24/cameras-de-seguranca-trazem-mais-seguranca-para-as-cidades), Acesso em: 22 set. 2017.

6 Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=TPjPiKwhXHE](https://www.youtube.com/watch?v=TPjPiKwhXHE), Acesso em: 22 set. 2017.

7 Disponível em: [www.causaoperaria.org.br/blog/2017/03/26/city-camera-a-politica-policialesca-na-cidade-de-sao-paulo/](http://www.causaoperaria.org.br/blog/2017/03/26/city-camera-a-politica-policialesca-na-cidade-de-sao-paulo/), Acesso em: 22 set. 2017.



## RESULTADO

O objetivo geral desse trabalho é analisar e identificar os efeitos positivos com a instalação de câmeras de vídeo de vigilância em locais estratégicos, para que haja uma inibição à atuação de crimes e identificação dos criminosos, seguido de ação rápida e com mais eficiência por parte da polícia, contribuindo ainda, como provas registradas para um processo e julgamento mais célere.

Inicialmente, faz-se necessário entender melhor o sistema de Direito Penal adotado e vigente no Filme<sup>8</sup>, trazendo a luz o sistema de Direito Penal e Processual Penal Brasileiro. Por conseguinte, verificar-se-á a relação entre todos os elementos da pesquisa, na busca de uma relação harmônica entre eles.

## DISCUSSÃO

De acordo com o Direito Penal e Processual Penal Brasileiro, nenhum cidadão pode ser denunciado e condenado sem que haja prova da existência do crime. Primeiro, é a prova da própria existência do delito; segundo, a existência dos elementos objetivos do tipo penal para constatar a existência do resultado de que depende a existência do crime, ou seja, será necessário a matéria, que é aquilo que diz respeito ao aspecto físico e corpóreo. Materializar portanto, é tornar algo material, isto é, tornar alguma coisa sensível, com corpo que possa ser apreciado. A materialidade diz respeito a prova que traz a lume o corpo de delito, isto é, são esses elementos que caracterizam o tipo penal imputado ao acusado, portanto tem que ser demonstrado pelo julgador<sup>9</sup>.

Percebe-se portanto, que essa atitude adotada pelo sistema da *precrime* apresenta um erro grotesco, Segundo o Código processual Penal Brasileiro.

Segundo o Livro Código Penal comentado<sup>10</sup>, “em um estado constitucional de direito no qual se pretende adotar o modelo penal garantista está além da legalidade formal deve haver também, aquele de cunho material”. (GRECO, 2011, p.n).

No artigo 155 do Código de Processo Penal a Lei Nº 11.690 de 2008, afirma que, o juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares não repetíveis e antecipadas<sup>11</sup>.

8 Minority Report de 21 de junho de 2002.

9 Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4036](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4036)

10 Disponível em: [http://www.academia.edu/14161330/Codigo\\_Penal\\_Comentado\\_-\\_Parte\\_Geral\\_e\\_Especial\\_-\\_Rog%C3%A9rio\\_Greco\\_-\\_2011](http://www.academia.edu/14161330/Codigo_Penal_Comentado_-_Parte_Geral_e_Especial_-_Rog%C3%A9rio_Greco_-_2011)

11 Artigo 155 do Código de Processo Penal a Lei Nº 11.690 de 2008. Disponível em: <https://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/121814601/artigo-155-do-codigo-de-processo-penal-breves-comentarios>

Ademais, o processo possui condão público, e nos termos da Constituição Federal em seu artigo 37 os autos deverão ser públicos e disponíveis, salvo em hipótese de segredo judicial.

Observa-se ainda que, o sistema possui grandes carências quanto a sua aplicabilidade no que diz respeito à prevenção sobre a ótica da “premonição” racional, em relação a assaltos, suicídios, estupros, roubos e de demais delitos:

“Mas o olhar disciplinar teve, de fato, melhor que o círculo, a pirâmide podia atender a duas exigências: ser bastante completa para formar uma rede sem lacuna – possibilidade em consequência de multiplicar seus degraus, e de espalha-los sobre toda a superfície a controlar; e entretanto ser bastante discreto para não pesar como uma massa inerte sobre a atividade disciplinar e não ser para ela um freio ou um obstáculo; integrar-se ao dispositivo disciplinar como uma função que lhe aumenta os efeitos possíveis. É preciso decompor suas instâncias, mas para aumentar sua função produtora. Especificar a vigilância e torná-la funcional<sup>12</sup>.”

Vigilância constante nas ruas através de câmeras é, portanto, uma direção a ser tomada pelas autoridades brasileira, ora, quando se adota um sistema bem orquestrado os resultados positivos aparecem.

“Lentamente, no decorrer da época clássica, são construídos esses “observatórios” de multiplicidade humana para as quais a história das ciências guardou tão poucos elogios. Ao lado da grande tecnologia dos óculos, das lentes, dos feixes luminosos, unida à função da física e da cosmologia nova, houve as pequenas técnicas das vigilâncias múltiplas e entrecruzadas, dos olhares que devem ver sem ser vistos; uma arte obscura da luz e do visível preparou em surdina um saber novo sobre o homem, através das técnicas para sujeitá-lo e processos para utilizá-lo<sup>13</sup>.”

A vigilância não é algo atual, nem tão pouco futurista. O primeiro sistema de vídeo vigilância a ser inventado tem a sua origem na Alemanha em 1942, cujo criador foi Walter Bruch. Apesar disto, os primeiros registros no que diz respeito à utilização de câmeras de vigilância datam de 1965. A sede do município de New York foi das primeiras zonas a receber este tipo de sistema de vídeo vigilância, mas já vinham sendo usado algo similar no século XVIII.

O livro de Michael Foucault “Vigiar e Punir” mostra que no século XVIII, ou seja, no período de 1701 a 1800 ela vinha sendo utilizada com intuito de prevenção e segurança que eram usadas em acampamentos para o seu controle interno, e tornar visíveis que nela se encontrava.

12 (FOUCAULT, M. Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão; Tradução de Raquel Ramalhete. 37. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 168). Disponível em: [https://issuu.com/simonemarta/docs/foucault\\_\\_michel.\\_vigiar\\_e\\_punir/199](https://issuu.com/simonemarta/docs/foucault__michel._vigiar_e_punir/199)

13 (FOUCAULT, M. Vigiar e Punir: Nascimento da Prisão; Tradução de Raquel Ramalhete. 37. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009, p. 165). Disponível em: [https://issuu.com/simonemarta/docs/foucault\\_\\_michel.\\_vigiar\\_e\\_punir/196](https://issuu.com/simonemarta/docs/foucault__michel._vigiar_e_punir/196)

Foucault (2009, p. 165) entende que:

“Esses “observatórios” têm um modelo quase ideal: o acampamento militar. É a cidade apresentada e artificial, que se constrói e remodela quase à vontade; é o ápice de um poder que deve ter ainda mais intensidade, mas também mais descrição, por se exercer sobre homens de armas. No acampamento perfeito, todo o poder seria exercido somente pelo jogo de uma vigilância exata; e cada olhar seria uma peça no funcionamento global do poder. O velho e tradicional plano quadrado foi consideravelmente afinado de acordo com inúmeros esquemas. Define-se exatamente a geometria das aléias, o número e a distribuição das tendas, a orientação de suas entradas, a disposição das filas e das colunas; desenha-se a rede dos olhares que se controlam uns aos outros<sup>14</sup>.”

Assim, como tudo que se apresenta como novo parece ser quadrado, nem sempre o é, o que de fato, é que tem que ser discutido, analisado e aperfeiçoado de acordo com as necessidades e parâmetros necessários.

## O PODER DA VIGILÂNCIA

Atualmente algumas cidades brasileiras fazem uso dessa ferramenta como forma de vigilância, principalmente no trânsito, o que poderia ser bastante eficaz na prevenção contra o crime com apoio dos Órgãos de Segurança Pública ou agentes do Estado, se bem aplicada e bem distribuída, poderia trazer evidências visuais de provas de crimes e na identificação de criminosos.

Segundo publicou o jornal Nexo no dia 24 de março de 2017, à prefeitura de São Paulo no Brasil, pretende utilizar-se de 10.000 câmeras em espaços públicos da cidade, para inibir a ocorrência de crime, a previsão para que o sistema esteja pronto é para 2020.

É fato que alguns cidadãos passem a ter um certo incômodo em relação a sua privacidade, mas também é certo de que pode ser uma solução para os problemas relacionado a vida humana.

“Um estudo da (Unidade de Inteligência da Economist), tradicional revista britânica de informação, listou quais as 10 cidades mais seguras do mundo para se viver. Foram analisados 40 indicadores, entre segurança digital, segurança da saúde, segurança da infraestrutura e segurança pessoal. Dessa análise, foi criada uma pontuação máxima de 100. Nenhuma das cidades conseguiu marcar o total. As três mais bem colocadas são asiáticas, com a capital japonesa Tóquio no topo do pódio. Em seguida, aparecem cidades europeias e australianas, com uma única americana na lista das dez mais: Nova York. Ficando em primeiro lugar: **(Tóquio)**”

14 Foucault (2009, p. 165) Disponível em: [https://issuu.com/simonemarta/docs/foucault\\_\\_michel.\\_vigiar\\_e\\_punir/196](https://issuu.com/simonemarta/docs/foucault__michel._vigiar_e_punir/196)

Pontuação: 85,63

A cidade mais populosa do mundo é também a mais segura no índice. Com uma população de 38 milhões, Tóquio conseguiu se sair bem em todos os indicadores<sup>15</sup>.

É notório que, câmeras de vigilância por si só não resolvem os problemas, é necessário que haja uma atuação imediata de diligências policiais ao local informado pela Central de Monitoramento, para que o sistema possa ter uma funcionalidade satisfatório, de forma que, os vídeos podem ser usados como instrumento para investigação de crimes e identificação de criminosos.

TÓQUIO (IPC Digital) – O número de crimes cometidos no Japão em 2015 foi o menor em mais de 40 anos, de acordo com informações da Agência Nacional de Polícia, divulgadas nesta quinta-feira (14).

A agência atribui a diminuição da criminalidade ao aumento de câmeras de segurança e também a uma maior conscientização da população na prevenção de crimes<sup>16</sup>.

No geral, as violações do código penal diminuíram 9,3% em relação ao ano anterior, com 1.099.048 crimes cometidos em 2015, o menor número desde 1973. Segundo a agência, todas as categorias de crime tiveram redução em relação ao ano de 2014. O número de furtos, que representam mais de 70% dos crimes cometidos no Japão, caíram de 897.259, em 2014, para 807.605, em 2015. Os assassinatos também caíram de 1054, em 2014, para 933, em 2015<sup>17</sup>.

Por meio das imagens é possível detalhar, identificar e inclusive compreender como os crimes são cometidos, com isso, é possível se fazer um mapeamento dos lugares mais vulneráveis, trazendo para os locais de maiores riscos à população uma atenção maior das forças policiais.

Segundo a nota do site Alternativa.com.jp a cidade japonesa de Itami vai instalar 1000 câmeras para vigiar trajetos escolares, dando continuidade aos projetos de vigilância assistida:

“Com o planejamento de instalar cerca de 40 câmeras por quilômetro quadrado, a prefeitura pretende não só aumentar a segurança da população, mas também registrar os danos causados por inundações e outros desastres naturais. Pelo menos

15 (BARROS, Mariana. Conheça as 10 cidades mais seguras do mundo segundo a Economist. Estudo da Unidade de Inteligência analisou 40 indicadores, entre segurança pessoal, cibernética, de infraestrutura e de saúde. Veja, São Paulo, 22 mar. 2017. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/blog/cidades-sem-fronteiras/conheca-as-10-cidades-mais-seguras-do-mundo-segundo-a-economist/>. Acesso em: 26 set. 2017).

16 Disponível em: <https://www.ipc.digital/criminalidade-no-japao-e-a-mais-baixa-em-42-anos/>

17 (SAKAMOTO, Paulo. Criminalidade no Japão é a mais baixa em 42 anos. 14 jan. 2016. Disponível em: <http://www.ipcdigital.com/nacional/criminalidade-no-japao-e-a-mais-baixa-em-42-anos/>. Acesso em: 27 set. 2017).

850 câmeras serão posicionadas nas ruas que fazem o caminho para 17 escolas (shougakkou). Cada escola terá cerca de 50 câmeras espalhadas nas proximidades. As outras 150 câmeras serão distribuídas nos centros comerciais onde há mais circulação diária de pessoas. Em uma ação conjunta com a polícia local, as imagens serão cedidas ao órgão no caso de acontecer algum incidente nos locais monitorados. No entanto, a prefeitura garantiu o respeito à privacidade, com a regra de não fazer monitorações em horários comuns. Reuniões também estão sendo programadas para acontecer em cada região da cidade, com a intenção de explicar a instalação das câmeras a população e pedir a opinião dos moradores com relação aos locais mais necessários<sup>18</sup>.”

A integração da comunicação através da central de monitoramento entre as polícias Civil, Militar, Trânsito, Guarda Municipal, Corpo de Bombeiros, Defesa Civil e Serviço de Ambulância Municipal, essa integração traz resultados grandiosos, fato este que, coloca o país como o mais seguro no mundo.

## RIGIDEZ DA JUSTIÇA PENAL

Um outro fator primordial é que no Japão, a Justiça Penal inexorável é fator determinante para a baixa criminalidade.

As autoridades judiciárias alegam que a austeridade das penas e o controle rígido da ordem, contribuem para a segurança da própria população carcerária e ajudam seu processo de reintegração à sociedade.

No Brasil, O sistema judiciário é taxado de lento, burocrático e tardio. Para sumariar acerca das críticas dirigidas ao maquinário, transcreve-se trecho de Bonavides (2004, p. 73):

Percebe-se que os principais problemas que afetam a lentidão na prestação jurisdicional não estão estabelecidos particularmente no número de juízes, na dimensão de gastos, mas na forma como os recursos, tanto humanos como materiais, são aplicados.

Aristóteles ensina que “a justiça significa dar as pessoas o que elas merecem. Sustenta ainda que não podemos imaginar o que é uma Constituição justa sem antes refletir sobre a forma de vida desejável”. (SANDEL, 2017, p. 17).

Justiça é dar a cada um o que é de direito na justa medida, justiça é aplicação e efetivação do direito, é o respeito ao direito do próximo, muitas vezes a lei fere o direito, fazer justiça e conseguir perceber a diferença da lei que fere o direito da lei que garante e afetiva o direito.

18 <http://www.alternativa.co.jp/Noticia/View/40757/Cidade-japonesa-vai-instalar-1000-cameras-para-vigiar-trajetos-escolares>. Acesso em: 27 set. 2017

## CONCLUSÃO

A proposta deste trabalho foi mostrar a importância das câmeras de vigilância em uma nação grandiosa de território extenso e carente de segurança pública como é o caso do Brasil.

Com esse fito, foram esclarecidos e propostos alguns objetivos específicos que objetivam que a existência e ampliação de tais equipamentos como meio de abalar toda a estrutura formada por criminosos, em seus mais diversos níveis da sociedade.

No filme *Minority Report*, o sistema apresentou várias falhas, motivo pelo qual veio a ser extinto, acarretando portanto, o perdão e a liberdade de todos os presos por não haver provas materiais, ficando os mesmos sobre a vigilância do departamento de polícia.

No Brasil, o crime é controlado a partir do trabalho ostensivo e investigativo dos Órgãos de Segurança Pública, e atualmente, através de denúncias e apresentação de provas de áudio e áudio visual. O trabalho para justiça brasileira tem tido mais eficácia, sobretudo, com auxílio de filmagens de câmeras de estabelecimentos privados ou em vias públicas nas cidades.

Portanto, conclui-se que, as câmeras de vigilância são aliadas da justiça, é correto afirmar ainda que, a busca por uma justiça aplicada com auxílio de câmeras de vigilância pode ser feita de forma responsável e com seriedade, para que se mostre válida na medida em que não viole direitos individuais, gozando de aspectos nitidamente para a ascensão e segurança social.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFIAS

- ANDRADE, F. R – ESCAVADOR – **Felipe Rossi de Andrade**, 2017. [Internet] Disponível em: <<https://www.escavador.com/sobre/4778473/felipe-rossi-de-andrade>>. Acesso em: 02 out. 2017.
- BARROS, Mariana – VEJA – **Conheça as 10 Cidades Mais Seguras do Mundo Segundo a Economist**, 2017. [Internet] Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/cidades-sem-fronteiras/conheca-as-10-cidades-mais-seguras-do-mundo-segundo-a-economist/>>. Acesso em: 27 set. 2017.
- BILAC, Olavo. **Poesias** - Posfácio R. Magalhães Junior. Rio de Janeiro: Ediouro, 197
- BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRETSCHNEIDER, Ana Paula – ALTERNATIVA - **Cidade japonesa vai instalar 1.000 câmeras para vigiar trajetos escolares**, 2015. [Internet] Disponível em: <<http://www.alternativa.co.jp/noticia/view/40757/cidade-japonesa-vai-instalar-1000-cameras-para-vigiar-trajetos-escolares>>. Acesso em: 28 set. 2017.
- BRUNO, Thalys – YOUTUB - **Mulher é Agredida pela a Policia dos EUA**. Câmera Flagra Parte da Agressão, 2013. [Internet] Disponível em: <[www.youtube.com/watch?v=tpjpikwhxhe](http://www.youtube.com/watch?v=tpjpikwhxhe)>. Acesso em: 22 set. 2017.
- CAETANO, Eduardo – YOUTUB - **Câmeras de segurança registram a cena de um assassinato**, 2009. [Internet] Disponível em: <[www.youtube.com/watch?v=Ooiws8Lfcfk](http://www.youtube.com/watch?v=Ooiws8Lfcfk)>. Acesso em: 22 set. 2017.

CASTRO, Douglas – **JUS - Art. 155, caput, CPP: “exclusivamente” os elementos de prova produzidos em consonância com o contraditório e a ampla defesa**, 2009. [Internet] Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13399/art-155-caput-cpp-exclusiva.....-e-a-ampla-defesa>>. Acesso em: 13 out. 2017.

DICK, P. K. Filme **Minority Report** – A Nova Lei. EUA, 2002.

SAKAMOTO, Paulo – **IPCDIGITAL - Criminalidade no Japão é a mais baixa em 42 anos**, 2016. [Internet] Disponível em: <<http://www.ipcdigital.com/nacional/criminalidade-no-japao-e-a-mais-baixa-em-42-anos/>>. Acesso em: 27 set. 2017

FONSECA, Gilson. Impossibilidade de condenação criminal sem prova da materialidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, VI, n. 15, nov 2003. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=4036](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4036)>. Acesso em: 02 out. 2017.

FOUCAULT, M. **Vigiar e Punir** - Nascimento da Prisão; Tradução de Raquel Ramallete. 37. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

GRECO, R. **Código Penal** - Comentado. 05. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury - **Direito Processual Penal** - 9ª Ed. Brasília, DF: Saraiva, 2012.

MACHADO, Vitor – **JUS - Elementos de informação versus provas no processo penal** - A Necessária Diferenciação a Partir da Lei nº 11.690/2008, 2011. [Internet] Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19408/elementos-de-informacao-versus-provas-no-processo-penal>>. Acesso em: 13 out. 2017.

MARTA, Simone – ISSUU – **Vigiar e Punir**, 2010. [Internet] Disponível em: <[https://issuu.com/simone-marta/docs/foucault\\_michel\\_vigiar\\_e\\_punir/196](https://issuu.com/simone-marta/docs/foucault_michel_vigiar_e_punir/196)>. Acesso em: 12 out. 2017.

MARTA, Simone – ISSUU – **Vigiar e Punir**, 2010. [Internet] Disponível em: <[https://issuu.com/simone-marta/docs/foucault\\_michel\\_vigiar\\_e\\_punir/199](https://issuu.com/simone-marta/docs/foucault_michel_vigiar_e_punir/199)>. Acesso em: 12 out. 2017.

MOURA, Humberto - ISSUU - **Temas do Direito Penal e Processual Penal**, 2015. [Internet] Disponível em: <[https://issuu.com/algomaisolucoeseditoriais/docs/temas\\_do\\_direito\\_penal\\_e\\_processo\\_p](https://issuu.com/algomaisolucoeseditoriais/docs/temas_do_direito_penal_e_processo_p)>. Acesso em: 12 out. 2017.

PEREIRA, Antônio - APPS – **Materialidade do Crime**, 2017. [Internet] Disponível em: <<http://appes.com.br/v2/materialidade-do-delito/>>. Acesso em: 06 out. 2017.

RICARDO, Allan – SCRIBD – **Direito Penal I**, [Internet] Disponível em: <<https://www.scribd.com/document/94251154/Direito-Penal-i-1>>. Acesso em: 28 set. 2017.

SAKAMOTO, P. Criminalidade no Japão é a mais baixa em 42 anos. 14 jan. 2016

SANDEL, M. **Justiça** - O que é fazer a coisa certa; Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. ed. Civilização brasileira, 2011.

VADE MECUM: **Código de Processo Penal**. 24. ed. Brasília, DF: Saraiva, 2017.

WEEBLY – **Sistemas de videovigilância** - [Internet] Disponível em: <<http://www.cavsistemasvideovigilancia.weebly.com/histoacuteria.html>>. Acesso em: 29 set. 2017

YAHOO – **Ciências Humanas** – [Internet] Disponível em: <<https://br.answers.yahoo.com/dir/index?sid=396545308&link=list>>. Acesso em: 09 out. 2017.

YAHOO – **Ciências Sociais** – [Internet] Disponível em: <<https://br.answers.yahoo.com/question/index?qid=20081030115540AAq1Eeb>>. Acesso em: 09 out. 2017.



## ANEXO A

Rapaz estava na rua quando um homem se aproximou puxou a arma e atirou na cabeça dele. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=Ooiws8Lfcfk](http://www.youtube.com/watch?v=Ooiws8Lfcfk) Acesso em: 22 set. 2017.



## ANEXO B

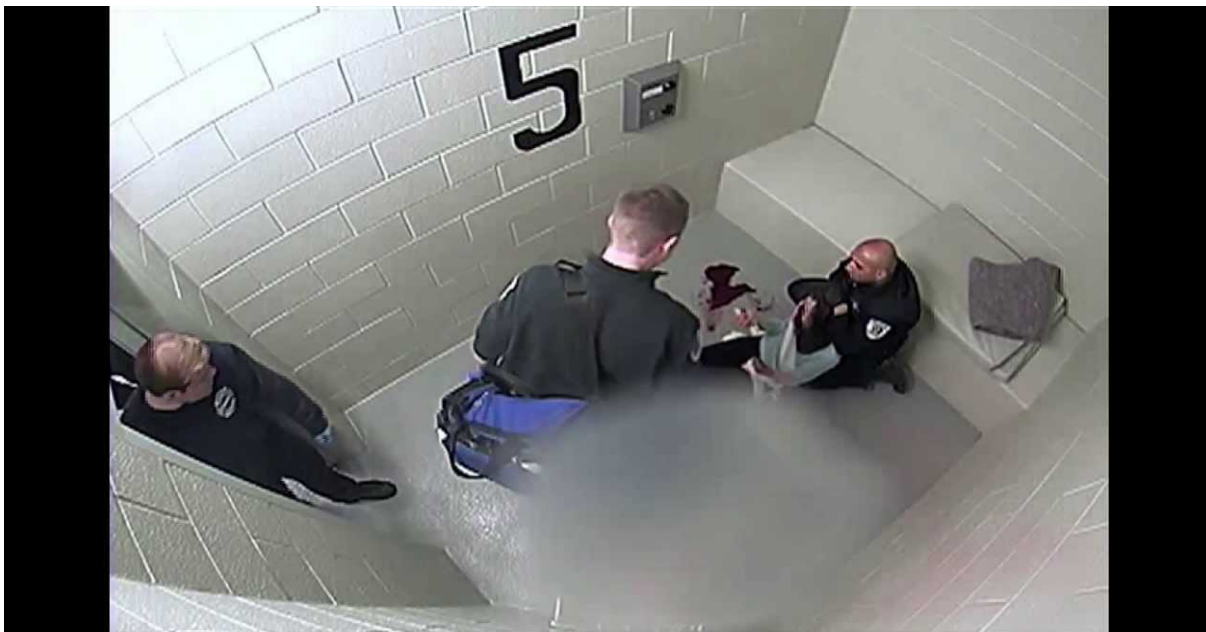
“City Câmera”: a política policiaesca na cidade de São Paulo. Disponível em: [www.causaoperaria.org.br/blog/2017/03/26/city-camera-a-politica-policiaesca-na-cidade-de-sao-paulo/](http://www.causaoperaria.org.br/blog/2017/03/26/city-camera-a-politica-policiaesca-na-cidade-de-sao-paulo/) Acesso em: 22 set. 2017.





## ANEXO C

Mulher é agredida pela polícia dos Estados Unidos. Câmera flagra parte da agressão. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=TPjPiKwhXHE](http://www.youtube.com/watch?v=TPjPiKwhXHE) Acesso em: 22 set. 2017.



## ANEXO D

Central de monitoramento na capital do estado de Oaxaca no México, monitorado por deficientes auditivos na qual possui habilidades em leitura labial. Disponível em: [www.lcti.com.br/deficientes-auditivos-no-monitoramento-de-câmeras-de-seguranca/](http://www.lcti.com.br/deficientes-auditivos-no-monitoramento-de-câmeras-de-seguranca/) Acesso em: 22 set. 2017.





# AUMENTO DA CRIMINALIDADE NO BRASIL

*Barbara Fuzário<sup>1</sup>*

## RESUMO

Este trabalho tem como objetivo analisar o aumento da violência no país e seus reflexos na sociedade como um todo, bem como no governo; ponderar também quanto à impunidade e sobre o grande inimigo para uns e, ao mesmo tempo, o grande amigo da criminalidade e causa eficiente do descontrole atual, que é o Garantismo Penal. Outrossim, abordaremos a crescente atuação de organizações criminosas, demonstrando através de estudos e de estatísticas a influência do crime organizado e a prática do fato delituoso. Para isso foi preciso estudar conceitos, características e princípios do Direito Penal.

**Palavras-chave:** Criminalidade; Violência; Segurança Pública.

## RESUMEN

Este trabajo tiene como objetivo analizar el aumento de la violencia en el país y sus reflejos en la sociedad como un todo, así como en el gobierno; ponderar también en cuanto a la impunidad y sobre el gran enemigo para unos y al mismo tiempo el gran amigo de la criminalidad y causa eficiente del descontrol actual, que es el Garantismo Penal. Además, abordaremos la creciente actuación de organizaciones criminales, demostrando a través de estudios y de estadísticas la influencia del crimen organizado y la práctica del hecho delictivo. Para ello fue necesario estudiar conceptos, características y principios del Derecho Penal.

**Palabras-clave:** Criminalidad; Violencia; Seguridad Pública.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Pós-Graduada em Ciências Criminais pela Universidade Luterana do Brasil/ULBRA. Pós-graduada em Gestão de Segurança Pública pelo Instituto Pedagógico de Minas Gerais/IPEMIG.



## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo abordar o aumento crescente da criminalidade no Brasil. A pesquisa busca por dentre as obras narradas no decorrer do artigo, tecer uma visão teórica, como também uma perspectiva crítica acerca da crescente violência no país, que ceifou tantas vidas inocentes.

Analisar em números o aumento de crimes violentos contra a sociedade, bem como contra policiais civis e militares, ponderar também quanto à impunidade e ao caos vivido pela Segurança Pública.

Outrossim, abordaremos a crescente atuação de organizações criminosas, demonstrando através de estudos e de estatísticas a influência do crime organizado e a prática do fato delituoso.

Será feita a abordagem mista, com a utilização de pesquisa e consulta a doutrina e diferentes textos legais, por meio de leitura de livros e artigos, podendo assim ser verificadas as discussões e os entendimentos sobre o tema específico, bem como a utilização de estatísticas para demonstrar em números o objetivo do trabalho.

Na primeira parte será feita uma análise a respeito da incumbência da Segurança Pública, expondo o dispositivo legal presente na Constituição Federal de 1988 (CF/88), bem como o caos da mesma no país.

Na segunda parte deste trabalho será abordado o aumento desenfreado da criminalidade do Brasil em números, apresentando estatisticamente a quantidade de mortes violentas intencionais, vitimização policial, roubo seguido de morte, crimes contra o patrimônio, estupros, adolescentes em conflito com a lei, feminicídio e mobilização da Força Nacional.

Na terceira parte serão estudados o conceito e as modalidades do crime organizado e influência no aumento da criminalidade.

## SEGURANÇA PÚBLICA

O conceito de Segurança entende-se ser *prevenção, proteção e defesa*. Nesse entendimento devemos estudar a incumbência da Segurança Pública e sua destinação na CF/88.

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares. (BRASIL, 1988).

A Constituição Federal não traz o conceito de Segurança Pública, apenas expõe por quem será exercida. Porém, para Renato Sérgio de Lima ([201-?]) *apud* Loureiro (2017, *on-line*):

“Um bom conceito de segurança pública seria prevenção, investigação e punição de responsáveis por atos de violência e criminalidade e administração de conflitos para garantir direitos básicos da população para que ela possa exercer outros direitos da cidadania, como sair de casa, ir ao médico e trabalhar.”

No Brasil, a manutenção e a preservação da segurança interna não cabem apenas ao Estado. As funções de policiamento ostensivo, prevenção do crime e ressocialização dos condenados, são divididas entre iniciativa privada, sociedade e Estado.

A Segurança Pública vem colhendo frutos de anos de sucateamento, o que acarretou em uma desestabilidade e na pior crise dos últimos tempos, que se materializa com a falta de credibilidade das pessoas para com o sistema de segurança pública, no qual não se confia mais que a polícia e o sistema deem vazão, que possam resolver as demandas sociais que acabam desencadeando na segurança interna.

Presenciamos um caos no país, onde o crime aumenta assustadoramente. Há a falta de efetivo e a insatisfação generalizada das forças de segurança, a ineficácia do sistema prisional, falta de políticas efetivas e atuais, limitação de investimentos na área e a deficiência das chamadas Políticas Públicas. É notória a sensação da impunidade e insegurança da população. Muitas pessoas têm o sentimento de que podem descumprir a lei e nada acontecerá com as mesmas.

No Brasil, menos de 8% dos homicídios são elucidados, logo, a impunidade será o grande fator criminógeno. A regra é simples: a alta probabilidade de condenação ao ato criminoso será o inibidor da prática de crimes.

A insegurança que padecemos é muito bem apresentada por Diego Pessi e Leonardo Giardin de Souza (2017, p. 17), ambos Promotores de Justiça:

“Fracassará irremediavelmente toda política de segurança pública que não incluir a ampliação dos contingentes policiais e a construção de estabelecimentos prisionais em números suficientes para atender a demanda. O mero controle de território e a simples pressão sobre tal ou qual atividade criminosa apenas fazem com que os agentes do crime migrem para outro local ou para outro ramo. Será infrutífera

toda legislação que desconhecer o fato de que a cadeia é o lugar onde os bandidos devem estar. Carência absoluta de penitenciárias é o sonho sonhado por todo criminoso. A bandidolatria aposta no caos da segurança pública como berçário de sua utopia. Por isso, não hesita em reprimir a atividade policial, em ser a favor do desarmamento da população, contra a construção de novos presídios e hospitais psiquiátricos, contra a pena de prisão e contra a redução da maioridade penal, contra a prisão após condenação de segunda instância e tem verdadeira devoção pelo sistema recursal do nosso processo penal (CPP).”

Os poderes constituídos devem uma atenção ao crônico problema, a sociedade vive em total risco, por tal motivo deve-se tomar medidas sérias e rígidas de combate à criminalidade e à preservação da segurança nacional. Não podemos ver o criminoso como “vítima da sociedade”, pois o mesmo tem o livre arbítrio para agir, ter esse tipo de visão romantizada ou baseada em ideologias de defensores midiáticos é não ver o cenário real e como os infratores agem. São pilares do sistema jurídico-criminal a liberdade de consciência, a capacidade de autodeterminação e responsabilidade individual.

Conforme Mário Ferreira dos Santos (2012, p. 87):

“Hoje há uma tendência viciosa para tornar o criminoso mais uma vítima do que num responsável. E isso só tem servido para estimular o crime. O crime multiplicou-se e atingiu índices apavorantes. Já há quem pergunte se a sociedade humana, dentro de alguns decênios, não contará só com delinquentes e loucos, cujo número cresce em proporções avassaladoras. O número dos que se salvam diminui assustadoramente, apesar da repressão policial e de toda a propaganda dos amigos dos criminosos, dos que postulam penas cada vez mais suaves, se não terminarem alguns por pedir estátuas aos criminosos.”

É preciso retomar o controle das penitenciárias, investir na educação, pois esta influencia diretamente na criminalidade, onde muitas vezes nos deparamos com o tráfico dentro das escolas. É preciso investir em policiamento e na punição adequada dos culpados, adotando uma política de segurança pública baseada na teoria das janelas quebradas, o policiamento ostensivo e rigidez na aplicação da lei até nos pequenos crimes, pois conforme a teoria, se você quebra uma janela e essa janela não é substituída, em pouco tempo, todas as outras janelas também serão quebradas. A razão é simples: se uma janela continua quebrada, é porque ninguém se importou. Logo, quebrar mais janelas não terá consequência nenhuma.

A teoria das janelas quebradas é um modelo norte-americano de política de segurança pública no enfrentamento e combate ao crime, tendo relação de causalidade entre desordem e criminalidade. Tal teoria alega que se não forem reprimidos os pequenos delitos ou contravenções, estes conduzirão, inevitavelmente, à condutas criminosas mais graves, em vista do descaso estatal em punir os responsáveis pelos crimes menos graves.

Cidades de todo o mundo que adotaram a política de segurança pública baseada na teoria das janelas quebradas tiveram diminuição do índice de criminalidade e aumento na qualidade de vida.

## O AUMENTO EM NÚMEROS

No Brasil não há assunto mais importante e urgente. Criminosos não são vítimas, mas sim vitimadores. A proteção judicial aos criminosos resulta no assassinato de aproximadamente 60 mil brasileiros por ano, ou seja, os assassinatos cometidos no Brasil equivalem, em números, às mortes provocadas pela explosão da bomba nuclear que dizimou a cidade de Nagasaki, em 1945, no Japão.

É notório que o Estado não cumpre com seu dever de manutenção da segurança e ordem interna, dando causa ao democídio, ou seja, conforme descrito por R. J. Rummel (1994, *on-line*, tradução nossa), “assassinato de qualquer povo ou indivíduo por seu governo”.

A população negra, jovem e de baixa escolaridade representa a maior parte das vítimas de homicídios no país. Isto, pois de acordo com o Atlas da Violência 2017, “de cada 100 pessoas que sofrem homicídio no Brasil, 71 são negras. Jovens e negros do sexo masculino continuam sendo assassinados todos os anos como se vivessem em situação de guerra”. (BRASIL, 2017, p. 30, *on-line*).

O cidadão tem direito à vida, mas em 2016 o Brasil teve o assassinato de 7 pessoas por hora. Foram 61.283 vítimas. Com relação às mortes violentas intencionais em 2015, houve um crescimento de 4% da taxa. Dos homicídios ocorridos, a arma de fogo esteve presente em cerca de 85% deles. (ANUÁRIO, 2017).

A sociedade tem direito à segurança, mas perde aqueles que devem exercer a segurança pública no país. Só em 2016, 453 policiais civis e militares foram vítimas de homicídio no Brasil, havendo o aumento de 23,1% em relação a 2015. (ANUÁRIO, 2017).

Os policiais são vistos como meros números numa estatística. Segundo Pereira (2017), a média nacional de taxa de homicídios é de 29,1 mortos por 100.000 habitantes, enquanto que a taxa contra policiais sobe para assombrosos 59.716 para cada 100.000 policiais, ou seja, praticamente o dobro da média nacional.

A inversão que vivemos rotula nossos heróis e guardiões como violentos e sanguinários. São desmoralizados e perseguidos a todo instante, porém não são estes que vitimizam mais de 60 mil brasileiros por ano.

O cidadão tem direito de permanecer com seus bens, mas parece que seu direito cessou, pois um carro é furtado ou roubado por minuto no Brasil, 1.066.674 veículos foram subtraídos entre 2015 e 2016. Outro aumento foi o crime de roubo seguido de morte, havendo um crescimento de 50% entre 2010 e 2016, onde 2.666 pessoas foram vítimas de latrocínio. (ANUÁRIO, 2017).

Os casos de estupro no país, quem em 2016 atingiram o número de 49.497 ocorrências, tiveram



um crescimento de 3,5%. Outrossim, cada dia ouvimos vários casos de homicídios de mulheres e feminicídios. Em 2016, uma mulher foi assassinada a cada 2 horas, totalizando 4.606, mas apenas 621 casos foram classificados como feminicídios, demonstrando as dificuldades no primeiro ano de implementação da lei. (ANUÁRIO, 2017).

Em um número considerável das ocorrências policiais, os adolescentes aparecem como autores. Para Otávio Cruz Neto e Marcelo Rasga Moreira (1998, p. 437), “a população infanto-juvenil constitui-se [...] um dos segmentos mais prejudicados pelos problemas sócio-econômico-culturais que o País enfrenta. [...]”.

Completando o raciocínio, “dado o alto quadro de criminalidade, há no Brasil uma taxa elevada de óbitos por parte de adolescentes em conflito com a lei”. (OLIVEIRA; ASSIS, 1999 *apud* GALLO; WILLIAMS, 2005, *on-line*).

Destarte, é possível notar em números a grande quantidade de adolescentes em conflito com a lei, sendo que mais de 24 mil adolescentes estão cumprindo medida socioeducativa. Importante salientar que a grande maioria responde por roubo e por tráfico de entorpecentes. (ANUÁRIO, 2017). Comparando os homicídios no Brasil com a letalidade na Síria, desde o instante em que despontou a Guerra Civil, em março de 2011, para afastar o tirano Bashar al-Assad do poder, as mortes apuradas no conflito alcançaram números que transcendem 250.000 pessoas. (RELATÓRIO, 2015).

Conforme Pereira (2017, p. 4, *on-line*), “se considerarmos que a guerra se desenvolve há quatro anos e meio, concluiremos que, por ano, estatisticamente, ocorreram cerca de 55.000 mortes”. Ou seja, a mortalidade anual provocada pela guerra na Síria, é inferior ao número de homicídios no Brasil.

É preciso trabalhar a violência no país, pois como se pode ver, o Brasil é extremamente homicida. Perdemos o controle e as rédeas, não temos polícias inteiras e temos um grande problema, pois o Estado não trabalha com a cultura de paz, cultura esta que está presente na saúde, na educação, nas escolas, no lar, nas políticas públicas que fomentam cultura no país em todos os níveis. Enquanto não solucionarmos este problema, o Brasil continuará violento.

## MOBILIZAÇÃO DA FORÇA NACIONAL

A Força Nacional baseia-se na Força de Paz da ONU. A mesma é um programa de cooperação do Governo Federal, e tal mobilização ocorre quando um Governador ou um Ministro de Estado requisita o auxílio federal para conter atos que atentam contra a lei e a ordem, ou seja, executam atividades imprescindíveis à preservação da ordem pública, à segurança das pessoas e do patrimônio, bem como agem quando a situação sai do controle das forças dos órgãos de segurança local. Outrossim,

atuam em situações de emergência e calamidade pública.

Conforme dados coletados, houve um aumento de 292% no número de profissionais mobilizados. (ANUÁRIO, 2017). Nota-se o crescimento de suas atuações no cenário da segurança pública, no qual vários Estados e regiões tiveram sua utilização.

## CRIME ORGANIZADO

Atualmente notamos inúmeras ações orquestradas pelo crime organizado, que caracterizam grupos transnacionais, locais ou nacionais altamente organizados e centralizados que praticam atividades ilegais, com objetivo de lucro monetário.

Este teve seu surgimento no Brasil na década de 70 e veio se especializando e tomando perfil empresarial com o decorrer do tempo. Possui hierarquia estrutural, um planejamento empresarial, divisão de tarefas, meios tecnológicos avançados, alto poder de intimidação, atuação direta ou indireta de agentes públicos. Através do tráfico de influência eles tomam todo o cenário envolvendo segurança.

A lei nº 12.850/13 tipificou o crime organizado:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional. (BRASIL, 2013).

No Brasil há três formas públicas de crime organizado, sendo estas os Comandos (Primeiro Comando da Capital (PCC), Comando Vermelho e Terceiro Comando); as Milícias Ilegais; e a Máfia do Colarinho Branco. (STIVE, 2016).

Com base em Justo (2016, *on-line*):

“De acordo com dados do Escritório da ONU contra Drogas e Crimes, o comércio ilegal do crime organizado registra ganhos anuais de mais de US\$ 2 trilhões, [ou seja,] este número equivale a cerca de 3,6% de tudo o que se produz e é consumido no planeta em um ano [...]”

O aumento da violência ligada ao crime organizado já se tornou intolerável. Combater o crime significa um desafio para todo o Estado Brasileiro, mas para isso é necessário o engajamento integral do Poder Público, bem como através da ação da inteligência de segurança pública e o da



inteligência policial, com a análise estratégica sobre a atividade criminosa. Sob a perspectiva de Brandão a análise estratégica, por ser “a única que inclui em seu processo as etapas de interpretação e predição”, se revela como a etapa mais importante da inteligência de segurança pública, que deve ter como função e objetivos específicos “a redução de taxa de criminalidade, da atividade do crime organizado e a melhoria da eficiência policial.” (BRANDÃO, 2013, p. 129)

Uma pesquisa de opinião do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, realizado pelo Instituto Datafolha, abordou o quanto a população adulta brasileira sente ou não a proximidade do crime organizado em sua vizinhança. Foram entrevistados 2.087 pessoas de 16 anos de idade ou mais. Neste levantamento, constatou-se que 23% dos entrevistados consideram essa sensação alta e 26% consideram média. (DATAFOLHA, 2017).

Vale ressaltar que o criminoso que pratica o ato infracional, não são somente aqueles que não tiveram oportunidades, educação ou família, que muitos alegam que são vítimas do sistema, podemos dizer que estes são a minoria. Dentre todas as formas públicas de crime organizado, os maiores criminosos são os integrantes da Máfia do Colarinho Branco, estes que desviam valores muito acima de todo mercado de drogas e contrabando.

## CONCLUSÃO

O problema da criminalidade e da segurança pública no Brasil tem solução? Sim, porém cabe às forças policiais e ao Estado fazerem um trabalho em conjunto, exercendo a polícia o patrulhamento ostensivo e preventivo e o Estado os seus programas sociais.

O Estado não pode lavar as mãos e conformar-se com o quadro atual vivido, devendo, portanto, tomar medidas sérias e rígidas de combate à criminalidade e à preservação da segurança nacional. O criminoso não pode ser considerado mero fruto de um meio social desfavorecido, como se a situação os fizessem tomar atitudes contrárias às dos cidadãos de bem. A sociedade não pode conviver com a sensação de viver sitiada. É inadmissível vivermos nesta guerra civil que vitimiza mais pessoas que a guerra na Síria.

Refaço a mesma pergunta que Winston Churchill fez diante as imagens de um bombardeio da Royal Air Force sobre a cidade alemã de Wuppertal, durante a Segunda Guerra Mundial: “Somos animais? Não estamos levando isso longe demais?”.

Por fim, conclui-se que é necessária e urgente, a adoção de novas soluções, tanto no quadro jurídico e institucional como no operacional, investindo em policiamento e na punição adequada dos culpados, bem como um planejamento de políticas públicas por parte da segurança pública, visando combater e controlar a projeção da criminalidade e a violência crescente ligada a organizações criminosas.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 11 ed., 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2EJYf2e>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

BRANDÃO, Priscila; CEPIK, Marco (Org.). **Inteligência de segurança pública: teoria e prática no controle da criminalidade**. Niterói - RJ: Impetus, 2013.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <<https://bit.ly/1dFiRrW>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). **Atlas da Violência 2017**: Ipea e FBSP (Fórum Brasileiro de Segurança Pública). Rio de Janeiro, RJ, jun./2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2r00l7z>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, 05 ago. 2013 (edição extra). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm)>. Acesso em: 10 dez. 2017.

CRUZ NETO, Otávio; MOREIRA, Marcelo Rasga. Trabalho infante-juvenil: motivações, aspectos legais e repercussão social. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 2, p. 437-441, abr. 1998. Disponível em: <<https://bit.ly/2LU01mo>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

DATAFOLHA. Percepção de presença do crime organizado / Facções na vizinhança / bairro do(a) entrevistado(a). **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**, ago./2017. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/atividades/pesquisa-mostra-que-brasileiro-sente-presenca-do-crime-organizado-em-sua-vizinhanca/>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

GALLO, Alex Eduardo; WILLIAMS, Lúcia C. de A. Adolescentes em conflito com a lei: uma revisão dos fatores de risco para a conduta infracional. **Psicol. Teor. Prat.**, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 81-95, jun. 2005. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1516-36872005000100007](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-36872005000100007)>. Acesso em: 10 dez. 2017. JUSTO, Marcelo. As cinco atividades do crime organizado que rendem mais dinheiro no mundo. **BBC Mundo**, 01 abr. 2016. Disponível em: <<https://bbc.in/2pgF9NY>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

LOUREIRO, Gabriela. 5 razões por trás da crise de segurança pública no Brasil. In: **BBC Brasil**, 12 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38909715>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

PEREIRA, Fábio Costa. O mito da polícia violenta. **Revista "A Força Policial"**, Luz, SP, n. 1, 2017. Disponível

em: <[http://www3.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/caj/wp-content/uploads/2017/02/N\\_1\\_2017/index.html](http://www3.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/caj/wp-content/uploads/2017/02/N_1_2017/index.html)>. Acesso em: 10 dez. 2017.

PESSI, Diego; SOUZA, Leonardo Giardi de. **Bandidolatria e democídio**: ensaio sobre o garantismo penal e criminalidade no Brasil. São Luiz, MA: Livraria Resistência Cultural Editora, 2017.

RELATÓRIO Mundial 2016: Síria – Eventos de 2015. **Human Rights Watch**, Nova York, 2015. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/world-report/2016/country-chapters/285960>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

RUMMEL, R. J. **Death by Government**. New Brunswick, N.J.: Transaction Publishers, 1994. Disponível em: <<https://www.hawaii.edu/powerkills/NOTE1.HTM#4>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

SANTOS, Mário Ferreira dos. **A invasão vertical dos bárbaros**. São Paulo: É Realizações, 2012.

STIVE. **Como funciona o Crime Organizado no Brasil?** **Stive**, 05 mai. 2016. Disponível em: <<https://www.stive.com.br/4316-crime-organizado-no-brasil.html>>. Acesso em: 10 dez. 2017.





## ESTABELECIMENTO EMPRESARIAL: COMO OBJETO DE DIREITO E NEGÓCIOS JURÍDICOS

*Bruna Rosa Corrêa<sup>1</sup>*

### RESUMO

Este trabalho tem por objetivo abordar o estabelecimento comercial como instrumento de direito e como também um instituto dos negócios jurídicos que permeia o Direito Empresarial, mais precisamente as relações do Direito de Empresa. Para tanto, no desenvolvimento do estudo, utilizou-se o método de abordagem indutivo, uma vez que será analisado o tema específico do Direito Privado, que trata o Direito Empresarial. Por fim, indagamos a possibilidade jurídica de se compreender o estabelecimento porquanto objeto das relações jurídicas, conforme dispõe o artigo 1.143 do Código Civil, qual seja estabelecendo direitos e obrigações nas relações negociais empresariais.

**Palavras-chave:** Estabelecimento empresarial; Direitos; Relação negocial.

### RESUMEN

Este trabajo tiene por objetivo abordar el establecimiento comercial como instrumento de derecho y como también un instituto de los negocios jurídicos que permea el Derecho Empresarial, más precisamente las relaciones del Derecho de Empresa. Para ello, en el desarrollo del estudio, se utilizó el método de abordaje inductivo, una vez que será analizado el tema específico del Derecho Privado, que trata el Derecho Empresarial. Por último, indagamos la posibilidad jurídica de comprender el establecimiento por cuanto objeto de las relaciones jurídicas, conforme dispone el artículo 1.143 del Código Civil, sea cual, estableciendo derechos y obligaciones en las relaciones comerciales empresariales.

**Palabras-clave:** Establecimiento empresarial; Derechos; Relación negociadora.

---

<sup>1</sup> Especialista/Pós-graduada em Direito Empresarial e Advocacia Empresarial; Especialista/Pós-graduada em Direito Civil, ambas cursadas na Rede de Ensino LFG/Anhangera Uniderp. Graduada em Direito pela UNISUL – Universidade do Sul de Santa Catarina. Exerce atualmente atividade laborativa como Escrevente Registral em Ofício de Registro de Imóveis. Contato: [bruna-brr@hotmail.com](mailto:bruna-brr@hotmail.com).







## INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico terá por finalidade compreender a natureza jurídica do estabelecimento empresarial como sendo uma universalidade de direito ou de fato, segundo as teorias existentes. Isso porque abrange um instrumento de direito e também um instituto de negócios jurídicos que permeia o Direito Empresarial, mais precisamente as relações do Direito de Empresa. Todavia, o presente artigo será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo será abordado o conceito e a natureza jurídica que envolve o estabelecimento empresarial sob a perspectiva do atual Código Civil de 2002.

No segundo capítulo será examinado a Legislação Civil Brasileira, nas disposições gerais do Título III do estabelecimento, mais precisamente em seus artigos 1.142 e 1.143, os elementos que norteiam o estabelecimento, considerando ainda o que a doutrina aborda como bem corpóreo e incorpóreo. Ainda, a permissão da livre disponibilidade do estabelecimento pelo empresário, demonstrando o entendimento da doutrina acerca do tema com o intuito de proteger as relações comerciais.

Em especial, avaliando esses elementos possa ser cabível exercer a advocacia preventiva daquele que exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada.

No terceiro capítulo será plausível identificar as implicações jurídicas acerca do tema proposto no primeiro e no segundo capítulo, segundo o qual envolva o estabelecimento empresarial, instrumento para o exercício da empresa, seja objeto de direito e negócios jurídicos.

Para tanto, no desenvolvimento do estudo utilizou-se o método de abordagem indutivo uma vez que será analisado um tema específico do Direito Civil, que trata do estabelecimento e seus aspectos na visão jurídica do direito empresarial e dos negócios jurídicos.

Quanto ao método de procedimento, a pesquisa traça o método monográfico, tendo em vista que se pretende abordar o entendimento do Direito Contemporâneo através da própria legislação civil e empresarial, bem como, das correntes doutrinárias.

Os instrumentos e procedimentos utilizados se materializam na pesquisa exploratória, pois o objetivo numa visão geral é analisar elementos que envolvam o estabelecimento empresarial porquanto objeto de direitos e obrigações negociais, sob a perspectiva do atual Código Civil de 2002.

No entanto, quanto ao procedimento empregado para coleta de dados o trabalho científico se classifica como pesquisa bibliográfica, uma vez que, para evoluir nas pesquisas satisfazendo os objetivos acima propostos foram utilizadas fontes secundárias, quais sejam: livros, teses, artigos, revistas, e meio eletrônico.

Por fim, pretende o presente trabalho compreender o que rege na legislação brasileira sobre o estabelecimento quando dispõe tratar-se como objeto de direito e negócios jurídicos.

## ESTABELECIMENTO DESIGNADO COMPLEXO DE BENS E A SUA NATUREZA JURÍDICA

O estabelecimento comercial denominado atualmente por muitos doutrinadores como estabelecimento empresarial assemelha-se numa primeira impressão ao local que o empresário exerce sua atividade empresarial. Todavia, o seu conceito jurídico torna-se muito mais intrincado, pois o complexo de bens - designado como materiais e imateriais – e a organização onde se desempenha a atividade empresária é o que se se designa por estabelecimento, consoante ao que dispõe o artigo 1.142 do Código Civil, vejamos: “Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária” (BRASIL, 2002). Contudo, esse complexo de bens que o compõe é formado pela vontade de cada empresário.

Assim, o estabelecimento empresarial é um instrumento utilizado por empresário para realizar a atividade empresarial composta daqueles bens que estejam atrelados ao exercício da atividade.

No dizer de Ramos (2012, p. 98) o estabelecimento é compreendido como:

“[...] o local em que o empresário exerce suas atividades – ponto de negócio – é apenas um dos elementos que compõe o estabelecimento empresarial, o qual, como visto, é composto também de outros bens materiais (equipamentos, máquinas etc.) e até mesmo bens imateriais (marca, patente de invenção etc.)”

Entretanto, é apropriado afirmar que o estabelecimento empresarial se distingue de empresa, pois a empresa refere-se a uma atividade. De igual forma, se distingue do empresário, que constitui uma pessoa física ou jurídica que exerce a atividade empresarial, considerando o titular de direitos e obrigações pela qual exerce sobre a empresa.

No entanto, quando a sociedade empresária ou até mesmo o empresário desenvolve uma atividade econômica, é necessário dispor de elementos que permitam exercer a suas atividades empresariais, com isso denominamos estabelecimento empresarial que está intimamente ligado à empresa, sendo o qual não seria possível exercer a atividade organizada.

O doutrinador Ramos (2012, p. 99) ainda pontua referenciando a doutrina italiana:

“Destaque-se ainda que, como bem aponta a doutrina italiana, há dois elementos relevantes na noção de estabelecimento: primeiro, o complexo de bens; segundo, a organização. Considerando como complexo de bens, vê-se que o estabelecimento empresarial assume um caráter marcadamente instrumental para o desempenho da atividade. Por outro lado, sendo o estabelecimento um conjunto de bens dotado de organização, percebe-se que os bens que o compõem constituem um todo articulado, organizado, conexo [...]”



Todavia, quando remetemos a sua natureza jurídica é necessário mencionarmos duas teorias existentes, a teoria da universalidade de direito e de fato. A distinção entre as duas teorias se perfaz na análise da qual a teoria da universalidade de direito se resume na reunião dos bens que a integram determinada pela lei e que segundo o Artigo 91 do Código Civil de 2002, “Constitui universalidade de direito o complexo de relações jurídicas, de uma pessoa, dotadas de valor econômico”, e a universalidade de fato consiste na reunião dos bens que a integram determinada por um ato de vontade própria, que segundo o Artigo 90 do mesmo diploma legal, “Constitui universalidade de fato a pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa, tenham destinação unitária” (BRASIL, 2002).

Entretanto, a doutrina majoritária baseada nos ensinamentos da doutrina italiana, base do direito empresarial, tem seu fundamento da universalidade de fato, tendo em vista que os elementos que a compõe formam o sentido unitário, voltado expressivamente à destinação que o empresário lhes dá, e não em virtude de disposição legal (RAMOS, 2012).

Isso porque, essa posição majoritária ganhou muito mais força com a legislação do Código Civil de 2002 que por consequência trouxe a definição do estabelecimento no artigo 1.142.

Consoante, o entendimento de Vido (2015, p. 82) o estabelecimento tem natureza jurídica de universalidade de fato efetivamente:

“[...] o estabelecimento é uma universalidade de fato, ou seja, a reunião de bens, que existem isoladamente, podem ser negociados isoladamente, mas estão juntos pela vontade do empresário, da EIRELI ou da sociedade empresária (art. 90 do CC/2002). A ligação dos bens ocorreu por um ato de vontade, que pode ir se construindo e se modificando ao longo do exercício da atividade.”

Nesse sentido, pode ser firmado um instrumento que contenha como objeto a alienação ou a locação do estabelecimento fundamentado na universalidade de fato, isso porque a forma organizada como o empresário exerce a empresa implica no complexo de bens que a compõe.

Gonçalves e Gonçalves (2009, p. 37) completa:

“[...] o estabelecimento consagra um conjunto de bens corpóreos e incorpóreos, constituindo uma universalidade de fato, que pode ser objeto de negócios jurídicos. Não se trata, portanto, de unidade complexa de bens destinados a um fim determinado em lei (*universitas juris*), mas de um conjunto de bens com finalidade vinculada à vontade do seu dono, que é o empresário (*universitas rerum ou facti*). Cada bem integrante do estabelecimento dispõe de individualidade, mas está intrinsecamente ligado ao complexo dos bens dispostos pelo empresário para o exercício da empresa.”





Assim sendo, considerando a universalidade de fato como natureza jurídica própria, não se reconhece ao estabelecimento a existência jurídica independente e autônoma, nem mesmo se exterioriza um instrumento negocial sem ao menos termos uma pessoa física ou jurídica que manifeste tal interesse.

Cabe ressaltar que o estabelecimento além de ser considerado como objeto/artefato unitário de negócios jurídicos, possa ser criado, desenvolvido e extinto sem qualquer interesse de negociação com terceiro. Desta forma, fora criado e extinto pelo seu titular enquanto exercia a atividade empresarial como bem lhe prouver. Entretanto, caso deseje vender, de forma unitária, o alienante e o adquirente deverão respeitar os requisitos previsto na legislação. Isso nos faz compreender que não há como incluir as relações jurídicas nem o passivo na natureza do estabelecimento (OLIVEIRA, 2009).

Em síntese, a natureza jurídica do estabelecimento se vincula a valores ou objetos ligados à empresa com ampla faculdade de disponibilidade ou alienação. E considerando como bem distinto dos que o integram Neto (2008, p. 585) afirma:

“O que importa para a identificação do estabelecimento é a existência de tantos bens quantos bastem para que possa servir ao fim que o justifica – ou seja, haverá a universalidade “estabelecimento” sempre que, subtraindo-se alguns bens ou se acrescentando outros ao conjunto, não lhe desvirtue sua aptidão funcional.”

Portanto, o estabelecimento é a alicerce sólido da empresa e por possuir valor econômico e ser tutelado juridicamente, pode constituir objeto de comercialização no mercado, considerando objeto unitário de direito e de negócio jurídicos constitutivos ou translativos, desde que compatibilizados com a sua natureza, consoante o que dispõe no artigo 1.143 do Código Civil de 2002, que passamos a ver no capítulo posterior.

## ELEMENTOS NORTEADORES DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL

Por afirmar que o estabelecimento empresarial fundamenta o suporte da atividade empresarial, é válido justificar que o empresário e a sua empresa desempenham a atividade econômica e profissional em um estabelecimento designado como conjunto de bens ou coisas que permite a realização da atividade.

Com o fenômeno da transformação empresarial, a escassa legislação aplicável para as relações quem envolvam o empresário e a empresa encontra-se cada vez mais desajustadas. Ademais, os antigos conceitos e também as práticas econômicas e empresariais estão em constante mudança.

Nesse sentido, Damian (2015, p. 30) afirma que “bem é tudo aquilo que pode ser objeto de



direito e é suscetível de ser utilizado e apropriado, ou seja, trata-se de bem corpóreo ou incorpóreo que tem valor econômico e que pode servir de objeto a uma relação jurídica”. A doutrina divide esse conjunto de bens em materiais (corpóreos) e imateriais (incorpóreos).

Os bens materiais também chamados de corpóreos são os bens tangíveis, como por exemplo, os mobiliários, veículos, maquinários, estoque, equipamentos e todos os demais utensílios utilizados na atividade, ou seja, possuem existência física, no qual podem ser tocados e são visíveis (RIZZARDO, 2014).

De outro modo, temos os bens imateriais também denominados de incorpóreos, que fazem parte do nome empresarial, da marca, do título de estabelecimento, do ponto comercial, da patente, entre outros que não são aptos de apropriação física, são relativos aos direitos que as pessoas físicas ou jurídicas têm sobre as coisas, não podem ser visíveis ou palpáveis, ou seja, integram o estabelecimento, mas não ocupam espaço no mundo exterior (GONÇALVES; GONÇALVES, 2009).

Para acrescentar, Rizzardo (2014, p. 1065) pontua:

“Compreende o estabelecimento, pois, o instrumento, ou exteriorização da atividade do empresário, mas estende-se na significação, já que abrange também o valor econômico do nome, do local, da projeção social, da difusão no meio do público consumidor. Nem sempre se mede o alcance econômico pelo patrimônio físico, pois existem empresas com pouco mobiliário, com reduzido estoque, sem a propriedade do prédio, ou com apenas alguns bens agregados. E mesmo assim, o estabelecimento alcança uma estimativa elevada em face da atividade desenvolvida, dos resultados econômicos que produz, e da relevância dos serviços que presta.”

Deve-se atentar ao fato de que existem bens que não se associam como elementos do estabelecimento, mas se associam como atributos, isso porque o estabelecimento é organizado com o resultado pretendido pelo empresário ou a sociedade empresária, porém, o intuito de obter lucros faz parte da qualidade do estabelecimento do qual se considera um atributo.

O aviamento, que consiste na “capacidade de um estabelecimento para produzir resultado para gerar lucros” e a clientela, como sendo “um grupo de pessoas que realizam negócios com o estabelecimento de forma continuada” (VIDO, 2015, p. 83 e 83) são exemplos de atributos e não elementos, pois é resultado da organização dos bens que fazem parte do estabelecimento.

Em complemento, Gonçalves e Gonçalves (2009, p. 37) afirma:

“Justamente em razão da organização econômica desses bens feita pelo empresário individual ou sociedade empresária capacitando o estabelecimento para a atividade empresarial é que a este é atribuído valor econômico muito superior à soma individual de cada um de seus elementos componentes.”



Esses bens materiais e imateriais que são elementos que agregam o estabelecimento e se organizam para obter o resultado pretendido pelo empresário encontram-se disponíveis para o livre exercício da atividade empresarial. Entretanto, constata-se que o estabelecimento não é somente o lugar onde ocorre o incremento da atividade econômica, e sim o acréscimo de outros elementos. Desta forma, esses bens em conjunto, voltados para exercer a atividade empresarial, estabelecem o valor muito maior do que se considerassem bens individuais para a sua composição de fato.

Vale ressaltar, que o nome empresarial é um elemento do empresário, todavia, não integra o estabelecimento, uma vez que é personalíssimo não podendo segundo a doutrina majoritária ser alienado (SANCHEZ; RIBEIRO, 2016).

Consoante à doutrina clássica, o ponto comercial visto como elemento imaterial não se identifica com a propriedade imobiliária, tendo em vista que é possível ceder o ponto sem realizar a alienação do bem imóvel. Em contrapartida, as dívidas não integram os elementos do estabelecimento (REQUIÃO, 2015).

Desta forma, é possível compreender que, quando nos remetemos à palavra estabelecimento, não deve vir à lembrança simplesmente ao local onde o empresário exerce sua atividade econômica composta por equipamentos, instalações, estoques e matérias primas, pois além desses bens físicos de fácil identificação podem existir outros que não são visualmente identificáveis que é o caso dos bens incorpóreos.

Esgotada essas definições para melhor esclarecimento, passamos a análise da objetivação jurídica do estabelecimento.

## **ASPECTOS JURÍDICOS DO ESTABELECIMENTO A CERCA DO OBJETO UNITÁRIO DE DIREITO E NEGÓCIOS JURÍDICOS**

A possibilidade jurídica de se compreender o estabelecimento como objeto de relação jurídica própria, qual seja, estabelecendo direitos, como também, obrigações nas relações negociais empresariais ganha respaldo no surgimento do que vem a ser conceituado pela doutrina brasileira sobre o estabelecimento, consoante o que dispõe nos artigos 1.142 e 1.143 do Código Civil.

Entretanto, é apropriado que o estabelecimento empresarial figure como objeto de direito e obrigações, na qual tem o condão de estabelecer negócios jurídicos.

Com esse intuito, o empresário tem a disponibilidade do seu estabelecimento livremente. Entretanto, deverá observar o que dispõe no artigo 1.143 do Código Civil que prevê: “Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza” (BRASIL, 2002).

O legislador ao prever nas disposições gerais do Código Civil, no Livro II Do Direito de Empresa,





o estabelecimento designado objeto unitário de direito e de negócio jurídico, propôs ao empresário uma nova normativa que fez ampliar o entendimento do direito empresarial, especialmente a conceituação de empresa e estabelecimento.

Ao atrelar o estabelecimento às relações jurídicas, de forma ativa e passiva, mantidas por seus titulares na atuação da atividade jurídica econômica e relacionadas aos bens incorporados ao estabelecimento o Código Civil de 2002 trouxe profundas inovações que refletiram e estão refletindo nas relações negociais.

Sob esse prisma, um mesmo titular de empresa ou sociedade empresária pode exercer sua empresa com apenas um ou então mais estabelecimentos, assim sendo, com apenas um ou então mais conjunto e bens.

Como ensina Rubens Requião citado por Neto (2008, p. 586), o critério legal para se determinar o estabelecimento como principal:

“[...] não se leva em conta a dimensão física dos seus diversos estabelecimentos. Concentua-se o principal estabelecimento tendo em vista aquele em que se situa a chefia da empresa, onde efetivamente atua o empresário no governo ou no comando de seus negócios, de onde emanam as suas ordens e instruções, em que se procedem as operações comerciais e financeiras de maior vulto e em massa. Nesse estabelecimento, por ser o centro das decisões da empresa, contabilizam-se as suas contas e, por isso, aí se encontram os livros comerciais, sobretudo os livros obrigatórios e os livros fiscais.”

Nesse ponto, o estabelecimento como universalidade de direito ou de fato é considerado um bem diferente dos que o compõe e sujeito a um regime jurídico próprio. Considera-se, portanto, um novo bem incorpóreo dos que reuniu para formá-lo visando ao exercício da atividade empresarial. (NETO, 2008).

Sendo assim, o titular de empresa ou sociedade empresária exerce sobre o seu estabelecimento os poderes inerentes ao domínio como, por exemplo, o uso, gozo e disposição, podendo transformar em objeto unitário de direitos (NETO, 2008, p. 586).

No entanto, o estabelecimento é considerado suscetível de ser adotado como objeto autônomo de direito, ainda que as relações jurídicas incidam sobre bens que os compõem separadamente. Entretanto, deve se atentar ao fato de que as relações jurídicas que versem sobre o estabelecimento sejam compatibilizadas com sua natureza de bem móvel incorpóreo.

Neto (2008, p. 587) destaca:

“Do mesmo modo, os negócios que versarem sobre o estabelecimento ou que tiverem por objeto não podem impedir a mobilidade dos bens que o integram. Se ele for composto por bens arrendados, em comodato, em alienação fiduciária etc., seu trespasse irá transmitir o



direito sobre tais bens o alienante detém, não sobre a propriedade deles, mesmo que do negócio resulte a transferência da propriedade do estabelecimento.”

É possível, assim sendo, perceber que o estabelecimento dá margem para vários conceitos ligados a atividade comercial, vez que pode utilizá-lo para referir-se a totalidade da estrutura física, conceitual e humana da empresa, bem como inserir outras unidades como filial, sucursal e agência. Assim, é plausível estabelecer negócios que considerem o estabelecimento nos dois níveis: em sua totalidade ou por uma de suas partes autônomas, levando em consideração a sua escrituração própria (MAMEDE, 2008).

De igual forma, ao analisar o artigo 1.143 do Código Civil é possível compreender o estabelecimento como objeto unitário de direito e deveres, permitindo a criação das relações jurídicas próprias.

Portanto, permite-se alienar o estabelecimento e por consequência todos os bens que o compõem, sem a necessidade de discriminá-los. Igualmente, é permitido locar ou ceder o seu uso gratuito. Ademais, esses negócios jurídicos podem ser translativos ou constitutivos.

Segundo, Mamede (2008, p. 205) translativos são os negócios jurídicos: “cujo efeito é a transferência, a transmissão de um direito, implicando uma sucessão subjetiva [...]. Já os constitutivos, em complemento o autor infere:

“O Código Civil também se refere a negócios constitutivos, referindo-se àqueles que constituem uma relação jurídica na qual o estabelecimento é o objeto; é o que se passa no penhor de estabelecimento empresarial, sendo constituído um vínculo real entre a sua titularidade e uma obrigação cujo adimplemento passa a ser por ele garantida.”

O artigo 1.143 do Código Civil atenta para o leque de proteção e atividades, da qual decorrem direitos e obrigações. Ademais, a lei e a compatibilidade da natureza jurídica que forma o estabelecimento é o limite para realizar negócios translativos ou constitutivos.

Pimenta (2004), citado por Rizzardo (2014, p. 1068) assevera que o próprio estabelecimento se sujeita à negociação, com sua transferência para terceiro. Afirmando:

“Alienação do estabelecimento empresarial significa a troca na titularidade do conjunto patrimonial por ele representado. O sujeito de direito (empresário individual ou sociedade empresaria) titular do estabelecimento o transfere (gratuita ou onerosamente) a outro sujeito de direito, seja ele uma pessoa física ou sociedade.”

Cumprir mencionar o que nosso direito das obrigações acompanha o estabelecimento. (FÉRES, 2007). É o que decorre da leitura dos artigos 1.146, 1.148 e 1.149 do Código Civil de 2002, que regulam a nossa matéria, por exemplo:



Art. 1.146. O adquirente do estabelecimento responde pelo pagamento dos débitos anteriores à transferência, desde que regularmente contabilizados, continuando o devedor primitivo solidariamente obrigado pelo prazo de um ano, a partir, quanto aos créditos vencidos, da publicação, e, quanto aos outros, da data do vencimento.

[...]

Art. 1.148. Salvo disposição em contrário, a transferência importa a sub-rogação do adquirente nos contratos estipulados para exploração do estabelecimento, se não tiverem caráter pessoal, podendo os terceiros rescindir o contrato em noventa dias a contar da publicação da transferência, se ocorrer justa causa, ressalvada, neste caso, a responsabilidade do alienante.

Art. 1.149. A cessão dos créditos referentes ao estabelecimento transferido produzirá efeito em relação aos respectivos devedores, desde o momento da publicação da transferência, mas o devedor ficará exonerado se de boa-fé pagar ao cedente (BRASIL, 2002).

Resta evidente, afirmar, como sendo natural o estabelecimento figurar como objeto de direitos e obrigações, uma vez que qualquer tipo de contrato estará o empresário ou a sociedade empresária, vinculados a firmar a título translativo ou constitutivo.

Ressalta-se, que embora a doutrina defenda a universalidade de fato, ou seja, o complexo de bens organizado pelo empresário, Ramos (2012, p. 101) defende que o estabelecimento não compreende as relações jurídicas – direitos e obrigações – do seu titular, isso porque se distingue do patrimônio empresarial que é fruto de relação jurídica própria que faz brotar direitos e obrigações perante o próprio titular da empresa ou sociedade empresária.

De tal modo, podemos afirmar que os bens atrelados à atividade dizem respeito ao estabelecimento e os bens de propriedade do empresário fazem parte do seu próprio patrimônio.

Damian (2015, p. 29) afirma que o estabelecimento “integra o patrimônio do empresário e da sociedade empresária e é mero instrumento da atividade econômica e explorada por eles”.

O Código Civil de 2002, todavia, se refere à possibilidade de negociar o estabelecimento como um todo unitário, qual seja, pela conceituação da universalidade de fato, conforme demonstramos no seu artigo 1.143.

Por óbvio, o estabelecimento pode ser componente das negociações singulares, consoante o que dispõe o artigo 90, parágrafo único, do Código Civil de 2002. Entretanto, é predominante a comercialização do estabelecimento de forma unitária, quando estaremos diante do chamado contrato de trespasse.

O contrato de trespasse, em poucas palavras, denomina-se um “contrato oneroso de transferência do estabelecimento empresarial” (RAMOS, 2012, p. 101).

Entretanto, o Conselho de Justiça Federal no seu enunciado 233 da III Jornada de Direito Civil aprovou o seguinte entendimento:

“Enunciado nº 233 – Art. 1.142: A sistemática do contrato de trespasse delineada pelo Código Civil nos arts. 1.142 e ss., especialmente seus efeitos obrigacionais, aplica-se somente quando o conjunto de bens transferidos importar a transmissão da funcionalidade do estabelecimento empresarial.” (JORNADA DE DIREITO CIVIL, 2007).

Nessa reflexão, analisando o entendimento do enunciado aprovado pelo Conselho de Justiça Federal é possível perceber que quando o estabelecimento puder ser alienado a terceiro firma-se o contrato de trespasse em sua forma unitária.

Entretanto, o artigo 1.143 do Código Civil de 2002 deixa explícita a importância da unicidade negocial do estabelecimento a fim de salvaguardar “proteção jurídica específica, paralela à consagrada pelo ordenamento de cada um dos bens móveis, imóveis ou imateriais que o componham.” (PIMENTA, 2004, p. 101).

Igualmente, não há como considerar o estabelecimento sujeito de direito, pois sujeito de direito é o empresário, e sim “objeto de direito e negócios jurídicos”, isso porque há uma menção expressa à condição de objeto de direito do estabelecimento, consoante previsão no artigo supracitado. E também porque o artigo 44 do mesmo diploma legal não observa o estabelecimento como pessoa jurídica de direito privado e, portanto não tem personalidade jurídica.

Por fim, as teorias que dão a condição de sujeito ao estabelecimento e o compreendem como titular de direitos e deveres estão repelidas. O estabelecimento é, sem dúvidas, no nosso ordenamento jurídico, objeto de direito e de negócio jurídico, por isso constitui uma universalidade de fato que agrega o patrimônio do empresário individual ou até mesmo da sociedade empresária, podendo ser alienado, penhorado entre outras constrições.

## CONCLUSÃO

De todo exposto, é possível concluir que diante das particularidades do direito empresarial, o presente trabalho dedicou-se a demonstrar à necessidade do empresário conhecer o seu estabelecimento não somente como elemento “lugar físico” onde desempenha suas atividades, mas como complexo de bens devidamente organizado com o fito de exercer a empresa por ele próprio ou a sociedade empresária.

Além disso, as considerações feitas ao longo deste estudo fez confirmar que o estabelecimento empresarial pode ser visto como objeto de direitos e negócios jurídicos, como por exemplo, a

realização de trespasse, dação em pagamento, doação, permuta, locação, arrendamento entre outros negócios que se tornem viáveis e com o fito de realizar a melhor forma de negociação empresarial.

Contudo, o estabelecimento empresarial consagra um conjugado de bens denominados corpóreos e incorpóreos, vez que se torna objeto de negócios jurídicos, fundada na universalidade de fato.

Apesar de haver grande discussão acerca da natureza jurídica do estabelecimento, principalmente em razão das peculiaridades de cada legislação, pode se afirmar que o atual ordenamento jurídico brasileiro tornou-se sedimentado na teoria da universalidade de fato e de direito, no entanto, a doutrina majoritária compreende que a universalidade de fato é por óbvio a que mais se adequa as expressões consagradas nos artigos 1.142 e 1.143 do Código Civil, pelo fato de não considerar o estabelecimento como pessoa jurídica com personalidade jurídica e capacidade processual.

De igual forma, constatou-se o que foi classificado pela doutrina quanto aos elementos do estabelecimento que se dividem em materiais – corpóreos – e, imateriais – incorpóreos. Desta forma, foi possível compreender que os bens materiais intitulados como corpóreos são os bens que existem fisicamente, ou seja, são aptos de apropriação física, como exemplo, citamos o mobiliário, utensílios, mercadorias, já os bens imateriais incorpóreos referem-se aos direitos que o empresário ou a sociedade empresária têm sobre as coisas, ou seja, não são aptos de apropriação física, não podem ser visíveis ou palpáveis, ou seja, agregam o estabelecimento, mas não ocupam espaço no mundo exterior, como exemplos têm o nome empresarial, a marca, o título de estabelecimento, a patente e o ponto comercial.

Contudo, essa contenda se faz necessária pelo fato de conhecer todos os instrumentos que dispõe o empresário e a sociedade empresária que se organiza para atingir o resultado almejado. Desta forma, é apropriado o estabelecimento empresarial figurar como objeto de direitos e obrigações pelo qual estará disposto a realizar negócios, serviços e contrair deveres relativos ao próprio estabelecimento. De igual forma, o empresário está obrigado a firmar contrato seja de cunho translativo ou constitutivo. No mais, não se justifica a existência do estabelecimento sem promover relações onerosas, econômicas dirigidas para a produção de bens, a sua comercialização ou até mesmo a prestação de serviços.

Isso porque a legislação brasileira passou a ter uma gama de proteção ao regular de forma explícita a universalidade que se constitui o estabelecimento. Dai porque se fala que além da proteção individual aos bens que integra o estabelecimento, o empresário representado pela organização passa a ter a proteção daqueles bens que compõe o exercício da empresa que se formam por elementos constitutivos do estabelecimento sujeitando-se a negociação.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Código civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 09 set. 2017.

DAMIAN, Terezinha. **Direito de empresa:** fundamentos jurídicos para estudantes, administradores, advogados, contadores e empresários. Jundiaí: Paco, 2015.

FÉRES, Marcelo Andrade. **Estabelecimento empresarial:** trespasse e efeitos obrigacionais. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. **Direito de Empresa:** comentários aos artigos 966 a 1.195 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GONÇALVES, Maria Gabriela Venturoti Perrotta Rios; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito comercial:** direito de empresa e sociedades empresárias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

JORNADAS DE DIREITO CIVIL. Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar. **Cjf.jus.br**, Brasília: CJF. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/452>>. Acesso em: 10 set. 2017.

MAMEDE, Gladston,. **Direito Empresarial Brasileiro.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

OLIVEIRA, Fábio Gabriel de. CONTRATO DE TRESPASSE: UM ESTUDO Á LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO. In: **Dissertação de Pós Graduação em Direito Privado.** Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2009. Disponível em: <[http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito\\_OliveiraFG\\_1.pdf](http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_OliveiraFG_1.pdf)>. Acesso em: 17 set. 2017.

PIMENTA, Eduardo Goulart. O estabelecimento. Apud: RODRIGUES, Frederico Viana (Org.). **Direito de empresa no Novo Código Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado.** 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2012.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial.** 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Empresa**. 5. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; 2014.

SANCHEZ, Alessandro; RIBEIRO, Millena Franco. **Teoria Geral do Direito Empresarial**. Valinhos: 2016.

VIDO, Elisabete. **Curso de Direito Empresarial**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.



# TIPICIDAD MATERIAL DEL ARTÍCULO 229 DEL CÓDIGO PENAL BRASILEÑO: LESIVIDAD Y PROPORCIONALIDAD

*Claudia Maria Ferreira Rodrigues<sup>1</sup>*

## RESUMEN

El presente artículo científico analiza el artículo 229 del Código Penal Brasileño, que tipifica la conducta de quien mantiene un establecimiento para fines de prostitución, con o sin intención de lucro, habiendo o no violencia u otra modalidad de explotación sexual. El estudio sigue los pensamientos de la teoría funcionalista de contención de Raúl de Zaffaroni para dimensionar, dentro de su concepto de delito, la tipicidad material de la conducta analizando su lesividad al bien jurídico. Analiza la constitucionalidad del referido artículo, valiéndose de las enseñanzas de la Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy y la utilización del principio de proporcionalidad para evaluar si la norma descrita en el dicho artículo proporciona o suprime la optimización de derechos fundamentales de las profesionales del sexo en Brasil. Así busca averiguar la idoneidad, la razonabilidad, la necesidad y la proporcionalidad dentro del contenido del referido artículo mensurando su adecuación social.

**Palabras-clave:** Prostitución; Derechos Fundamentales; Constitución; Proporcionalidad.

## ABSTRACT

This scientific article analyzes the article 229 of the Brazilian Penal Code, which typifies the conduct of those who maintain an establishment for the purpose of prostitution, with or without intention of profit, independent if there is violence or other forms of sexual exploitation or not. The study follows the thoughts of the functionalist contention theory of Raúl de Zaffaroni to measure, within its concept of crime, the material typicity of the conduct analyzing its lesividad to the juridical good. Analyzes the constitutionality of the mentioned article, using the teachings of Robert Alexy's Theory of Fundamental Rights and the use of the principle of proportionality to evaluate whether the norm described in that article provides or suppresses the optimization of fundamental rights of professionals of sex in Brazil. Thus, this study seeks to find out the suitability, reasonableness, necessity and proportionality within the content of the referred article measuring its social adequacy.

**Keywords:** Prostitution; Fundamental Rights; Constitution; Proportionality.

---

<sup>1</sup> Advogada, jornalista, socióloga, professora universitária, doutoranda em Direito Penal pela Universidad de Granada – UGR- Espanha





## INTRODUCCIÓN

Las nuevas reglas sociales de conductas sexuales, realidades laborales de inserción al mercado de trabajo, las crisis económicas en sus tendencias a favorecer al trabajo autónomo, son realidades que deben ser consideradas y ponderadas con responsabilidad legislativa respetando a los derechos fundamentales y a los principios constitucionales que basan los Estados Democráticos de Derecho para garantizar la igualdad formal y material entre todos los ciudadanos. El artículo 229 del Código Penal de Brasil (Decreto-Lei nº 2.828 de 7 de dezembro, da Câmara dos Deputados, 1940) criminaliza la conducta de mantener un establecimiento donde se ejerza la prostitución, con o sin ánimo de lucro, y ha sido objeto de muchísimas controversias y discusiones entre juristas, académicos y legisladores y también entre la sociedad, especialmente en el segmento prostitucional, el más afectado por la evidente ausencia de sintonía entre la norma y la realidad social vigente. Vamos analizar sus aspectos legales y doctrinarios, sin perder la imprescindible mirada sociológica y la lucha por la concreción de derechos fundamentales de las profesionales del sexo que siguen victimizadas por leyes inadecuadas y un sistema jurídico ineficaz.

Como afirma el sociólogo Baunam (2010), la actual sociedad moderna “líquida” tiene por característica la ruptura de muchos valores y conceptos morales, anteriormente de mucha relevancia social, que servían de guía a la producción legislativa. La fluidez de la sociedad posmoderna exige un constante ajuste legislativo para que la propia ley a obedecer no sea en sí misma tan o más victimizadora que la propia realidad social que intenta tutelar. Buscar el sentido de proporcionalidad entre normas y derechos fundamentales reduciendo su injerencia abusiva en respeto a las libertades públicas debe ser el esfuerzo de todos los operadores del derecho y de la sociedad en busca de la igualdad material que debe sostener y legitimar las actuales democracias.

## LA NATURALEZA DEL DELITO DEL ARTÍCULO 229 DEL CÓDIGO PENAL BRASILEÑO SEGÚN LA DOCTRINA

Tras la reforma introducida por la Ley 12.015 de 7 de agosto de 2009 (Lei 12.015 de 7 de agosto, da Câmara dos Deputados, 2009) el referido artículo 229 del Código Penal de Brasil (Título VI, Capítulo V) describe y considera delictiva la conducta de quién mantiene un establecimiento donde se produzca explotación sexual, con o sin intención de lucros, con mediación directa o indirecta del propietario o gerente. Impone una condena de prisión de dos a cinco años y multa. Aunque a nuestro parecer traiga el tipo penal mencionado una redacción defectuosa sobre lo que sea “explotación”. Para la mejor doctrina, inclusive Nucci (2009) el tipo básico es crimen formal (no necesita causar

un resultado material afectando al bien jurídico tutelado), de forma libre (de libre ejecución), comisivo (en regla), habitual (expresa un *modus vivendi*, concepto acogido por la jurisprudencia), uni-subjetivo (no exige coautoría, pero es posible que ocurra), pluri-subsistente (es necesario más de un acto para consumarse) y practicado dolosamente (manifiesta voluntad libre y consciente de practicar el delito). Es decir, que por ser común, el sujeto activo puede ser cualquier persona, así como la víctima (colectividad, sociedad, Estado), inclusive la profesional del sexo. Debe haber la intención de satisfacer la lascivia ajena (De Jesus, 2014). No si admite la modalidad culposa, no si encajando en la conducta las posibilidades de impericia, imprudencia o negligencia. El objeto jurídico o bienes jurídicos tutelados son la libertad y dignidad sexual, la moral pública, las buenas costumbres y, para Damásio de Jesus (2014), la disciplina de la vida general e sexual, organización de la familia, honor público. El lucro es irrelevante de acuerdo con el *caput* del artículo referido, bastando que alguien intermedie al encuentro entre la prostituta y su cliente. Recordemos que en Brasil el prostíbulo individual donde el servicio sexual es practicado por la prostituta en su propia casa o piso, por su propia cuenta no es crimen (De Jesus, 2014). En cuanto a la tentativa, discrepa la doctrina y la jurisprudencia una vez que se trata de crimen de peligro abstracto, no exigiéndose el efectivo funcionamiento ordinario del recinto para consumir el crimen, siéndole suficiente la simple existencia del establecimiento para que la conducta se consume desde un punto de vista penal.

## LA CONDUCTA DE MANTENER UN ESTABLECIMIENTO DE PROSTITUCIÓN

El concepto de crimen propuesta por Zaffaroni (2007), moderno, reduccionista y garantista, trae una contribución importante para la Teoría del Delito pues incorpora toda la teoría de Roxin (2017) y añade un séptimo requisito a ser valorado dentro de la tipicidad, que es el *resultado jurídico*. Así, el análisis del hecho típico ahora tiene siete dimensiones, cuatro formalistas (conducta, resultado, nexos causal y adecuación típica) y tres funcionalistas que son la creación o incremento de un riesgo prohibido, la imputación objetiva del resultado (Roxin, 2017) y el resultado jurídico (Zaffaroni, 2007). Dentro de este concepto analizaremos el artículo 229 del Código Penal de Brasil.

El resultado jurídico implica que solamente se puede imputar al agente si necesariamente ocurre una real y efectiva afectación, seria y grave, al bien jurídico tutelado. A esto Zaffaroni llama de *lesividad*, (en Brasil, *ofensividad*), la base de su teoría conglobante. Para Zaffaroni la tipicidad está compuesta por la tipicidad formal y por la tipicidad conglobante que a su vez está formada por la tipicidad material y por la antinormatividad. Dentro de la tipicidad material se verifica la lesividad al bien jurídico y dentro de la antinormatividad se analiza si la conducta es incentivada o permitida por

el ordenamiento jurídico, valorándola de manera sistémica y no solo si ella se adecúa perfectamente a un tipo penal. Vamos nos atener a la tipicidad material.

Bebiendo en la fuente del conocimiento de Capez (2014), no podemos olvidar que quien calibra *todo este contenido material*, ontológico, son los principios constitucionales, especialmente el principio de la dignidad humana, que como meta principio, debe alumbrar todo el derecho penal garantista y a todos los sub-principios de aplicación técnica. Violar un principio constitucional es el peor ataque que se puede hacer a la Constitución, puesto que atenta contra todo un conjunto de reglas y valores. Por esto esta tipicidad material es un mecanismo de contención del tipo penal (Capez, 2014). Añade aún el brillante jurista brasileño que no existe derecho fuera de la realidad social y política (Capez, 2014). Y es con base en el Estado Democrático de Derecho, un Estado Material de Derecho, que posibilita interpretar la norma, que utilizaremos no solo el principio de lesividad sino también otro principio constitucional que es el de proporcionalidad, para analizar el artículo en cuestión, considerando que el derecho penal moderno se concentra totalmente en el análisis del hecho típico y que ese también debe subordinarse a los principios constitucionales, considerando que el legislador no puede prever todas las variables alcanzables por la norma por ser ella abstracta.

De esta manera nos oponemos al Estado Formal de Derecho, positivista, policial, primariamente creador de la norma contenida en el artículo 229 del Código Penal de 1940 que, en el momento histórico de su génesis, claramente favorece a la sociedad burguesa, dictando normas fijas con seguridad jurídica máxima visando tan solo la garantía de su propio desarrollo económico, sin cualquier interferencia estatal, conduciendo a la supremacía del más fuerte sobre el desvalido, sin abrir espacio a discusión y sin compromiso con una norma justa. Lamentablemente ha perdido el legislador la oportunidad de aplicar los pertinentes principios constitucionales norteadores del Estado Democrático de Derecho al editar la Ley 12.015/2009 y esto por mera ausencia de voluntad política, dejando el precepto en disonancia con el nuevo momento histórico-social-jurídico. Así el principio de dignidad humana y sus sub-principios son vectores interpretativos de verificación del contenido del tipo penal para impedir injusticias normativas y su desconsideración en la égide legislativa es el mayor vicio de constitucionalidad que existe (Capez, 2017). Sin embargo, como la existencia de las normas tiene la finalidad principal de garantizar la *coexistencia* social, no hay otro modo más eficaz, que sopesar los derechos de los ciudadanos y solucionar sus conflictos sino usando el criterio de la proporcionalidad para amparar a los demás principios constitucionales en la búsqueda de dar a cada uno su derecho de manera justa, sirviendo de baluarte y fuerza propulsora para la dignidad humana. Es decir, es imprescindible analizar el contenido ontológico de la norma, si es buena, si es de calidad, si es justa y adecuada, si atiende a las solicitudes y necesidades de sus destinatarios.

## LA TIPICIDAD FORMAL EN SEDE DEL ARTÍCULO 229 DEL CÓDIGO PENAL DE BRASIL

Aquel que mantiene una casa de prostitución, lucrándose o no de la prostitución ajena, aunque sin empleo de violencia, grave amenaza o fraude, infringe formalmente la conducta descrita en el artículo 229 del Código Penal Brasileño. La tipicidad formal es incuestionable una vez que existe un tipo penal en vigencia que orienta el ordenamiento jurídico en este sentido. Sin embargo, al legislador patrio se le ha escapado considerar que la génesis del artículo 229 ha ocurrido dentro de un contexto de Estado Formal de Derecho y que los años que sucedieron a ese *statu quo* fueron precursores de cambios sociales significativos y de necesaria apreciación en el momento de las actualizaciones legislativas para no favorecer una ausencia de sintonía entre la realidad social y la estructura jurídica y su posible colisión con derechos fundamentales positivados constitucionalmente y vigentes en un cierto momento histórico. La realidad ha comprobado que los cambios sociales han pasado de manera más rápida, sin que las legislaciones tengan posibilidad de seguir el mismo ritmo por estar siempre pendientes de un proceso de construcción legislativa extremadamente formalista.

El dolo también está presente, pues aquel que practica el acto enunciado en el artículo 229 lo hace por su libre voluntad y plena consciencia de practicar dicha conducta. Estamos delante de una conducta formalmente típica y dolosa.

## EL CONTENIDO DE LA TIPICIDAD MATERIAL DE LA CONDUCTA DE MANTENER UNA CASA DE PROSTITUCIÓN: EL PRINCIPIO DE LESIVIDAD Y EL PRINCIPIO DE LA PROPORCIONALIDAD

Recordamos que en la visión contencionista de Zaffaroni, la tipicidad conglobante está compuesta por la tipicidad material, donde se analiza la observancia de los principios constitucionales y la antinormatividad. Nos atenemos a la tipicidad material. Dentro de este contexto, como ya mencionamos, el principio de lesividad u ofensividad, está directamente relacionado con la efectiva lesión a un bien jurídico tutelado por el derecho penal y que él tenga relevancia para la convivencia social, siendo un mecanismo de contención del poder punitivo estatal vedando, entre otras cosas, la criminalización de conductas desviadas no lesivas aunque moralmente reprobables. Solo así se puede criminalizar una conducta humana, imponiéndole una sanción penal. Dentro de ese contexto se encaja el ejercicio de la prostitución, conducta no ilícita que sin embargo sufre secularmente grave represión con base en conceptos de moralidad ultrapasados y victimizadores.

La norma posee un aspecto valorativo, existiendo para proteger a un valor que fundamenta el injusto penal, indicando que solo hay crimen cuando hay ofensa concreta a ese bien jurídico, lo

que exige un desvalor de la *conducta* y del *resultado* que efectivamente afecta al bien jurídico. Si no están presentes ambos los desvalores no habrá crimen (Cunha, 2013). En el mismo sentido Rogerio Greco (2015) afirma que no es suficiente la conducta para caracterizar un hecho típico, su perfecta conformación a la letra de la ley (antinormatividad) pero si ella, dentro de un criterio de ponderación, realmente es ofensiva y capaz de causar relevante lesión (lesividad/ofensividad) al bien jurídicamente protegido por el Derecho Penal (tipicidad material).

Afirma aún Luis Flávio Gomes (2012) que el principio de lesividad tiene una doble función limitadora del Derecho Penal, siendo una de política-criminal destinada al legislador y otra interpretativa-dogmática direccionada a la aplicación en el caso concreto, imponiendo una real separación entre el derecho y otras ideas o concepciones, como la moral o la religión, no sirviendo para fundamento de tipificación de una conducta como criminal (Lucas, 2010). Entretanto, prevalece la idea de que el Derecho Penal tiene por finalidad proteger bienes jurídicos y esta es la síntesis de la teoría del bien jurídico de Roxin (Capez, 2013).

Para Luiz Flavio Gomes (2012), no se puede concebir el delito en la actualidad como una ofensa a un *derecho subjetivo*. Es el bien jurídico auténtico lo que puede ser lesionado o colocado en peligro concreto, no el derecho en sí. Por tanto, el legislador hay que llenarse de criterios adecuados y eficientes de elección de los bienes jurídicos a ser tutelados por el Derecho Penal, considerando su aplicación *ultima ratio* y también observando los cambios sociales para no incurrir en el error de editar normas arbitrarias y violadoras de derechos dentro del momento histórico donde deben coexistir.

El principio de lesividad, complementario de la legalidad, tiene otra importante función, direccionada al juez, que es dogmática e interpretativa, que ocurre en el momento en que se interpreta y se aplica el derecho penal, concretamente, delante de efectiva lesión al bien jurídico, en substitución a la ausencia de ponderación del legislador en la edición de la norma (David, 2007), controlando su arbitrariedad, de modo a contener el poder punitivo estatal para que no viole derechos de minorías por hechos inofensivos a terceros.

El principio de lesividad no hiere la seguridad jurídica porque no hay un conflicto entre los derechos del reo y los de la víctima, ni violación de derecho, por no haber víctima, pero mera violación de la norma. Hay derechos de tres actores sociales (empresario, cliente y profesional) en conflicto con un *interés* (no con un derecho). La propia idea de aplicar el derecho de punir estatal, sopesando de un lado un derecho y de otro un interés, ya reclama y incorpora en este contexto el principio de proporcionalidad una vez que trae claramente la idea de desproporción. La propia discusión doctrinaria respeto a no se poder considerar crímenes aquellos de peligro abstracto y defender severas condiciones a los de peligro concreto para que se les alcance el derecho penal una vez que *no precisa producir una efectiva lesión al bien jurídico tutelado*, ya pone de manifiesto la presencia de la desproporción.



Amparando esta fundamentación, la lesividad de la conducta de mantener una casa de prostitución queda mitigada cuando el acto es ampliamente aceptado por la sociedad y por esto no genera un riesgo prohibido, como exige la teoría de la imputación objetiva, también presente en el pensamiento de Zaffaroni. Podemos afirmar entonces que la tolerancia social, la costumbre, no puede revocar a la ley, tampoco fundamentar la tesis de inconstitucionalidad del artículo 229 en cuestión, pero sí puede vaciar la lesividad de la conducta de manera a conducirla a la atipicidad material. Acusamos el Estado de imponer injustamente toda su fuerza punitiva en contra de los establecimientos cuya actividad sea ofrecer estas prestaciones sexuales de manera específica, utilizando un concepto muy vago y mal aquilatado de explotación, mitigando la libertad de adultos libres que voluntariamente las ofrecen, no reconociendo que tales establecimientos, se legalizados, pueden ser el ambiente ideal para el ejercicio de la prestación de estos servicios con seguridad, confort, comodidad y lucro sin explotación para quien les oferta y para los que les procuran, bajo un control administrativo adecuado, como suele ocurrir con otros establecimientos que necesitan, por ejemplo, de un control sanitario.

La cuestión monetaria, el lucro, “la explotación”, puede y debe ser mejor dimensionada para esta actividad considerando que la legislación laboral y la constitución delimitan un salario mínimo nacional a todo trabajador brasileño, considerándose explotación laboral cualquier salario a menos. No puede parecer absurda la idea de que pueda haber una delimitación máxima de cobro a la profesional sexual, cuando fuera el caso, para el control de lo que sea o no sea considerado legislativamente como una explotación de la prostitución ajena, buscando siempre un criterio justo. Por tanto, no es nuevo en el ordenamiento jurídico patrio, previsiones de límites de lo que sea o no sea considerado como una explotación laboral de índole monetaria. Dentro del contexto de la prostitución, se podrían con total coherencia, trazar límites a las relaciones profesionales entre patrones y empleados o entre profesionales liberales y las respectivas empresas donde vengan a ofrecer sus servicios.

## **EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y LA TIPICIDAD MATERIAL DE LA CONDUCTA DEL ARTÍCULO 229 ANTE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS INVOLUCRADAS**

Según Robert Alexy (2015), los derechos fundamentales cuentan con tres mecanismos de protección, una institucional (constituciones y tratados internacionales), una política (sindicatos, ONGs, manifestaciones públicas, prensa etc) y una metodológica, vinculada a las demás, porque ni los tribunales ni los ciudadanos pueden aquilatar e identificar las violaciones a los derechos



fundamentales sino a través de una lucha que debe ocurrir en un plan argumentativo-metodológico, para aplicar derechos abstractos a casos concretos.

Para este plan argumentativo-metodológico, explica Alexy (2015), que se debe hacer la distinción entre reglas (mandatos definitivos de subsunción) y principios (mandatos de optimización) exigir que algo sea cumplido en la mejor medida posible dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas. Sigue diciendo el autor, que un principio interpretado aisladamente, es tan solo una exigencia constatable formalmente y que para satisfacer su exigencia ante otro principio, solo se puede hacer utilizando un criterio de ponderación, visto que la optimización principiología carece de una vinculación a la proporcionalidad, el método más racional para maximizar los derechos fundamentales aplicados a casos concretos, en su opinión. De nuevo citando el pensamiento de Alexy (2015), la mera existencia de interés público, de por sí, no legitima restricciones de derechos fundamentales de nivel máximo.

¿Cuál es el grado de afectación a la libertad que trae la norma? ¿Dentro de un criterio de ponderación, ella causa más daño a un derecho, que protege a otro? ¿Lo que está en conflicto son dos derechos fundamentales o un derecho y un interés? ¿Qué valoración debe tener el interés público dentro de este contexto? El principio de proporcionalidad cuando es utilizado en la senda penal, más que en cualquier otra rama del derecho, presupone un ejercicio de sensatez y de razonabilidad dentro de un criterio de ponderación, siguiendo el pensamiento de Alexy (2015) debido a su intervención drástica en la vida del particular. Él señala que la respuesta penal debe tener la exacta intensidad. Este principio contiene dos dimensiones valorativas: una que es la prohibición de excesos y otra que es la prohibición de tutela insuficiente. Este entendimiento viene orientando al Supremo Tribunal Federal de Brasil, principalmente en las fundamentaciones argumentativas del ministro Gilmar Mendes. El control de constitucionalidad de leyes o actos normativos del poder público está directamente relacionado con la prohibición de exceso (Fonteles, 2014). Para este autor para evaluarse la subsunción de la norma a los parámetros constitucionales sirviéndose del principio de proporcionalidad, es necesario ponderar sobre los tres requisitos que les son ínsitos: su idoneidad, su necesidad y su proporcionalidad en sentido estricto. La idoneidad y la necesidad sirven para analizar la optimización dentro de las posibilidades fácticas, objetivas. La proporcionalidad estricta sirve para aquilatar esta optimización dentro de las posibilidades jurídicas. Es decir, una norma debe ser apta para proteger los bienes jurídicos, necesaria para tal fin, y la más adecuada, dada su importancia social.

Por fuerza de la prohibición de excesos el poder público está vedado de editar medidas que importen grave restricción a derechos fundamentales, independiente de la fundamentación, aunque sea por las más nobles aspiraciones. Las Leyes que vulneran la proporcionalidad y la razonabilidad, son inválidas, son inconstitucionales. El magisterio del insuperable constitucionalista alemán Robert Alexy (2014) enseña que la mera existencia de un interés público no legitima la restricción de un



derecho fundamental de máximo nivel. Para iniciar un ejercicio de ponderación entre derechos e interés público, debemos sopesar si el interés público, está revestido de un carácter tan especial en relación a la naturaleza de la restricción, para entonces decidir se la norma restrictiva es constitucional o no.

## **LA DIMENSIÓN DE LA IDONEIDAD DE LA DESCRIPCIÓN DE LA CONDUCTA DE MANTENER UNA CASA DE PROSTITUCIÓN LUCRÁNDOSE O NO DE LA PROSTITUCIÓN AJENA**

Lo que primero cabe destacar cuando se busca la idoneidad de una medida que se pretende controlar es si tiene ella aptitud para lograr la finalidad perseguida. Es decir, si el medio empleado es útil para alcanzar la finalidad pretendida (Beifuss, 2015, p.101). Desde este punto debemos partir de la idea de que los derechos humanos no son absolutos y que tienen que coexistir de manera armoniosa en la sociedad (Carbonell, 2012). Así es que no se puede vaciar un derecho fundamental para que otro subsista o tenga más potencialidad. La idoneidad tiene que ver con el objetivo del legislador y su subsunción a los objetivos y límites constitucionales, si compatibles con los derechos fundamentales. ¿Este límite es constitucionalmente legítimo? ¿Cuál es el ámbito racional de un derecho fundamental? ¿En el caso concreto de la prostitución, cuál sería el ámbito racional del derecho al ejercicio de una profesión? ¿Y el ámbito racional del derecho a la libertad? Idónea, sería entonces, una norma donde la real voluntad del legislador, represente un pensamiento de racionalidad ante los objetivos de la norma. La norma al intentar proteger determinado bien jurídico mitiga o aniquila a derechos fundamentales otros de manera desproporcionada?

No se puede olvidar que aunque el legislador tenga amplia libertad de escoger a las conductas a ser tipificadas y a sus penas (legitimidad democrática) hay que actuar dentro de los límites que derivan de la constitución y del modelo de convivencia y realidad social que quiere tutelar. Por supuesto hay en la prostitución un riesgo permitido socialmente. La tipificación de la conducta de mantener una casa de prostitución, limita derechos fundamentales de algunos segmentos, como ya se ha explicitado. Específicamente, limita la libertad constitucionalmente garantizada del ejercicio de una profesión, oficio, arte, desde que lícita. El empresario se ve prohibido de ofrecer la prestación de servicios sexuales y la profesional del sexo se ve privada directamente de tener un espacio de seguridad para la práctica de su profesión. El contexto social vigente en Brasil es crítico. Tenemos un país continental con problemas gigantes. La nueva constitución impone al Estado una postura intervencionista para reducir las desigualdades regionales y promover la inclusión social. El Estado no cumple sus metas constitucionales contenidas en sus principios fundamentales correspondientes



a sus prestaciones positivas. El Estado no es capaz de generar empleo y renta para garantizar la subsistencia de todos los ciudadanos. Contra hechos no hay argumentos.

Dentro de este contexto, reputamos que cualquier límite estatal que pretenda impedir el libre ejercicio de una actividad económica lícita como garantía de supervivencia, no es idónea, no es legítima e ignora su compromiso constitucional de erradicar la pobreza y la miseria. La prostitución en si no es ilícita, la constitución de empresas no es ilícita, tenemos interés de tres lados, del empresario, de la profesional del sexo y del cliente que contrata. El objetivo del legislador no es idóneo, tampoco es legítimo. Claramente, discrimina segmentos débiles, mitigando, masacrando, inviabilizando derechos de alto valor y primordiales para garantizar la sobrevivencia de millones de mujeres que necesitan prostituirse para tal menester. Tampoco crea políticas públicas que puedan de alguna manera compensar vía inserción social y laboral a estas mujeres, dejándolas absolutamente por cuenta de su propia suerte. Por tanto, consideramos que ella no atiende al criterio de idoneidad cuando comparada con el espíritu principiológico constitucional. Así que la reputamos como inconstitucional por no ser idónea, por imponer un sacrificio sin idoneidad a derechos y garantías de actores sociales relacionados con la cuestión de la prostitución en una casa específica.

## **LA DIMENSIÓN DE LA RACIONALIDAD DEL OBJETIVO LEGISLATIVO EN EL ARTÍCULO 229 DEL CÓDIGO PENAL BRASILEÑO**

Considerando que los límites impuestos normativamente deben ser compatibles con la constitución, debemos ahora mensurar si este límite es un objetivo racional, capaz de surtir los efectos a que se destina y puede alcanzar con la medida limitadora la optimización de los derechos fundamentales que propone el legislador sin fulminar a otros derechos ahí conflictivos. Aquí se debe valorar la racionalidad instrumental de este límite, si hay la posibilidad de que este límite alcance a los objetivos fijados por el legislador. Sabemos que en este caso la repuesta es no. La sociedad evolucionó y los criterios de resguardo de la moral y las buenas costumbres y de la dignidad sexual han cambiado significativamente. En 1940 cuando la norma fue editada la realidad del fenómeno era que algunas pocas mujeres se concentraban en la periferia de las ciudades para ofrecer servicios sexuales en zonas específicas y alejadas de prostitución. Tanto que en las primeras legislaciones penales no había la previsión de este tipo penal y tan solo se castigaba a la explotación de la mujer o la conducta de atraer una mujer al ejercicio de la prostitución, o aún impedirle de dejar a la práctica. Hoy el fenómeno tiene otras proporciones, de considerable importancia económica, una vez que, en definitiva, se incorporó a estas profesionales en el mercado consumidor. Estos argumentos podría conferir a la norma en aquel momento histórico la racionalidad que de ella se espera para cumplir

su papel social en este aspecto. Sin embargo la dignidad sexual, como considera ahora las nuevas legislaciones, no se lesionaba con tanta frecuencia, una vez que el fenómeno de la prostitución naturalmente tenía menor visibilidad. Actualmente, los medios de comunicación de masas, las revistas, la televisión, las películas que se encuentran para alquiler en todas partes y disponibles en la televisión de pago, la multiplicidad de periódicos y principalmente internet, la multiplicidad de sitios de prestación del servicio, cada día dan más visibilidad al fenómeno. Esto inequívocamente es indicativo de que el objetivo del legislador con la tipificación de la conducta es una utopía. No es racional pensar que la simple existencia de casas de prostitución puede ser el elemento más significativo de influencia y de visibilidad del fenómeno dentro de esta era tecnológica moderna. De lejos, es la que menor potencial ofensivo ofrece, una vez que seguramente quita la captación ostensiva de clientes en las calles. El objetivo del legislador no surte los efectos a que se destina, no convierte en invisible al fenómeno, no evita que las mujeres se prostituyan, no evita que haya niñas que sean prostituidas. La cantidad de personas que se dedican a la prostitución, aumenta a cada día y las estadísticas están para corroborar este pensamiento, pues contra hechos no hay argumentos. Así que la norma no es racional. La figura típica en estudio deja de ser legítima cuando el legislador no pondera el desequilibrio existente: de un lado las graves consecuencias que repercuten en los segmentos afectados y de otro la fragilidad del argumento de una moral pública, de las buenas costumbres o del nuevo concepto y tutela de la dignidad sexual, insertada en un tipo penal que es de peligro, no exigiéndose siquiera que la lesión al bien jurídico ocurra efectivamente. Hay un flagrante desequilibrio entre la voluntad legislativa y las consecuencias altamente impactantes en derechos fundamentales de alto valor. Es decir, no es racional el objetivo legislativo pues atenta, reduce y mitiga violentamente el ejercicio de profesionales en actividades lícitas que permitan la sobrevivencia personal y que están garantizados dentro de la Constitución de 1988. Así que hasta el momento y por los motivos expuestos, consideramos que la norma contenida en el artículo 229 no es idónea tampoco racional.

## LA DIMENSIÓN DE LA NECESIDAD DE LA NORMA INSCULPIDA EN EL ARTÍCULO 229 DEL CÓDIGO PENAL BRASILEÑO

La dimensión de la necesidad se refleja en la ausencia de alternativas más moderadas para que se llegue al fin colimado, comparando a las diversas posibilidades de si concretar su finalidad de manera a no producir un sacrificio innecesario de derechos garantizados constitucionalmente. Esta necesidad, conforme enseña Beilfuss (2015, p 105) está muy vinculada al caso concreto y sus circunstancias fácticas y no debe ser analizada desde un punto de vista abstracto. Debe

comparar las posibles alternativas para alcanzar la finalidad de la medida no solo por su idoneidad pero también por su impacto sobre el bien jurídico protegido por la norma constitucional que delimita un derecho fundamental. Para eso, propone Raul de Zaffaroni (2007), hay que si hacer un profundo análisis sistemático de la norma impugnada y compararla a otras similares, para que se pueda buscar alternativas que no provoque una afectación desproporcionada, innecesaria al derecho fundamental/constitucional que sufre limitación, no debiendo tener como consecuencia más perjuicios que beneficios para bienes en conflicto. Ya está hartamente decantada en todo el estudio los fundamentos que ponen de manifiesto que el hecho de mantener un establecimiento destinado a la prostitución de mayores y capaces, siendo un riesgo permitido socialmente, siendo un crimen de peligro, y considerando la adecuación social de la conducta y las tantas posibilidades de visibilidad del fenómeno en los días de hoy, no tiene suficiente lesividad a merecer la tutela penal, principalmente cuando el reproche legislativo se basa en protección de valores morales. El propio ordenamiento jurídico patrio abre espacio para mejor análisis de conductas lesivas o no cuando considera la posibilidad de conductas que llevan al crimen imposible por impropiedad del medio o del instrumento o por inexistencia del objeto. El hecho de existir una casa para fines de oferta de servicios sexuales no incentiva a ninguna mujer a ella dedicarse. Tampoco puede impedir que una mujer opte por prestar servicios sexuales. Sería una utopía así creer. Hay, seguramente, herramientas más fuertes de convencimiento y una variedad inmensa de sitios para práctica de servicios sexuales que no están insertos dentro del contexto del artículo 229 y que acaban por enflaquecer la motivación legislativa y a hacerla innecesaria.

## LA PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

Ahora lo que debemos examinar es si el legislador, para limitar este derecho fundamental, de hecho, eligió entre todas las medidas posibles para alcanzar este objetivo fijado en la norma, la que menos sacrifica este derecho fundamental. Este límite debe ser compatible con la constitución, idóneo, debe ser racional y adecuado a alcanzar al objetivo pretendido por el legislador (Carbonell, 2012). Podemos concluir que los poderes de la Unión deben buscar un contexto de ejercicio de todos los derechos fundamentales donde unos no anulen a los otros, pero sí que se les optimice buscando el crecimiento de las personas, expandiendo los ámbitos de libertad y de igualdad, de participación democrática y de seguridad jurídica. Este pensamiento, por sí solo, pasa la idea de que, considerando que los derechos fundamentales no son absolutos, todo y cualquier limite, a ellos impuesto, debe ser claro y muy preciso, no promoviendo jamás la anulación de uno por otro, pero si su potenciación (Carbonell, 2012). Por supuesto que es concebible y legítimo que, algunas veces, pueda ocurrir la necesidad de que un derecho quede un poco más retraído delante otro que se ponga un poco más

optimizado, siempre que la realidad y necesidad así legitimar y siempre dentro de un criterio muy serio de ponderación. Las limitaciones admisibles deben permitir la mayor efectividad posible para todos los afectados. Además, una medida o una ley pueden ser o no proporcionada cuando vistas dentro de un criterio temporal o delante a determinadas condiciones fácticas y en torno de una relación medio y fin (Beilfuss, 2015, p. 83). Añade el autor que la finalidad que orienta la medida debe ser razonable y así debe ser considerada lo cuanto es idónea a alcanzar dicha finalidad. Es decir, si es congruente permitiendo la optimización de los diversos bienes en conflicto, donde la proporcionalidad debe funcionar como parámetro a medir lo que es jurídicamente soportable. Para tanto es imperioso evidenciar que derechos fundamentales fueron vulnerados, delimitándose su ámbito de protección, para entonces sopesarlo e identificar la posibilidad de medidas menos gravosas. Si analizamos el contenido del artículo 229 del Código Penal Brasileño, bajo la luz de los requisitos que tornan legítimas a las normas, sobre todo las que exprimen restricción de libertad (Guerra & Merçon, 2002, p. 291) podemos evidenciar que ella no cumple el requisito de la “integralidad” que no permite a la ley vacíos, omisiones y deficiencias, debiendo reglamentar plenamente la materia, impidiendo la coexistencia de normas que reglamentan la misma materia, evitando pluralidad. Tampoco está presente la “irreductibilidad” que restringe la materia que compone su objeto y finalidad, dentro de la especie y jerarquía a que pertenezca, controlando la cantidad de preceptos para que no sean superiores a la necesidad real de las relaciones sociales en perfecta “coherencia” con el ordenamiento jurídico. Tales requisitos cuidan de que no haya contradicción, pero que haya armonía para no comprometer el pensamiento defendido, por ser susceptible de generar inseguridad y arbitrariedades. El requisito de la “realidad” no está observado considerando que es imperioso que todas las leyes se adecuen a la situación histórica presente y futura, en sus aspectos, bajo la pena de ser reputadas arbitrarias por no estar conexas con la finalidad legislativa de ordenación social. Por supuesto todos estos requisitos garantizan la característica de un ordenamiento jurídico como un conjunto de normas que son válidas y existentes en virtud de autorización judicial (Guerra & Merçon, 2002, p. 307), como *conditio sine qua non*<sup>2</sup> para la efectividad del Estado Democrático de Derecho, como ya defiende la teoría conglobante de Zaffaroni. Podemos percibir que la norma contenida en el artículo 229 del Código Penal en cuestión fractura la proporcionalidad exactamente cuándo y porque otorga excesiva relevancia a posibles resultados objetivamente producidos, queridos o no, a medida que adultera la valoración de este resultado por no someterlo a un juicio de adecuación al cotidiano actual (Olivares, 1982, p.407).

---

2 Condición indispensable.

## CONCLUSIÓN

Considerando los argumentos expuestos, es una conducta materialmente atípica desde el punto de vista de su lesividad social. El efecto práctico de este pensamiento alcanza directamente a los aplicadores de la ley en el momento de análisis del caso concreto, una vez que la tipicidad formal que es la subsunción de la conducta a un tipo penal, se encuentra presente. Sigue materialmente atípica ahora dentro de los criterios de proporcionalidad, pues la fuerza de la norma del artículo 229 del Código Penal de Brasil es más dañosa al segmento prostitucional que garantizadora de los derechos que pretende tutelar ya que para tutelar un interés, fulmina derechos fundamentales, siquiera permitiendo su coexistencia y equilibrada optimización. El interés público sólo puede ser alcanzado con la prohibición de excesos. La supremacía del interés público que representa la verticalidad entre la administración pública sobre el particular, no autoriza al poder público a mitigar derechos fundamentales indisponibles, indispensables, a menos que sea para preservarlo y aún así de manera temporal, nunca de manera definitiva. Tal norma solo denota una tentativa estatal de agravar la situación social y jurídica de sus destinatarios, sin idoneidad, sin razón de existir, innecesaria y desproporcionada, desconectada de la realidad social vigente, incapaz de evitar sus objetivos que es oscurecer la visibilidad del fenómeno y reprimir y controlar la sexualidad de adultos. Constatada su atipicidad material en este nivel de violación constitucional suprimirla preservaría la libertad que es el primer requisito inviolable de la dignidad humana, requisito este que garantiza que cuanto más libertad se confiere a los ciudadanos más se concretiza el ideal del Estado Democrático de Derecho.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, R. (2014). *Teoria dos Direitos Fundamentais*. (2ª Ed.).(Silva, Vigilio Afonso, Trad.). São Paulo, Brasil: Malheiros Editores.

\_\_\_\_\_ (2015,septiembre,20). Como proteger los derechos fundamentales [Archivo de video]. Recuperado en <https://www.youtube.com/watch?v=0XywyYr3kcU>

Baunam, Z.(2001). *Modernidade Liquida*. Rio de Janeiro, Brasil: Editora Zahar.

Beilfuss,M. G. (2015). *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Navarra, España: Editorial Aranzadi.

Capez, F.(2014,marzo,31). Princípios Constitucionais: Parte 1[Archivo de video]. Recuperado en <https://www.youtube.com/watch?v=QChW6nZbfYs>

Carbonell, M.(2012,noviembre,21). El test de proporcionalidad [Archivo de video]. Recuperado en <https://www.youtube.com/watch?v=vKQs8u9qV-c>

Claus, R.(2017,agosto,17).Autoria mediata [Archivo de vídeo]. Recuperado en <https://www.youtube.com/wa->

[tch?v=GAFNp599jdA](#)

Cunha, R.S. (2013). Princípio da lesividade (ou ofensividade): Breves comentários. Recuperado em <http://www.justocantins.com.br/noticia-15423-principio-da-lesividade-ou-ofensividade-breves-comentarios.html>

David, E. A. N. (2007). *O princípio da ofensividade no estado constitucional e democrático de direito*. [Artículo científico]. Universidade da Amazonia, Brasil. Recuperado em <http://marleyp.wixsite.com/ederdavid>

*Decreto-Lei N°2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro*. Câmara dos Deputados. Recuperado em 16 de ago.2018. <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html>

De Jesus, D.(2014). *Direito penal: Parte especial*. São Paulo, Brasil: Editora Saraiva.

Fonteles,S.S. (2014,octubre,29). Princípio da proporcionalidade [Archivo de vídeo]. Recuperado em [https://www.youtube.com/watch?v=yn88xDqr\\_iM](https://www.youtube.com/watch?v=yn88xDqr_iM)

Gomes, L.F. (2012). *Princípio da Ofensividade no direito Penal*. São Paulo, Brasil: Editora Revista dos Tribunais. \_\_\_\_\_ (2011, febrero, 24). Casa de prostituição e princípio da adequação social [Archivo de vídeo].

Recuperado em <https://www.youtube.com/watch?v=B0Z3uHv3otw>

Greco, R.(2015). *Curso de direito penal:Parte geral*. Niterói, Brasil: Impetus.

Guerra,S. & Merçon,G.(2002). *Direito constitucional aplicado a função legislativa*. Rio de Janeiro, Brasil: Editora América Jurídica.

*Lei N°12.015 de 7 de agosto de 2009*, Câmara dos Deputados. Recuperado em 16 de ago. 2018. <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2009/lei-12015-7-agosto-2009-590268-publicacaooriginal-115434-pl.html>

Lucas, A.C. (2010, jun). Princípio da Lesividade ou da Ofensividade [mensaje en un blog]. recuperado de <http://profenaclaudialucas.blogspot.pt/2010/06/principio-da-ofensividade-ou-lesividade.html>

Nucci,G. S. (2009). *Crimes contra a dignidade sexual*. São Paulo, Brasil:Revista dos Tribunais.

Olivares,G.Q.(1982). Acto, resultado y proporcionalidad. *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*.Tomo 35. Fasc. Mes 2, pp 381-408. Recuperado en Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46218>

Zaffaroni,R. (2007). *Manual de Direito penal brasileiro: Parte geral*. (7.ª Ed). São Paulo, Brasil: Revista dos Tribunais. (*Decreto Lei no 192/89 de 8 de Julho do Ministério da Agricultura, Peixes e Alimentação, 1989*) texto.

# INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NOS PRESÍDIOS FEMININOS BRASILEIROS

*Clecio Arthur Vasconcelos Valadares<sup>1</sup>*

## RESUMO

O Princípio da dignidade da pessoa humana constitui o princípio máximo do Estado Democrático de Direito, por ser um valor moral e espiritual inerente a pessoa, abrangendo uma diversidade de valores existentes na sociedade. Neste sentido, tem-se por objetivo geral, expor analiticamente a situação das detentas e as consequências desta inobservância, para que estas mulheres tenham sua dignidade mantida e não tenham seus direitos violados constantemente pelos administradores dos estabelecimentos prisionais, enquanto estiverem nestes estabelecimentos. Para isto, utilizar-se-á o método qualitativo de natureza bibliográfica, buscando-se identificar os desrespeitos aos direitos destas apenadas, cometidos pelo Estado, bem como quais os impactos que essa violação de direitos causa no processo de ressocialização dessas mulheres e o reflexo na sociedade.

**Palavras-chave:** Dignidade da Pessoa Humana; Presídios Femininos; Direitos Violados.

## RESUMEN

El principio de la dignidad de la persona humana constituye el principio máximo del Estado democrático de derecho, porque es un valor moral y espiritual inherente a la persona, cubriendo una diversidad de valores existentes en la sociedad. En este sentido, es para el propósito general, exponer analíticamente la situación del juicio y las consecuencias de este fracaso, para que estas mujeres tengan su dignidad mantenida y no tengan sus derechos violados constantemente por los administradores de la Prisiones mientras están en estos establecimientos. Para ello, se utilizará el método cualitativo de carácter bibliográfico, buscando identificar la falta de respeto a los derechos de las personas afligidas, cometidas por el estado, así como los impactos que esta violación de derechos causa en el proceso de Resocialización de estas mujeres y reflexión en la sociedad.

**Palabras-clave:** Dignidad de la persona humana; Cárceles de mujeres; Derechos violados.

---

1 Bacharel em direito pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ.





## INTRODUÇÃO

O Brasil nos últimos anos tem sido palco de um aumento estarrecedor de mulheres encarceradas, juntamente com o aviltamento dos estabelecimentos prisionais. Devido a isto, o presente estudo busca investigar a inobservância do Estado ao princípio da dignidade da pessoa humana, expondo o que a negligência a este princípio, está acarretando a essas mulheres e a sociedade.

Os estabelecimentos prisionais são regidos pela Lei de Execução Penal (Lei nº 7210/84) e administradas pelo Poder Executivo, e sua finalidade é a detenção de pessoas condenadas ou que aguardam pelo seu veredicto judicial. Os principais tipos de estabelecimentos penais são as cadeias públicas, penitenciárias e presídios, onde as cadeias públicas e os presídios, em tese, são destinados a pessoas presas em caráter provisório, e, as penitenciárias, destinadas às pessoas que já tiveram sua condenação decretada com pena privativa de liberdade em regime fechado. Esse tipo de estabelecimento prisional pode ser de segurança média, para presos em geral, ou máxima, para presos condenados por crimes hediondos, membros de facções criminosas ou que sua segurança esteja em risco. (BRASIL, 2017b).

O que observamos é uma verdadeira desorganização dos presídios, que passam a agrupar dupla função, pois tendem a manter presas condenadas que deveriam estar em uma penitenciária, porém, pela superlotação ou por inexistência delas, acabam sendo colocadas em presídios, desrespeitando assim o artigo 84 da Lei de Execução Penal. Esse dispositivo, por sua vez, estabelece que os presos em caráter provisório devem ficar separados dos presos condenados em sentença transitada em julgado, e seu desrespeito acaba por ocasionar uma superlotação dos presídios femininos.

Esta falta de infraestrutura desnuda estas mulheres de sua feminilidade e as tratam como animais, afastando-as do contato com o mínimo existencial.

Devido a isto, esta pesquisa objetiva responder os questionamentos da sociedade em relação à situação das apenadas, acerca de seus direitos e deveres, apresentando os problemas causados na ressocialização destas mulheres e o impacto causado por esta situação na sociedade. A pesquisa será dividida em quatro seções: primeiramente será tratado o princípio da dignidade da pessoa humana aplicável ao regime jurisdicional, à segunda seção fará uma reflexão sobre as regras de Bangkok, a terceira seção trata sobre as disposições previstas na execução penal quanto às mulheres nos presídios e a quarta seção tratará sobre a situação dos presídios femininos brasileiros.

## PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA APLICÁVEL AO REGIME JURISDICIONAL

O princípio da dignidade da pessoa humana foi incluído na Constituição Federal de 1988 como um dos princípios fundamentais no artigo 1º, inciso III que afirma ser: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III- a dignidade da pessoa humana; [...]” (BRASIL, 2016b). Devido as barbáries praticadas durante o regime militar, o Constituinte Originário tratou de humanizar a Constituição, a fim de proteger os direitos dos cidadãos, tornando o Estado um guardião deste valor supremo inerente ao ser humano e fornecendo-lhe as condições mínimas necessárias para uma existência digna.

Dignidade humana é um valor supremo comum a todos os seres humanos, como conceitua Ingo Wolfgang Sarlet (2002, p. 62):

“[...] dignidade da pessoa humana – é – a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”

Logo, a dignidade da pessoa humana é o que nos diferencia do objeto, no momento em que reconhece o ser humano como uma pessoa única, não sendo possível definir um valor à pessoa.

Este princípio visa proteger os direitos do ser humano, que lhe são pertencentes por simplesmente serem humanos e que não podem ser retirados por lei. A dignidade é um atributo intrínseco do ser humano, que basta apenas ser humano para possuí-la. Assim, ela está presente na vida humana, mesmo antes do seu nascimento, sendo um direito garantido a partir do momento de sua concepção.

Após a Segunda Guerra Mundial, este princípio passou a ser considerado um dos principais fundamentos dos Estados Democráticos de Direito. Além de estar incorporado a Carta da Organização das Nações Unidas, o princípio da dignidade da pessoa humana está no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, além de ser o artigo 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

O respeito e a proteção a este princípio se tornaram obrigação do Poder Público, ao ponto de que para que seja criada uma norma jurídica, este princípio deverá ser o alicerce.

Por ser núcleo essencial da República, o princípio da dignidade da pessoa humana quando entrar



em conflito com outros princípios, na maior parte dos casos, deverá ter primazia. (BARROSO, 2010).

Da ótica processual, todo ordenamento de cunho processual deve ser interpretado através do conceito deste princípio. Quando aplicado ao processo penal, este princípio tem por objetivo limitar a atuação do Estado, tendo como exemplo a denúncia que não apresentar argumentos suficientes para que o acusado produza sua defesa, que deverá ser considerada inepta. (DEZEM, 2016)

Nesse sentido, o princípio da dignidade humana deve ser colocado no mais alto grau de prioridade pelos magistrados e governantes de Estado. Quando se falar da busca da ressocialização das pessoas no sistema prisional, o simples fato da apreensão e condenação dos malfeitores sem a aplicação de um modo digno de cumprimento da pena, e sem um plano concreto de ressocialização, é uma clara violação a este princípio constitucional.

## UMA REFLEXÃO SOBRE AS REGRAS DE BANGKOK

As Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras, conhecidas como Regras de Bangkok, são um conjunto de diretrizes para o tratamento de mulheres presas e submetidas a medidas privativas de liberdade, desenvolvidas pela Organização das Nações Unidas – ONU e que busca incentivar os países, a adotarem uma legislação que procure alternativas ao encarceramento de mulheres infratoras, bem como a ressocialização das encarceradas. (BRASIL, 2016a)

Estas regras foram aprovadas na Assembleia Geral da Nações Unidas, em 2010, tendo como escopo melhorar a situação das mulheres e de sua prole. Constata-se tal fato no modo em que as regras enfatizam que “medidas não privativas de liberdade devem ser preferidas sempre que possível e apropriado, e que se considere impor penas privativas de liberdade apenas a casos de crimes graves ou violentos” e, na mesma direção, complementam as Regras mínimas para o tratamento de reclusos (Regras de Mandela) e as Regras Mínimas das Nações Unidas sobre medidas não privativas de liberdade (Regras de Tóquio). (BRASIL, 2016a).

No corpo destas regras, vemos que um dos principais objetivos é evitar que haja um erro irreparável ao afastar uma mãe dos seus filhos, visto que pode afetar psicologicamente estas crianças e a reabilitação desta mulher. Pode-se verificar tal constatação nas regras abaixo:

**Regra 04** - Mulheres presas deverão permanecer, na medida do possível, em prisões próximas ao seu meio familiar ou local de reabilitação social, considerando suas responsabilidades como fonte de cuidado, assim como sua preferência pessoal e a disponibilidade de programas e serviços apropriados.



**Regra 21** - Funcionários/as da prisão deverão demonstrar competência, profissionalismo e sensibilidade e deverão preservar o respeito e a dignidade ao revistarem crianças na prisão com a mãe ou crianças visitando presas.

**Regra 22** - Não se aplicarão sanções de isolamento ou segregação disciplinar a mulheres gestantes, nem a mulheres com filhos/as ou em período de amamentação. (BRASIL, 2016a)

Além das regras que buscam a proteção da mulher, as Regras de Bangkok buscam a proteção da criança e a manutenção do contato com suas mães, insculpidas nas Regras nº 23, 26 e 28, que diz que as sanções disciplinares para mulheres presas não podem contemplar a proibição de convivência com seus filhos e familiares, devendo inclusive ser incentivado o contato com estes parentes. As visitas que envolvam crianças devem ser feitas em um local que gere um ambiente positivo, e, quando possível, ter uma permanência mais prolongada.

Em relação às mulheres gestantes, a Regra 48 é clara ao afirmar que estas devem receber orientação de um profissional de saúde qualificado sobre a dieta e saúde, com alimentação pontual, adequada e gratuita. As mulheres lactantes não deverão ser desestimuladas de amamentar. Com o intuito de estímulo à amamentação, deverá ser feito um programa de tratamento para as necessidades médicas e nutricionais para elas e seus filhos, e, quando possível, aplicadas penas não privativas de liberdade a estas mulheres, seja gestante, lactante ou com filhos dependentes.

Estas diretrizes buscam que haja uma promoção de igualdade material, sendo concedidos benefícios que respeitem à feminilidade destas mulheres quando sugere a não utilização de meios invasivos, e, que seja assegurada as revistas íntimas por funcionárias do sexo feminino., como pode-se ver adiante:

**Regra 18** - Mulheres presas devem ter o mesmo acesso que mulheres não privadas de liberdade da mesma faixa etária a medidas preventivas de atenção à saúde de particular relevância para mulheres, tais como o teste de Papanicolau e exames de câncer de mama e ginecológico

**Regra 20** - Deverão ser desenvolvidos outros métodos de inspeção, tais como escâneres, para substituir revistas íntimas e revistas corporais invasivas, de modo a evitar os danos psicológicos e possíveis impactos físicos dessas inspeções corporais invasivas.

**Regra 27** - Onde visitas íntimas forem permitidas, mulheres presas terão acesso a este direito do mesmo modo que os homens. (BRASIL, 2016a)

Pode-se ver que as Regras de Bangkok procuram proteger estas mulheres que se encontram nos presídios, bem como tornar possível o processo de reintegração social destas através do respeito a sua dignidade e contato com seus familiares.

## DAS DISPOSIÇÕES PREVISTAS NA EXECUÇÃO PENAL QUANTO ÀS MULHERES NOS PRESÍDIOS

A Lei 7.210, ou como é conhecida, Lei de Execução Penal, foi uma lei sancionada em 11 de julho de 1984 pelo presidente João Figueiredo, e foi dividida em 09 (nove) títulos, com o objetivo de regular a forma do regimento interno dos presídios, visando efetivar os direitos e deveres dos encarcerados, para que a pena seja cumprida, resguardando a dignidade do preso, e, efetuada de maneira eficaz a sua ressocialização, onde seja apenas restringido o direito de ir e vir, elencado no inciso XV da Constituição Federal.

Está prescrito na Lei de Execução Penal, em seus artigos 10 e 11, que é dever do estado a assistência ao preso, e que essa assistência será: de cunho material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa com o objetivo de prevenir o crime e orientar o retorno destas pessoas para a convivência em sociedade.

Os artigos 12 a 27 definem as características destas assistências, elencadas nos artigos 10 e 11, sendo as principais características: o direito do preso e a obrigação do Estado ao fornecimento gratuito de alimentos, vestuário e instalações higiênicas, além de serviços que atendam às necessidades dos encarcerados, como atendimento odontológico, farmacêutico e médico, com caráter preventivo e curativo, devendo, inclusive, ser prestada em outro local, caso o estabelecimento prisional não esteja aparelhado a fim de prover a assistência necessária.

No que tange à assistência jurídica, esta será destinada aos presos sem recursos financeiros para constituir advogados, havendo um local apropriado para o atendimento do Defensor Público, cujo atendimento deverá ser gratuito e integral. O preso deverá ter instrução escolar e formação profissional dentro do estabelecimento prisional, sendo a disponibilização do ensino de primeiro grau obrigatório, bem como deverá haver uma preparação do encarcerado para seu retorno à liberdade, recebendo orientação e apoio para sua reinserção na vida em sociedade. Aos presos que não possuem local adequado para ir depois de serem postos em liberdade, serão concedidos alojamentos e alimentação, por 02 (dois) meses em estabelecimento adequado, podendo ser prorrogado por mais 02 (dois) meses, se comprovado o empenho na obtenção de emprego. Por fim, deverão os estabelecimentos ter um local apropriado para cultos religiosos, não podendo nenhum preso ser obrigado a participar destas atividades. (BRASIL, 2017b).

O artigo 83, §§ 2º e 3º, define que, os estabelecimentos penais para mulheres deverão ser dotados de berçário para as condenadas cuidarem dos seus filhos e amamentá-los até os 6 (seis) meses de idade. Estes berçários deveram ter apenas agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências, já o artigo 89, caput, que teve sua redação determinada pela Lei nº 11.942/09, prescreve ainda que, a penitenciária para mulher deve ser dotada de seção para gestante e

parturiente, como também creche para abrigar crianças de 06 (seis) meses a 07 (sete) anos, com finalidade de assistir as crianças desamparadas, cuja responsável encontra-se presa. (BRASIL, 2017b)

Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2016, a população carcerária no Brasil ultrapassou a marca de 700 (setecentos) mil pessoas privadas de sua liberdade. Se comparado com o Levantamento do ano de 2014, o aumento foi de 14,38% da população total de encarcerados, quando a população carcerária feminina era de 37.380 mulheres.

No Brasil, aproximadamente 50% das mulheres encarceradas tem entre 18 e 29 anos, 50% não concluíram o ensino fundamental, 8% são apenas alfabetizadas e 4% são analfabetas, 80% são chefes de famílias, e, em muitos casos, as únicas responsáveis por seus filhos (BRASIL, 2015).

O crime mais cometido por mulheres no Brasil, segundo o INFOPEN - Mulheres, é disparadamente o crime de tráfico de drogas, correspondendo a 60% do total de crimes cometidos. Na maior parte das vezes, estas mulheres encontram-se em situação de vulnerabilidade, devido a sua baixa escolaridade, por serem mantedoras de suas residências e por não conseguirem entrar no mercado de trabalho.

Conforme expõe Chernicharo et al (2014, p.16, apud BRAGA; FRANKLIN, 2016, p 353):

“As “facilidades” da economia do tráfico somadas às posições vulneráveis que as mulheres geralmente ocupam no comércio de drogas contribuiu para a criminalização dessas mulheres, que em sua maioria, com baixíssimo grau de escolaridade, estão à margem do mercado formal de trabalho. A dinâmica do tráfico de drogas em contato com a política altamente repressiva do Estado contribui significativamente para o aumento do encarceramento feminino nos últimos anos. Logo, poderíamos afirmar que sob esse aspecto e “neste contexto, as mulheres são atingidas de maneira muito expressiva, revelando que a guerra contra as drogas é também uma guerra contra as mulheres.”

Contempla-se que, os chefes do tráfico se aproveitam desta vulnerabilidade para transformar estas mulheres em “funcionárias descartáveis”, pois são colocadas para fazer o trabalho de venda, onde por meio dessa atividade ilegal, muitas conseguem manter a sua família, porém, quando são apreendidas, não sabem quem as contratou, e, frequentemente, são presas em virtude de uma pequena quantidade de drogas, logo sendo substituída, no cenário do tráfico, por outra em mesmo estado de vulnerabilidade. Em outros casos, as mulheres são presas devido a um vínculo de parentesco ou relacionamento com alguém que é envolvido com o tráfico de drogas, onde quando o companheiro ou parente é pego na sua companhia, esta mulher é taxada como traficante também.

A dificuldade em conseguir sustento para sua família com um trabalho digno em contraposição com a facilidade em conseguir dinheiro com o tráfico, conduz essas mulheres para esse caminho, assim como a falta de tecnicidade dos magistrados, ao não buscarem a certeza da culpa de uma acusada, condenando, por vezes, com sobreposição do *in dubio pro societatis* em detrimento do *in dubio pro reo*, levando mães ao cárcere e ao pior tipo de pena, o afastamento de sua prole.

## MULHERES GESTANTES E MÃES

As regras de Bangkok mostram um especial cuidado com as mulheres que se encontram grávidas e com as que possuem crianças, como se vê na Regra 22, que estipula que não se deve aplicar sanções de isolamento a gestantes ou mulheres com filhos, e na Regra 48, que as mulheres que se encontram grávidas ou amamentando devem ter uma dieta e acompanhamento de sua saúde e de sua criança feitos por um profissional de saúde qualificado. O Pré-Natal é definido no artigo 14, §3, da Lei de Execução Penal:

**“Art. 14.** A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico.

§ 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido.” (BRASIL, 2017b)

Apesar das Regras das Nações Unidas (Regras de Bangkok) e da Lei de Execução Penal estabelecerem estes cuidados com as grávidas e as mães, apenas 34% dos estabelecimentos prisionais femininos brasileiros possuem espaço adequado para elas, e, nos estabelecimentos mistos, o número cai ainda mais, sendo apenas 6%.

Mulheres sendo tratadas de modo degradante nas prisões brasileiras é uma situação corriqueira no país, onde as autoridades policiais não têm a mínima sensibilidade em observar a situação de necessidade das detentas gestantes, como bem relatado no livro: “Presos que menstruam”, escrito pela jornalista Nana Queiroz, onde a apenas Gardênia encontrava-se com a gravidez em estágio avançado e barriga visível, e, quando apreendida pela força policial, fora jogada dentro da viatura com violência e ainda atirado sobre sua barriga uma bolsa pesada. Além de não ter o tratamento humanitário que lhe era devido, quando reclamou da dor que sentiu, recebeu como resposta: “Tá reclamando do quê? Isso é só outro vagabundinho que vem vindo no mundo aí”. Esta mulher passou quatro dias sofrendo com a pressão emocional e com as más condições do cárcere que se encontrava, passou a sentir contrações e teve seu parto adiantado em dois meses. Mesmo entrando em trabalho de parto e com dores, os policiais alegavam que não havia viatura disponível para levá-la ao hospital. Gardênia só teve seu pedido de ajuda atendido quando começou a gritar e seu desespero passou a incomodar os que estavam na delegacia, momento em que encontraram uma viatura para levá-la ao hospital. (QUEIROZ, 2015).

Na Regra 64 das regras de Bangkok, é preferível penas não privativas de liberdade. Esta regra entra em concordância com o artigo 318, inciso III, IV, V do Código de Processo Penal:



“Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - Gestante;

V - Mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; [...]” (BRASIL, 2016c)

Infelizmente, o que é visto no Brasil é o não cumprimento deste artigo. Por ser facultativo ao juiz a conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar, há muitas mulheres que possuem estes requisitos, mas continuam presas, gerando uma superlotação dos estabelecimentos e demonstrando uma falta de cuidado com as crianças, que são afastas do convívio com sua mãe ou estão presas junto a elas.

No dia 20 de fevereiro de 2018, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por quatro votos a um, o Habeas Corpus 143.641/SP, em favor das mulheres gestantes, puérperas ou mães de crianças de até 12 anos e de pessoas com deficiência. Nessa decisão, mulheres nessas condições que ainda não tiveram sua condenação decretada, deverão ser colocadas em liberdade ou em prisão domiciliar, com exceção das que tenham cometido crimes mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes e outras situações excepcionalíssimas.

Para denegarem o benefício, os juízes deverão fundamentar devidamente a sua decisão. Em caso de reincidência, deverá o juiz avaliar o caso concreto tendo como norte as regras enunciadas no citado Habeas Corpus Coletivo e as diretrizes de excepcionalidade da prisão.

Nesse ínterim, esse julgado veio para amenizar a situação destas mulheres e cumprir o que já estava determinado nos tratados de direitos humanos no qual o Brasil é signatário, com vistas a humanizar a ressocialização das apenadas e garantir os direitos das crianças, conforme o Estatuto da Criança e Adolescente.

## OS PRESÍDIOS FEMININOS BRASILEIROS

Os estabelecimentos prisionais devem ter como finalidade o cumprimento da pena, buscando meios de reinserção destas pessoas na sociedade, através da educação, capacitação profissional, dentre outros, limitando-se a restringir, apenas, o direito de livre locomoção elencado no artigo 5º, inciso XV da Constituição Federal.

No Brasil, existem apenas 58 estabelecimentos prisionais próprios para mulheres, enquanto os 450 restantes são de gênero misto, ou seja, possuem alguns pavilhões e celas separados para as mulheres, contudo sem nenhuma característica que o difere do masculino (BRASIL, 2015). Vê-se ainda mais o descaso com as mulheres quando se observa que, destes estabelecimentos prisionais,



apenas 27,45% possuem estrutura para gestantes, 19,61% possuem berçário, e 16,13% possuem creches, (BRASIL, 2009), descumprindo o regimento do §2º do artigo 83 e o artigo 89 ambos da Lei de Execução Penal (Lei nº 7210/84):

**“Art. 83.** O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

§ 2º. Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade.

[...]

**Art. 89.** Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

**Parágrafo único.** São requisitos básicos da seção e da creche referidas neste artigo:

I – Atendimento por pessoal qualificado, de acordo com as diretrizes adotadas pela legislação educacional e em unidades autônomas; e

II – Horário de funcionamento que garanta a melhor assistência à criança e à sua responsável” (BRASIL, 2017b)

A CPI do Sistema Carcerário, que buscava investigar a realidade do sistema carcerário brasileiro, concluiu, à época, que o déficit de vagas para a população prisional feminina ultrapassava mais de 47,67%. Um dos motivos desta superlotação é que, no Brasil, 3 a cada 10 mulheres que se encontram no sistema prisional ainda não possuem condenação, aumentando o número de pessoas sob custódia e que poderiam receber o benefício da prisão domiciliar (BRASIL, 2015).

Portanto, essa superlotação acaba causando a ausências de direitos, como veremos, mais detalhadamente, a seguir.

## AUSÊNCIA DE CUIDADOS MÉDICOS E DE HIGIENE BÁSICA

No Brasil, somente 23,53% dos estabelecimentos prisionais possuem assistência médica, hospitalar e odontológica, e apenas 35,29% possuem médicos à disposição. (BRASIL, 2009)

Quanto a realização de exames, a situação é ainda pior, como podemos ver em relato obtido da CPI do Sistema Carcerário (BRASIL, 2009, p. 284):

“[...] em menos de um quarto dos estabelecimentos que visitamos, elas declararam fazer exames do tipo Papanicolau; na maioria dos casos, o dito encaminhamento ao SUS nunca vem, especialmente com a desculpa da falta de escoltas para levar as prisioneiras aos hospitais.

Acompanhamos casos de presas com câncer de mama e outros problemas graves simplesmente deixadas à morte, sem atendimento. Essa realidade é ignorada pelas estatísticas oficiais.”

Apesar da Resolução nº 07 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, em seu artigo 7º, inciso VII, definir que os medicamentos essenciais devem compor a base de medicamentos utilizados pelo sistema penitenciário, a aludida CPI comprovou que a maioria dos presídios não possuem estas assistências de qualidade, como em um presídio feminino na cidade de Porto Alegre, onde uma apenada que tinha hepatite em estado terminal gritava pedindo o seu medicamento de uso contínuo, o qual não havia naquele estabelecimento. Praticamente todas as unidades prisionais do país não fornecem medicamentos. Constatou-se ainda que, para os presos com problemas de pele, era disponibilizado um remédio de uso animal utilizado na zona rural, de cheiro forte e repugnante, a creolina, sendo inadmissível isto. (BRASIL, 2009)

Em uma cadeia feminina do Rio de Janeiro, o relator da CPI atestou que os ratos, baratas e outros animais são moradores fixos daqueles lugares, e que devido ao contato com estes animais, juntamente com a falta de higiene e superlotação, são comuns os problemas de pele sofridos por essas mulheres, sendo disponibilizado para o tratamento o uso de vinagre. (BRASIL, 2009)

Em Santa Catarina, em uma penitenciária feminina, o dentista, ao atender de forma negligente uma presa, extraiu um dente sadio ao invés do dente estragado que deveria ter sido extraído. Foi constatado ainda, no estado de Santa Catarina, que dificilmente há dentistas, e quando há, eles cobram por serviços realizados, mesmo sendo servidor público, ou agem de forma negligente, como no caso relatado acima. (BRASIL, 2009)

A CPI corroborou que a falta de assistência não é problema específico do Estado de Santa Catarina, pois, no Brasil, os reclusos em sua maioria, não recebem atendimento odontológico e quando recebem, é apenas para extrair dentes, desrespeitando a Resolução nº 07 do CNPCP que prevê no seu artigo 1º, inciso XIII que as ações de saúde bucal devem ser desenvolvidas levando em consideração os níveis de prevenção a seguir: proteção da saúde, proteção específica, diagnóstico precoce e tratamento imediato, limitação do dano e reabilitação. (BRASIL, 2009)

Em relação a higiene básica, a situação é lastimável, onde, os presídios, em sua maioria, não possuem tratamento adequado da água, faltam gêneros de limpeza, como papel higiênico e absorventes; e o número de banhos, geralmente, é limitado a um por dia. Essa situação é bem

retratada no relato da Doutora em Administração Pública e Governo, Luciana Zaffalon Cardoso, da Pastoral Carcerária de São Paulo, a CPI do Sistema Carcerário:

“Ainda em condições carcerárias, a gente passa por um grave problema, que é o acesso a produtos de higiene. A gente está cansada de ver mulheres presas que não têm acesso nem a papel higiênico, tampouco a absorvente íntimo. E são mulheres que passam o mês juntando miolo de pão para usar como absorvente, muitas vezes, e outras mazelas dessa mesma tristeza.” (BRASIL, 2009, p. 286)

Logo, vê-se que essas situações são deploráveis, onde seres humanos são esquecidos em locais que deveriam buscar a ressocialização destas pessoas, mas, ao invés disso, é oferecido um tratamento humilhante, capaz de causar danos psicológicos e problemas de saúde irreversíveis.

## CONSIDERAÇÕES

Diante destas reflexões, podemos afirmar que o sistema carcerário feminino brasileiro é precário, onde as mulheres que estão inseridas nestes estabelecimentos têm seus direitos violados, tendo em vista que o princípio da dignidade é um direito inerente ser humano. Essas violações ocorrerem no âmbito destes estabelecimentos, que, em tese, visam proporcionar a reintegração social destas pessoas, sendo a ressocialização algo inatingível.

Foi demonstrado em todas as seções deste trabalho, regimentos, leis e informativos para garantir os direitos e a dignidade das pessoas que se encontram reclusos, buscando a ressocialização, de modo que estas pessoas se reintegrem à sociedade.

Comprovou-se que, a maioria dos presídios femininos não tem estrutura para as mulheres gestantes, puérperas e com crianças, onde, em sua maioria, não há berçário, creches, alimentação diferenciada e acompanhamento médico, nutricional, havendo casos de crianças nascendo em celas e dormindo com sua mãe no chão destas celas.

Notamos também que a estrutura geral é falha, pois em todos os Estados brasileiros, a maior parte dos estabelecimentos prisionais se encontram com a sua capacidade acima do limite, em situação precária, onde as celas estão com fungos, ratos, baratas, não existindo atendimento aos doentes, faltando médicos, medicamentos, assistência odontológica e psicológica. Pessoas com doenças como HIV, AIDS, Diabetes, Câncer são deixados em situação de penúria, não recebendo os medicamentos necessários para sobreviver.

Sendo assim, vê-se a necessidade de redirecionar mais recursos públicos para investimentos em estabelecimentos prisionais, que atendam às necessidades da população carcerária feminina brasileira, tendo em vista suas peculiaridades e demandas orgânicas, fisiológicas e familiares.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público.** Mimeografado, dezembro de 2010, 39 p. Disponível em: <[http://www.luisroberto-barroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade\\_texto-base\\_11dez2010.pdf](http://www.luisroberto-barroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf)>. Acesso em: 29.06.2017.

BRAGA, Ana Gabriela; FRANKLIN, Naila Ingrid Chaves. **Quando a casa é a prisão: Uma análise de decisões de prisão domiciliar de grávidas e mães após a lei 12.403/2011.** Rio de Janeiro: Quaestio Iuris, 2016. 375 p. v. 09. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/18579/15789>>. Acesso em: 08.02.2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016a. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf>>. Acesso em: 21.11.2017.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Mandela: Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016d. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>>. Acesso em: 12.02.2018.

\_\_\_\_\_. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário.** Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. 620 p – (Série ação parlamentar: n.384). Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acesso em: 08.01.2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Resolução nº 01/99.** Brasília: 1999. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/resolucoes/resolucoes-arquivos-pdf-de-1980-a-2015/resolucao-no-01-de-30-de-marco-de-1999.pdf>>. Acesso em: 28.02.2018

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 2016b.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 3689 de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Brasília, 2016c.

\_\_\_\_\_. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFORPEN Mulheres – Junho 2014.** Organização: Thandara Santos, Renato Campos Pinto de Vitto; Colaboração: Alexandre Vaz de Oliveira Moraes ... [et al]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2015. p. 41. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. Acesso em: 10.12.2017.

\_\_\_\_\_. Departamento Penitenciário Nacional - DEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFORPEN Atualização – Junho 2016**. Organização: Thandara Santos; Colaboração: Marlene Inês da Rosa ... [et al]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017a. p. 65. Disponível em: <[http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio\\_2016\\_junho.pdf](http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf)>. Acesso em: 23.02.2017.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Brasília, 2017b.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. **Brasil possui 1478 estabelecimentos penais públicos**. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2014/01/brasil-possui-1478-estabelecimentos-penais-publicos>>. Acesso em: 21.02.2018.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso de Habeas Corpus. Transação. Habeas Corpus nº 143.641, da 2ª Turma. Criminal. Juizado Especial Criminal. Transação. Pena alternativa. Determinação. **Substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas**. Legitimidade. Relator Min. Ricardo Lewandowski, Brasília, 2018, p. 56. Disponível: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em: 28.02.2018.

CARVALHO, Maria Vanessa de Carvalho Sousa; SILVA, Igor Andrade da et al. **A realidade das mulheres presas no Brasil: violação das normas penais e à dignidade humana**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4218, 18 jan. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30504>>. Acesso em: 22.02.2018.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. LIMA, Leiliane Dantas; SILVA, Amanda Carolina Petronilo da. **Cárcere feminino: Igualdade sem dignidade**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XX, n. 159, abr. 2017. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=18753](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18753)>. Acesso em: 21.02.2018.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PEREIRA, Ângela Miranda. **Os direitos do preso à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 116, set 2013. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13682](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13682)>. Acesso em: 21.02.2018.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam**. Rio de Janeiro: Recorde, 2015.

\_\_\_\_\_, Nana. **Descubra como é a vida das mulheres nas penitenciárias brasileiras**. Disponível em: <<https://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2015/07/descubra-como-e-vida-das-mulheres-nas-penitenciarias-brasileiras.html>>. Acesso em: 15.10.2017.

RIBEIRO JUNIOR, Euripedes Clementino; FERREIRA, Rodolfo Rodrigues. **O princípio da dignidade da**



**pessoa humana como vetor punitivo do estado:** preservação dos direitos do preso. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVII, n. 120, jan 2014. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14218](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14218)>. Acesso em: 21.02.2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.



# ANÁLISE CRÍTICA DA MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO E A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

*Eliane Fernandes do Lago Corrêa<sup>1</sup>*

## RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar a medida socioeducativa de internação como forma de responsabilização penal juvenil e verificar se os dispositivos legais pertinentes estão de acordo com a Doutrina da Proteção Integral, recepcionada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente Brasileiro, como decorrência da Convenção das Nações Unidas dos Direitos da Criança e do Adolescente, de 1989. O ponto de partida é o estudo das etapas históricas de responsabilização penal juvenil. Em seguida, são analisadas a natureza jurídica e a finalidade das medidas socioeducativas. A partir dessa análise, emerge a necessidade de estudo específico da medida socioeducativa de internação. O estudo atinge seu ápice com a confrontação da aplicação e execução da medida socioeducativa de internação frente à Doutrina da Proteção Integral. Ao final, conclui-se que parte do tratamento dispensado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente à medida socioeducativa de internação não atende aos fundamentos da Doutrina da Proteção Integral.

**Palavras-chave:** Responsabilização Penal Juvenil; Medidas Socioeducativas; Internação; Doutrina da Proteção integral.

## RESUMEN

El presente trabajo tiene el objetivo de analizar la medida socioeducativa de internación como forma de responsabilización penal juvenil y verificar si los dispositivos legales pertinentes están de acuerdo con la Doctrina de la Protección Integral, recibida por el Estatuto del Niño y del Adolescente Brasileño, como consecuencia de la Convención de las Naciones Unidas de los Derechos del Niño y del Adolescente, de 1989. El punto de partida es el estudio de las etapas históricas de responsabilización

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidad Del Museo Social Argentino (UMSA) – Buenos Aires; Mestre em Ciências Criminológico-forenses pela Universidad de La Empresa (UDE) – Montevideú (julho/2018); Docente na Universidade José do Rosário Vellano – UNIFENAS (Alfenas/MG), disciplina Direito Processual Penal IV (2017); Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG) – Belo Horizonte (2006); Membro do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (2001); Email: eliane.lago@uol.com.br



penal juvenil. A continuación, se analizan la naturaleza jurídica y la finalidad de las medidas socioeducativas. A partir de ese análisis, surge la necesidad de estudio específico de la medida socioeducativa de internación. El estudio alcanza su ápice con la confrontación de la aplicación y ejecución de la medida socioeducativa de internación frente a la Doctrina de la Protección Integral. Al final, se concluye que parte del tratamiento dispensado por el Estatuto del Niño y del Adolescente Brasileño a la medida socioeducativa de internación no atiende a los fundamentos de la Doctrina de la Protección Integral.

**Palabras-clave:** Responsabilidad Penal Juvenil; Medidas Socioeducativas; Internación; Doctrina de la Protección integral.





## INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como escopo analisar a medida socioeducativa de internação frente aos fundamentos da Doutrina da Proteção Integral, recepcionada pelo Estatuto Brasileiro da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069/1990 e advinda da Convenção das Nações Unidas dos Direitos da Criança e do Adolescente, de 1989.

O tema foi escolhido em razão do anseio de parte da sociedade civil pela redução da maioridade penal e pela sensação de insegurança diante da crescente criminalidade juvenil.

O problema central do estudo diz respeito à indagação se a medida socioeducativa de internação, prevista no Estatuto Brasileiro da Criança e do Adolescente, cumpre ou não os fundamentos da Doutrina da Proteção Integral, surgida no cenário internacional por meio da Convenção das Nações Unidas dos Direitos da Criança e do Adolescente, de 1989.

Formulou-se a hipótese de que a indeterminação dos prazos da medida socioeducativa de internação e a regionalização de sua execução, no âmbito da legislação brasileira respectiva, descumpra os fundamentos da Doutrina da Proteção Integral.

Como objetivo geral, almeja-se verificar quais características da medida socioeducativa de internação descumprem os fundamentos da Doutrina da Proteção Integral. Para tanto, os objetivos específicos consistem em analisar as características da internação e os fundamentos da Doutrina da Proteção Integral que se aplicam diretamente a tal medida socioeducativa.

O presente estudo justifica-se porque o contexto brasileiro e latino-americano está marcado pelo envolvimento cada vez maior de adolescentes com atos infracionais cometidos com violência e grave ameaça às pessoas, situação que tem impulsionado parte da sociedade civil a pugnar pela redução da maioridade penal ante o sentimento de insegurança e sensação de impunidade.

Neste contexto, a resposta jurídica aos autores de atos infracionais cometidos com violência e grave ameaça às pessoas impõe a análise da medida socioeducativa de internação, por ser aquela cabível diante dessa prática infracional, nos termos do artigo 122 da Lei n. 8.069/90.

A análise crítica da medida socioeducativa de internação frente aos fundamentos da Doutrina da Proteção Integral certamente contribuirá para a modificação de paradigmas quanto a sua aplicação e execução, visando, sobretudo, a reinserção social e familiar de adolescentes infratores, para que, desse modo, não ingressem na marginalidade adulta.

O embasamento teórico do presente trabalho tem seu início da Constituição da República do Brasil de 1988, destacando-se os artigos 227 e 228.

A Lei Brasileira n. 8.069/1990, denominada Estatuto da Criança e do Adolescente, regulamentou os dispositivos acima colacionados, surgindo no cenário jurídico brasileiro em decorrência de que o Brasil recepcionou os preceitos da Convenção das Nações Unidas dos Direitos da Criança e do Adolescente, de 1989.



O ápice do marco teórico é alcançado com a vigência da Lei brasileira n. 12.564/2012, que instituiu o Sistema Nacional de atendimento Socioeducativo – SINASE, traçando diretrizes para a execução das medidas socioeducativas aplicadas no território brasileiro, dentre elas a internação.

No decorrer do estudo, o método analítico será utilizado para a análise da legislação brasileira respectiva, bem como da bibliografia pertinente ao tema.

Inicialmente, serão analisadas as etapas históricas de responsabilização penal juvenil, abordando-se, em especial, a Doutrina da Situação Irregular e a Doutrina da Proteção Integral. Na sequência, serão analisadas a natureza jurídica e a finalidade das medidas socioeducativas previstas na legislação brasileira. A partir disso, é que a análise da medida socioeducativa de internação será aprofundada, abordando-se seus princípios norteadores e confrontando-se suas características com os fundamentos da Doutrina da Proteção Integral.

A investigação certamente apresentará conclusões significativas sobre o modelo de aplicação e execução da medida socioeducativa de internação e se, de fato, os fundamentos da Doutrina da Proteção Integral são utilizados para que a reinserção social de adolescentes infratores seja promovida.

## **ETAPAS HISTÓRICAS DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL JUVENIL**

A análise da evolução histórica do controle sociopenal dos adolescentes infratores faz-se necessária para a identificação do modelo atualmente estabelecido pelo ordenamento jurídico brasileiro e se este ainda contém aspectos daqueles já ultrapassados.

### **ETAPA PENAL INDIFERENCIADA**

Nos ensinamentos de Silva (2011), o primeiro período denominou-se penal indiferenciado porque a responsabilização penal era igualitária entre crianças, adolescentes e adultos. Esse período iniciou-se a partir do nascimento dos códigos penais de natureza estritamente retribucionista e seguiu até o ano de 1919.

À Etapa Penal Indiferenciada, Sposato (2014) denomina de Modelo Punitivo ou Penitenciário, adotado em muitos países durante a vigência dos códigos penais retribucionistas, tal como ocorreu na Espanha e no Brasil. O modelo considerava crianças como adultos em miniatura.

O critério do discernimento, de cunho eminentemente subjetivo, foi comumente utilizado pelos tribunais para a responsabilização penal de menores nessa etapa. Sposato (2014) ensina que a responsabilização juvenil era, então, determinada segundo a utilidade ou não das sanções aplicáveis à espécie. É dizer, se o magistrado entendesse por sua utilidade, ao adolescente infrator era imputado o discernimento; ao contrário, se as sanções fossem consideradas inúteis, concluía-se que o infrator não era dotado de discernimento.



No Brasil, a repressão à delinquência juvenil recebeu tratamento no Código Criminal do Império (1830), com o qual se iniciou a aplicação desse sistema penal indiferenciado, resumindo-o no tratamento igualitário entre crianças e jovens em conflito com a lei e os adultos (SILVA, 2011).

O Código do Império de 1830 estabelecia, portanto, que os menores de 14 anos de idade eram inteiramente inimputáveis enquanto autores de delitos. No entanto, caso se imputasse a eles o discernimento exigido, eram encaminhados às Casas de Correção, lá permanecendo até a idade de 17 anos. Entre 14 e 17 anos, aplicava-se aos jovens infratores a mesma pena aplicável aos adultos cúmplices, com a redução de um terço. Os maiores de 17 e menores de 21 anos, quando sancionados, beneficiavam-se da atenuante da menoridade (LIBERATI, 2012).

Sposato (2014) leciona que o Código da República de 1890 dispunha que os menores de 9 anos de idade eram inimputáveis. A responsabilização dos menores entre 9 e 14 anos baseava-se no critério do discernimento individualizado e, uma vez positivado este, eram recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriais por prazo que o magistrado entendesse suficiente. Entre 14 e 17 anos, o discernimento era presumido e, quando responsabilizados, a sanção era diminuída de dois terços. Aos jovens entre 17 e 21 anos de idade, as penas eram idênticas àquelas aplicadas aos adultos, com certa atenuação.

Excetuando-se, pois, os marcos biológicos acima apontados, verifica-se que o critério subjetivo do discernimento foi amplamente aplicado durante a vigência do Código do Império, de 1830, e do Código da República, de 1890.

No mesmo período, houve a previsão da construção de instituições especialmente destinadas ao acolhimento de menores infratores, porém, tal anseio não se implementou, de modo que adolescentes e adultos permaneceram recolhidos nos mesmos estabelecimentos (SHECAIRA, 2015). Donde se conclui que a implementação da legislação então vigente também foi problemática vivenciada nessa etapa, tal como nos dias atuais.

Por fim, a respeito desse modelo penal indiferenciado, Sposato (2014) conclui que, diferentemente da etapa seguinte, a personalidade do agente não apresentava relevância para a resposta estatal, voltada para punição, e não para a reforma ou reeducação do delinquente.

## ETAPA TUTELAR

O segundo período do controle sociojuvenil denominou-se tutelar e caracterizou-se pelo paradigma entre a justiça e o Direito Menorista. Inicia-se uma fase de diferenciação entre o tratamento dispensado aos adultos delinquentes e aquele até então dispensado aos menores, ainda que, nesta segunda etapa, sejam estes últimos considerados objeto da tutela e não sujeitos de direitos (SILVA, 2011).

Ao tratar do Modelo de Proteção ou da Etapa tutelar, Sposato (2014) salienta que ele se originou de uma ideologia positivista e correccionalista, ante o injustificável encarceramento infantil que ocorria mundialmente. Passa-se, então, a considerar o delinquente como um ser necessitado de ajuda e a pena como um bem a ele destinado, tal como um medicamento amargo necessário à obtenção da cura de um enfermo. Abandona-se, portanto, a tipologia de delitos, fruto do modelo anterior, aplicando-se uma tipologia de delinquentes.

“Una segunda etapa es la que puede denominarse de carácter tutelar. Esta etapa tiene su origen en los EEUU de fines del siglo XIX, es liderada por el llamado Movimiento de los Reformadores y responde a una reacción de profunda indignación moral frente a las condiciones carcelarias y muy particularmente frente a la promiscuidad del alojamiento de mayores y menores en las mismas instituciones.” (MÉNDEZ, 2006, p. 9).

De acordo com Shecaira (2015), entendia-se que os menores não praticavam atos infracionais decorrentes de seu livre-arbítrio, mas, sim, em razão das circunstâncias sobre as quais não detinham controle. Assim, o conceito de periculosidade continuava a ser utilizado, a tal ponto que os infratores juvenis não eram apenados, mas, sim, assistidos. Nessa fase de pensamento, o objetivo era corrigir e curar o menor desajustado socialmente.

Anteriormente considerado ente jurídico, na etapa tutelar o delito é tratado como um fato humano que deriva da anormalidade do sujeito que o cometeu. Daí a utilização do critério de periculosidade para aplicação de medidas ao infrator (SPOSATO, 2014). Com efeito, enquanto na etapa penal indiferenciada o objetivo do sancionamento era a imposição de um castigo ao delinquente como reprovação pelo delito cometido, o modelo de proteção previa a aplicação de medidas que possibilitassem a cura do infrator ou de qualquer menor que estivesse em situação irregular, ainda que não tivesse praticado um delito.

No ano de 1937, implantou-se o primeiro tribunal espanhol para julgar menores, em Valência, denominado de *Padre de Huerfános*, sendo considerado um dos principais antecedentes históricos do período de tutela, pois julgava os menores independentemente se fossem delinquentes ou carentes (SHECAIRA, 2015).

A etapa tutelar surge lastreada, então, por três características distintas da fase de pensamento anterior, eis que se passa a recolher os menores em estabelecimentos diversos dos adultos imputáveis; surgem leis especiais para o tratamento da delinquência juvenil; e o conceito de “situação irregular” é adotado como justificativa para a atuação estatal (SHECAIRA, 2015).

Na verdade, Shecaira (2015) salienta que não houve grande ruptura com a fase penal indiferenciada, já que marcante foi somente a retirada dos menores dos estabelecimentos prisionais

destinados aos adultos. Contudo, adolescentes delinquentes e abandonados continuavam a receber o mesmo tratamento legal, sendo recolhidos nos mesmos estabelecimentos, dando-se continuidade à promiscuidade do período anterior.

Discorrendo sobre o controle sociopenal, Méndez salienta:

“Os escassos dados disponíveis para o período anterior e posterior à conquista carecem de sistematização mínima que permita sua utilização aos fins concretos de se compreender os traços característicos do controle sociopenal da infância durante tal período. Fica claro, não obstante, que a descoberta da criança *delinquente-abandonada* como problema específico no campo do controle social remete ao início do século XX.” (MÉNDEZ, 1998, p. 57).

No Brasil, a chamada etapa tutelar é inaugurada por meio do Código de Menores de 1927 e se encerra em 1990, com a revogação do segundo Código de Menores de 1979 e o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ferrandin (2009) pontua que o Código de Menores (1927), também conhecido por Código Mello Matos, classificou os destinatários da norma em abandonados e delinquentes. Enquanto os primeiros eram sujeitos ao abrigo, os segundos eram alvos de medidas corretivas em decorrência do ato infracional cometido.

O Direito Menorista brasileiro recebeu influência direta das Declarações dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes (1923); do Código de Menores argentino (1919) e da Lei de Proteção à Infância de Portugal (1911). A partir da vigência do Código de Menores brasileiro (1927), estabeleceu-se a imputabilidade penal a partir dos 14 anos. Mas tem-se aqui uma situação interessante, porque, apesar desse caráter mais humanitário da fase tutelar, o Direito Menorista não era garantista, a exemplo das sentenças de caráter indeterminado, as quais eram proferidas pelos magistrados visando regularizar aquela “situação irregular” na qual se achavam os menores, sendo eles infratores ou não (SILVA, 2011).

Segundo ainda Shecaira (2015), mesmo em caso de absolvição, o juiz poderia aplicar medidas corretivas ao menor, pois detinha um extenso poder discricionário. Ademais, previa-se a possibilidade de aplicação de medidas ainda que o jovem sequer houvesse delinquido, mas existissem indicativos de que estava prestes a fazê-lo, evidenciando-se o acolhimento de um direito penal do autor ao invés de um direito penal do fato.

Com o advento do Código Penal brasileiro de 1940, a imputabilidade penal resta fixada aos 18 anos de idade. Inicia-se, então, a política Vargas, voltada para a repressão e baseada na criminologia positivista da Europa do século XIX. Esse modelo de criminologia enfatizava as ciências biológicas e

psicológicas para explicar cientificamente as condutas patológicas e sadias dos indivíduos (SILVA, 2011).

O Decreto-lei n. 3.799/1941 entrou em vigor na sequência do estatuto repressivo de 1940, durante o Estado Novo instituído por Getúlio Vargas. De orientação correccional-repressiva, a norma em questão criou o Serviço de Assistência ao Menor (SAM), por meio do qual se previu o recolhimento dos menores delinquentes em reformatórios, internatos e casas de correção, ao passo que aos patronatos agrícolas e escolas de aprendizagem eram encaminhados os abandonados/carentes (FERRANDIN, 2009). Fortaleceu-se com maior rigor, nesse período, a institucionalização dos menores.

Significativa parcela do período tutelar passou a ser administrada, no Brasil, pelo governo militar. Silva (2011) destaca que o regime militar potencializou as instituições de menores, com a criação do Plano Nacional do Bem-estar do Menor (PNBM), e implantação da FUNABEM (Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor), por meio da Lei n. 4.513/1964, da qual se originou a FEBEM (Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor), em cada Estado da federação brasileira.

A institucionalização de menores infratores e carentes tornou-se um mecanismo social na tentativa de contenção da violência, modelo acolhido pelo regime militar instalado. O paradigma criminológico positivista também não sofreu alteração, pois se continuou a considerar o menor como detentor de uma patologia jurídico-social (SHECAIRA, 2015).

Diante do desempenho insatisfatório do modelo institucional, o Código de Menores de 1927 sofreu, então, significativa alteração em 1979, intensificando o modelo anteriormente proposto do *Welfare State*. Silva (2011) discorre que a fase permaneceu marcada por um sistema não-garantista, através do qual crianças e adolescentes, delinquentes ou carentes, continuavam sendo tratados como objetos de direito.

Verificada a “situação irregular” em que se encontravam, ou seja, fora do padrão social desejado à época, surgia o poder discricionário e absoluto do juiz de aplicar medidas assistenciais e curativas, para que essas crianças e adolescentes fossem enquadrados no modelo social esperado.

Vislumbra-se, então, uma nítida diferenciação entre o modelo anterior – penal indiferenciado, e o modelo tutelar. O primeiro marcado por um controle sociopenal único para crianças/adolescentes e adultos, enquanto que, no segundo, por um pseudo-assistencialismo, não-garantista, especificamente voltado para os menores delinquentes e/ou carentes.

## ETAPA GARANTISTA

A visibilidade da infância fez com que os atos infracionais passassem a ter importância para a sociedade, de modo que, a partir do século XX, surgem normatizações, cogentes ou não, sobre o tema dos direitos humanos e especificamente quanto aos direitos das crianças e dos adolescentes.

O modelo de responsabilidade ou doutrina da proteção integral, também denominado etapa garantista, surge em decorrência do processo de democratização vivenciado por muitos países após

longos períodos ditatoriais, aliado aos movimentos sociais que se fizeram presentes na reforma das leis europeias e norte-americanas, quando se buscou uma sintonia com a normativa internacional para a superação do modelo tutelar (SPOSATO, 2014).

Com o fim da II Guerra Mundial, a luta pelos direitos humanos intensificou-se mundialmente, culminando com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) no ano de 1945. A partir disso, diversas normativas internacionais surgiram no cenário jurídico, como forma de contribuir para os avanços dos direitos humanos, incluídos os voltados às crianças e adolescentes.

Para Shecaira (2015), o marco principal foi a Convenção Internacional dos Direitos das Crianças das Nações Unidas, de 1989, tratando-se de um divisor de águas, cujo objetivo foi garantir o interesse superior de crianças e de adolescentes como sujeitos de direitos, e não mais objetos de tutela.

O mesmo entendimento se extrai da lição de Méndez (1998), para quem a doutrina da Proteção Integral possui suas raízes na Convenção Internacional, não pairando dúvidas de que esse novo modelo influenciou sensivelmente legislações latino-americanas, notadamente porque seus olhares se voltaram à integralidade da infância e da adolescência, sem a distinção evidenciada na etapa tutelar.

Silva (2011) sintetiza as principais características dessa etapa garantista, assinalando que a infração passa a ser tratada como uma categoria jurídica precisa ou exata. É dizer, infrator é aquele que cometeu uma conduta previamente definida como crime ou contravenção, sendo certo que no âmbito desse sistema de responsabilização penal juvenil há a possibilidade de privação de liberdade, no qual a internação deve ser a última a ser adotada. O poder discricionário do juiz é reduzido consideravelmente nesse terceiro período, deixando-se para trás a tutela do livre arbítrio, para a assunção da tutela jurídica penal do Estado.

As mudanças ocorridas em nível internacional com respeito à responsabilização juvenil também influenciaram o ordenamento jurídico brasileiro, de modo que o país evoluiu da etapa penal indiferenciada, passando pela etapa tutelar, até chegar à etapa da proteção integral, elevando crianças e adolescentes ao patamar de sujeitos de direitos, com direitos específicos de pessoas em formação (SILVA, 2008).

A etapa garantista inicia-se, pois, no Brasil, com a Constituição da República, de 1988, que em seus artigos 227 a 229 tratou da família, da criança, do adolescente e do idoso. O Estatuto da Criança e do Adolescente regulamentou os dispositivos constitucionais referentes às pessoas em desenvolvimento, representando uma ruptura com o sistema anterior, principalmente no tocante ao abandono do conceito de “situação irregular” para a aplicação de medidas aos menores, e a adoção do conceito de proteção integral.



“A clareza da ruptura do Estatuto com toda tradição legislativa latino-americana na matéria é evidente. Pela primeira vez, uma construção de direito positivo vinculada à infância-adolescência rompe explicitamente com a chamada doutrina da *situação irregular*, substituindo-a pela doutrina da *proteção integral*, também chamada *doutrina das Nações Unidas para a proteção dos direitos da infância*.” (MÉNDEZ, 1998. p. 113, grifos no original).

A Convenção Internacional dos Direitos das Crianças das Nações Unidas, de 1989, serviu de base para a elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente brasileiro, pois o país ratificou o texto em sua totalidade pelo Decreto n. 99.710 de 1990, após ter sido aprovado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo de n. 28 do mesmo ano.

Característica marcante desse terceiro período, na contramão do período tutelar, é o caráter garantista dentro de um sistema de responsabilidade penal juvenil. De certa forma, o Estatuto da Criança e do Adolescente (1990) rompeu com os sistemas anteriores ao estabelecer direitos aos adolescentes em conflito com a lei em paridade com os direitos conferidos aos adultos imputáveis.

A nova legislação deixou evidente que compete à família, à sociedade e ao Estado atuar solidariamente para a proteção dos direitos das crianças e dos adolescentes prioritariamente. Nesse novo sistema é que se estabelece a diferença entre crianças e adolescentes vítimas de exclusão social, alvo de medidas de proteção, e, de outro lado, os jovens autores de ato infracional, a quem se voltam as medidas socioeducativas (SILVA, 2008).

O Estatuto da Criança e do Adolescente proporcionou mudanças em três aspectos do tratamento até então dispensado às crianças e aos adolescentes: de conteúdo, de método e de gestão. De fato, a mudança de conteúdo se deu pelo abandono do conceito de “situação irregular” para a intervenção estatal, adotando-se a doutrina da proteção integral. A mudança de método se verificou pela noção de que as políticas públicas devem ser voltadas para o garantismo dos direitos juvenis, e não mais para o mero assistencialismo correcional. A gestão também sofreu transformações significativas, rumando para a descentralização da execução das medidas socioeducativas (TEJADAS, 2008). Agora como sujeitos de direitos, e não objetos da tutela estatal, crianças e adolescentes recebem tratamento diferenciado dos adultos e especializado, decorrente do princípio da igualdade a desiguais (SHECAIRA, 2015).

## NATUREZA JURÍDICA E FINALIDADE DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

A primeira corrente doutrinária entende que o descumprimento de uma determinada norma legal pode ensejar a aplicação de penas, sanções e interditos e que as medidas socioeducativas não podem ser consideradas sequer como sanções. Com o advento da Lei n. 8.069/1990, tem-se mais dois tipos de medidas jurídicas como resposta ao descumprimento de uma norma, a saber: as medidas de proteção e as medidas socioeducativas.



Entende-se, pois, que ainda que sejam dotadas de certo grau de coerção, as medidas socioeducativas não possuem caráter punitivo, pois visam à reinserção social do adolescente (SHECAIRA, 2015).

Noutro norte, Shecaira (2015) destaca uma segunda corrente doutrinária, considerando-a mais acertada, segundo a qual existe um Direito Penal Juvenil, integrando as medidas socioeducativas o conceito de sanção. As sanções são o gênero e suas espécies podem ser de origem civil, administrativa, disciplinar, penal e agora, a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente, também socioeducativas.

Liberati (2012) considera que todas as medidas socioeducativas possuem caráter sancionatório-punitivo, porém, com finalidade pedagógico-educativa. Neste contexto, o Estatuto não somente conferiu direitos aos adolescentes infratores, mas também responsabilidades diante da prática infracional.

Assim, a conduta do adolescente infrator que se amolde a um tipo penal será um crime ou uma contravenção penal, conceituados como atos infracionais pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. A essência do crime é a mesma, modificando-se tão-somente o tratamento dispensado ao infrator, que, sendo menor de 18 anos idade, se sujeita às medidas socioeducativas elencadas na legislação especial estatutária (LIBERATI, 2012).

Para Liberati (2012), quando se analisa o conceito de ato infracional, faz-se, então, necessária à compreensão de que inafastáveis são os mesmos princípios oriundos do Direito Penal, como o da legalidade, da anterioridade da lei e o da tipicidade. Dessa forma, impossível será a aplicação de medidas socioeducativas sem que o adolescente tenha cometido um ato infracional anterior.

Inexiste, portanto, impunidade decorrente da inimputabilidade penal, conforme leciona Liberati (2012). De fato, o adolescente praticante de ato infracional está sujeito aos mecanismos de responsabilização previstos na legislação especial que lhe é aplicável e, portanto, é imputável perante essa mesma normativa.

A responsabilidade penal juvenil não se mostra, portanto, incompatível com a imputabilidade. O adolescente menor de 18 anos de idade é imputável, porém, essa imputabilidade decorre de sua subordinação à legislação especial vigente: o Estatuto da Criança e do Adolescente. Imputar significa atribuir a alguém a responsabilidade pela prática de um ato violador da lei e, assim, é possível se imputar a um adolescente a prática de um ato infracional, ficando ele sujeito às medidas socioeducativas de caráter retributivo e pedagógico previstas no Estatuto, conforme leciona Saraiva (1999). Daí surge a responsabilidade penal juvenil (Ibid.).

Dessa forma, Saraiva (1999) posiciona-se no sentido de que as medidas socioeducativas possuem caráter penal especial, sendo possível admitir a existência de uma responsabilidade penal juvenil, com características retributivas e socioeducativas. As medidas socioeducativas, então, diferem-se das sanções criminais em razão de seu caráter predominantemente pedagógico e na brevidade de sua duração.



Considerar as medidas socioeducativas como gênero de pena apresenta grande utilidade prática, na medida em que, a partir desse entendimento, garante-se obediência ao princípio da legalidade estrita, impondo-se uma execução jurisdicionalizada, atribuindo-se o conceito de crime, como fato típico, ilícito e culpável, ao próprio ato infracional, e, por consequência, assegurando-se dignidade na responsabilização penal juvenil (SARAIVA, 1999).

A celeuma sobre a natureza jurídica das medidas socioeducativas existe, sobretudo em razão dos próprios dispositivos contido no Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais, de uma certa maneira, tentam disfarçar a natureza e a finalidade punitiva das medidas.

Conforme pontua Silva (2011), em determinados aspectos há certo grau de continuidade entre o Código de Menores, já revogado, e o Estatuto da Criança e do Adolescente, cujos preceitos baseiam-se na Doutrina da Proteção Integral. De fato, uma vez cometido um ato infracional, parte da sociedade civil e dos operadores do Direito anseiam muito mais pelo controle social do adolescente infrator do que por sua socioeducação.

## **MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO**

Shecaira (2015) salienta que, dentre as medidas restritivas de liberdade e de cunho extremamente retributivo, está à internação, eis que tolhe a liberdade do adolescente infrator em tempo integral, só devendo ser aplicada em última instância e, ainda assim, durante o menor tempo possível.

Para Liberati (2012), da mesma forma que a semiliberdade, a internação é retributiva em decorrência do ato infracional cometido, porém, não pode ser um fim em si mesma, devendo atentar para a finalidade pedagógico-educativa inerente a todas as medidas socioeducativas.

O Estatuto dispõe sobre os três princípios condicionantes para a aplicação da internação, a saber: brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, com ênfase no ensino e na profissionalização. Na aplicação dessa medida, qualquer saída do estabelecimento demanda autorização judicial, segundo ressalta Ishida (2009).

A legislação especial não fixou prazo mínimo para o cumprimento da internação. Para Liberati (2012), a falha proposital é resquício da fase tutelar, quando vigente o Código de Menores, e ofende o princípio da legalidade.

Ao contrário, entende Ishida (2009) que não se faz necessária à fixação de prazo, na sentença, para o cumprimento da medida de internação, sendo obrigatória somente a reavaliação a cada seis meses.

Noutro norte, pacífico é o entendimento de que tal medida pode ser aplicada aos maiores de 18 anos, desde que o ato infracional tenha sido cometido enquanto inimputável, ainda que o Código Civil tenha reduzido a maioridade civil de 21 para 18 anos de idade.

Para sua aplicação, deve haver a conjugação de dois fatores: a natureza da infração e as



condições psicológicas do adolescente, sempre, porém, dentre as hipóteses taxativamente previstas no Estatuto. A isso Fernandes (2002) tece severa crítica, entendendo ser de aplicação imprescindível, em muitos casos, aos adolescentes praticantes de atos infracionais, análogos ao delito de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes, que tantos males causam à sociedade.

Fato é que a medida de internação não tem sido excepcionalmente aplicada, ao contrário, é a primeira desejada por sensível parcela dos operadores do Direito. Contudo, Fernandes (2002) enfatiza a falência do sistema de cumprimento da medida de internação, uma vez que os estabelecimentos respectivos não estão adequados da forma exigida pelo Estatuto, ao contrário, além de não se alcançar a ressocialização do adolescente infrator, a internação tem incrementado a marginalidade.

A história da humanidade já demonstrou que o encarceramento, como um fim em si mesmo, é incapaz de transformar a postura transgressiva de uma pessoa, seja ela adulta ou adolescente. Em razão disso é que, para Shecaira (2015), a internação precisa estar inserida em um contexto socioeducativo que possibilite ao adolescente repensar sua atitude, transformando-a a partir de valores positivos que lhe auxiliem a respeitar as regras de convívio social.

“Devemos fugir dos hábitos enraizados pelo Direito Penal Menorista, hoje totalmente revogado. No Direito da Criança e do Adolescente, a aplicação de medida socioeducativa não se fixa, como acontece com o Direito Penal, na relação crime-pena (tipo penal e tempo de duração), pois atende outras necessidades – a de responsabilização social do adolescente, com vistas à reeducação e efetiva integral social.” (VERONESE, 2015, p. 225).

A primeira modalidade de internação está prevista no artigo 122, inciso I, da Lei brasileira n. 8.069/90, o qual exige que o ato infracional tenha sido cometido com o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa para a aplicação dessa medida socioeducativa. A modalidade de internação por reiteração no cometimento de outras infrações graves – artigo 122, inciso II, do mesmo diploma legal, vem encontrando sério entrave para sua aplicação, diante do entendimento jurisprudencial brasileiro de que sua aplicação pressupõe que o adolescente tenha sido definitivamente condenado por, no mínimo, dois atos infracionais graves, não sendo contabilizadas as remissões anteriormente concedidas (Cf. TJMG, 2010<sup>2</sup>).

A Internação-sanção, prevista no artigo 122, inciso III, da Lei brasileira n. 8.069/90, seria possível somente *a posteriori*, em caso de descumprimento de medida socioeducativa anteriormente imposta. A Lei brasileira n., 12.594/2012 instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), a partir do qual restou estabelecida a competência para a execução da medida socioeducativa de internação, atribuindo-a aos Estados-membro, nos termos de seu artigo 4º, inciso III.

---

2 Acórdão na Apelação Criminal nº1.0223.08.263225-6/001. Relator: JACOB, Renato Martins. Publicado no DJ de 10/08/2010.



Ramidoff (2012) ressalta que os estabelecimentos socioeducativos para a execução da internação devem ser estruturados materialmente e com recursos humanos suficientes que propiciem o retorno do adolescente infrator ao convívio social, reeducando-o e ressocializando-o. Para tanto, a estrutura dos estabelecimentos deverá ser atender aos fundamentos da Doutrina da Proteção Integral, recepcionada pelo legislador brasileiro.

Dessa forma, em nenhuma hipótese os adolescentes infratores poderão ser encarcerados em estabelecimentos prisionais destinados a adultos, sendo certo que, durante a execução da medida socioeducativa de internação em estabelecimento adequado, deverão ser realizadas atividades que possibilitem o cumprimento da finalidade pedagógica das medidas socioeducativas, em especial da internação (RAMIDOFF, 2012).

Para o alcance dessa finalidade retributiva-pedagógica, a participação da família do adolescente infrator assume grande relevância. De fato, a convivência familiar, mesmo no âmbito da medida socioeducativa de internação, é direito individual do adolescente infrator, não podendo ser relegada a segundo plano sob pena de que a responsabilização penal juvenil se torne mais gravosa do que responsabilização penal do adulto imputável.

“A Lei n. 12.594/2012 não descurou da importante participação familiar, enquanto momento também importante para a socioeducação do adolescente privado de liberdade, assegurando, assim, ao jovem e aos membros de seu respectivo núcleo familiar o exercício do direito de visita.” (RAMIDOFF, 2012, p. 133).

No Estado de Minas Gerais (Brasil), foram construídas unidades regionais de internação provisória e definitiva para o atendimento de toda a demanda estadual de execução dessa medida socioeducativa. Existem, portanto, centros socioeducativos de internação nos municípios de Belo Horizonte, Divinópolis, Governador Valadares, Ipatinga, Juiz de Fora, Montes Claros, Passos, Patos de Minas, Patrocínio, Pirapora, Ribeirão das Neves, Sete Lagoas, Teófilo Otoni, Uberaba, Uberlândia e Unaí, os quais deveriam estar devidamente estruturados para o recebimento de adolescentes infratores oriundos dos oitocentos e cinquenta e três municípios mineiros (SESP, 2018).

## CONCLUSÃO

O Estatuto Brasileiro da Criança e do Adolescente adotou a Doutrina da Proteção Integral como ideologia para a interpretação de seus dispositivos e, dessa forma, de acordo com a Convenção das Nações Unidas dos Direitos das Crianças, de 1989, elevou crianças e adolescentes ao patamar de sujeitos de direitos.

Como visto, a legislação brasileira percorreu as três etapas de responsabilização penal juvenil, desde a indiferenciada, passando pela tutelar, até alcançar a da proteção integral. No entanto, da análise consciente da



Lei brasileira de n. 8.069, de 1990, encontramos resquícios da fase tutelar, como, por exemplo, a indeterminação do prazo de cumprimento da medida socioeducativa aplicada pelo magistrado, em sua sentença.

Ao compararmos dispositivos do Estatuto Brasileiro da Criança e do Adolescente, no que tange à responsabilização penal juvenil diferenciada e à sensação de impunidade tão fortemente invocada pela sociedade civil, vemos que o protecionismo exacerbado na referida norma, em alguns aspectos, remete-nos à fase tutelar, enquanto que o clamor social nos impulsiona ao retorno à etapa penal indiferenciada, diante do permanente anseio pela redução da menoridade penal.

O cometimento de um ato infracional impõe uma responsabilização ao adolescente que o praticou, donde se extrai a natureza retributiva das medidas socioeducativas. Sim, a imposição de uma medida socioeducativa é a retribuição pelo mal causado através da prática de um ato infracional por um adolescente infrator.

A mera retribuição, porém, não leva a lugar nenhum se não vier acompanhada de mecanismos capazes de transmitir ou de retransmitir valores sociais e morais positivos ao adolescente infrator. Por isso também se afirma que as medidas socioeducativas possuem natureza sociopedagógica, consoante se viu no terceiro capítulo. É dizer, retribuir para educar, visando à reinserção familiar e social do adolescente infrator.

Se as medidas socioeducativas elencadas na Lei n. 8.069, de 1990 não se mostrarem eficazes para retribuir e educar, não alcançarão o principal objetivo socioeducativo, que é promover a reinserção familiar e social do adolescente infrator, evitando-se que este ingresse na marginalidade adulta. Daí se extrai a sensação social de impunidade.

O panorama brasileiro de encarceramento de adolescentes infratores é extremamente precário e desumano. No Estado de Minas Gerais, o cumprimento da medida socioeducativa de internação se realiza em centros socioeducativos regionais, de modo que, quando encarcerados, quase a totalidade de adolescentes infratores são afastados de suas comunidades e de suas famílias, migrando para uma realidade inóspita.

Através do presente estudo, restou evidenciado que, ao menos em dois pontos, a medida socioeducativa de internação prevista no Estatuto Brasileiro da Criança e do Adolescente, cuja execução também se acha regulamentada pela Lei n. 12.594/2012, não atende aos fundamentos da Doutrina da Proteção Integral.

O primeiro ponto diz respeito a não fixação de prazo mínimo para o cumprimento da internação. A indeterminação da medida socioeducativa de internação remete-nos à etapa tutelar, a qual objetivava o tratamento do adolescente infrator. Como cediço, a responsabilização penal juvenil não pode ser mais gravosa do que aquela imposta ao adulto imputável, sendo certo que este último, tão logo ingressa no sistema de execução penal, tem o conhecimento exato da pena imposta, dos benefícios aos quais terá direito quando forem preenchidos os requisitos legais e a data final do

cumprimento da pena imposta. O adolescente infrator, ao contrário, quando inicia o cumprimento da internação, não tem o conhecimento da duração da medida imposta.

O segundo ponto que indica distanciamento da Doutrina da Proteção Integral diz respeito à execução da medida socioeducativa de internação em centros socioeducativos regionais. A opção estatal ao executar a internação de forma regionalizada pode, a princípio, atender aos princípios da eficiência e da economia, mas tolhe o direito individual dos adolescentes infratores em conviverem com suas famílias, notadamente quanto aqueles que são encaminhados a unidades socioeducativas distantes de suas comunidades. O rechaço de direitos era próprio da fase tutelar, quando crianças e adolescentes eram tratados como objetos da atuação estatal e não como sujeitos de direitos.

Conclui-se, portanto, que ainda que se tenha em mente que a medida socioeducativa de internação seja necessária em algum momento, não se pode perder de vista que sua aplicação e execução deverá sempre atender aos fundamentos da Doutrina da Proteção Integral, própria da etapa garantista instituída com a vigência da Lei n. 8.069/1990.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FERNANDES, Márcio Mothé. *Ação Sócio-Educativa Pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

FERRANDIN, Mauro. *Ato Penal Juvenil – Aplicabilidade dos Princípios e Garantias do Ato Penal*. Curitiba: Juruá, 2009.

ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente, Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2009.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Adolescente e Ato Infracional – Medida Socioeducativa é Pena?*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MÉNDEZ, Emílio García. Evolução histórica do Direito da Infância e Juventude. In: Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República (SEDH), da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores da Infância e da Juventude (ABMP) e do Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (ILANUD). *Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socieducação e responsabilização*. São Paulo: Ilanud, 2006.

\_\_\_\_\_. *Infância e Cidadania na América Latina*. São Paulo: Hucitec, 1998.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Segurança Pública (SESP). *Unidades Socioeducativas*. Disponível em: <http://www.seguranca.mg.gov.br/socioeducativo/2013-07-15-23-12-47> Acesso em: 19 ago. 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Jurisprudência*. Acórdão na Apelação Criminal nº1.0223.08.263225-6/001. Relator Renato Martins Jacob. 10 ago. 2010. Disponível em: <http://>

[www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&listaRelator=034280&dataJulgamentoInicial=29/07/2010&dataJulgamentoFinal=29/07/2010&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&&linhasPorPagina=10&linhasPorPagina=10&paginaNumero=3](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?pesquisarPor=ementa&pesquisaTesauro=true&orderByData=1&listaRelator=034280&dataJulgamentoInicial=29/07/2010&dataJulgamentoFinal=29/07/2010&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&&linhasPorPagina=10&linhasPorPagina=10&paginaNumero=3) . Acesso em: 26 abr. 2018.

RAMIDOFF, Mário Luiz. *Sinase – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – Comentários à Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARAIVA, João Batista da Costa. *Adolescente e Ato Infracional – Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, Marcelo Gomes. *Ato Infracional e Garantias: uma crítica ao Direito Penal Juvenil*. Florianópolis: Editora Conceito, 2008.

SILVA, Maria Liduina de Oliveira e. *Entre Proteção e Punição – O Controle Sociopenal dos Adolescentes*. São Paulo: Unifesp, 2011.

SPOSATO, Karyna Batista. *Direito Penal de Adolescentes – Elementos para uma teoria garantista*. São Paulo: Saraiva, 2014.

TEJADAS, Silvia da Silva. *Juventude e Ato Infracional – As múltiplas determinações da reincidência*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direito Penal Juvenil e Responsabilização Estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores? – o que diz a Lei do Sinase – a inimputabilidade penal em debate*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2015.





# A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS

*Everson Alexandre de Assumpção<sup>1</sup>*

## RESUMO

Esse artigo buscou demonstrar de forma sistêmica, a Construção Histórica dos Direitos Sociais Fundamentais. O objetivo principal deste estudo foi demonstrar a aplicabilidade dos Direitos humanos no plano constitucional brasileiro, bem como justificar a necessidade de cobrança da sociedade brasileira para efetivação desses direitos para a construção igualitária de um Estado Democrático de Direitos. A doutrina e a Lei fundamentam e justificam esse trabalho, que adotou a perspectiva dos Direitos Humanos. A linha de pesquisa é a do Direitos Humanos, já o artigo científico é de revisão bibliográfica que se utilizou do método dedutivo, pesquisa qualitativa e descritiva. Como referência, recorreu-se à literatura científica e materiais publicados que fossem pertinentes aos propósitos aqui aventados.

**Palavras-chave:** Direitos Sociais Fundamentais; Direitos Humanos; Estado Democrático de Direito;

## RESUMEN

Este artículo buscó demostrar de forma sistémica, la Construcción Histórica de los Derechos Sociales Fundamentales. El objetivo principal de este estudio fue demostrar la aplicabilidad de los derechos humanos en el plano constitucional brasileño, así como justificar la necesidad de cobro de la sociedad brasileña para la efectividad de esos derechos para la construcción igualitaria de un Estado Democrático de Derechos. La doctrina y la ley fundamentan y justifican ese trabajo, que adoptó la perspectiva de los Derechos Humanos. La línea de investigación es la de los Derechos Humanos, ya el artículo científico es de revisión bibliográfica que se utilizó del método deductivo, investigación cualitativa y descriptiva. Como referencia, se recurrió a la literatura científica y materiales publicados que fuese pertinente a los propósitos aquí aventados.

**Palabras-clave:** Derechos Sociales Fundamentales; Derechos Humanos; Estado Democrático de Derecho.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela Universidad Argentina J.F Kennedy. Aluno do Programa de cursos para o Doutorado UBA - Universidad de Buenos Aires e Mestrando em Direito da Seguridade Social pela OISS-Espanha. (aposenti@gmail.com).



## INTRODUÇÃO

Os direitos sociais percorreram um longo caminho para o seu reconhecimento desde os Dez Mandamentos que ainda são o código moral dos cristãos, passando pelo Código de Hamurabi, à Lei das Doze Tabelas,<sup>2</sup> que só ocorreu no início do século XX, mas essa classe normativa de direitos ainda requer mais condições legais e sociais para serem plenamente efetivados.

Norberto Bobbio esclarece que na antiguidade o indivíduo era apenas um objeto de poder sendo vinculado as leis da divindade e as ordens do soberano, com base no Jusnaturalismo.<sup>3</sup>

O Direito Natural ou Jusnaturalismo é uma teoria que postula a existência de uma lei cujo conteúdo é estabelecido pela natureza da realidade e, portanto, válido em qualquer lugar e em qualquer circunstância. Às vezes, é contrastado com o direito positivo, ou juspositivismo de uma determinada sociedade, que permite que às vezes seja usado para criticar o conteúdo desse direito positivo. A lei natural é um conjunto de ideias ou princípios superiores, eternos, uniformes, permanentes, imutáveis, que são concedidos ao homem por uma divindade.

Pela lei natural, a concessão de princípios ao ser humano varia de acordo com o ramo: a) para os filósofos da antiguidade (Heráclito, Aristóteles, Sócrates, Platão e Cícero), a concessão dos princípios seria quando da criação divina, torna-se o ponto de referência para saber o que é certo ou errado, bom ou ruim, a base de todas as leis; b) teológica, (Santo Agostinho<sup>4</sup> foi o primeiro sistematizador cristão do personalismo integral baseado na busca de Deus e da vontade divina como lei eterna) a fonte da lei não estaria ligada apenas indiretamente à divindade, mas diretamente, isto é, a gênese da lei não teria sido inspirada por Deus, mas escrita e concedida pela divindade; e c) ramo racionalista ou contratual (Thomas Hobbes, John Locke, Montesquieu, Rosseau e outros), para eles havia duas categorias de leis ou órbitas legais: 1) Direito Natural (sua origem não estaria mais na divindade, mas na natureza racional do homem) e 2) Direito Positivo (derivado do pacto social).

Quanto a Santo Tomás de Aquino, havia quatro categorias de leis: 1) a lei eterna, a lei deriva da razão de Deus, o governante de todo o universo, 2) a lei natural (a participação da lei eterna nas criaturas racionais), 3) a lei humana, a que é temporária porque é mutável, e 4) a lei divina, que é baseada nas Escrituras.<sup>5</sup> Santo Tomás de Aquino também menciona outra lei que chama de pecado, mas tenta dizer que não é uma lei porque não atende aos requisitos de uma lei.

Para São Tomás de Aquino, corpo e alma constituem uma única coisa, deles seguem todas

2 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Elsevier, 1992-2004, pág. 52.

3 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Elsevier, 1992-2004, pág. 55.

4 FIGUEROA, Herrera Miguel. Justicia y Sentido. Imprensa da Universidad Nacional de Tucuman, 1955, pág. 36.

5 DE AQUINO, Tomás. *Tratado de la Ley, Capítulo I Sobre la Esencia de la Ley*. 7ªed. Editorial Porrúa, México, 2000, pág. 7.



as bases corporais do mesmo ser, da mesma vida. É baseado neste princípio que se forma a personalidade do homem. A atividade social pertence ao bem comum, da união deste princípio universal se forma a justiça legal.<sup>6</sup>

A doutrina filosófica do jusnaturalismo fez do indivíduo o ponto de partida da construção de uma doutrina e lei moral, mas com a secularização o Estado passa a tomar uma ação mais concreta nas relações interpessoais, econômicas e de poder, apoiadas pelo positivismo.

Com a imposição do capitalismo e o empoderamento do Estado baseado nas teorias do positivismo, aumentou as desigualdades sociais entre o final do século XIX e a primeira metade do século XX. As desigualdades sociais deveriam ser repensadas a partir lógica dos conflitos de classes existentes entre o proletariado e o capitalismo, decorrentes do processo produtivo de transformação e da complexidade da vida social.

Nesse novo momento os valores morais foram soerguidos em sua dignidade, sobretudo após os horrores da Segunda Guerra Mundial. Esse foi o terreno fértil para que a temática dos direitos humanos passasse a ocupar espaço significativo na nova agenda, capitaneando, em certa medida, o confronto entre a nova direita e a nova esquerda. Apostar nos direitos humanos e na sua capacidade emancipatória passou a ser o marco para a ação daqueles inconformados com a realidade, por oposição aos que preferem mantê-la como estão por se beneficiarem dela. Nesse contexto, os direitos humanos ganharam destaque especial, o que se verifica desde a Declaração de 1948 até a Declaração de Viena de 1993.<sup>7</sup>

Esse artigo buscou demonstrar de forma sistêmica, a Construção Histórica dos Direitos Sociais Fundamentais. Hoje, o ponto central que se apresenta neste estudo é de como garantir tais direitos e demonstrar a sua aplicabilidade no plano constitucional brasileiro, bem como justificar a necessidades de cobrança da sociedade brasileira para efetivação desses direitos na luta pela construção igualitária de um Estado Social.

## A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS SOCIAIS

Em um breve contexto histórico, os direitos sociais começaram no século XII, mais precisamente na Inglaterra, quando promulgada a Magna Carta em 15 de junho de 1215 por Magna Charta Libertatum, garantiu a liberdade pública ao estabelecer direitos para homens livres.

Em 1601, a Inglaterra passou por um aumento populacional com a chegada de migrações

6 FIGUEROA, Herrera Miguel. Justicia y Sentido. Imprensa da Universidad Nacional de Tucuman, 1955, pág. 51 y 52.

7 CUNHA, José Ricardo Ferreira; SCARPI, Vinicius. Os direitos econômicos, sociais e culturais: a questão da sua exigibilidade. Direito, Estado e Sociedade, 2007, pág. 69 a 85.



de trabalhadores rurais a áreas urbanas em busca de trabalho, essas pessoas nem sempre foram absorvidas nos campos de trabalho e aumentaram na Inglaterra o número de miseráveis que perambulavam pelas ruas.<sup>8</sup> Isso fez com que a Igreja pregasse que era dever do Estado suprir as necessidades dos menos favorecidos. A Lei dos Pobres consistia basicamente em um fundo monetário para pessoas que não tinham emprego nem condições para sustentar seus filhos. Essas pessoas deveriam trabalhar para o Estado e para a Igreja, mas foi apenas na Inglaterra do século XVII que surgiu a Petição de Direitos (Petição de Direito) de 1628 e o Habeas Corpus (Ato de Habeas Corpus) de 1679, e a Declaração de Direitos (Bill of Rights de 1689)<sup>9</sup> inspirado pelos ideais do jusnaturalismo e em grande parte pela filosofia de Santo Tomás de Aquino, San Agustín, Francisco Suárez, Richar Hooker, Thomas Hobbes, Hugo Grocio, Samuel Pufendorf y Jonh Locke.

A lei natural exerceu uma profunda influência sobre o movimento do racionalismo jurídico do século XVII, quando surgiu a noção de direitos fundamentais.

Também no século XVIII, nos Estados Unidos, foi criada a Declaração da Virgínia em 1676, que em sua seção proclamou o direito à vida, à liberdade e à propriedade.

No século XIX, os principais textos que tratam dos direitos fundamentais são: a Constituição Mexicana de 31 de janeiro de 1917, a Constituição de Weimar, de 11 de agosto de 1919, a Declaração Soviética dos Direitos do Povo e do Trabalhador e Explorados, de 17 de janeiro de 1918, a Constituição Soviética (1) de 10 de julho de 1918 e a Carta do Trabalho (carta de lavoro) publicada pela Itália em 21 de abril de 1927 durante o período do Estado Fascista.

Este cenário de ideias humanitárias, comunitárias para fazer o bem comum, está inserido nos ideais da Revolução Francesa de 1789, abolindo as formas de escravidão e o poder do Estado opressor. Esses valores foram inseridos e reconhecidos por lei em 1948 como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em 10 de dezembro pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

Segundo Cunha e Scarpi,<sup>10</sup> embora alguns países tenham se absterido de votar, especialmente a União Soviética, a Arábia Saudita e a África do Sul, a Declaração foi aprovada por unanimidade. Assim, pode-se afirmar que a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos teve o mesmo fator motivador da criação da própria Organização das Nações Unidas.

A Declaração retomou, em certa medida, os ideais da Revolução Francesa e, quase dois séculos depois, finalmente reconheceram, na esfera universal, os valores supremos de igualdade,

8 JUNIOR, Gilson Lopes da Silva. A Lei dos Pobres 1601. Primeira Lei Assistencialista e Política de Bem Estar Social. Publicado em 22 de Dezembro de 2012. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/a-lei-dos-pobres-1601-primeira-lei-assistencialista-e-politica-de-bem-estar-social/101885/>>. Visualizado em 15 maio 2018.

9 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Elsevier, 1992-2004, pág. 94.

10 CUNHA, José Ricardo Ferreira; SCARPI, Vinicius. Os direitos econômicos, sociais e culturais: a questão da sua exigibilidade. Direito, Estado e Sociedade, 2007, pág. 69 a 85.



fraternidade e liberdade. Este seria, então, um momento histórico de afirmação da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade como pessoa. No final da Segunda Guerra Mundial, percebeu-se que as promessas da modernidade (um mundo marcado pela paz e pela prosperidade) acabaram não se materializando. A crença em uma razão libertária, antes de todos os absurdos produzidos durante o conflito mundial, teve que ser revisada.<sup>11</sup>

Ao longo de sua construção histórica, o Direito, entendido como um conjunto de regras de conduta alternou momentos em que foi reconhecido como instrumento de dominação das classes sociais e até mesmo como instrumento de libertação social dos indivíduos, sendo que sua na função primária, a lei tinha caráter inibidor, de restringir e não de ampliar direitos, pois derivava de mandamentos e proibições impostas por um código de conduta moral.

No entanto, com a evolução da sociedade, observa-se que o direito também evoluiu e houve uma alternância entre o Direito Natural e Direito Positivo, dado ao fato de um maior empoderamento do Estado de regular a situação entre os indivíduos. No entanto, devido a várias questões sociais e históricas, a certeza jurídica típica do positivismo foi privilegiada. Assim, hoje, há um claro predomínio de sua forma legislada, como base hermenêutica e interpretativa de qualquer sistema normativo.

Segundo Nobrega:<sup>12</sup>

“O direito positivo é o segundo estágio no julgamento da realização da justiça. No primeiro, a ideia de justiça é traduzida por alguns princípios deontológicos, que são tomados como fundamento do sistema normativo de direito; No segundo estágio, esses princípios servirão de base para juízos de valor sobre o comportamento humano, originando-se daí as diversas normas do direito”.

A visão do direito como ciência no Ocidente começou no século XX, tomando como referência o pensamento de Hans Kelsen, especialmente a partir de 1934, com a publicação de sua Teoria Pura do Direito, que representa um divisor de águas no pensamento legal e influenciou a maioria dos sistemas legais ocidentais. Kelsen inicia a realização de sua teoria a partir do pensamento inaugurado pelo chamado Círculo de Viena, formado no início do século XX por um grupo de filósofos que se preocuparam com a constituição de uma teoria da ciência como uma disciplina autônoma, que acabou por fundar o chamado positivismo lógico ou neopositivismo, corrente mais tarde conhecida pelo nome de filosofia analítica.<sup>13</sup>

---

11 Idem.

12 NOBREGA, João Carlos Santos. História do Direito e do Estado. Rio de Janeiro, Forense, 1954, pág. 54

13 AQUINO, Jorge Inácio de. O Direito e sua interpretação na atualidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, nº.1817, 22 jun 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11415/o-direito-e-sua-interpretacao-na-atualidade>. Visualizado em 10 jan 2018.





À medida que a sociedade evolui, o conhecimento também evolui para o comportamento humano e a vida em sociedade, e as ciências sociais tem sido divididas em ciências específicas, como economia, antropologia, ciência política, bem como surgiram novos ramos do Direito, como a Sociologia.

Na Sociologia, que é um ramo que tenta descrever e explicar o fenômeno jurídico como parte da vida social, a Sociologia não vê o direito como um conjunto de regras, mas como um conjunto de ações reais dos seres humanos. Para a Sociologia a lei não tem sua origem em Deus, nem na razão, a lei é um fato social e tem sua origem nas inter-relações sociais do homem e seu convívio com a sociedade.

No campo da Sociologia, a partir de 1882, começaram a aparecer: Émile Durkheim, Léon Duguit e Nordi Grego e ainda Max Webber.

Para Émile Durkheim, o estudo do Direito é estudado de um ponto de vista diferente da visão normativa dos juristas, em trabalhos empírico-casuais, como *A Divisão Social do Trabalho* (1883) e *Lições em Sociologia* (1912).

Já na América Latina, para explicar melhor os fenômenos sociais nas relações entre homem e sociedade, surge um novo ramo do Direito; “A Teoria Tridimensional do Direito”.

A teoria tridimensional do direito é parte do estudo teórico delineado pelo jurista e filósofo brasileiro Miguel Reale em seu trabalho “Fundamentos da Lei” (1940) e foi definitivamente estabelecido em seu livro em 1968. Reale prega a interpretação da lei do ponto de vista de três pilares simultâneos e complementares “as normas, o factual e axiológica”, unificando três correntes filosóficas e sociológicas independentes (normativa, sociológica e moralista, nessa ordem) uma das mais importantes teorias gerais do Direito no Brasil e na América Latina,<sup>14</sup> junto com outros grandes juristas argentinos como o Dr. Pedro Rubén David.

O trabalho de Reale surgiu em grande parte como uma reação às interpretações exclusivistas da lei por três principais escolas de pensamento na área, que são: a) a normativista, com enfoque no caráter normativo do direito; b) a sociologista, com enfoque nos fatos e contextos; e, c) e a moralista, com enfoque nos valores (axiologia) do direito.

Para os normativistas, as leis deveriam ser compreendidas pelo seu valor intrínseco, o que se entende por normativismo. Segundo esta corrente, fatores culturais ou julgamentos de valor têm pouco peso na interpretação do direito, sendo que as leis são uma causa e um fim em si mesmo. Já a escola do sociologismo, acreditando que as leis são um produto de seu tempo e espaço, muda o foco para os fatos do direito, interpretando a legislação segundo sua necessidade (a sociedade precisa de

---

14 CYSNE, Diogo. A Teoria tridimensional do Direito. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/filosofia/teoria-tridimensional-do-direito/>>. Acesso em: 25 de jun 2018.



tais leis?) e resultados (tais leis são eficazes? Se sim, como?). Por fim, os moralistas se concentram na ancestral dúvida de se uma lei é ou não justa. Para eles, o valor (axioma) do código legal é mais importante, devendo a lei estar em harmonia com o que aqueles a ela subordinados julgam ser justo ou correto.<sup>15</sup>

Segundo Reale, todas as interpretações são corretas, sendo o erro de cada escola excluir ou diminuir a importância das demais. Para o brasileiro, o fenômeno jurídico acontece simultaneamente nos âmbitos da norma, do fato e do valor, sendo incorreto interpretá-lo com a exclusão de qualquer outro.<sup>16</sup>

Para o argentino Dr. Pedro Rubén de David, em seu livro *Sociología Jurídica Astrea*, Buenos Aires, 1980, págs. 206, 207 e 208, defende que:

“Los sistemas jurídico-sociales de los países situados en esta área, denotan, en grados diferentes, disparidades básicas entre sus previsiones normativas legisladas, los hechos y los valores que las articulan, y las normas, valores y hechos que se dan en la conducta concreta de los grupos y las personas a las que ese orden legislado se aplica. En efecto, la circunstancia de haberse impuesto originariamente en los países latinoamericanos sistemas jurídicos que no tomaron en cuenta las condiciones locales, determinó una disparidad entre “legitimidad” y “vigencia societaria”

O juiz, quando confrontado com um caso, estabelece uma relação entre comportamento humano, valores e normas sociais, e busca a lei, o sentido legal de conduta. Atualmente, a lei está se adaptando a novos paradigmas, com base no reconhecimento da necessidade de efetivar os direitos humanos, fundamentais como demonstrado pelo jus filósofo mineiro Joaquim Carlos Salgado:<sup>17</sup>

“A ideia de justiça no mundo contemporâneo, tal como a tenho estudado nos últimos anos, é a universalização máxima do direito na forma de direitos fundamentais, um elenco de valores máximos reconhecidos universal e igualmente a todos os seres humanos. Eis como o direito aparece no mundo contemporâneo, como o maximum ético, e a justiça como o desdobramento da liberdade na forma de direitos subjetivos e, no Estado de Direito contemporâneo, como justiça universal, estendida como declaração e efetivação dos direitos fundamentais nas constituições democráticas dos povos civilizados na Carta das Nações Unidas”.

---

15 Idem.

16 Idem.

17 SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo. Fundamentação e aplicação do direito como maximum ético*. Belo Horizonte, Del Rey, 2006, pág 8.





Reconhece-se, então, que o Direito é uma criação social que acompanha a humanidade, regulando-a e propiciando meios heterogêneos de resolução de disputas,<sup>18</sup> ou mesmo como destacou Britto<sup>19</sup> “salta aos olhos que a Lei é o sistema de normas que melhor concilia a imperatividade com a exigibilidade”. A construção do Estado Social, como interventor na sociedade que desacelerou os princípios liberais e passou a regulamentar as relações sociais, baseados no positivismo lógico, incorporando para si investimentos em políticas sociais, ainda carece de recursos para que se possam atingir níveis mínimos de saúde, educação, trabalho, habitação e seguros sociais.

## A INTERNALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O tema dos direitos humanos é peça fundamental para compreensão do Estado Democrático de Direito, cujo surgimento sempre esteve relacionado com o limite de intervenção da esfera individual de cada cidadão.

Após os movimentos jus naturalistas, positivistas, e socialistas, o tema dos direitos humanos ganhou maior notoriedade para satisfação dos direitos individuais e coletivos através do constitucionalismo social, encarregado de realizar e efetivar os valores sociais e fundamentais amplamente difundidos no nosso ordenamento jurídico.

Segundo Weiss,<sup>20</sup> o recente surgimento dos sistemas universais e regionais de normas e organismos destinados à promoção de tais direitos, aliado à atualidade em tempos de globalização econômica e jurídica, revela sua particular relevância no momento atual, dada a ratificação pelo Brasil dos principais tratados internacionais relacionados aos direitos humanos, decorrência do movimento de redemocratização nacional, marcando um novo momento para o direito público brasileiro.

O tema dos direitos humanos é, portanto, uma construção histórica, que tem a pretensão universal de buscar, efetivar e reconhecer que todas as pessoas, independentemente de cor, raça, credo ou religião, ou independente do lugar de onde estejam ou de sua condição social, tenham acesso a garantias e a determinados direitos.

Primeiramente, traz-se à luz o conceito clássico de Bobbio,<sup>21</sup> “Direitos humanos são aqueles que pertencem ou deveriam pertencer a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser

18 SANTOS, Júlio Edstron; CALSING, Renata Assis; MORAIS, Arnaldo Godoy. A construção dos direitos sociais: panorama histórico, social, jurídico e perspectivas no Brasil atual. REPATS, Brasília, v. 4, n. 1, p. 662-699, Jan-Jun, 2017.

19 BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como Categoria Constitucional. Belo Horizonte, Fórum, 2007, pág. 38.

20 WEISS, Carlos. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado6.htm>>. Acesso em: 25 jun 2018.

21 BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, pág. 17.



despojado”, ou seja, direitos humanos representam o reconhecimento de que todas as pessoas são portadoras de direitos e, e devem ter um mínimo garantido para uma condição de vida digna.

Segundo, deve-se ter em mente que o termo “direitos humanos” tem um vasto significado no âmbito jurídico, variando seu sentido conforme o termo é utilizado, seja pela cultura jurídica ou até mesmo pela doutrina. Segundo Mendes et al.<sup>22</sup> “as razões mesmas de se encontrar um fundamento último para os direitos humanos concorrem para que também seja difícil se conceituar os direitos humanos”.

É possível afirmar, portanto, que os direitos humanos sempre existiram, ou seja, nasceram com o homem e que de uma forma ou outra sempre houve uma luta travada pela sociedade por melhores condições de vida.

Neste sentido, esclarecem Santos, Calsing e Moraes que, a respeito da efetivação dos direitos fundamentais sociais, vale a pena lembrar que com promulgação da Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948 houve o reconhecimento da dignidade da pessoa humana como um valor fundamental para todos os países que fazem parte do sistema das Nações Unidas (ONU) e, com esse entendimento veio à tona a necessidade da sociedade internacional estabelecer padrões para a efetivação dos direitos inerentes a proteção e a promoção do ser humano, seja em sua dimensão individual ou social.<sup>23</sup>

Muito embora não se possa olvidar que a Declaração Universal não é dotada de força vinculante, por isso foi necessário o estabelecimento de dois instrumentos jurídicos que crescem sanções específicas para seus Estados-Membros e privilegiassem a efetivação desses direitos.

No âmbito internacional, o sinal definitivo nesta direção foi à adoção simultânea dos dois tratados pelas Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, através da Resolução nº. 2.200-A da Assembleia Geral. Curiosamente, os Pactos entraram em vigor quase ao mesmo tempo, isto é, três meses após o depósito do trigésimo quinto instrumento de adesão ou ratificação junto ao Secretário Geral da ONU, o que ocorreu em três de janeiro de 1976 para o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e 23 de março do mesmo ano para o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.<sup>24</sup>

Sobre esta arquitetura de construção histórica e efetivação dos direitos, cabe o seguinte destaque de Alves:<sup>25</sup>

22 MENDES, Gilmar et al. Curso de Direito Constitucional. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pág. 114.

23 SANTOS, Júlio Edstron; CALSING, Renata Assis; MORAIS, Arnaldo Godoy. A construção dos direitos sociais: panorama histórico, social, jurídico e perspectivas no Brasil atual. REPATS, Brasília, v. 4, n. 1, p. 662-699, Jan-Jun, 2017.

24 WEISS, Carlos. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado6.htm>>. Acesso em: 25 jun 2018.

25 ALVES, José Augusto Lindogren. Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos. Brasília: FUNAG, 1995, pág. 24.

“Os três principais elementos que dão sustentação a toda a arquitetura internacional de normas e mecanismos de proteção aos Direitos Humanos são a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”.

Portanto a relevância desses dois grandes pactos constitui-se no processo de institucionalização dos direitos humanos em se tratando de criar mecanismos de sanção no que tange a sua eficácia e aplicabilidade por parte do Estado. Especificamente sobre o PIDESC, é salutar lembrar que ele entrou em vigor em 1976, com o 35º instrumento de ratificação de um Estado-parte, deve-se lembrar de que “Até 12 abril de 1996, 143 Estados tinham ratificado o Pacto, assim assumindo voluntariamente a obrigação de dar cumprimento às suas normas e disposições” (ONU, 2016, p. 7).<sup>26</sup>

Segundo Ramos,<sup>27</sup> O PIDESC é considerado um marco por ter assegurado destaque aos direitos econômico, sociais e culturais, vencendo a resistência de vários Estados e mesmo da doutrina, que viam os direitos sociais em sentido amplo como sendo meras recomendações ou exortações.

O Brasil ratificou o PIDESC em 24 de janeiro de 1992, obrigando-se a promover e garantir todos os direitos promovidos no Pacto, tanto para adoção de políticas públicas e programas, quanto para promover ações compatíveis com sua efetivação para todos os seus cidadãos.<sup>28</sup>

Cabe lembrar que, diante da inércia do Governo Federal, que apresentou seu primeiro informe ao Comitê DESC somente em 2001 - ou seja, com sete anos de atraso - a sociedade foi quem primeiro teve a iniciativa de informar ao Comitê sobre a situação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no país.<sup>29</sup>

A importância em se citar o PIDESC está no fato de que a sociedade civil deve monitorar as ações do Estado, a fim de verificar se o Brasil está cumprindo as recomendações e sugestões propostas pelo Comitê DESC. O monitoramento pela sociedade civil, por meio do Informe Alternativo, é fundamental para a garantia dos direitos contidos no PIDESC. Trata-se de mais uma forma de se exercer pressão para cobrar do Estado ações de promoção dos direitos humanos no Brasil.<sup>30</sup>

Avançando, em 2008 foi aprovado pela Assembleia Geral da ONU o Protocolo Facultativo ao

26 SANTOS, Júlio Edstron; CALSING, Renata Assis; MORAIS, Arnaldo Godoy. A construção dos direitos sociais: panorama histórico, social, jurídico e perspectivas no Brasil atual. REPATS, Brasília, v. 4, n. 1, p. 662-699, Jan-Jun, 2017.

27 RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pág. 159.

28 PRR 4ª REGIÃO. Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais. Disponível em: < <http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/index.php?pagina=PIDESC> >. Acesso em: 9 fev. 2018.

29 Idem.

30 Idem.

Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Esse protocolo, que ainda não foi ratificado pelo Brasil, conta com 22 (vinte e dois) artigos que buscam efetivar ainda mais a proteção aos direitos fundamentais sociais.<sup>31</sup>

Esse protocolo, segundo Cunha e Scarpi<sup>32</sup>, representa um importante mecanismo de fortalecimento dos direitos civis e políticos, uma vez que permite ao comitê conhecer denúncias formuladas pelas próprias vítimas de violações de direitos garantidos no pacto. Ressalta os autores, todavia, que a denúncia só será aceita se disser respeito a um Estado, parte do pacto que também seja signatário do protocolo facultativo. Apesar das limitações evidentes, já que muitos Estados signatários do pacto de direitos civis e políticos não aceitaram o protocolo facultativo, não se pode negar que a própria existência do protocolo significa uma importante arma no processo de luta pela efetivação dos direitos civis e políticos.

Apesar disto, bem colocam Santos, Calsing e Morais<sup>33</sup> que uma última análise sobre o PIDESC deve ser ressaltada no que se refere a sua influência na construção da atual Constituição brasileira que positivou vários direitos fundamentais sociais que já estavam previstos no Pacto, como também pela atual jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, que possui hierarquia supra legal podendo ser utilizado em situações judiciais para a resolução de casos concretos. Dessa maneira, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais deve ser considerado um importante propulsor dos direitos fundamentais sociais no Brasil.

## CONCLUSÃO

Esse artigo buscou demonstrar de forma sistêmica, a construção histórica dos Direitos Sociais Fundamentais. O objetivo principal deste estudo foi demonstrar a aplicabilidade dos Direitos humanos no plano constitucional brasileiro, bem como justificar a necessidade de cobrança da

31 SANTOS, Júlio Edstron; CALSING, Renata Assis; MORAIS, Arnaldo Godoy. A construção dos direitos sociais: panorama histórico, social, jurídico e perspectivas no Brasil atual. REPATS, Brasília, v. 4, n. 1, p. 662-699, Jan-Jun, 2017.

32 CUNHA, José Ricardo Ferreira; SCARPI, Vinicius. Os direitos econômicos, sociais e culturais: a questão da sua exigibilidade. Direito, Estado e Sociedade, n.31, p. 69 a 85, jul/dez 2007.

33 SANTOS, Júlio Edstron; CALSING, Renata Assis; MORAIS, Arnaldo Godoy. A construção dos direitos sociais: panorama histórico, social, jurídico e perspectivas no Brasil atual. REPATS, Brasília, v. 4, n. 1, p. 662-699, Jan-Jun, 2017.



sociedade brasileira para efetivação desses direitos para a construção igualitária de um Estado Social.

É certo que para a efetivação desses direitos sociais exige-se maior aporte de recursos bem como uma ação positiva do Estado no sentido de implantar políticas públicas bem como projetos e programas sociais, o que certamente demanda maiores investimentos de recursos financeiros por parte do Estado, mas por outro lado não é razoável crer que para sua efetivação, os direitos sociais fundamentais tenham que se submeter ao princípio da reserva do possível, bem como não é razoável admitir a não aplicabilidade de uma norma jurídica por conta do retrocesso social.

Como conclusão deste estudo, constatou-se que os Direitos Sociais Fundamentais são frutos de uma construção histórica que remontam desde o nascimento da humanidade o largo dos anos devido ao empoderamento do Estado, houve uma alternância dos direitos sociais, que inicialmente formam construídos a partir dos ideais do jus naturalismo e que mais tarde sofreu notável preponderância do direito positivo, mas devido a evolução natural da sociedade esse direito também evoluiu e surgiram novos ramos do Direito como a Sociologia Jurídica, que é um ramo que tenta descrever e explicar o fenômeno jurídico como parte da vida social.

Ao longo de sua construção histórica o Direito foi utilizado como um instrumento de dominação e opressão de uma parcela da sociedade, a lei tinha caráter inibidor, de restringir e não de ampliar direitos, pois derivava de um código de conduta moral.

O Estado por sua vez foi se fortalecendo, tirando a ideia do individualismo e avocando para si a preponderância de regulador das relações interpessoais.

Com os ideais da Revolução Francesa a sociedade mais uma vez clamou por reivindicações mais igualitárias e de um Estado Mínimo Interventor, positivamente de valores e direitos individuais e o reconhecimento dos direitos da minoria.

Por fim, calcado num tripé, os direitos sociais e fundamentais foram exigidos através da Declaração Universal de Direitos Humanos e do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Vale ressaltar o duplo grau de eficácia mandamental que alcançam os direitos econômicos, sociais e culturais, ao mesmo tempo em que é condição efetiva desses direitos, também revela o compromisso jurídico estabelecido pelos Estados-Membros de assegurar a efetivação desses direitos.

A dignidade da pessoa humana esculpida no art. 1º, III da CF/88 é um valor social no qual está estabelecido e fundado todo o ordenamento jurídico, sendo a dignidade um valor, não pode, portanto, sua tutela ser fracionada, como afirma a Declaração de Viena: “todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados.”



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, Elsevier, 1992-2004.
- FIGUEROA, Herrera Miguel. Justicia y Sentido. Imprensa da Universidad Nacional de Tucuman, 1955.
- DE AQUINO, Tomás. Tratado de la Ley, Capítulo I Sobre la Esencia de la Ley. 7ªed. Editorial Porrúa, México, 2000
- JUNIOR, Gilson Lopes da Silva. A Lei dos Pobres 1601. Primeira Lei Assistencialista e Política de Bem Estar Social. Publicado em 22 de Dezembro de 2012. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/a-lei-dos-pobres-1601-primeira-lei-assistencialista-e-politica-de-bem-estar-social/101885/>>. Visualizado em 15 maio 2018.
- CUNHA, José Ricardo Ferreira; SCARPI, Vinicius. Os direitos econômicos, sociais e culturais: a questão da sua exigibilidade. Direito, Estado e Sociedade, 2007.
- NOBREGA, João Carlos Santos. História do Direito e do Estado. Rio de Janeiro, Forense, 1954.
- AQUINO, Jorge Inácio de. O Direito e sua interpretação na atualidade. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, nº.1817, 22 jun 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11415/o-direito-e-sua-interpretacao-na-atualidade>. Visualizado em 10 jan 2018.
- CYSNE, Diogo. A Teoria tridimensional do Direito. Disponível em: <<https://www.infoescola.com/filosofia/teoria-tridimensional-do-direito/>>. Acesso em: 25 de jun 2018.
- DAVID, Pedro Rubén de. Sociología Jurídica. Astrea, Buenos Aires, 1980.
- SALGADO, Joaquim Carlos. A Idéia de Justiça no Mundo Contemporâneo. Fundamentação e aplicação do direito como maximum ético. Belo Horizonte, Del Rey, 2006.
- BRITTO, Carlos Ayres. O Humanismo como Categoria Constitucional. Belo Horizonte, Fórum, 2007.
- WEISS, Carlos. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado6.htm>>. Acesso em: 25 jun 2018.
- MENDES, Gilmar et al. Curso de Direito Constitucional. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- SANTOS, Júlio Edstron; CALSING, Renata Assis; MORAIS, Arnaldo Godoy. A construção dos direitos sociais: panorama histórico, social, jurídico e perspectivas no Brasil atual. REPATS, Brasília, v. 4, n. 1, p. 662-699, Jan-Jun, 2017.
- ALVES, José Augusto Lindogren. Arquitetura Internacional dos Direitos Humanos. Brasília: FUNAG, 1995.
- RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- PRR 4ª REGIÃO. Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais. Disponível em: < <http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/index.php?pagina=PIDESC> >. Acesso em: 9 fev. 2018.

# OITENTA ANOS DE *DIVINIS REDEMPTORIS*: A CONSOLIDAÇÃO DO ANTICOMUNISMO CATÓLICO

Haneron Victor Marcos<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo apresenta uma leitura crítica da Carta Encíclica *Divinis redemptoris*, do pontificado de Pio XI, de 1937, na marca de seus oitenta anos de existência, que consolidou as razões do anticomunismo católico. Ambientada num comunismo bolchevique de tutela stalinista, com influências destacadas – pela própria Carta – na Rússia, México e Espanha, ela segue como representativa do anticomunismo católico na contemporaneidade, importando em efeitos que vão além dos limites da Santa Sé, alcançando até mesmo a democracia representativa.

**Palavras-chave:** Comunismo; *Divinis redemptoris*; Anticomunismo Católico; Santa Sé.

## ABSTRACT

This article presents a critical reading of the Encyclical Letter *Divinis redemptoris*, from the pontificate of Pio XI, from 1937, in the mark of its eighty years of existence, which consolidated the reasons of the catholic anti-communism. Set in a bolshevik communism under Stalin's tutelage, with influences highlighted – by the Letter – in Russia, Mexico and Spain, it continues as a representative of Catholic anti-communism in contemporary times, producing effects that go beyond the limits of the Holy See, reaching even representative democracy.

**Keywords:** Communism; *Divinis redemptoris*; Catholic Anti-Communism; Holy See.

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito pela Universidade de Buenos Aires, Mastère Spécialisé en Management de l'Innovation pela Ecole Nationale Supérieure des Mines – Saint-Etienne, pós-graduado em Direito Ambiental pela UFSC, Advogado, Procurador-Chefe do Contencioso da Companhia Catarinense de Águas e Saneamento. haneronmarcos@gmail.com.





## INTRODUÇÃO

O dia 19 de março de 2017 marcou a passagem de oito décadas da edição da Carta Encíclica *Divinis redemptoris*, pela Santa Sé, então conduzida pelo Papa Pio XI. Ela representava uma consolidação das razões anticomunistas da Igreja Católica, num atribulado ambiente mundial impactado, no que toca ao tema, dentre outras coisas, pela Guerra Civil Espanhola, pelas notícias de expurgos do regime comunista soviético, assim como pelo impetuoso trabalho da Internacional Comunista fomentando células revolucionárias em todo o orbe, como no Brasil criaria corpo com o Levante Comunista de 1935.

Não era a primeira investida católica oficial contra o comunismo. Cita-se como primeira referência formal representativa a Encíclica *Qui pluribus*, de 1846, na qual Pio IX já advertia seus fiéis sobre essa doutrina, que se opoñdo à lei natural, “*destruiria completamente os direitos do homem, suas propriedades e fortuna, e até a própria sociedade*” (LUXMOORE; BABIUCH, 1999, p. 302). *Divinis redemptoris*, de 1937, ainda recorda a Encíclica de Leão XIII (*Quod Apostolici muneris*, de 1878), que a qualificava de “*peste mortífera, que invade a medula da sociedade humana e a conduz a um perigo extremo*”.

Essas “circulares” da Igreja assumiam enorme impacto no momento histórico em que os canais informativos eram escassos, e a ramificação católica permitia a disseminação de conceitos centralmente construídos aos mais longínquos rincões. A estigmatização referenciando o comunismo em oposição às leis divinas é, portanto, uma prática secular, como por exemplo aquela construída a partir de relatórios oficiais sobre os revolucionários mortos na Comuna de Paris, de 1871, que expressavam sobre rostos distorcidos, como decorrentes de uma possessão. O anticomunismo católico foi, enfim, fonte crucial de nutrição das correntes de direita e do fascismo ao longo da história, com impacto direto na democracia representativa e até mesmo na produção legislativa decorrente.

Em 1937, Pio XI deixa exposto, já na introdução de sua Carta, que o comunismo que está a referenciar é aquele denominado “*bolchevista e ateu, que se propõe como fim peculiar revolucionar radicalmente a ordem social e subverter os próprios fundamentos da civilização cristã*”. A Revolução Russa e a consecutória materialização do marxismo de interpretação leninista pelo PCUS, exportada pela Terceira Internacional, passam a ser referências de combate, como fenômeno que escapara da retórica e dos círculos dialéticos do socialismo e do comunismo europeus ocidentais.

Naquele momento histórico, entendia a Sé Apostólica pela necessidade de um novo documento solene, ratificador das condenações passadas, para se contrapor ao materialismo dialético e histórico marxista de interpretação bolchevique que ferozmente atacava os predeterminismos do catolicismo, secular justificador de ilimitados poderes monárquicos. Para cumprimento desse

desiderato e o alcance de uma conclusão, *Divinis redemptoris* é dividida em cinco capítulos, a saber: I. Atitude da Igreja perante o comunismo; II. Doutrina e frutos do comunismo; III. Luminosa doutrina da Igreja, oposta ao comunismo; IV. Remédios e meios; V. Ministros e auxiliares desta obra social da Igreja. Essa será, pois, a divisão do presente trabalho.

## ATITUDE DA IGREJA PERANTE O COMUNISMO

Como antecipado, não havia novidade na condenação católica ao comunismo. Após as encíclicas de 1846 e de 1878, de Pio IX e Leão XIII, respectivamente, Pio XI apresenta toda a fatura de seu pontificado nesse mister. Foram cinco encíclicas em que, com base em experiências na Rússia, México e Espanha, se ergueu a voz contra o comunismo: *Miserentissimus Redemptor* (1928); *Quadragesimo anno* (1931); *Caritate Christi* (1932); *Acerba animi* (1932); e *Dilectissima Nobis* (1933).

A proposta era de um novo documento solene e consolidante, expedido pela Sé Apostólica (“*mestra da verdade*”), que sintetizasse “*os sofismas teóricos e práticos do comunismo*”, para salvaguardar a sociedade cristã desse “*horrendo flagelo*”, principalmente focado na ação do bolchevismo.

As institucionalizações sociais dos sentidos negativos e pejorativos sobre o tema têm na Igreja uma referência embrionária. Se a Santa Sé se referia “*a ideias subversivas*” que “*ameaçam invadir rapidamente os outros países do mundo*”, não era difícil prever uma dramática e negativa sedimentação conceitual também nas oposições políticas e na imprensa de situação. Não raro, e consectário desse labor retórico sistematizado, era encontrar matérias jornalísticas que apelavam à estigmatização associada com a religião para o afugentamento popular das siglas comunistas, como se exemplifica a partir do jornal brasileiro “O Paiz” de 1930:

“O comunismo é o roubo da propriedade, a dissolução da família, a servidão do povo, a destruição da pátria. Não há religião, não há lar, não há nação dentro dos princípios, das doutrinas e das práticas do bolchevismo. A ideia de Deus desaparece” (MARIANI, 1998, p. 155).

Instaura-se uma narratividade que passava uma ilusão de consenso. Acerta Marco Pereira que “*muito além de uma manifestação espontânea, o anticomunismo pertence a um discurso da ordem extremamente elaborado, fundamentado, organizado e difundido pela Igreja*” (MARIANI, 1998, p. 155). E, por conseguinte, para as grandes massas não tocadas por uma mínima instrução educacional, política ou sindical, a sedimentação da associação entre o comunismo e um ateísmo adepto do caos social, como um verdadeiro inferno terrestre que repulsa a Igreja e todos os seus princípios, era suficientemente digerível. O “*genuíno progresso da humanidade*”, encerra a Carta em sua primeira etapa, dependeria da emanção da Igreja Católica, guardadora e reveladora dos

preceitos divinos, insociável com a doutrina comunista. Ainda que ambas pregassem a “divisão dos pães”, divergia-se quanto aos créditos e ao mérito do gesto, bem como aos seus limites e meios.

## DOUTRINA E FRUTOS DO COMUNISMO

Nessa nova Carta era preciso combater as raízes dessa doutrina que, segundo ela, era incompatível com a ideia de um Deus apaziguador, civilizador, garantidor, definidor e até então ordenador (pelos exemplos ou pelo temor reverencial num plano de vida eterna), quando pelo materialismo dialético e histórico a realidade e a justiça social eram determinadas pela dinamicidade das relações ambientais e materiais, o que confluía para a relação ou o embate entre classes (que deveriam ser extintas) e os modos e meios de produção. Não havia, pois, espaço para respostas espirituais, que justificaram por séculos o desigual e injusto estado das coisas.

E quanto a isso não se estava a tratar somente da escala “monarca vs. súdito” ou “indústria vs. operário”, mas de toda a estratificação social, alcançando o pátrio poder e a instituição do casamento, por exemplo, motivo pelo qual também se ataca – e a história revelaria o caráter retrógrado de tal ato – a emancipação da mulher e a solubilidade do matrimônio. Com a flexibilização de tudo o que de mais sagrado considerava a Igreja, e aí se inclui em destaque a propriedade, firme consolidavam nessa nova Carta a pretensão comunista de *“uma humanidade que tenha expulsado a Deus da terra”*.

Reconhecem, sem embargo, que não só o liberalismo preparou caminho ao comunismo, mas a omissão da Igreja, ainda que tenham se olvidado que esse afastamento não se deva somente a uma questão de posicionamento territorial, mas na falta de um ativismo que avançasse contra os abusos da economia liberal, que não se coadunavam com os princípios do catolicismo.

Para sua própria proteção, posicionaram-se por muito tempo ao lado dos exploradores, e isso não seria esquecido pelos explorados, quando no poder. Daí a dedicação em protestar – e aí com justiça – contra os excessos praticados contra representantes eclesiásticos (com destaque para Rússia, México e Espanha), quando muitos sequer guardavam sintonia com o núcleo de poder político da Santa Sé, e pregavam princípios cristãos bastante similares, quando não idênticos, aos princípios socialistas e comunistas.

Não se estava diante de um texto conciliador, mas de refixação de antagonismos:

“É este o espetáculo que atualmente com suma dor contemplamos: pela primeira vez na história estamos assistindo a uma insurreição, cuidadosamente preparada e calculadamente dirigida contra *“tudo o que se chama Deus”* (Cfr. 2 Tess 1, 4). Efetivamente, o comunismo opõe-se a qualquer religião, e a razão por que a considera como o *“ópio do povo”*, é porque os seus dogmas e preceitos, pregando a vida eterna depois desta vida mortal, apartam os homens da realização daquele futuro paraíso, que são obrigados a conseguir na terra”.



Quando Marx sentencia a religião como elemento de entorpecimento do povo, o faz, assim se interpreta, não como impeditivo a qualquer espiritualidade apaziguadora, mas em crítica ao predeterminismo social fundado num interesse divino ou numa *“Lei Natural Cristã”* (TROELTSCH, 1931, p. 32) que favorecia a perpetuação do ciclo de exploração. Não se é pobre e explorado por uma determinada expiação divina, tampouco o monarca se perpetua como explorador por essa condição.

Do paradigmático berço da revolução comunista, a Rússia, reconhecem, mesmo com eufemismo, os séculos de “inércia” aos quais foram acometidos milhões de trabalhadores explorados por uma longa casta bem-sucedida de czares:

“Não negamos que esses esforços na Rússia contribuíram não pouco para sacudir os homens e as suas instituições daquela longa e secular inércia em que jaziam, e que puderam, empregando todos os meios e processos; ainda mesmo ilegítimamente, fazer alguma coisa para promover o progresso material; mas sabemos por testemunhos absolutamente insuspeitos, e alguns bem recentes ainda, que de fato nem sequer neste ponto se conseguiu o que tanto se prometera”.

Ignora a Carta, que com viés político prenuncia que os desígnios econômicos dos comunistas *“também no futuro jamais o poderão conseguir”*, que 1937 representava duas décadas de revolução seguintes a séculos de imperialismo. Isso não passaria impune. A refração a um novo modelo econômico calcado no coletivismo, acompanhado de um ambiente de intensas guerras civis, de tentativas de invasão por outros países e de pós-guerra (Primeira Guerra Mundial), não tornavam lúdimas tais sentenças.

## LUMINOSA DOCTRINA DA IGREJA, OPOSTA AO COMUNISMO

As sentenças guardavam um propósito: era momento de reafirmar que a salvação seria revelada unicamente pela *“Mestra dos povos”*, a Igreja. Reafirma, com propósito, que *“o homem tem uma alma espiritual e imortal”*, o que explica o sentido de pacificação social apregoado pela doutrina católica, mas que também explica a subserviência pacífica de tempos imemoriais na expectativa dessa imortalidade através da ressurreição em fortuna àqueles obedientes à mesma.

O propósito desse capítulo é enunciar como a doutrina católica embrenha-se no “mundo dos homens” (indivíduo, sociedade, ordem econômico-social, hierarquia social e prerrogativas do Estado) e o expande sem finitude, em contraposição às frias expectativas dialéticas e históricas do materialismo que fundamentam o comunismo bolchevique, “ameaça” de então. Afinal, nada mais antagônico do que dispor que Deus dotara Jesus Cristo de múltiplas e variadas prerrogativas, tais como: *“direito à vida, à integridade do corpo, aos meios necessários à existência; direito de tender ao seu último fim, pelo caminho traçado por Deus; direito enfim de associação, de propriedade particular e de usar dessa*





*propriedade*". Mas o antagonismo não residia axialmente na existência de uma entidade espiritual e superior que apregoasse, em suas escritas, os mesmos objetivos de justiça social almejados pela revolução comunista. Muitos cidadãos soviéticos mantinham sua espiritualidade sem diminuir a crença em seus novos "deuses" marxistas. Residia, sim, na não aceitação de um sincretismo com essa nova força social, na libertação do homem contra o homem sem observância do "cronograma" da Santa Sé, que afastou da rebelião por muitos séculos os famintos (não só de comida, mas por liberdade de desígnios) contra aqueles monarcas por ela respaldados. A insistência, no contexto da pacificação social, de que *"para assegurar esta tranquila harmonia pela colaboração orgânica de todos, a doutrina católica confere aos governantes tanta dignidade e autoridade"* representava uma cruzada contra os governos populares que não obtivessem a chancela da Sé Apostólica, afastando assim forças que deveriam ser harmônicas, se fiéis – ambos os lados – à essência de sua doutrina de origem. Muito fácil, por sinal e exemplo, ver o comunismo no Sermão da Montanha.

Reconhece a Carta que também a Igreja – também, porque Marx e Engels não avançaram nesse sentido – não esquadrinhou profundamente uma burocracia estatal sobre a qual indefectivelmente se encaixariam os princípios de sua doutrina:

"E assim, até mesmo no campo econômico-social, a igreja, muito embora não tenha jamais apresentado como seu um determinado sistema técnico, por não ser essa a sua missão, fixou, contudo, claramente princípios e diretivas que, prestando-se a diversas aplicações concretas segundo as várias condições dos tempos, dos lugares e dos povos, assinalam o caminho seguro para obter o feliz progresso da sociedade".

Não considera, no entanto, ser momento para autocrítica sobre as falhas históricas de interpretação que resultaram em práticas de efeitos funestos, a mesma autocrítica que deveria – e posteriormente foi feita, ainda que se questione sua completude – ser aplicada sobre o marxismo-leninismo vigente em 1937. O antagonismo mais uma vez se mostrava não frente aos princípios cristãos, mas com a administração de interesses da Sé Apostólica resultantes da interpretação dos mesmos na hierarquização social, nomeadamente a estatal. Tanto que, contraditoriamente aos seus próprios princípios embrionários, considera que *"erram vergonhosamente os que sem consideração atribuem a todos os homens direitos iguais na sociedade civil"*.

Não só o socialismo e o comunismo encontram-se excomungados. É momento de a Carta expressar um inimigo, ao menos no plano retórico, em comum: o liberalismo. Guarda certa razão, por conseguinte, ao vaticinar que:

"Não haveria nem socialismo nem comunismo, se os que governam os povos não tivessem desprezado os ensinamentos e as maternais advertências da Igreja; eles, porém, quiseram, sobre as bases do liberalismo e do laicismo, levantar outros edifícios sociais que à primeira vista pareciam poderosas e magníficas construções, mas bem depressa se viu que careciam



de sólidos fundamentos, e se vão miseravelmente desmoronando, um após outro, como tem que desmoronar-se tudo quanto não se apoia sobre a única pedra angular, que é Jesus Cristo”.

O liberalismo, que já revelava seus dramáticos resultados, exaltava os princípios associados ao livre mercado que constantemente desrespeitavam ou ignoravam os princípios cristãos, enfraquecendo o papel de Estados cujos limites – ou falta de limites – de poderes foram historicamente abençoados pela Igreja.

## REMÉDIOS E MEIOS

A doutrina da Igreja é apresentada como a única apta à salvação contra a ideologia comunista, esse “*pernicioso inimigo*” da civilização cristã. A renovação espiritual é reclamada como condição para a renovação de adeptos que poderão fazer frente a essa bipolarização sustentada pela Carta. Como ela própria ressaltara, a Igreja permaneceu ausente por muito tempo nas ramificações sociais. Embebeu-se de poderes autocráticos e defendeu-os por ação ou omissão fundada na vontade divina.

A religiosidade de seus fiéis, detecta, se mostra superficial, e sem evolução para a prática dos princípios que a fé católica professa. Invoca o desapego aos bens terrenos, como ferramenta de acalento aos ímpetus revolucionários comunistas próprios de um proletariado alijado por séculos dos prazeres materiais e mesmo da digna subsistência. A promessa de “*bem-aventurados os pobres*” pelo Senhor e de que a felicidade não se encontra na riqueza não se mostraria, assim, capaz de ilidir as propostas comunistas, que aspiravam a terrena satisfação material mínima e solidária, o que os conhecidos excessos da *nomenklatura* não foram capazes de contaminar, ao menos no plano teórico.

De um lado, havia uma incitação a uma vida mais franciscana:

“Para assegurar, pois, a vida eterna, e poder eficazmente socorrer os necessitados, é necessário voltar a uma vida mais modesta; renunciar aos prazeres, muitas vezes até pecaminosos, que o mundo hoje em dia oferece em tanta abundância; esquecer-se a si mesmo por amor ao próximo”.

Noutro, dirigiam-se diretamente aos “*patrões e industriais cristãos*”, para que limitassem o exercício do direito de propriedade reconhecido pela Igreja, “*por vezes empregado para defraudar o operário de seu justo salário e de seus direitos sociais*”. Reconhece-se que inexistente justiça social se os trabalhadores não alcançam o necessário para o digno sustento e não se lhes facilita o ensejo de adquirir uma “*modesta fortuna*”. É uma chamada de atenção de que era momento de ceder alguns anéis para impedir o decepar dos dedos.

Proclama Sua Santidade Pio XI que se o modo de proceder de uma fração dos católicos deixou a desejar no campo econômico-social, descortinando palco para doutrinas alternativas ou substitutivas,



foi por falta de conhecimento e meditação sobre os ensinamentos pretéritos de todos Sumos Pontífices sobre a temática, reclamando novamente pelas falhas na disseminação dos ensinamentos da Igreja.

Apresenta-se uma atomística ou monopolista visão do DNA da justiça social. Há, para a Igreja, hipocrisia quando *“sem renunciarem um ponto a seus perversos princípios, convidam os católicos a colaborar com eles no campo chamado humanitário e caritativo, propondo às vezes, até coisas completamente conformes ao espírito cristão e à doutrina da Igreja”*. Reputa hipócrita, também, o comunismo com um aspecto mais brando, não impedindo o culto religioso.

## MINISTROS E AUXILIARES DESTA OBRA SOCIAL DA IGREJA

É momento, diante do que considera um sombrio cenário de um mundo sob o espectro do comunismo, de invocar o papel missionário dos sacerdotes, legitimados para esse desiderato da Santa Sé, junto especialmente ao encontro dos operários pobres. Cobra-se, das bases sacerdotais, o exemplo de uma vida virtuosa, o que de modo geral se fez notar essencialmente nas paróquias e nos órgãos de maior contato com o povo.

Não seria uma batalha a ser vencida sozinha. Invoca-se a ação das organizações auxiliares da Igreja, bem como se conclama a adesão das organizações de classe (operários, agricultores, engenheiros, médicos, patrões, intelectuais etc.) *“que vivem nas mesmas condições culturais e quase naturalmente se reuniram em agrupamentos homogêneos”* – se assim pretendem se manter – numa cruzada contra esse cenário revolucionário. Apela-se ao operariado católico para que seus exemplos sirvam de recondução – exclusiva – à Igreja de seus *“irmãos transviados”*, rogando pela concórdia entre todos os católicos, como forma de prestar incondicional apoio aos *“que estão já contagiados ou tocados do mal comunista”*.

Nessa missão, encerra-se com socorro ao Estado cristão, que deve ser garantidor da liberdade plena à Igreja, e, além de se aliar com a doutrina católica, dar exemplo de sobriedade administrativa, criar condições materiais de vida, e atingir *“efetivamente os que de fato têm nas mãos os maiores capitais e continuamente os vão aumentando com grave prejuízo dos outros”*. Tais pontos de coincidência com a doutrina socialista e comunista não serviram, no entanto e ao menos no plano formal da Carta, para uma compreensão, mínima que fosse das razões de origem desse movimento revolucionário.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

De Dom Helder Câmara, uma irretocável conclusão paradigmática: *“Quando dou pão aos*





*pobres me chamam de santo, quando pergunto as causas da pobreza, me chamam de comunista*<sup>2</sup>. De fato, a Igreja sempre se centrou na caridade, o que está distante de uma característica negativa. No entanto, essa política, assim resumida, representou uma estagnação que ignorou uma necessidade histórica de sublevação.

A ojeriza bolchevique não residia na espiritualidade e na fé católica pura e simplesmente (ainda que na confusa fase comunista revolucionária assim também se apresentasse), mas no predeterminismo que por séculos acalmara as massas exploradas por monarcas e estados autocráticos, como no caso da Rússia czarista.

De suas entrevistas reveladoras na ex-URSS no período pós-perestroika e glasnost, escutou Svetlana Aleksíévitch (2016, p. 27) que o tempo todo o ser humano é submetido a escolhas: *“a liberdade ou o bem-estar e a ordem na vida; a liberdade com sofrimento ou a felicidade sem liberdade. E a maioria das pessoas escolhe o segundo caminho”*. O regime comunista bolchevique, em 1937 (ano da *Divinis redemptoris*), oferecia esse segundo caminho. A crítica de sua não consolidação não anulava o novo horizonte. Séculos de opressão, sem liberdade, sem felicidade e acima de tudo, sem esperanças que não aquelas além da vida ou da vida eterna, serviram de palco para novos bem-aventurados que apontavam soluções terrenas e imediatas para as injustiças vigentes.

Perdeu-se a oportunidade para, com os acertos e desacertos experimentados na história, se positivar a consolidação de meios de aproximação e de extração de objetivos comuns, como forma de impedir a perpetuação da “excomunhão” e a confusão mental ou espiritual daqueles que, sem abandonar as aspirações de uma vida no catolicismo, achem nas doutrinas socialistas e comunistas (já reformadas e sem necessariamente abraçar o todo) via de adesão para as soluções das injustiças sociais que seguiam e seguem reinantes

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEKSIÉVITCH, Svetlana. *O fim do homem soviético*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016
- BOBBIO, Norberto. *Qual socialismo? Debate sobre uma alternativa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.
- CANTARINO, Geraldo. *Segredos da propaganda anticomunista*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2011.
- Dom Helder Câmara*. Disponível em: <<http://memoriasdaditadura.org.br/biografias-da-resistencia/dom-helder-camara/>>. Acesso em: 7 de mar. 2017.

---

2 *Dom Helder Câmara*. Disponível em: <<http://memoriasdaditadura.org.br/biografias-da-resistencia/dom-helder-camara/>>. Acesso em: 7 de mar. 2017. Dom Helder Pessoa Câmara foi um bispo católico brasileiro e destacado defensor dos direitos humanos durante o regime militar no Brasil. Foi arcebispo emérito de Olinda e Recife, e um dos fundadores da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil.





- ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*. São Paulo: Escala, 2009.
- FAU-VINCENTI, Verónica. *Comunismo patológico*. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br>>. Acesso em: 30 de set. 2013.
- FIGES, Orlando. *La revolución rusa (1891-1924): la tragedia de un pueblo*. Barcelona: Edhasa, 2010.
- FIGES, Orlando. *Sussurros: a vida privada na Rússia de Stalin*. Rio de Janeiro: Record, 2010.
- HOBSBAWN, Eric J. *Cómo cambiar el mundo: Marx y el marxismo 1840-2011*. Buenos Aires: Crítica, 2011.
- LE BON, GUSTAVE. *Psychologie du socialisme*. Paris: Felix Alcan, 1907.
- LOSURDO, Doménico. ¿Fuga de la historia? *La revolución rusa y la revolución China hoy*. Buenos Aires: Cartago, 2007.
- LUXMOORE, Jonathan, BABIUCH, Jolanta. *The catholic church and communism, 1789-1989*. Religion, State & Society, Vol, 27, n. 3-4, 1999.
- MARIANI, Bethania. *O PCB e a imprensa: os comunistas no imaginário dos jornais: 1922-1989*. Rio de Janeiro: Revan, 1998.
- MARTENS, Ludo. *Stalin: um novo olhar*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- MEDVEDEV, Roy. *Era inevitável a revolução russa?* Trad. Luiz Mário Gazeano. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1978.
- MEHNERT, Klaus. *O homem soviético: esboço de um retrato após 12 viagens à URSS entre 1929 e 1964*. São Paulo: Boa Leitura Editora, 1965.
- PEREIRA, Marco Antônio Machado Lima. *O anticomunismo católico em cena*. Disponível em: <<http://www.pucsp.br/revistanures>>. Acesso em: 30 de set. de 2013.
- PIO XI. *Divinis redemptoris*. Disponível em: <[https://w2.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf\\_p-xi\\_enc\\_19370319\\_divini-redemptoris.html](https://w2.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19370319_divini-redemptoris.html)>. Acesso em 2 de jan. 2017.





# ADMISSIBILIDADE DE SENTENÇA CONTRÁRIA AO DIREITO POSITIVO INFRACONSTITUCIONAL

*Laís Ferreira Simões de Paiva<sup>1</sup>*

## RESUMO

O presente trabalho tem como escopo demonstrar a maneira pela qual as decisões judiciais contrárias à lei são recepcionadas pelo ordenamento jurídico brasileiro atual. Para tanto, será objeto de estudo o Direito Positivo quanto à sua forma conceitual e a forma como efetivamente influencia as decisões tomadas pelos magistrados. Mais além, será examinada a teoria de fundamentação que serve como base para justificar sentenças controversas, oriundas da ocorrência jurídica de casos considerados difíceis de serem solucionados segundo a própria tutela da lei. E, será exposta a definição do fenômeno estudado de acordo com a doutrina, assim como os princípios com os quais primordialmente se relaciona, para posterior análise de jurisprudências referentes ao assunto e conclusão do ensaio.

**Palavras-Chave:** Direito positivo; Derrotabilidade; Sentença; *Contra legem*; Recurso especial.

## RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo demostrar la manera en que las decisiones judiciales contrarias a la ley son recibidas por el ordenamiento jurídico brasileño actual. Para ello, será objeto de estudio el Derecho Positivo en cuanto a su forma conceptual y la forma en que efectivamente influye en las decisiones tomadas por los magistrados. Más allá, será examinada la teoría de fundamentación que sirve como base para justificar sentencias controvertidas, oriundas de la ocurrencia jurídica de casos considerados difíciles de ser solucionados según la propia tutela de la ley. Y se expondrá la definición del fenómeno estudiado de acuerdo con la doctrina, así como los principios con los que se relaciona primordialmente, para posterior análisis de jurisprudencias referentes al asunto y conclusión del ensayo.

**Palabras-Clave:** Derecho positivo; Derrotabilidad; Sentencia judía; *Contra legem*; Recurso especial.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Veiga de Almeida. Pós-graduada em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes. Advogada.



## INTRODUÇÃO

A admissibilidade de sentença contrária ao Direito Positivo infraconstitucional se submete à legalidade de tal fenômeno processual, e é resultado da limitação da Lei, a qual se torna inaplicável pela superveniência de um fato social inédito ou de uma variação social não prevista à época de sua promulgação, de modo que sua aplicabilidade impediria o juízo competente de garantir a prevalência da plena justiça.

O antagonismo de tal fenômeno jurídico, desperta o interesse acadêmico em entender as possibilidades em que esse fato é admitido pelo Poder Judiciário, já que sua incidência representa uma afronta ao Princípio da Segurança Jurídica, isto é, a estabilidade do ordenamento jurídico, sendo imprescindível demonstrar o propósito e as condições de sua admissão.

Objetiva-se estudar a aplicabilidade da justiça quando o Direito Positivo infraconstitucional não representa a proteção do objeto jurídico a ser tutelado como objetivou o legislador no momento de sua criação, analisando teoricamente o fenômeno da sentença *contra legem* e verificando as circunstâncias e o contexto em que o Tribunal em matéria recursal mantém uma decisão *contra legem*, além de analisar o conflito entre esta e o Princípio da Segurança Jurídica.

Este artigo não abrange decisões contrárias ao texto Constitucional, pois não é um dos objetos de estudo a desconsideração da coisa julgada inconstitucional, nem sentenças divergentes dos princípios basilares instituídos pela Carta Magna, ao contrário, busca analisar as decisões que em respeito aos bens tutelados por esta, excepcionalmente, julga de maneira oposta ao texto legislativo infraconstitucional para, hipoteticamente, dirimir conflitos em casos que determinada disposição de lei não pode ser aplicada de modo a garantir a segurança do bem jurídico ao qual o legislador, inicialmente, buscou tutelar.

Da mesma forma, o presente não incorpora o estudo sobre modalidades de hermenêutica jurídica, pois não está relacionado ao modo como o magistrado interpreta a lei, mas sim, seu embasamento legal para justificar decisões opostas a ela.

## EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO POSITIVO

A ideia de positivismo jurídico é diversa do chamado positivismo no sentido filosófico. O Positivismo Jurídico é baseado na prevalência de uma determinada fonte do direito, no caso a lei, sobre todas as demais fontes.

O Direito Positivo caracteriza-se pela materialidade da norma, é texto de Lei idealizado pelo legislador e promulgado conforme requer o devido processo legal de produção legislativa.

O Juspositivismo representa a maior reação em face da doutrina Naturalista do Direito,

tornando-se determinante no âmbito jurídico como resultado do momento histórico traduzido pela ascensão da classe burguesa, vitoriosa da Revolução Francesa, que ao chegar ao poder, utiliza o instrumento jurídico para nele se perpetuar, através da positivação das normas ideais advindas do Naturalismo. Dessa forma,

“[...] o positivismo jurídico nasce do impulso histórico para a legislação, se realiza quando a lei se torna a fonte exclusiva – ou, de qualquer modo, absolutamente prevalente – do direito, e seu resultado último é apresentado pela codificação.” (BOBBIO, 1995, p. 119).<sup>2</sup>

Este movimento doutrinário se desenvolveu impondo-se como a principal teoria jurídica durante muitos anos, só tendo sua supremacia refutada em decorrência dos crimes hediondos praticados contra a dignidade humana, sob o manto positivista da legalidade, ocorridos no episódio histórico da 2ª Guerra Mundial, pois

“O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem.” (BARROSO, 2001, p. 18).<sup>3</sup>

Neste sentido Perelman afirma:

“Desde o processo de Nuremberg, que pôs em evidência o fato de que um Estado e sua legislação podiam ser iníquos, e mesmo criminosos, notamos na maioria dos teóricos do direito, e não apenas entre os partidários tradicionais do direito natural, uma orientação antipositivista que abre um espaço crescente, na interpretação e na aplicação da lei, para a busca de uma solução que seja não só conforme à lei, mas também equitativa, razoável, aceitável, [...]” (PERELMAN; 1998, p. 184).<sup>4</sup>

Após o caos social e político advindo dos acontecimentos decorrentes da Segunda Grande Guerra mundial, a inviolabilidade das normas positivadas culminou em uma redefinição da ordem jurídica, através da coexistência do Direito Positivo com os Princípios dos quais se origina, de forma que a manutenção da ordem jurídica se determina pela necessidade de positivação de normas que respeitem, de modo equitativo, os bens jurídicos tutelados pelo Direito Natural.

2 BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Ícone, 1995, p.119

3 BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 6, setembro, 2001, p.18

4 PERELMAN, Chaïm. Lógica Jurídica: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p.184

## PÓS-POSITIVISMO

Os princípios jurídicos tiveram a sua juridicidade reconhecida, de modo que deixaram de desempenhar um papel secundário, para compor um fator prevalecente no ordenamento, assumindo caráter de norma jurídica fundamental e predominante.

A sociedade percebeu que,

“se não houver na atividade jurídica um forte conteúdo humanitário, o direito pode servir para justificar a barbárie praticada em nome da lei (...), o legislador, mesmo representando uma suposta maioria, pode ser tão opressor que o pior dos tiranos” (MARMELSTEIN, 2008, p. 10).<sup>5</sup>

“A Constituição nesse novo cenário passa a ocupar o centro do sistema, devendo os Poderes Públicos, quando da observação e aplicação das leis, além das formas prescritas na Constituição, estarem em consonância com seu espírito, seu caráter axiológico e seus valores destacados” (LENZA, 2009, p. 09,10).<sup>6</sup>

Apesar de não compor uma ordem jurídica definida, o pós-positivismo representa uma resposta à decadência do Juspositivismo e do Jusnaturalismo em suas formas singulares, traduzindo-se em uma concepção que defende a comunhão do Direito Positivo com o respeito aos princípios provenientes do Direito Natural, sendo a concepção jurídica que com mais perfeição se aproxima do sistema jurídico contemporâneo, especialmente, o brasileiro.

## TEORIA DA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E JUSTIFICAÇÃO

A Teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy emanou como resultado dos ideais estabelecidas pelo Pós-Positivismo. Até então, acreditava-se que o Positivismo Jurídico havia superado o Direito Natural e que ele seria o modelo ideal de justificação e existência do Direito.

De acordo com a concepção de Alexy, o ordenamento jurídico deve ser capaz de oferecer a segurança jurídica fundamental à sua instituição sem, no entanto, extinguir a possibilidade de correção que seja contrária ao estabelecido positivamente mediante justificação argumentativa:

“Dessa observação fica claro que não se pode tratar de uma questão de alternativas estritas; de ser orientada pelas próprias convicções ou pelas pessoas em nome de quem é feita a justiça, ou respectivamente pelas daqueles que há muito tempo debatem problemas jurídicos. Necessário é muito mais um modelo que, por um lado, permita as convicções

5 MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008, p.10

6 LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 9,10

comumente aceitas e os resultados de prévias discussões jurídicas, e, por outro, deixe espaço aberto para os critérios de correção.” (ALEXY, 2005, p. 23)<sup>7</sup>.

Na visão de Alexy, para o racionalismo do discurso era fundamental o apoio da argumentação jurídica sobre a dogmática, a qual “é uma mescla de, ao menos, três atividades: (1) a descrição do direito vigente, (2) sua análise sistemática e conceitual e (3) a elaboração de propostas para a solução de casos jurídico-problemáticos” (ALEXY, 2005, p.245)<sup>8</sup>.

Ao formular a Teoria da Argumentação Jurídica, Robert Alexy efetiva a correção do discurso jurídico, indicando que a subsunção do discurso ao mundo jurídico não o exime de se relacionar com a Moral.

## CASOS FÁCEIS E CASOS DIFÍCEIS

A classificação entre casos fáceis e casos difíceis é definida segundo o grau de dificuldade com que o magistrado adéqua a aplicação da norma à necessidade de satisfação de um ideal de justiça a determinado caso concreto.

Assim, os casos fáceis são assim definidos porque podem ser resolvidos através de argumentos dedutivos, mediante simples aplicação na norma. Diferentemente, um caso é difícil quando as normas incidentes se opõem, ensejando decisões contrárias; quando não existe nenhuma norma aplicável, ou mesmo que exista uma norma a ser aplicada, esta se revele injusta diante das circunstâncias apresentadas.

Nesta percepção, “*dado os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão*”. (DWORKIN, 2002, p.39)<sup>9</sup>

“O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios.” (DWORKIN, 1999, p.291)<sup>10</sup>

7 ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.23

8 ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.245

9 DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.39

10 DWORKIN, Ronald. O império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.291





A diferença entre princípios e regras tem natureza racional: “As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão” (DWORKIN, 2002, p.39)<sup>11</sup>. Entretanto, os princípios “enunciam uma razão que conduz o argumento em certa direção, mas [ainda assim] necessitam de uma decisão particular” (DWORKIN, 2002, p.41)<sup>12</sup>.

Desta forma, a teoria de Dworkin para a solução dos casos difíceis se baseia na diferenciação entre princípios e regras, já que segundo o autor, o juiz ao se deparar com um caso difícil, não possui discricionariedade absoluta para decidir, uma vez que está subordinado aos princípios.

## ANTINOMIA E SOPESAMENTO

A antinomia consiste no conflito entre normas ou princípios quando da sua aplicação prática a um caso específico. É a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada.

“A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária.” (ALEXY, 2008, p. 96)<sup>13</sup>.

A ocorrência da antinomia pode evidenciar o conflito entre um princípio e uma norma, o que aduz a possibilidade de uma decisão *contra legem*:

“Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Somente quando se deixa de atribuir algum peso a esse tipo de princípio – o que teria como consequência o fim da validade das regras enquanto regras – é que regras e princípios passam a ter o mesmo caráter *prima facie*.” (ALEXY, 2008, p. 105)<sup>14</sup>.

11 DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.39

12 DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.41

13 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p.96

14 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p.105





Um ordenamento jurídico ao proceder à positivação das normas pretende a estabilidade jurídica, no entanto, a existência de excepcionalidades normativas como a antinomia aduz à relevância proveniente das fontes formais do Direito:

“Compreender as normas de direitos fundamentais apenas como regras ou apenas como princípios não é suficiente. Um modelo adequado é obtido somente quando às disposições de direitos fundamentais são atribuídos tanto regras quanto princípios. Ambos são reunidos em uma norma constitucional de caráter duplo.” (ALEXY, 2008, p.144)<sup>15</sup>.

Na concepção de Alexy, a necessidade de segurança jurídica garante a perpetuação da justiça e não significa um ameaça à ordem jurídica: “A impossibilidade de tal ordenação ‘rígida’ não implica a impossibilidade de uma ordenação flexível, e, sobretudo não diz nada sobre o conceito de sopesamento”. (ALEXY, 2008, p.162-163)<sup>16</sup>.

Em sua obra Alexy aufere ao conceito de sopesamento jurídico o ideal de ponderação de valores para fundamentação em um discurso argumentativo que haja conflito normativo:

“O modelo fundamentado apresentado aqui evita uma série de dificuldades que estão freqüentemente associadas ao conceito de sopesamento. Ele faz com que fique claro que o sopesamento não é um procedimento por meio do qual um interesse é realizado às custas de outro ‘de forma precipitada’. De acordo com esse modelo, o sopesamento é tudo, menos um procedimento abstrato ou generalizante. Seu resultado é um enunciado de preferências condicionadas, ao qual, de acordo com a lei de colisão, corresponde uma regra de decisão diferenciada.” (ALEXY, 2008, p. 173)<sup>17</sup>.

Sustenta o autor uma abordagem que aproxima o Direito da moral e da política, a qual nega a discricionariedade judicial e soluciona os casos difíceis a partir das fontes do Direito.

## DERROTABILIDADE NORMATIVA NO DIREITO BRASILEIRO

A derrotabilidade (*defeasibility*) normativa representa uma excepcionalidade ocorrente em decisões judiciais, a qual representa a supremacia da justiça sobre o positivismo da norma, superando-se formalmente o texto da lei. A evolução e transformação da sociedade, convergindo no dinamismo das interações sociais individuais e coletivas, ocasionam a manifestação de eventos não juridicamente previstos pela legislação ou, quando previstos, assumem uma forma adversa, de modo que a aplicação da norma não se adéqua de maneira tal que conceba a inteira justiça idealizada pelo legislador.

15 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p.144

16 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p.162,163

17 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, p.173





Quando o poder judiciário se depara com um fenômeno social não previsto, é obrigado a proceder segundo as fontes formais do Direito e os princípios constitucionalmente estabelecidos para embasar sua decisão e abrir um precedente jurisprudencial que servirá como parâmetro para casos homólogos. Neste caso, não há prolação de sentença contrária à lei, mas a de uma sentença baseada em fundamentos não positivados, suprindo uma lacuna normativa.

No entanto, quando um fato social submetido à tutela jurisdicional assume um padrão diferente do previsto em lei, de modo que a aplicação desta ao caso concreto caracterize uma decisão injusta, aquele enseja a manifestação do fenômeno jurídico denominado de derrotabilidade jurídica, ou seja, uma decisão judiciária que contraria o que está literalmente disposto pelo Direito Positivo.

De certo que, a derrotabilidade não se opõe em prejuízo de nenhum preceito constitucional, em vez disso, ela possibilita em casos extraordinários, a afastamento de normas infraconstitucionais, objetivando preservar a eficácia dos princípios constitucionais dos quais derivam. Assim, o reconhecimento da excepcionalidade é o de evitar o cometimento de injustiças no momento de aplicação da norma, visto que, em algumas situações, ainda que aparentemente a norma seja subsumível, existem fatos que tornam a sua aplicação indevida.

“Exatamente em decorrência do poder que reveste o executado de se desfazer do bem a qualquer momento é que se torna possível falar em execução forçada desse bem, pois se o executado pode dispor livremente desse imóvel por que este não poder ser objeto de penhora na execução de uma dívida cujo valor não ultrapasse o valor do imóvel de modo a deixar uma quantia razoável para o executado adquirir outro imóvel para viver com sua família satisfazendo a pretensão do exequente sem atingir a dignidade do executado.” (DIDIER, 2009, p. 35)<sup>18</sup>.

De certo que a possibilidade de aplicação da derrotabilidade não enseja destituição do instituto da impenhorabilidade, visto tratar-se de uma excepcionalidade. Nesse sentido, Fredie Didier Jr.:

“Há regras de impenhorabilidade que servem para impedir o exercício abusivo do direito do credor. É o caso, por exemplo, da regra do parag. 2 do art. 659 do CPC: “não se lavará a efeito a penhora, quando evidente que o produto da execução dos bens encontrados será totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução” se o valor dos bens penhorados não for suficiente sequer para ressarcir as despesas que o credor teve com a execução, a penhora desses bens tornar-se-ia um ato inútil e o prosseguimento da execução, abusivo.” (DIDIER, 2009, p.49)<sup>19</sup>.

18 DIDIER JR, Fredie. Subsídios para uma teoria das impenhorabilidades. In: **Revista de Processo**. Repró 174. Ano 34. Agosto 2009. Revista dos Tribunais, p.35

19 DIDIER JR, Fredie. Subsídios para uma teoria das impenhorabilidades. In: **Revista de Processo**. Repró 174. Ano 34. Agosto 2009. Revista dos Tribunais, p. 49.





Assim, a principal razão para justificar o afastamento da impenhorabilidade ao caso específico é que o fato do devedor manter como bem único da família um imóvel de grande valor pecuniário, podendo ser classificado como luxuoso, servindo além das necessidades familiares, assume uma maneira de desconstituir a função da Lei, caracterizando a fraude contra os credores.

#### Destarte

“A possibilidade de relativizar a impenhorabilidade do bem de família mostra-se como uma forma de garantir um processo que beneficie ambas as partes. Hoje no processo civil brasileiro “[...] fala-se mesmo de ‘garantia de um processo justo’ mais do que de um ‘processo legal’, colocando no primeiro plano, ideias éticas em lugar do estudo sistemático apenas das formas e solenidades do procedimento” (HUMBERTO, 2007, p. 09)<sup>20</sup>.

O requisito material para a superação da norma geral no caso concreto não pode prejudicar valores inerentes à regra, assim a decisão individualizada, ainda que incompatível com a regra geral, não prejudica a finalidade da norma e a segurança jurídica por se tratar de uma exceção, tendo em vista a pouca probabilidade do reaparecimento frequente de situação similar.

A lógica da Teoria da Derrotabilidade se baseia na exceção quando na apreciação do caso concreto. Não há como universalizar este paradigma em contexto de situações comuns e repetitivas, de modo que para a sua aplicação se faz necessária fundamentação argumentativa que demonstre a coerência da decisão.

## PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ

A manifestação do Poder Judiciário no momento do exercício de sua função está condicionada à legalidade de sua decisão:

“Descabe ao julgador, no exercício de sua função, atuar de forma soberana e imperiosa, não aplicando a lei e prescrevendo o que crê intimamente ser mais justo, o poder do magistrado não é um poder é, isto sim, uma obrigação. O seu trabalho é uma contraprestação do Estado, um direito de todo cidadão, constituindo-se dever, não só para com os litigantes que figuram no processo, mas também para com a sociedade e o poder público.” (ARONNE, 1996, p. 45)<sup>21</sup>

Assim, o juiz possui a prerrogativa de julgar por livre convencimento, todos os fatos constantes do processo, devidamente provados, dentro da lei, avaliando livremente o conteúdo de todas

20 HUMBERTO Jr, Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Processo Civil e Processo de Conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.9

21 ARONNE, Ricardo. O Princípio do Livre Convencimento do Juiz. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996, p.45



as provas, porém, jamais podendo contrariar a prova produzida. De fato, o juiz, no momento do julgamento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, poderá decidir até mesmo com elementos de prova que não foram alegados pelas partes, desde que fundamente e motive seu convencimento.

“O Princípio foi consagrado pela jurisprudência antes de se fazer lei. Por certo, dois fatores contribuíram para tanto. O primeiro diz com o fato de o juiz trabalhar com a verdade. O segundo fator é que o juiz trabalha com a realidade da vida, e esta é, indubitavelmente, sempre maior do que métodos apriorísticos, abstratos mecanicistas, formais e atomísticos.” (PORTANOVA, 1999, p. 245)<sup>22</sup>.

O referido princípio não confere um poder de livre discricionariedade ao julgador, no entanto, ele traduz a autonomia do juiz quando incumbido na função de Estado para manutenção da ordem e da justiça mediante a devida justificação.

“A convicção do julgador não se forma imotivadamente, de forma arbitrária. Adstrito à lei, e na forma dela, o juiz deve ter em vista, apenas o que consta do processo, sendo-lhe vedada a narco-análise. Sua liberdade não é de decisão no sentido de desapego, podendo decidir conforme bem entender, independente de tudo e de todos. A liberdade a que se refere o Princípio do Livre Convencimento é a de apreciar os dados apresentados pelas partes, ou por ele buscados, acerca dos fatos controvertidos, ou seja, dos elementos de prova, a fim de embasar e formar seu convencimento, repisase, na forma da lei.” (ARONNE, 1996, p. 34)<sup>23</sup>

PORTANOVA esclarece que este princípio não confere um poder imprevisível ou ilimitado ao órgão julgador, pois segundo ele a lei é limitadora do Livre Convencimento do magistrado e ao julgar, obrigatoriamente, o juiz deverá tê-la em vista, sob pena de nulidade de sua sentença<sup>24</sup>. De acordo com o mencionado autor, o magistrado não deve julgar contra a lei, o que não significa dizer que ele deve reduzir-se a um simples aplicador da lei sem qualquer reflexão.

Depreende-se que a aplicação da lei precisa se adequar a realidade social do meio:

“A tarefa de conhecer os movimentos ideológicos da regra jurídica cabe, mais do que aos teóricos, sobretudo e antes de tudo àqueles a quem a norma é praticamente endereçada como regra de ação ou de juízo: e por tal razão, em última análise, cabe sobretudo aos juízes.” (PORTANOVA, 1999, p.133)<sup>25</sup>

22 PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1999, p.245

23 ARONNE, Ricardo. O Princípio do Livre Convencimento do Juiz. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996, p.34

24 PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1999, p.113

25 PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1999, p.

Assim, a decisão jurídica deixa de ser resultado imediato e único das prescrições legais e torna-se o fruto de um ordenamento jurídico contemporâneo pós-positivista.

## NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO DAS SENTENÇAS

A fundamentação nas sentenças é um dever, previsto na Constituição como garantia fundamental inerente ao Estado de Direito, com isto os órgãos jurisdicionais do Estado têm o dever jurídico da fundamentação de seus pronunciamentos, afastando-se o arbítrio e interferências estranhas ao sistema legal em vigor e permitindo que as partes exerçam o controle da função jurisdicional.

Conhecendo os motivos que levaram o juiz a decidir desta ou daquela forma, o observador pode constatar sua adequação ao sistema jurídico, o que transforma a motivação no elemento essencial para distinguir o legítimo exercício do poder da arbitrariedade. Obrigatória à fundamentação da decisão judicial, prevista pelo art. 93, IX da Constituição Federal, e ocorrendo ausência dessa motivação na sentença, a mesma poderá ser desconstituída com base na violação do supracitado artigo.

“A motivação da sentença deve revelar a ótica sob o qual o magistrado interpretou a lei e os fatos trazidos aos autos por meio da prova a estes carreada, de forma clara, concisa, lógica e precisa, esclarecendo todos os pontos controvertidos da demanda proposta e, seu resultado. Não só a sentença deve ser motivada. Qualquer decisão, mesmo que interlocutória, deve sê-la também, sob pena de nulidade.” (ARONNE, 1996, p. 51)<sup>26</sup>

A motivação contida na decisão, concisa ou não, independe de haver caráter *contra legem* e deve apresentar adequada justificação para permitir a demonstração da justiça e a racionalidade dessa conclusão, porque a justificação traduz a ideia de uma escolha, a qual, naquele momento, deverá representar a escolha correta, justificável segundo as razões de direito.

## ESTABILIDADE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

A partir dos elementos formadores de um idealizado equilíbrio social, pode-se conceituar segurança jurídica como a garantia da exigibilidade de direito estável e previsível, devidamente justificado e motivado com vistas à realização da justiça. Para atender a necessidade de segurança jurídica o direito escrito prevaleceu sobre o costume, é a positivação do Direito.

“Já ao termo segurança envolve a ideia de garantia contra o acaso. Uma tranqüilidade que resulta da certeza de que não há qualquer perigo a temer. [...] a segurança jurídica provém do fenômeno da positivação do direito, da elaboração das normas jurídicas escritas, postas

26 ARONNE, Ricardo. O Princípio do Livre Convencimento do Juiz. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996, p.51



pelo poder competente. A segurança é, portanto, resultado das normas e instituições jurídicas.” (STAMFORD, 2000, p. 99)<sup>27</sup>

O princípio da segurança jurídica visa oferecer ao cidadão a confiança de que os seus atos e as decisões públicas incidentes sobre os seus direitos estarão de acordo com as normas jurídicas vigentes, baseados em efeitos jurídicos duradouros, previstos e calculados.

Desta forma, para que haja segurança social, os casos concretos semelhantes precisam ser decididos de forma semelhante, pois só assim a sociedade poderá usufruir das expectativas de comportamento e agir, considerando o cálculo da probabilidade das ações.

Na opinião de STAMFORD (2000, p. 101), “a segurança não está nas fontes, na estrutura normativa, nas condições de validade da norma jurídica, mas antes, nos modelos, no conteúdo material das fontes, no procedimento, no plano de eficácia”<sup>28</sup>.

Sob esta ótica, o ideal de segurança jurídica transcenderia a posituação das leis, mas se concretizaria na contemplação efetiva das pretensões almejadas segundo as fontes de Direito, de acordo com os princípios dos quais derivam as leis.

O jurista não pode extrair do direito positivo o que nele não se encontra, todavia, a ordem jurídica estabelece referenciais valorativos, alternativas que o magistrado pode se reportar ao se deparar com uma norma injusta.

## RECURSOS ESPECIAIS

O direito de interposição de recurso é integralmente incorporado pelos operadores do direito e representa a expectativa do reconhecimento de um direito pela parte sucumbente de um litígio. No contexto jurídico atual, raros são os processos que transitam em julgado após decisão proferida em primeira instância.

Quando incidente o fenômeno da *defeasibility* ou derrotabilidade normativa, consistente na superabilidade do texto normativo, a revisão da sentença exerce a função de garantir a legalidade processual e a estabilidade do ordenamento jurídico, visto que a sentença *contra legem*, *a priori* representa uma afronta à lei.

“[...] a decisão judicial proferida mesmo contendo vícios de fundamentação, não pode ser considerada nula ou inexistente. Ao entrar no sistema jurídico, ela adquire status de validade, até e enquanto não surgir um determinado ato jurídico ou norma jurídica para

27 STAMFORD, Artur. Decisão Judicial: Dogmatismo e Empirismo. Curitiba. Juruá, 2000, p.99

28 STAMFORD, Artur. Decisão Judicial: Dogmatismo e Empirismo. Curitiba. Juruá, 2000, p.101



expulsá-la. Considerá-la nula ou inexistente representaria uma contradição em termos.” (NOJIRI, 1999, p. 107)<sup>29</sup>.

Assim, a decisão contrária a um texto normativo infraconstitucional pressupõe a interposição de Recurso Especial fundamentado na Constituição da República Federativa do Brasil, a qual dispõe que: “art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III - julgar, em recurso especial, as causas decididas em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência;”.

Decerto que decisões *contra legem* sofrem forte controle de legalidade ainda que devidamente fundamentadas, ao exemplo da funcionalidade do referido recurso especial, assim como dos princípios norteadores da justiça, que impedem o trânsito em julgado de sentenças que violem diretamente as disposições de lei.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito pode ser subdividido em direito natural e direito positivo, concepções divergentes, sendo a primeira inata ao indivíduo e a segunda oriunda da vontade do legislador. Entretanto, a inflexibilidade das duas concepções acabou por culminar na inviabilidade da execução de ambas isoladamente. Assim, o ordenamento jurídico contemporâneo brasileiro caracteriza-se como pós-positivista. Após a superação do Positivismo, que limitava o Direito a concepções formais do ordenamento jurídico, os aspectos valorativos retornaram através dos princípios, o que tornou necessária a existência de teorias que garantissem a objetividade da decisão judiciária.

A Teoria da Argumentação Jurídica, dadas às limitações internas da racionalidade prática jurídica decorrente do positivismo, possibilita que de forma argumentativa o juízo competente solucione os casos difíceis no âmbito de conflitos que se desenvolvem nas lides judiciais, pois quando direitos fundamentais entram em conflito, com a exigência da aplicação de uns em detrimento de outros, está-se diante de um caso difícil que certamente exigirá uma justificação externa pelo órgão que tem o dever de resolver o problema.

A Teoria da Argumentação Jurídica desenvolvida por Robert Alexy pode ser prontamente aplicada quando da prolação das decisões judiciais, tornando-as racionais e, portanto, mais justas, um recurso de fundamentação de extrema funcionalidade para justificação das sentenças *contra legem*.

---

29 NOJIRI, Sérgio. O dever de fundamentar as decisões judiciais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.107



A necessidade de fundamentação das decisões decorre da possibilidade do juiz, ante a discricionariedade peculiar a sua função, incorrer em arbitrariedades. A fundamentação acaba por ser o meio que permite à sociedade fiscalizar a atuação do magistrado, uma vez que tem a sua disposição os fundamentos lógicos que explicam a escolha tomada no ato de decidir.

A racionalidade advinda da Teoria da Argumentação Jurídica possibilitou a incidência excepcional da derrotabilidade jurídica, que não se contrapõe a matéria constitucional, mas em determinadas circunstâncias, diverge dos textos formais editados em normas infraconstitucionais com a finalidade de dirimir casos difíceis, assim, está intrinsecamente relacionado à obrigatoriedade de fundamentação.

O princípio da motivação, além de sua natureza instrumental na validação da sentença judicial, apresenta justificativa para sua exigência na efetivação do Estado Democrático de Direito, garantindo o controle dos atos decisórios oriundos do Poder Judiciário, por parte de qualquer que seja o cidadão jurisdicionado, possibilitando assim a atuação do Estado representado pelo juiz de forma responsável, imparcial e coerente para com os princípios constitucionais, sem qualquer arbitrariedade.

*Decisões contra legem são fenômenos fatídicos, porém excepcionais, inegável em ordenamentos jurídicos complexos e dinâmicos, como são os sistemas ocidentais contemporâneos. Uma regra pode ser superada a partir do conceito de defeasibility, sem que isso signifique a sua exclusão do ordenamento, mas apenas excluída no caso concreto.*

A possibilidade de superação da lei infraconstitucional através da criação de uma cláusula de exceção só é possível na análise individualizada dos casos concretos, e somente quando a aplicação direta da regra original conduza a um resultado injusto e inadmissível segundo os parâmetros da pretensão de correção do direito.

De toda forma, trata-se de um fenômeno excepcional, que exige, para sua concretização, o alcance de uma pretensão de justiça aplicável especificamente. Por constituir um “caso difícil”, em que, aparentemente, afasta a incidência de princípios processuais, como o princípio da segurança jurídica, tais decisões exigem uma fundamentação extensa vinculada ao caso concreto, para legitimamente afastar a regra que se pretende excepcionar, sem ofender essencialmente a estabilidade do ordenamento.

Pode-se observar que o direito a revisão recursal é garantia de que uma sentença *contra legem*, ainda que rara, caso proferida de forma arbitrária pelo juízo competente, não representará a perda de um direito garantido pela norma positivada. Em sede de recurso especial, o *parquet* tem a funcionalidade de garantir a manutenção da segurança jurídica, ao manter uma decisão que apesar de *contra legem*, fundamentadamente, apresente coesão com princípios norteadores do direito e promova a aplicação da justiça ideal ao caso concreto; ou, caso contrário, estabeleça o cumprimento da lei afrontada.

Mister destacar que a derrotabilidade não pretende a exclusão ou inutilização da norma contrariada, mas tão somente, aplicar a inteira justiça de forma adaptada a um caso específico, fruto de mutação ou anormalidade proveniente das relações sociais.

As decisões *contra legem*, também não visam abrir precedentes jurisprudenciais sobre matérias não abrangidas pelo Direito Positivo, mas como exceção, garantir a proteção dos bens jurídicos objetos da norma, mesmo que literalmente, esta disponha forma diversa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução Zilda Hutchinson Schild Silva; revisão técnica da tradução e introdução à edição brasileira Cláudia Toledo. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARRONE, Ricardo. *O Princípio do Livre Convencimento do Juiz*. 1ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 6, setembro, 2001. Disponível em: [http://www.direitopublico.com.br/pdf\\_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/dialogo-juridico-06-setembro-2001-luis-roberto-barroso.pdf). Acesso em: 14 de Maio de 2018.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

DIDIER JR, Fredie. *Subsídios para uma teoria das impenhorabilidades*. In: **Revista de Processo**. Repro 174. Ano 34. Agosto 2009. Revista dos Tribunais. P. 30-50.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. *O império do Direito*. Tradução de eito Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

HUMBERTO Jr, Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo Civil e Processo de Conhecimento**. V. I, 47ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.



PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: nova retórica*. Tradução de Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 3 ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 1999.

STAMFORD, Artur. *Decisão Judicial: Dogmatismo e Empirismo*. 1 ed. Curitiba. Juruá, 2000.





# A FORÇA VINCULANTE DA DECISÃO PROFERIDA NO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Mário Rômulo Calado de Souza<sup>1</sup>

## RESUMO

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, instituto processual inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 13.105/2015 (Novo Código Processual Civil), objetivando a uniformização da jurisprudência nacional em primazia com o postulado da segurança jurídica, o inovador procedimento processual trouxe a possibilidade jurídica de resolução em massa de pretensões resistidas que versem sobre mesma questão unicamente de direito. Por meio de um processo piloto, o Tribunal elaborará uma tese jurídica que irradiará seu dispositivo em todos os processos que discutam a mesma questão de direito. Uma medida inserida na norma processual visando à resolução eficaz de inúmeros processos, desafogando, desta forma, o Poder Judiciário com suas decisões proferidas com força vinculante em toda a sistemática jurisdicional do tribunal que proferiu a decisão.

**Palavras-chave:** Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas; Decisão vinculante; Uniformização de Jurisprudência.

## ABSTRACT

The Incident of Resolution of Repetitive Claims - IRDR, a procedural institute inserted in the Brazilian legal system through Law 13.105/2015 (New Civil Procedure Code), aiming at the uniformization of national jurisprudence in primacy with the postulate of legal certainty, the innovative procedure brought the legal possibility of mass resolution of resistance claims that deal with the same issue of law only. By means of a pilot procedure, the Court will draw up a legal argument which will extend its operative part in all cases dealing with the same issue of law. A measure inserted in the procedural norm aiming at the effective resolution of numerous processes, thus unburdening the Judiciary with its decisions rendered with binding force in all the judicial system of the court that made the decision.

**Keywords:** Incident of Resolution of Repetitive Claims, Binding Decision, Uniformization of Jurisprudence.

---

<sup>1</sup> Advogado Possui graduação em Matemática pela Universidade de Pernambuco (2007), graduação em Bacharelado em Direito pela Faculdade de Direito de Garanhuns FDG (2014), Especialização em Gestão de Recursos Humanos pela Universidade de Pernambuco UPE (2009) e Especialização em Processo Civil pela Universidade Joaquim Nabuco (UNINABUCO) (2017). Currículo Lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K8816885Y9>



## INTRODUÇÃO

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR, instituto processual inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 13.105/2015, objetivando a uniformização da jurisprudência nacional em primazia com o postulado da segurança jurídica, o inovador procedimento processual trouxe a possibilidade jurídica de resolução em massa de pretensões resistidas que versem sobre mesma questão unicamente de direito.

Por meio de um processo piloto, o Tribunal elaborará uma tese jurídica que irradiará seu dispositivo em todos os processos que discutam a mesma questão de direito. Uma medida inserida na norma processual visando à resolução eficaz de inúmeros processos, desafogando, desta forma, o Poder Judiciário com suas decisões proferidas com força vinculante em toda a sistemática jurisdicional do tribunal que proferiu a decisão.

## O PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Os princípios são normas abstratas, orientadoras da hermenêutica jurídica, nortes que são inseridos de forma amplamente interpretativa para dar sentido lógico jurídico ao texto normativo, para Ávila (2015, 102):

“Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.”

Por seu turno, Sarlet (2011) classifica os Princípios como normas fundamentais balizadoras do mínimo existencial de nossa Constituição vigente, o núcleo essencial formal e material da Constituição, de tal maneira que a dignidade da pessoa humana é tida como fundamento de nosso Estado Democrático de Direito.

Na mesma seara, a Emenda Constitucional nº 45/2004 inseriu na norma fundamental o princípio da razoável duração do processo como norma finalística para dar celeridade processual às pretensões resistidas demandadas em juízo.

Esta modificação no conteúdo originário da Constituição Federal de 1988 inaugurou a celeridade processual como medida satisfativa para o provimento jurisdicional, dando maior eficácia à decisão proferida em juízo.

## DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO NA LEI PROCESSUAL

Harmonizado com o texto constitucional, o novel diploma processual civil, editado pela Lei nº 13.105/2015, reproduziu dentre as normas fundamentais do processo civil, a razoável duração do processo como um direito assegurado às partes para obtenção da solução integral do mérito, incluída ainda a atividade satisfativa.

Para Didier Júnior (2016), a previsão processual da razoável duração do processo impôs o provimento jurisdicional em prazo razoável sem dilações indevidas, uma medida derivada do devido processo legal, devendo seus critérios ser sopesados de acordo com as peculiaridades do caso, dando-lhe a justa medida sob a visão de um conjunto. Do mesmo modo, cita Didier Júnior (2016, p. 98) que “o processo não tem de ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional”, portando, há uma ponderação teleológica do Princípio Constitucional, o que deve ser aplicado mediante a justa medida, dentro de um juízo de ponderação.

Os ilustres doutrinadores Barbosa Moreira e José Carlos (2002, p. 181), nos ensinam que para “o processo ser efetivo é preciso que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico, pois esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo.”, a eficácia e economia processual são instrumentos de desempenho para a máxima eficácia processual para a consecução do fim a que se almeja. Na mesma esteira, Marinoni (2015, p. 263) diz que o “direito fundamental à duração razoável do processo constitui princípio redigido como cláusula geral. Ele impõe um estado de coisas que deve ser promovido pelo Estado – a duração razoável do processo”.

Desta forma, não seria razoável um processo se arrastar *ad infinito* sem qualquer provimento jurisdicional, o que inviabilizaria a medida satisfativa decorrente da causa de pedir, objeto da pretensão resistida.

## DA UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA

A uniformização jurisprudencial encontra suporte no postulado da segurança jurídica, o qual busca a unificação das decisões proferidas para que não existam constantes conflitos nos pronunciamentos judiciais.

Inicialmente, o ordenamento jurídico nacional adotou o sistema *Civil Law*, uma sistemática hermenêutica de aplicação literal do direito positivado ao caso in concreto. Com o passar do tempo, a sistemática teleológica do ordenamento jurídico vem sofrendo mutações, para Didier Júnior (2016) o ordenamento jurídico brasileiro vem sendo operado por uma imensa produção doutrinária



e jurisprudencial de forma harmônica, desligando-se de sua inspiração história, formando um novo modelo jurídico dividido em processo legal e substancial.

Com base na nova sistemática processual de valorização do precedente jurisprudencial, dispõe o art. 926, do CPC que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”, uma ferramenta processual que determina a necessidade de uniformização jurisprudencial dos órgãos colegiados para que toda a sistemática jurisdicional seja harmônica e previsível. Por fim, para Didier Júnior (2016, p. 59-60) a “experiência jurídica brasileira parece ser única; é um paradigma que precisa ser observado e mais bem estudado”, para que possamos analisar a aplicação sistêmica do precedente obrigatório, uma vez que nosso sistema processual passa por uma modificação híbrida, partindo da norma de interpretação literal ao direito consuetudinário.

## DOS PRECEDENTES VINCULANTES

O precedente vinculante confere inovador papel aos tribunais, estes eram apenas órgãos de revisão ou cassação das decisões singulares, assumiram também, de modo efetivo, o papel de órgãos de orientação, por meio da função institucional de construir jurisprudência vinculante para os órgãos de jurisdição inferior, no sentido de uniformizar os provimentos jurisdicionais em primazia do postulado jurídico da segurança jurídica.

Os precedentes obrigatórios alongam a autoridade dos tribunais e estabelecem uma comunicação articulada entre estes e os órgãos de jurisdição inferior, de forma que toda sistemática jurisprudencial seja harmoniosa.

O juiz singular decide os conflitos com base na norma jurídica, mas deverá, sobretudo, harmonizar seus pronunciamentos com os precedentes vinculantes dos tribunais em que sua jurisdição está subordinada, de forma que só poderá divergir da orientação superior com a plena demonstração de que o caso em tela é diferente do que o levou à formação dos precedentes vinculantes, sob pena de proferir decisão não fundamentada.

Nesta esteira, citam os incisos do art. 927, do novo diploma processual que os juízes e tribunais deverão observar decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, o enunciado de súmulas vinculantes e outros precedentes. Passou também a considerar a força do precedente formulado em súmula persuasiva, que não possuía tamanha força jurisprudencial na extinta norma processual, de tal forma que deverão os juízes e tribunais ainda observar a orientação do plenário ou órgão especial aos quais estiverem vinculados.

O tribunal, por fim, deverá examinar com afincos os argumentos das decisões recorridas de modo a analisar se as peculiaridades nelas invocadas são suficientes para justificar a distinção da decisão proferida com o precedente obrigatório formulado pelo juízo revisor.

## TÉCNICAS DE DISTINÇÃO (DISTINGUISHING E OVERRULING)

As distinções invocadas pelo juízo primário na *ratio decidendi*, que substanciam o pronunciamento jurisdicional de forma diversa do precedente vinculante proferido pelo tribunal, são oriundas das técnicas de distinção (*distinguishing*) ou da demonstração da superação do precedente (*overruling*), que demonstram que há um aspecto substancial que diferencia o caso concreto em litígio da jurisprudência vinculante existente.

Na distinção (*distinguishing*) deve ser demonstrado que o caso em julgamento não deve ser julgado tal como o precedente vinculante análogo, diante de distinção de situação fática ou mesmo de questão jurídica não examinada na formação do precedente vinculante. Dispõe o parágrafo segundo do artigo 489 da norma processual que “no caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgado do Agravo em Recurso Especial AARESP 201202262460, aplicou a técnica do *distinguishing* para afastar o entendimento de precedente formulado na corte ao citar que “a técnica hermenêutica do *distinguishing* para concluir pela inaplicabilidade do precedente consubstanciado no recurso especial nº 1.159.189/RS, pois os fundamentos fáticos ali destacados que foram reconhecidos pelo Tribunal a quo, não estão presentes no acórdão ora recorrido”, desta forma, a corte cidadã aplicou a técnica de distinção, de acordo com as peculiaridades do caso concreto, para a aplicação da medida satisfativa mais eficaz ao demandante, uma vez que a tese formulada anteriormente não lhe seria viável diante do suporte fático.

Do mesmo modo, o enunciado nº 306 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), firmou o entendimento de que “O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa”

Na demonstração da superação do precedente (*overruling*), o julgador deverá evidenciar a existência de mudança substancial da jurisprudência, a revogação ou modificação da norma que embasou a decisão formulada no precedente vinculante, demonstrando a inaplicabilidade daquela ao caso concreto, segundo Didier Júnior (2013) “*overruling* pode dar-se de modo concentrado. Instaure-se um procedimento autônomo, cujo objetivo é a revisão de um entendimento já consolidado no tribunal. É o que ocorre com o pedido de revisão ou cancelamento de súmula vinculante (art. 3º da Lei n. 11.417/2006)”.

Desta forma, dispõe o inciso VI, do art. 489, do CPC, que não se considera fundamentada a sentença proferida que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso de julgamento ou a superação

do entendimento”, sob pena de nulidade diante do juízo revisor, conforme teor do Enunciado nº 307, do FPPC, que cita “reconhecida a insuficiência da sua fundamentação, o tribunal decretará a nulidade da sentença e, preenchidos os pressupostos do §3º, do art. 1.013, decidirá desde logo o mérito”. Logo, ao receber o recurso de apelação em seu efeito devolutivo, satisfeitas às condições de julgamento imediato, o tribunal deverá decretar a nulidade da sentença proferida pelo juízo a quo por falta de fundamentação.

Portanto, o precedente tornou-se ferramenta processual vinculante, o juízo só poderá proferir decisão divergente ao precedente nos casos de divergência circunstancial do caso ou diante de entendimento jurisprudencial superado, sob pena de proferir sentença sem a devida fundamentação.

## DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Hodiernamente os órgãos judiciais encontram-se abarrotados de processos repetitivos, obstruindo a aplicação da solução eficaz e uniforme das demandas judiciais, uma violação ao postulado constitucional da razoável duração do processo. Com base nesta problemática processual, o novel diploma processual inovou ao inserir nas suas ferramentas processuais a previsão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), instituto jurídico provocado mediante incidente processual. Para Mendes (2012, 195) “o surgimento do incidente de resolução de demandas repetitivas vem para suprir eventuais lacunas das ações coletivas brasileiras na tutela dos direitos individuais homogêneos, que são justamente ‘as espécies de direito material’ que dão ensejo à propositura das ações repetitivas”

O intuito do legislador foi o de diminuir o número de lides análogas, estabelecendo isonomia entre os casos ao selecionar um processo-piloto para estabelecer a regra a ser aplicável ao demais que versem sobre a mesma tese jurídica.

O IRDR traria a padronização da tese jurídica proferida no processo piloto aos demais casos análogos, como medida célere e satisfativa dos casos repetitivos, no entanto Abboud e Cavalcanti (2015, 2) trouxeram algumas questões polêmicas do ponto de vista constitucional do incidente, alegam que o IRDR violaria pressupostos processuais existentes, vejamos:

“Deixe-se claro, todavia, que entendemos que o IRDR pode ser um eficaz mecanismo de resolução de litígios de massa. Apesar disso, não podemos fechar os olhos e ignorar algumas inconstitucionalidades constantes do texto projetado que violam diversos princípios constitucionais do processo decorrentes da cláusula do devido processo geral. O artigo tratará de algumas delas. São elas: (a) violação à independência funcional dos magistrados e à separação funcional dos Poderes: a vinculação da tese jurídica aos juízes de hierarquia inferior ao órgão prolator da decisão não está prevista na Constituição da República; (b) violação ao contraditório: ausência do controle judicial da adequação da representatividade como pressuposto fundamental para a eficácia vinculante da decisão de mérito desfavorável aos

processos dos litigantes ausentes do incidente processual coletivo; (c) violação ao direito de ação: ausência de previsão do direito de o litigante requerer sua autoexclusão (opt-out) do julgamento coletivo; e (d) violação ao sistema de competências da Constituição: a tese jurídica fixada no IRDR pelo TJ ou TRF será aplicada aos processos que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região (art. 982, I, do CPC).”

Para o processualista Didier Júnior (2016, p. 625) “o IRDR é, como o seu próprio nome indica, um incidente. Trata-se de um incidente, instaurado num processo de competência originária ou em um recurso (inclusive de remessa necessária)”, para Fux (2014) “O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes”.

Como visto, por se tratar de incidente, deve haver um processo de competência originária de tribunal ou em vias de recurso para que seja proposto, posto que a norma processual com seu caráter infraconstitucional não pode dispor sobre competência originária. Tal incumbência ficou a cargo da Constituição Federal para os casos previstos no art. 103, que fixou a competência originária e recursal do Supremo Tribunal Federal; art. 105, da competência do superior Tribunal de justiça; art. 109, da competência dos juízes federal e por fim deixou a competência residual a cargo das Constituições Estaduais que fixaram a competência originária e recursal de seu sistema jurisdicional. Não há, portanto, competência do legislador infraconstitucional para legislar em matéria processual de competência originária ou recursal dos tribunais.

Esclarece Didier Júnior (2016, p. 625) que “o legislador ordinário pode – e foi isso que fez o CPC – criar incidentes processuais para causas originárias e recursais que tramitem nos tribunais, mas não lhe cabe criar competências originárias para os tribunais” além do mais, cita o nobre doutrinador Didier Júnior (2016, 634) “o IRDR é cabível para fixar a tese, de questão de direito material ou processual, em processo de conhecimento ou em processo de execução, seja o procedimento comum ou especial”. Assim, não há necessidade de existência de processo específico para cabimento do Incidente, basta apenas a existência dos requisitos constantes do art. 967, do CPC.

## DAS DEMANDAS REPETITIVAS

São demandas repetitivas pleiteadas individualmente sobre causa de pedir comum em diversos processos cujos titulares são determinados, cada interessado pode buscar, separadamente, a tutela do seu direito. Ações que versam sobre direitos individuais, ou direitos individuais homogêneos, sem formação de litisconsórcio, são as chamadas ações de massa, ou demandas de massa ou, ainda, demandas repetitivas.

Por ser a questão apreciada diversas vezes por juízes diferentes, por diversas vezes são proferidas decisões diferentes para casos idênticos, causando, por consequência, insegurança jurídica e falta de harmonia jurisprudencial.

Hodiernamente, judiciário brasileiro encontra-se abarrotado de litígios que discutem a mesma questão de direito, causando, por consequência a lentidão na entrega da tutela jurisdicional, ferindo, por consequência o princípio da razoável duração do processo.

## DA COMPETÊNCIA PARA ADMISSÃO DO IRDR

O IRDR possui natureza de procedimento incidental que, em tese, modifica a competência originária do recurso ou procedimento de ordinário do tribunal para ser julgado em órgão específico para tal fim, que segundo Didier Júnior (2016, p. 629) “o órgão colegiado do tribunal pode admitir ou não o IRDR. A decisão que admite ou rejeita o IRDR é irrecorrível, ressalvados os embargos de declaração”. Ainda no entender de Didier Júnior (2016, p. 930), o “IRDR pode ser suscitado perante tribunal de justiça ou tribunal regional federal no âmbito trabalhista, em tribunal regional do trabalho; no âmbito eleitoral, em tribunal regional eleitoral”, não sendo, portanto, instituto jurídico cabível em juízo de primeiro grau, Didier Júnior (2016, p. 629) cita ainda que “o juízo de admissibilidade é, enfim, do órgão colegiado do tribunal. Como a decisão não é do relator, não cabe agravo interno, pois este é um recurso cabível apenas contra decisão isolada do relator (art. 1.021, CPC)”.

Por seu turno, o § 3º, do art. 976, dispõe que a inadmissibilidade do IRDR decorrente do não atendimento dos pressupostos essenciais de admissibilidade não obsta a parte propor novamente o incidente, atendidos os requisitos estabelecido na lei. Desta forma, evidenciamos que a competência para admissão e apreciação do incidente é de órgão colegiado integrante de tribunal, não cabendo, portanto, ao relator proferir decisão monocrática em sede de IRDR, mas apenas ao órgão colegiado do tribunal.

## DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DO IRDR

O IRDR possui requisitos essenciais para sua admissibilidade, que para o nobre doutrinador Didier Júnior (2016, p. 625) “o IRDR só é cabível, se (a) houver efetiva repetição de processos e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, (b) a questão for unicamente de direito e (c) houver causa pendente no tribunal”, nos termos do art. 976, do Novel diploma processual civil. Além do mais, por se tratar de um incidente processual, para ser instaurado, não se torna necessário o cumprimento dos requisitos essenciais da petição inicial, mas os requisitos inseridos no art. 976, do CPC são indispensáveis para a sua admissibilidade.

Cabe esclarecer que os legitimados ativos a propor o IRDR estão elencados em número fechado, conforme teor do art. 977, do CPC, o terceiro que não possuir interesse processual na demanda não poderá pleitear a instauração do incidente. Para Didier Júnior (2016, 632) “o IRDR

pode ser suscitado, de ofício, pelo juiz de uma das causas repetitivas ou pelo relator em processo que se encontra no tribunal. Não é necessário que haja requerimento. Também é possível que seja instaurado de ofício.”, há, pois, natureza jurídica de ordem pública, uma vez que em primazia do princípio jurisdicional da inércia, nas questões que não há ordem pública não poderia o juízo requerer instauração de procedimento processual sem a provocação das partes.

Por se tratar de demanda de grande relevância para a sistemática processual, o terceiro interessado poderá ingressar no incidente para formulação da tese jurídica a ser construída no processo piloto, conforme nos ensina Oliveira (2015, 70), que:

“É importante ressaltar o papel de terceiros no IRDR. O terceiro interessado pode ingressar e pedir sua participação no julgamento do incidente. Do mesmo modo, o relator do incidente no tribunal pode marcar audiência pública e ouvir pessoas desinteressadas que poderão contribuir com opiniões e posições para melhor elucidação das questões a serem debatidas no julgamento do mérito incidental. A participação de terceiros para aprimorar a prestação jurisdicional nas demandas repetitivas já ocorre no âmbito do julgamento dos processos referentes a controle de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal e nos recursos repetitivos nesse mesmo tribunal superior e no Superior Tribunal de Justiça. O terceiro que apresenta interesse institucional é denominado *amicus curiae* ou amigo da corte, figura que, embora já consagrada em leis esparsas e na jurisprudência, tem previsão no CPC/2015. Conforme o art. 983, § 1º, no juízo de admissibilidade do IRDR”

Por se tratar de demanda de grande relevância jurídica, o IRDR não pode ser suscitado por qualquer interessado, ainda segundo Didier Júnior (2016, 632) “o IRDR pode ser instaurado por provocação de qualquer uma das partes da causa pendente no tribunal ou de qualquer outro processo em que a questão se repita.”, desde que seja relativa à questão unicamente de direito.

## HOUVER EFETIVA REPETIÇÃO DE PROCESSOS E RISCO DE OFENSA À ISONOMIA E À SEGURANÇA JURÍDICA

Para Oliveira (2017, 67) “segurança jurídica é a previsibilidade, a perenidade, a certeza e a estabilidade de uma situação ou direito conquistado contra surpresas e mudanças ilegítimas ou aleatórias” o que se espera diante do entendimento formulado em IRDR.

A questão da efetiva repetição de processos e risco à isonomia e à segurança jurídica, trouxe uma manifesta problemática processual, posto que o legislador não quantificou o mínimo de processos para admissão do incidente, Didier Júnior (2016) entende pela admissão do IRDR quando houver pelo menos dois casos, para BUENO (2015, 615) “a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas não pressupõe a existência de grande quantidade de processos versando sobre a mesma questão, mas preponderantemente o risco de quebra da isonomia e de ofensa à segurança jurídica”. Nesta mesma esteira, nos ensina o processualista Talamini (2016) que “Embora



a questão jurídica é que vá ser objeto de resolução no incidente, note-se que é imprescindível que exista um certo padrão fático repetitivo”. Para os doutrinadores Guilherme Gomes Pimentel e Cynara Silde Mesquita Veloso (2013):

“O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas trata-se de uma extensão do instituto de julgamentos repetitivos, previsto no CPC, visto que ele permite um significativo aumento de sua abrangência ao proporcionar a identificação da repetitividade em qualquer fase processual, inclusive cognitiva, podendo ser suscitado de imediato em razão de um grupo de processos que acabaram de ser distribuídos.”

Ademais, para o atendimento dos requisitos de risco à isonomia e à segurança jurídica se evidencia ante a pluralidade de causas idênticas sob o aspecto jurídico, não sendo possível ser evidenciado com apenas dois processos com possibilidade de decisões divergentes, desta forma, a multiplicidade de questões jurídicas deve ser analisada sob um contexto mais amplo.

## A QUESTÃO FOR UNICAMENTE DE DIREITO

O mundo dos fatos tornou-se irrelevante para a admissão do incidente, uma vez que tratar o suporte fático como elemento crucial para elaboração do julgado inviabilizaria o instituto, posto que as causas de pedir de cada processo comportam características próprias.

O intuito do IRDR foi uniformizar a jurisprudência diante de diversos casos que versem sobre questão unicamente de direito, para as situações jurídicas diferentes do processo-piloto, aplica-se a técnica do *distinguishing*, no intuito de excluir o processo da aplicação da decisão uniformizada.

## HOUVER CAUSA PENDENTE NO TRIBUNAL

Como foi anteriormente apontado no item 4.1, a competência para apreciação do incidente é do órgão colegiado do Tribunal, por não se tratar de causa de competência originária ou recurso, o IRDR depende de causa pendente no tribunal para ser apreciado, que devido à modificação da competência, seria uma exceção à *perpetuatio jurisdictionis* e ao juiz natural.

## DO PROCEDIMENTO E JULGAMENTO DO IRDR

Após a distribuição, o órgão colegiado do tribunal, competente para julgar o incidente, procederá ao seu juízo de admissibilidade, considerando a presença dos pressupostos do art. 976, mencionados no item 4.2, uma vez admitido o incidente, o relator suspenderá todos os processos pendentes sobre mesma questão, solicitará informações ao juízo de origem para maiores esclarecimentos da





questão suscitada e intimará o representante do Ministério Público para, querendo, manifestar-se sobre o feito.

Importante frisar que os pedidos de tutela provisória de urgência e cautelar serão dirigidos ao juízo do processo suspenso, conforme teor do § 2º, do art. 982, uma vez que o juízo de origem é o conhecedor dos fatos narrados na petição inicial, que conforme estabelecido na norma processual, não podendo, o órgão colegiado, apreciar os fatos que levam a análise da medida de urgência em juízo de cognição sumária.

Por conseguinte, em cumprimento às formalidades dispostas no art. 982 do CPC, o relator ouvirá as partes e os demais interessados no IRDR, inclusive pessoas, órgãos e entidades com interesse na controvérsia, estas figurando como *amicus curiae*, que, no prazo comum de 15 (quinze) dias, poderão requerer a juntada de documentos, bem como as diligências necessárias para a elucidação da questão de direito controvertida, e, em seguida, manifestar-se-á o Ministério Público, no mesmo prazo.

Por se tratar de questão jurídica de grande relevância, o relator poderá designar audiência para debates, nos termos do § 1º, do art. 983, do CPC, que segundo Didier Júnior (2016, 639) “como se sabe, o contraditório não se restringe a questões de fato; também alcança questões de direito (art. 10, CPC). Daí haver instrução no IRDR, para a qualificação do debate em torno da questão de direito”, para construção da tese jurídica.

Superada a fase de debates em audiência pública, o relator solicitará inclusão em pauta de julgamento no prazo de cinco dias, nos termos do § 2º, do art. 983, que fará a exposição do objeto do incidente, e, passará a realização de sustentações orais, iniciadas pelo autor, passando a palavra ao réu que por fim terá o Ministério público, a palavra pelo prazo de 30 (trinta minutos), segundo YOSHIKAWA (2015, 261) “dividir entre todos os interessados o prazo de trinta minutos pode comprometer, na prática, a efetividade e a razão de ser da sustentação oral”.

Estabelece a lei processual que a decisão proferida pelo órgão colegiado em sede de IRDR, nos termos do art. 985, será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região e aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e os que venham a tramitar no território de competência do tribunal, salvo revisão na forma do art. 986.

Cabe ainda esclarecer a preocupação para a formulação da decisão paradigma a ser adotada no IRDR, posto que sua razão de decidir, surta efeitos por todo o sistema jurisdicional vinculado ao tribunal, a teor da questão, no ensina Dantas apud Oliveira (2015, 72), que deve existir “atenção redobrada com a fundamentação da decisão no IRDR se deve justamente ao fato de que o acórdão-paradigma projetará seus efeitos para casos cujas partes processuais muitas vezes sequer terão tido



a oportunidade fática de apresentar suas razões ao tribunal”. Portanto, deve o órgão julgador se ater as complexidades e peculiaridades inerentes ao processo modelo, com vistas a proferir uma decisão paradigma justa para todos os processos envolvidos, para que, desta forma, atenda ao pressuposto da segurança jurídica.

## DO CABIMENTO DE RECURSO

Em respeito ao devido processo legal, a Lei nº 13.105/15, estabeleceu que o juízo de admissibilidade do incidente fosse realizado pelo órgão competente para julgá-lo, nos termos do regimento interno do tribunal. Essa decisão, de admissão ou de inadmissão, é irrecorrível. No entanto, não há proibição normativa à oposição de embargos de declaração, nem faz coisa julgada material. Possibilitando a propositura de outro incidente, desde que satisfeitos os requisitos.

Logo, preenchido o requisito faltante, poderá ser pleiteada novamente a instauração do IRDR, conforme reza o § 3º do artigo 976 do CPC. Durante a tramitação do IRDR, o relator poderá proferir decisões interlocutórias. Contra tais decisões cabe agravo interno, nos termos do artigo 1.021 do CPC. Da decisão que admite intervenção de terceiros interessados ou de *amicus curiae* é irrecorrível, conforme disposto no artigo 138, do CPC. Segundo Cunha (2011), a interposição de recurso contra essa decisão “conspiraria contra a duração razoável do incidente”, uma vez devido à complexidade processual para prolação da decisão paradigma é “recomendável que haja ampla participação e discussão no incidente” para formulação da tese jurídica mais adequada.

Do acórdão proferido no IRDR, com julgamento de mérito, cabe recurso extraordinário com repercussão geral presumida por força do § 1º, do art. 987, do CPC, ou recurso especial, conforme o caso.

Cita o § 1º, do Art. 987, do CPC que os recursos para os tribunais superiores terão efeito suspensivo, considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o efeito suspensivo será aplicado a todo o território nacional, sobrestando todos os processos discutidos no incidente, até ulterior decisão do recurso interposto, nos termos do art. 1.029, § 4º, o que, por consequência do efeito suspensivo, impede a aplicação do julgamento proferido no IRDR de imediato.

## DOS EFEITOS DO JULGAMENTO FORMULADO NO IRDR

O IRDR possui a finalidade de julgar a questão jurídica nela contida em primazia do postulado da segurança jurídica. Assim, o julgamento resulta numa decisão paradigma, que será aplicada aos demais processos dentro da mesma jurisdição do órgão julgador que versem sobre a mesma questão jurídica. Diante deste contexto, a tese jurídica fixada no julgamento do IRDR tem natureza de norma geral quanto aos processos suspensos.



A decisão paradigma será manuseada além do processo modelo, por não haver julgamento da lide, não há que falar em coisa julgada, mas sim em efeito vinculante da interpretação fixada acerca da tese jurídica formulada pelo incidente.

Como esclarecido, a consequência principal do julgamento do IRDR é a aplicação da tese paradigma fixada no processo modelo a todas as causas que envolvam a matéria discutida no incidente. Assim, se o IRDR for julgado pelo Tribunal de Justiça de um Estado, por exemplo, a tese será aplicada em todo o Estado; se for julgado pelo Tribunal Regional Federal, a tese jurídica será aplicada a todos os processos que tratem de idêntica questão de direito nas seções judiciárias integrantes do Tribunal.

Opostos recursos nos tribunais excepcionais, à tese revisada vinculará todos os processos em que se discuta a questão jurídica decidida no IRDR em todo o território nacional, nos termos do Art. 985, I, do CPC. Frise-se que a decisão vinculará sempre que houver julgamento de mérito originária ou recursal, sendo a questão julgada procedente ou improcedente, ou seja, de forma favorável ou desfavorável, conforme teor do Art. 987, § 2º, do CPC.

Por sua vez, a vinculação da tese paradigma fixada no julgamento do IRDR não é oponível. Não há faculdade processual da demanda individual de não se submeter ao julgamento proferido no incidente.

Quanto ao aspecto temporal, o efeito vinculante é *ex nunc*. Isso significa que ações futuras que tratem da mesma questão de direito julgadas no incidente de resolução de demandas repetitivas serão abrangidas pela tese firmada, como previsto no art. 985, inciso II, do CPC, demandas anteriores à formação da decisão paradigma proferida em IRDR atingidas pela coisa julgada, não serão revistos por consequência do incidente, nem será cabível a propositura de ação rescisória com vistas a reformular a coisa julgada material.

## DA APLICAÇÃO DA DECISÃO PROFERIDA EM IRDR AOS JUIZADOS ESPECIAIS

Em relação aos juizados especiais, a Lei 9.099/95 constituiu uma sistemática processual própria dentro do Poder Judiciário, não estando sujeitos à jurisdição dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais. Dessa forma, os recursos inominados interpostos no âmbito do rito sumaríssimo são julgados pelas Turmas Recursais, juízo revisor inserido na sistemática processual sumaríssima e não pelos Tribunais que possuem competência para formulação do IRDR.

Apesar disso, o Processo Civil fixa a aplicação da decisão paradigma firmada no IRDR aos juizados especiais, ao admitir o IRDR, o tribunal suspenderá, além dos processos sob sua jurisdição



as demandas que tramitem no âmbito dos juizados especiais, nos termos do Art. 985, I, do CPC.

Em relação à aplicação da tese pelos magistrados investidos nos Juizados Especiais, a decisão proferida no IRDR possui caráter vinculante, ou seja, a decisão paradigma formulada no processo piloto terá aplicação obrigatória. Assim, não se trata de mera orientação, mas de verdadeira imposição ao juízo da causa, por meio do precedente formulado no IRDR.

## DO CABIMENTO DE RECLAMAÇÃO PARA ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DA DECISÃO PROFERIDA EM IRDR

A reclamação, instituto jurídico criado para assegurar a competência e garantir a autoridade das decisões proferidas pelos tribunais do nosso sistema jurídico, teve sua aplicabilidade ampliada por meio do art. 103-A da Constituição Federal, modificação trazida por meio da emenda constitucional nº 45/04, que inseriu o § 3º, do art. 103-A, da CRFB/88. Assim, a reclamação passou a ser aplicada também aos atos administrativos que contrariem a súmula vinculante proferida pelo STF, garantindo assim, a sua aplicação no campo administrativo por meio do controle de legalidade.

A Jurisprudência entende que a reclamação é cabível em todos os tribunais, segundo a teoria dos poderes implícitos, citada por Didier Júnior (2016, 538) “a teoria dos poderes implícitos justifica a aceitação da reclamação para todo e qualquer tribunal. A previsão da reclamação no CPC e a existência de expresse dispositivo que afirma ser cabível perante qualquer tribunal confirmam isso”.

No âmbito das decisões proferidas em IRDR, a lei processual civil inovou no cabimento da reclamação, uma vez que o § 1º, do art. 985, dispõe que caso não seja observada a tese adotada no incidente, caberá reclamação para o órgão judicial que proferiu o IRDR, aplicando do Princípio da Simetria, uma vez que a CRFB/88, previu o cabimento da reclamação apenas nas decisões proferidas pelos STF e STJ, que passou a serem cabíveis em face de descumprimento de decisão proferida, em sede de IRDR, pelos demais tribunais.

Portanto, a reclamação é o instituto jurídico que assegura a efetivação da decisão proferida em IRDR, vinculando, desta forma o juízo na aplicação do entendimento firmado no incidente.

## DA FORÇA VINCULANTE DA DECISÃO PROFERIDA EM IRDR

O ordenamento jurídico brasileiro tem modificado sua sistematização hermenêutica, saindo de uma compreensão jurídico/positiva inspirada nos conceitos formulados no *civil law*, em que era levado em consideração apenas o texto de lei, para a aplicação do *common law*, por meio do fortalecimento dos precedentes judiciais como forma de vinculação do ordenamento jurídico.

Ensina-nos o grandioso doutrinador Marinoni (2009, p. 21), que:

“Com efeito, se alguém perguntar a qualquer teórico do common law a respeito da natureza da função do juiz que não aplica a lei por reputá-la inconstitucional, que interpreta a lei conforme a Constituição ou que supre a omissão de uma regra processual que deveria ter sido estabelecida em virtude de um direito fundamental de natureza processual, certamente se surpreenderá. Tal atividade obviamente não significa declaração de direito e, assim, na perspectiva das doutrinas produzidas no common law, certamente revela uma atividade criadora, verdadeira criação judicial do direito.”

A norma processual passou a ser interpretada sob a égide constitucional, que emana seus princípios e normas fundamentais por todo o ordenamento jurídico, acerca do direito processual civil constitucional cita Barroso (2007, p. 37-38) que “A fase atual é marcada pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como o filtro axiológico pelo qual se deve ler o Direito”

Assim, novo diploma processual passou a disciplinar a obrigatoriedade de uniformização jurisprudencial para que a sistemática decisória seja compreendida de forma estável, íntegra e coerente, nos termos do art. 926, do CPC.

No viés da uniformização jurisprudencial, nos ensina o ilustre doutrinador Mauro Viveiros (2016), que:

“Dentre essas decisões vinculantes estão os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos (inciso III), e a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados (inciso V).”

Todo o ordenamento jurídico fica vinculado à força do precedente judicial, em relação ao IRDR, o Art 927, cita que os juízes e tribunais observarão os acórdãos proferidos em IRDR para fundamentar sua decisão.

Do mesmo modo, em sede de recurso, a lei processual atribuiu ao relator do tribunal a incumbência de negar provimento ao recurso contrário ao entendimento firmado em IRDR, bem como dar provimento ao recurso cuja decisão recorrida for contrária ao entendimento firmado em IRDR.

No entanto, existe uma corrente doutrinária que segue na contramão das inovadoras disposições normativas do novo código processual civil, segundo Abboud e Cavalcanti (2015, 221), o IRDR traria manifestas violações aos preceitos básicos da do processo civil, vejamos:

“(a) violação à independência funcional dos magistrados e à separação funcional dos Poderes: a vinculação de tese jurídica aos juízes de hierarquia inferior ao órgão prolator da decisão não está prevista na Constituição da República; (b) violação ao contraditório: ausência do controle judicial de adequação da representatividade como pressuposto fundamental para a eficácia vinculante da decisão de mérito desfavorável aos processos dos litigantes ausentes do incidente processual coletivo; (c) violação ao direito de ação: ausência

de previsão do direito de o litigante requerer sua auto exclusão (opt-out) do julgamento coletivo; e (d) violação ao sistema de competências da Constituição: atese jurídica fixada no IRDR pelo TJ ou TRF será aplicada aos processos que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região (art. 982, I, do CPC).”

Há na doutrina uma notável preocupação com a formulação do precedente vinculante proferido em IRDR, ensina Mancuso apud Oliveira (2015, 78) que:

“É preciso que o propósito pragmático de redução do acervo, subjacente à técnica da tutela plurindividual, não se faça a qualquer preço, em detrimento dos lúdicos direitos processuais das partes, mormente no tocante à efetiva participação no contraditório, que em sua contemporânea acepção inclui o direito à não surpresa e à efetiva possibilidade de legítima influência nas decisões judiciais.”

Sob a ótica de Pimentel e Veloso (2013), o incidente de resolução de demandas repetitivas traria manifesta inconstitucionalidade devido a possível supressão do processo cognitivo oriundo do juízo de piso, uma vez que a tese jurídica formulada pelo tribunal suprime o juízo de valor formulado em processo de conhecimento, vejamos:

“Pela análise que se faz, a remessa de causas oriundas da aparente potencialidade para gerar relevante multiplicação de processos tem o condão de suprimir inconstitucionalmente o duplo grau de jurisdição, visto que, instaurado o incidente, suprimir-se-á a segunda instância de todos aqueles processos que ainda não superaram o juízo de cognição.”

No entanto, ao contrário do entendimento doutrinário acima citado, o qual entende que o IRDR na condição de ferramenta de uniformização jurisprudencial suprime o juízo cognitivo de primeiro grau, o nobre processualista Guilherme Rizzo (2013), cita, segundo a linha majoritária da doutrina, que “a decisão proferida no incidente, embora vincule todo e qualquer futuro julgamento a ser proferido acerca da matéria em discussão, não tem o condão de evitar o ajuizamento de novas ações”.

Desta forma, o precedente jurídico firmado em IRDR encontra força de precedente jurídico obrigatório, vinculando, desta forma, todo o ordenamento jurídico, sendo cabível em caso de distinção, a aplicação da técnica de distinção (*distinguishing*) jurisprudencial, cujo intuito é apresentar aspectos que diferenciem o caso concreto do dispositivo firmado em Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva, sob consequência de possível reformulação por meio de reclamação proposta perante o órgão que prolatou a decisão contrariada.

Logo, podemos afirmar que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas não trouxe solução definitiva para a problemática propositura de demandas repetitivas, uma vez que não excluirá a necessidade de ajuizamento de ações para a aplicação da tese fixada, nem tampouco poderá limitar o direito constitucional fundamental de acesso à justiça.

No entanto, poderá contribuir de forma plena para a redução, em determinados casos, da

divergência jurisprudencial de decisões proferidas em diversos juízos que sobre a mesma questão de direito. Isso porque cita o § 2º do art. 985, do CPC “o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada”, esta medida processual tem o condão de impedir que muitas decisões proferidas sejam divergentes.

Por derradeiro, o IRDR também contribui, em muito, para a uniformização dos julgamentos de casos idênticos, uma vez que o seu julgamento terá efeito vinculante a toda a sistemática jurisdicional vinculada ao órgão prolator da decisão paradigma.

## CONCLUSÃO

O princípio da razoável duração do processo, trazido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, inovou na sistemática processual, trazendo a máxima pricipiológica da eficiência processual ao ordenamento jurídico nacional.

Com base nesta inovação constitucional, o legislador infraconstitucional inseriu a possibilidade de solução integral do mérito em prazo razoável, sob esta ótica, o novel diploma processual civil editado por meio da Lei nº 13.105/15, replicou o princípio constitucional na da razoável duração do processo, inserindo no art. 4º, a solução integral do mérito, incluindo a medida satisfativa como medida eficaz de acesso à justiça.

Para tanto, o diploma adjetivo trouxe diversas inovações processuais, dentre elas a uniformização jurisprudencial com força vinculante, para que os precedentes judiciais tenham força de lei, influenciando diretamente na *ratio decidendi* de pretensões resistidas com idêntico fundamento jurídico, inserindo também, técnicas de distinção e superação jurisprudencial como ferramentas de diferenciação do dispositivo constante da decisão proferida, considerando não fundamentada a decisão em desconformidade com o precedente judicial vinculante.

Para as demandas repetitivas, a lei processual inovou com a criação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), para julgamento em massa das demandas que versam sobre a mesma questão unicamente de direito, mas para que seja suscitado o incidente, tornou-se necessária a existência de múltiplos casos pendentes em tribunal.

Desta forma, o IRDR tornou-se o instituto processual cabível para resolução de demandas em massa, para que a decisão proferida no incidente emane força vinculante em todas as causas que versem sobre mesma causa unicamente de direito.

Logo, toda decisão proferida em juízo contrária ao disposto no incidente ficará passível de reformulação por meio da reclamação que, em uma inovadora sistemática processual passou a ter

maior abrangência com as ferramentas processuais trazidas pelo novo processo civil.

Portanto, a partir das inovações trazidas no novel diploma processual, a jurisprudência passou a ser uniforme e harmônica, cujo teor contrário à decisão proferida em Incidente de Resolução de Demanda Repetitiva (IRDR), passou a ser atacada por meio de reclamação, uniformizando a jurisprudência em primazia da segurança jurídica e da razoável duração do processo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges e CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Inconstitucionalidades do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) e os riscos ao sistema decisório**. Revista de Processo, vol. 240/2015, p. 221 - 242 | Fev / 2015 DTR\2015\808. Disponível em: <http://www.bvr.com.br/abdpro/wp-content/uploads/2016/03/Inconstitucionalidades-do-IRDR-e-riscos-ao-sistema-decisorio-.pdf>. Acesso em: 29 set. 2017.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **Efetividade, Segurança e Massificação e a proposta de um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v. 9, n. 53, p. 47-78, mar./abr. 2013. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/81075>. Acesso em: 29 set. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito** (o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais, v. 65, n. 4, out./dez., 2007.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 09 Mai. 2017

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 09 Mai. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 201202262460**, da 2ª Turma. DJE Publicado em: 13 mai. 2013

BUENO, Cassio Scarpinella, **Novo Código de Processo Civil - Anotado 2015**, Saraiva, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Anotações sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas previsto no projeto do Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo, São Paulo, v. 193, p. 255-280, mar./2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Volume 3 Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**. 13ª ed. Salvador.: Editora Juspodivm, 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Ovrruling incidental e concentrado**. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-166> Acesso em: 07 Ago. 2017.



Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam). **Seminário - o Poder Judiciário e o novo Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf> acesso em: 07 ago. 2017.

FUX, Luiz. Presidente da Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal 379/2009 et al. **Anteprojeto do novo Código de Processo Civil**. Disponível em: [www.senado.gov.br](http://www.senado.gov.br). Acesso em: 28 set. 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico**. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1992.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de civil law e de common law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. Curitiba: Revista da Faculdade de Direito - UFPR, 2009. Nº. 49.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil – Volume 1 Teoria do Processo Civil**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro e RODRIGUES, Roberto Aragão Ribeiro. **Reflexões sobre o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas previsto no Projeto de Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo 2012, REPRO 211.

MOREIRA, Barbosa, CARLOS, José. **Por um processo socialmente efetivo**. Revista de Processo. São Paulo, v.27, n.105, p. 183-190, jan./mar. 2002.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. **O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas introduzido no Direito brasileiro pelo Novo Código de Processo Civil**. RIL Brasília a. 53 n. 210 abr./jun. 2016 p. 63-80. Disponível em: [https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril\\_v53\\_n210\\_p63.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/210/ril_v53_n210_p63.pdf). Acesso em: 02 out. de 2017.

PIMENTEL, Guilherme Gomes e VELOSO, Cynara Silde Mesquita, **O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, Previsto no Novo Código de Processo Civil, à Luz do Acesso Efetivo à Justiça e do Estado Democrático de Direito**, in RDC nº 86, Nov.Dez/2013

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

TALAMINI, Eduardo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR): pressupostos**. 2016. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236580,31047-Incidente+de+resolucao+de+demandas+repetitivas+IRDR+pressupostos> Acesso em: 17 jul. 2017

VIVEIROS, Mauro. **O efeito vinculante no Sistema Judicial Brasileiro: Desafios para um novo modo de aplicar o Direito**. Disponível em: <http://www.amp.com.br/artigos/o-efeito-vinculante-no-sistema-judicial-brasileiro-desafios-para-um-novo-modo-de-aplicar-o-direito/4864> Acesso em: 18 ago 2017;





YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira, **O incidente de resolução de demandas Repetitivas no Novo Código de Processo Civil, Comentários aos arts. 930 a 941 do PL 8.046/2010**, Revista de Processo, 2012.





# A SUPERAÇÃO DO DUALISMO KANTIANO NOUMENON E FENÔMENO POR HEGEL<sup>1</sup>

*Raphael Silva Rodrigues<sup>2</sup>*

*Renato Toledo Cunha<sup>3</sup>*

*Ricardo Henrique Carvalho Salgado<sup>4</sup>*

## RESUMO

O breve ensaio constitui-se parte de uma pesquisa mais ampla que busca estimular investigações jurídicas e filosóficas acerca da fenomenologia e de como é possível transcendê-la no acesso ao mundo-da-vida, com base na filosofia de Hegel. O Direito desvinculado da busca pela essência, do *noumenon*, da realidade em si, parece um direito limitado a explorar os fenômenos, em toda a sua carga temporária, mutável e fragmentária. Este texto apresenta breves reflexões sobre a superação do dualismo kantiano (*noumenon* e fenômeno), a partir do método fenomenológico de Hegel.

**Palavras-Chave:** Dualismo Kantiano; Superação; Fenomenologia de Hegel.

## RÉSUMEN

El breve ensayo forma parte de una investigación más amplia que busca estimular investigaciones jurídicas y filosóficas sobre la fenomenología y de cómo es posible trascenderla en el acceso al mundo-de-la-vida, basado en la filosofía de Hegel. El Derecho desvinculado de la búsqueda por la esencia, del *noumenon*, de la realidad en sí, parece un derecho limitado a explotar los fenómenos, en toda su carga temporal, mutable y fragmentaria. Este texto presenta breves reflexiones sobre la superación del dualismo kantiano (*noumenon* y fenómeno), a partir del método fenomenológico de Hegel.

**Palabras-clave:** Dualismo Kantiano; Superación; Fenomenología de Hegel.

1 Este texto embasou a nossa apresentação nos “Seminários Hegelianos XXV”, realizada no 1º semestre de 2018, na Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

2 Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e pela *Universidad Argentina John F. Kennedy* (UK), Mestre em Direito pela UFMG e Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Professor Universitário em diversos Cursos de Graduação e de Pós-Graduação *Lato Sensu*. Autor e coautor de livros, capítulos de livros e artigos de revistas científicas. Advogado.

3 Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), LL.M. pela *Northwestern University*, EUA, Especialista em Gestão de Empresas pela *Kellogg School of Management*, EUA, e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG). Professor Universitário. Advogado..

4 Doutor e Mestre em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG. Membro do Corpo Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG.



Este breve texto tem como objetivo apresentar a superação, por Hegel, do dualismo kantiano *noumenon* e fenômeno. Antes de qualquer outro passo, porém, cumpre buscar delinear os conceitos utilizados por Kant.

*Noumenon* significa a coisa em si. Ou seja,

“As coisas, em si, não são objeto dos sentidos, mas podem apenas ser pensadas pelo intelecto: a “coisa em si” é, por isso, um ser inteligível, um númeno (de *noumenon*), que para Kant tem apenas o sentido *negativo* de não ser fenomênico. O conceito de númeno é um “conceito problemático”, no sentido de que é um conceito que não contém nenhuma contradição e que, portanto, como tal nós o podemos pensar, mas não *efetivamente conhecer*; mas é também um *conceito necessário*, a fim de que a intuição sensível não se estenda até as coisas em si, e que seja assim limitada a validade objetiva do conhecimento sensível.”<sup>5</sup>

Fenômeno, que significa “aparência”, “manifestação”,

“É o objeto da intuição sensível, na qual jamais captamos o objeto tal como é em si, mas como ele “aparece” a nós. O fenômeno tem uma matéria e uma forma: a *matéria* é dada pelas sensações singulares e pode existir apenas *a posteriori*; a *forma*, ao contrário, *não* vem das sensações e da experiência, mas vem do *sujeito*; é, portanto, *a priori* e permite ordenar sistematicamente os dados sensoriais em determinadas relações.”<sup>6</sup>

Nas palavras de Salgado, *noumenon* é o mundo da razão prática, que parte do *a priori* necessário e universal para a ação concreta do sujeito<sup>7</sup>, o “*real como tal*”.<sup>8</sup> O fenômeno é o mundo do entendimento, que parte da intuição sensível para as categorias *a priori*, que dão universalidade e necessidade às leis da natureza.<sup>9</sup> Conhecimento do real enquanto dado numa experiência possível.<sup>10</sup>

Definidos os contornos conceituais dos termos, podemos começar a caminhada tendo em mente que, como Salgado observa com acuidade, nada é dado ao homem senão pelo pensamento ou que esteja fora do pensamento.<sup>11</sup> Assim, o papel da filosofia é conhecer a realidade como totalidade ou o universal como tal.

Nessa linha, Salgado explica que o homem só pode pensar essa realidade no pensar de si mesmo<sup>12</sup>. Em outras palavras, significa que o conhecimento (consciência de algo) é, em última análise, conhecimento de si. Assim, “*a filosofia é um saber reflexivo, ou, num certo sentido, como*

5 REALE, *História da Filosofia: de Spinoza a Kant* (2005), p. 368.

6 REALE, *História da Filosofia: de Spinoza a Kant* (2005), p. 367.

7 Cf. SALGADO, *A Ideia de Justiça em Hegel* (1996), p. 52.

8 SALGADO, *A Ideia de Justiça em Hegel* (1996), p. 197.

9 Cf. SALGADO, *A Ideia de Justiça em Hegel* (1996), p. 52.

10 Cf. SALGADO, *A Ideia de Justiça em Hegel* (1996), p. 197.

11 Cf. SALGADO, *A Ideia de Justiça em Hegel* (1996), p. 13-14.

12 Cf. SALGADO, *A Ideia de Justiça em Hegel* (1996), p. 14.

*entende Hegel, pensar do pensamento.*<sup>13</sup> É dessa forma que Hegel buscará a unidade, suplantando o dualismo exacerbado por Kant através da superação da dualidade fenômeno-*noumenon*, como se tentará explicar a seguir.

Desde os gregos, explica Salgado, o homem tomou consciência da cisão a que se submete o ser humano. Tal cisão é representada, numa dimensão, pela natureza, ou pela necessidade de dominá-la para “estar-aí”. Noutra dimensão está a cultura, que impõe uma ordem normativa interna – crença espiritual individual – ou externa – autoridade social ou força física.<sup>14</sup>

A partir dessa tomada de consciência, surge a necessidade de justificar e dar unidade às dimensões em que o homem aparece, como realidades que pertencem ao próprio homem.<sup>15</sup>

A busca da unidade de explicação (ou do elemento unificador) do universo era ainda abstrata e gerou dualismos que se perpetuaram na cultura ocidental (mundo ético e mundo natural, liberdade e necessidade, subjetividade e ordem social).<sup>16</sup>

Com Kant, a cisão a que se submete o ser humano atinge a própria esfera do conhecimento, que para os gregos parecia uma unidade: *noumenon* e fenômeno<sup>17</sup>, sujeito e objeto. Ou seja, a cisão em Kant vai para além do objeto de conhecimento (lei da natureza e ordem normativa – liberdade). Salgado explica que, em Kant, “o dualismo de sujeito e objeto reduz-se não a sujeito e fenômeno, mas a sujeito e *noumenon*, que é incognoscível.”<sup>18</sup>

Kant, portanto, acentua dramaticamente o processo de cisão que tem início com os gregos. É a partir dele que a filosofia passa a se incumbir de solucionar os dualismos entre necessidade da dimensão natural e a liberdade da dimensão cultural (ética).<sup>19</sup> O dualismo exacerbado<sup>20</sup> a que chegou a razão humana é o problema enfrentado por Hegel, que buscará retomar a unidade abstrata pensada pelos gregos.<sup>21</sup> Ou seja, a questão hegeliana fundamental é “*como pensar a liberdade na natureza e na ordem social.*”<sup>22</sup>

13 SALGADO, **A Ideia de Justiça em Hegel** (1996), p. 14.

14 Cf. SALGADO, **A Ideia de Justiça em Hegel** (1996), p. 15.

15 Cf. SALGADO, **A Ideia de Justiça em Hegel** (1996), p. 16.

16 Cf. SALGADO, **A Ideia de Justiça em Hegel** (1996), p. 16.

17 Salgado diz que o dualismo originário de fenômeno e *noumenon* é “a primeira abstração que deve ser superada, pois o que é efetivamente real é o que “essencialmente é para um outro, ou seja, é o ser”, in SALGADO, **A Ideia de Justiça em Kant** (1995), p. 188.

18 Cf. SALGADO, **A Ideia de Justiça em Hegel** (1996), p. 76.

19 Cf. SALGADO, **A Ideia de Justiça em Hegel** (1996), p. 17.

20 Salgado explica que o problema do dualismo na filosofia ocidental se acentua a partir de Galileu, sendo mantido por Descartes, mas que é em Kant que a filosofia apresenta a fase mais extrema do dualismo. Segundo Salgado, “Kant leva às últimas consequências a dualidade de Galileu e faz com que a ciência [...] busque seu fundamento na sensibilidade ou nas formas de intuição pura: espaço e tempo. (p. 34)

21 Padre Vaz, na apresentação da Fenomenologia do Espírito, explica que “o propósito de Hegel deve ser entendido dentro da resposta original que a Fenomenologia pretende ser à grande aporia transmitida pela Crítica da razão pura ao Idealismo alemão. Esta aporia se formula como cisão entre a ciência do mundo como fenômeno, obra do Entendimento, e o conhecimento do absoluto ou do incondicionado – da coisa-em-si – que permanece como ideal da Razão.” in HEGEL, **Fenomenologia do Espírito** (2014), p. 12.

22 Cf. SALGADO, **A Ideia de Justiça em Hegel** (1996), p. 17.

Salgado explica que, após o dualismo kantiano, a empreitada de Hegel de recuperar a unidade ética da vida grega decorre de uma exigência de natureza teórica. Ou seja

“Era preciso pensar o dualismo radicalizado nos seus extremos, na sua dialética de exclusão, num momento de unidade do diverso. Era preciso pensar esse momento de unidade em que essa mais acentuada forma de separação aparece, a da contradição, posto por Kant em evidência em três aspectos principais: do conhecer, entre o sujeito e objeto (gnosiológico); o do objeto em si (ontológico), entre a natureza e o mundo ético; e o do próprio pensar (lógico), entre o teórico e o prático. Pensar a totalidade da aguda contradição entre o sujeito e objeto no conhecer, o natural e o espiritual na dimensão do objeto, e o teórico conhecer do intelecto e o prático ou querer da vontade, na estrutura do próprio pensar ou do lógico, eis a preocupação de Hegel.”<sup>23</sup>

A busca de Hegel pela “unidade ética grega perdida” é uma necessidade lógica a partir da verificação de que tudo se dá no pensamento, até mesmo o dualismo. Ou seja, o pensar é unidade e a unidade é totalidade. Nessa medida, *“os dualismos internos do pensamento são, portanto, não realidades que se excluem abstratamente por eliminação, mas aspectos que se superam na unidade total do pensamento [...]”*<sup>24</sup>. Em outras palavras, é dizer que o trajeto de Hegel para a unidade é “pensar o pensamento”, superando o dualismo da divisão sujeito-objeto pela demonstração de que eles são apenas momentos, porque *“o sujeito só pode ser objeto e o objeto, sujeito, o sujeito só pode ser objeto de si mesmo, enquanto considerado no único elemento em que há o sujeito, o pensamento.”*<sup>25</sup>

A Filosofia *“tem de ter como objeto a totalidade; nesse caso, tem de ser saber do absoluto que, ao mesmo tempo, é saber absoluto, saber do saber do absoluto.”*<sup>26</sup> Por isso Salgado conclui que a característica desse saber é ser “saber” do pensar. Daí a crítica de Hegel a Kant<sup>27</sup>, para quem o conhecer é *“limitado ao sensível, é abstrato, não podendo alcançar o absoluto.”*<sup>28</sup> Com efeito, Salgado ensina que Hegel busca demonstrar o absoluto por um processo lógico, que se mostra pelo saber filosófico especulativo, superando os planos do sentimento e da intuição<sup>29</sup>. E arremata dizendo

23 SALGADO, **A Ideia de Justiça em Hegel** (1996), p. 17-18.

24 SALGADO, **A Ideia de Justiça em Hegel** (1996), p. 18.

25 SALGADO, **A Ideia de Justiça em Hegel** (1996), p. 76.

26 SALGADO, **A Ideia de Justiça em Hegel** (1996), p. 19.

27 Em que pese a crítica de Hegel a Kant, é importante notar que aquele parte do pensamento deste para elaborar seu pensamento na solução dos desafios filosóficos do seu tempo. (Cf. SALGADO, **A Ideia de Justiça em Hegel** (1996), p. 33) Salgado explica que “é a partir do dualismo kantiano que Hegel conceberá a unidade do objeto da filosofia: a ideia, que supera o dualismo e condensa toda a história da filosofia, que não é uma ‘galeria de erros do espírito humano, mas antes de tudo um panteão de figuras divinas’, que são os diversos degraus da Ideia no seu surgir através do desenvolvimento dialético.” (in SALGADO, **A Ideia de Justiça em Hegel** (1996), p. 35) Porém, Salgado afirma também que *“da análise que Hegel faz da filosofia transcendental, dentre os méritos que o próprio Hegel aponta, está também a consequência, segundo ele, mais danosa do pensar reflexivo de Kant, o dualismo.”* (in SALGADO, **A Ideia de Justiça em Hegel** (1996), p. 53).

28 SALGADO, **A Ideia de Justiça em Hegel** (1996), p. 19.

29 Cf. SALGADO, **A Ideia de Justiça em Hegel** (1996), p. 21.

que “é a Hegel que cabe vencer a estéril discussão da antinomia entre liberdade e necessidade, na natureza, e liberdade e lei, na ordem social (esta já preconizada por Kant e Rousseau).”<sup>30</sup>

Em última análise, Hegel busca superar o problema maior do kantismo, o dualismo (*noumenon* e fenômeno, que em outro plano é o dualismo do sensível e inteligível, do ser e do pensar) resolvido abstratamente na esfera do a priori moral.<sup>31</sup> Portanto, é através da “*experiência da consciência que se supera o dualismo entre o sujeito e o objeto, chegada da filosofia ocidental.*”<sup>32</sup> A mediação dialética é a forma que Hegel reconstruirá a unidade perdida pela cisão kantiana.<sup>33</sup>

O que é importante na crítica de Hegel a Kant e ter, Kant, segundo Hegel, permanecido sempre na esfera do sujeito. Kant não se preocupa em deduzir as categorias a partir do pensar como tal, mas procura encontrá-las, *a priori*, na estrutura do sujeito, a partir da experiência.<sup>34</sup> Nas determinações do pensar, Kant separa sujeito e objeto.

Numa só frase, “Kant nega objeto à razão”<sup>35</sup>. Hegel, por outro lado, pensa as categorias da razão como categorias do objeto. Nessa medida, o objeto será tão universal quanto a própria razão. Por isso

“Ser e pensar são a substância que se conhece ou o pensar que se pensa: o absoluto. No ser racional, tudo que nele se dá como conhecimento esta penetrado pelo pensamento que o define. O pensamento é então a totalidade, o absoluto, cuja estrutura é a própria estrutura do objeto pensável: pensamento objetivo.”<sup>36</sup>

Kant entende que na estrutura *a priori* do pensar no sujeito, o objeto em si é relegado ao que não pode ser conhecido. Ou seja, Kant não examina o objeto no pensar. A investigação de Kant “*limita-se exclusivamente à esfera do sujeito, a fim de encontrar a estrutura formal do conhecer, sem o conteúdo de um objeto*”<sup>37</sup>. Kant investiga o pensar do sujeito sem considerar o objeto. Nas palavras de Salgado, “*o objeto é o fenômeno, já subjetivo. A objetividade é a priori também do sujeito.*”<sup>38</sup>

Kant trabalha no plano do entendimento, enquanto Hegel utiliza o plano da razão para investigar o pensar, o ser, o objeto em si. Ou seja, “*o processo de interiorização de Kant acaba sendo subjetivação e não interiorização do próprio objeto no pensar, já que a coisa em si fica fora do pensar.*”<sup>39</sup> Hegel, ao contrário, examina o “pensar do pensamento”, porque “*não é o pensar do sujeito, as determinações desse pensar são também determinações do pensável, o objeto já reduzido*

30 SALGADO, A Ideia de Justiça em Hegel (1996), p. 26.

31 Cf. SALGADO, A Ideia de Justiça em Hegel (1996), p. 26.

32 SALGADO, A Ideia de Justiça em Hegel (1996), p. 33.

33 Cf. SALGADO, A Ideia de Justiça em Hegel (1996), p. 207.

34 Cf. SALGADO, A Ideia de Justiça em Hegel (1996), p. 40.

35 Cf. SALGADO, A Ideia de Justiça em Hegel (1996), p. 40.

36 SALGADO, A Ideia de Justiça em Hegel (1996), p. 83.

37 SALGADO, A Ideia de Justiça em Hegel (1996), p. 42.

38 SALGADO, A Ideia de Justiça em Hegel (1996), p. 41.

39 SALGADO, A Ideia de Justiça em Hegel (1996), p. 41.



ao plano do puro pensamento, ao qual ele é elevado.”<sup>40</sup> Em última análise, para Hegel, “a totalidade do real está na identidade universal de ser e pensar”<sup>41</sup>, o que se verifica no plano da razão (Hegel) – e não do entendimento apenas, voltado para o sensível, como faculdade de conhecer e pensar o finito (Kant).

Kant, portanto, se preocupa com o pensar do sujeito como faculdade, sem considerar o objeto. Ou seja, estuda as “condições a priori do sujeito para pensar os objetos, a partir da experiência e para a experiência.”<sup>42</sup> Nessa medida, o método dualista de Kant atinge o cerne da própria faculdade de pensar e vai para além da distinção entre *noumenon* e fenômeno, avançando para a distinção entre razão e entendimento dentro do pensar.<sup>43</sup>

Para Kant, a função da razão é teórica, regulativa: fornece regras de sistematização do conhecer e dirige-se ao sujeito (e não ao objeto). A razão é afirmada como a faculdade do finito, uma vez que, só podendo conhecer o finito, torna o próprio finito absoluto.<sup>44</sup>

Para Hegel, razão não é faculdade (como em Kant), mas é algo que brota da história, da cultura. A razão é movimento que aparece na relação entre sujeito e objeto através do conteúdo da cultura, da história. O conteúdo objetivo da história, por sua vez, aparece nas figuras históricas (como Napoleão Bonaparte, por exemplo). Em Hegel, a consciência marca o início da caminhada do espírito. Antes da consciência não há nada, não há espírito nem tampouco espírito absoluto.

O espírito primeiro é consciência (vê o objeto). Depois, porque vê e conhece o objeto, o espírito passa a ter consciência de si mesmo como tal, através da mediação do objeto (ou seja, o espírito só tem consciência de si porque existe o objeto com o qual a consciência se deparou no início). Essa consciência de si através da mediação do objeto leva à razão, que é “o nós” (sujeito + objeto) dentro da cultura (história) que nós mesmos produzimos. Nesse momento, através do movimento, acontece, revela-se o espírito absoluto.

Dito de forma resumida, o objeto nega o sujeito que passa a conhecer a si através dessa negação operada pelo objeto. Ocorre, portanto, unidade entre sujeito e objeto, unidade da totalidade, o absoluto.

Para Kant, objeto é fenômeno, aparece para o sujeito. Para Hegel, o que aparece para o sujeito é ele mesmo (o espírito é fenômeno), pela mediação do objeto.

40 SALGADO, **A Ideia de Justiça em Hegel** (1996), p. 42.

41 SALGADO, **A Ideia de Justiça em Hegel** (1996), p. 41.

42 SALGADO, **A Ideia de Justiça em Hegel** (1996), p. 43.

43 Uma das mais marcantes diferenças entre Kant e Hegel é exatamente a questão de entender a razão como faculdade. Em Hegel, a razão se torna especulativa e tem um objeto adequado, o absoluto (*in* SALGADO, **A Ideia de Justiça em Hegel** (1996), p. 50). Dito de outra forma, “a razão é exatamente esse poder de pensar o infinito” (*in* SALGADO, **A Ideia de Justiça em Hegel** (1996), p. 54).

44 SALGADO, **A Ideia de Justiça em Hegel** (1996), p. 54.

Esse é o movimento dialético hegeliano<sup>45</sup> (volta do sujeito a si mesmo através da mediação do objeto, que passa a ser absorvido pelo sujeito – não o objeto em si, mas o conhecimento do objeto). Kant pensou no absoluto, mas não conseguiu chegar ao absoluto<sup>46</sup>. O que faltou em Kant foi a dialética (movimento do pensamento).

Em suma, Hegel supera o dualismo kantiano porque a razão se faz objeto de experiência para ela mesma no tempo, então ela se pensa – não há coisa em si fora da razão, porque o mundo é o mundo da razão. Ao superar os dualismos, Hegel “*concebe uma lógica do saber absoluto subscrito em um constante movimento dialético.*”<sup>47</sup>

O ponto de chegada da superação da dicotomia kantiana é o Estado.<sup>48</sup> O Estado vem, com efeito, para dar conteúdo ético para o sistema das necessidades (produção e circulação de riquezas, que em si não tem qualquer conteúdo ético). Todos os desdobramentos de Hegel (“em-si”, “para-si”, “em-si-e-para-si”) culminam no Estado, que é o ponto de chegada de todo sistema, o momento da eticidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHÂTELET, François, **Hegel**; trad.: Alda Porto: revisão técnica Geraldo Frutuoso. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1995.

HEGEL, Georg Wilhelm Friederich. *Fenomenologia do Espírito*; tradução de Paulo Menezes; com a colaboração de Karl-Heinz Effen e José Nogueira Machado. 9. ed. Petrópolis, RJ: Vozes: Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2014.

HORTA, José Luiz Borges. **História do Estado de Direito**. São Paulo: Alameda, 2011.

LÖWITH, Karl. **De Hegel a Nietzsche: a ruptura revolucionária no pensamento do século XIX: Marx e Kierkegaard**; trad. Flamarion Caldeira Ramos, Luiz Fernando Barrére Martin. 1. ed. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

REALE, Giovanni. **História da Filosofia: de Spinoza a Kant**, v.4/Giovanni Reale, Dario Antiseri. São Paulo: Paulus, 2005.

45 A dialética hegeliana – que é modo de ser da realidade, estrutura do pensar, igual à estrutura do pensável – consiste em negar, conservar e elevar. Precisa de movimento, contradição e totalidade. A negatividade é sua essência, uma vez que o espírito (consciência) só pode se manifestar dentro do outro (que é negativo).

46 Châtelet diz que “os resultados da análise kantiana são conhecidos. O empirismo tem razão: não há saber absoluto no qual o homem se possa reconhecer e identificar. Erra, no entanto, quanto tira disso a consequência de que o Absoluto não é. Resta, na verdade, a hipótese de que o Absoluto “existe”, mas não se trata do saber.” in CHÂTELET, François, **Hegel** (1995), p. 46.

47 SALGADO, **O Estado como conceito** (2017), p. 538.

48 “O Estado é o caminhar de Deus no mundo”, segundo Hegel. Como observa Horta, “em Hegel o Estado é ideia, mas ideia manifesta na História. O tema central da filosofia hegeliana é a História, tomada como espaço privilegiado de manifestação do Espírito, do Absoluto.” in HORTA, **História do Estado de Direito** (2011), p. 27.



SALGADO, Joaquim Carlos. **A Ideia de Justiça em Hegel**. São Paulo: Loyola, 1996.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A Ideia de Justiça em Kant: seu fundamento na liberdade e na igualdade**. 2 ed. Belo Horizonte. Editora UFMG, 1995.

SALGADO, Joaquim Carlos; HORTA, José Luiz Borges (Coord.). **Hegel, liberdade e Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SALGADO, Ricardo Henrique Carvalho; SILVA, Gustavo Felipe Melo da. **O Estado como conceito**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 71, pp. 531-551, jul./dez. 2017.





# O EFEITO CONFISCATÓRIO DO ITCMD NO MOMENTO DO INVENTÁRIO E DA PARTILHA DOS BENS

*Rodrigo Tita<sup>1</sup>*

## RESUMO

Ultimamente os herdeiros têm encontrado diversos problemas para partilhar os bens do falecido devido ao elevado custo tanto na via judicial, como na via extrajudicial. Além das custas normais, temos o maior vilão desse procedimento que é o ITCMD, o imposto de transmissão causa mortis e doações. Aqui queremos demonstrar que dependendo da circunstância, este tributo passa a ter um caráter confiscatório.

**Palavras-Chave:** ITCMD; Confisco; Partilha; Bens.

## RESUMEN

Últimamente los herederos han encontrado diversos problemas para compartir los bienes del difunto debido al elevado costo tanto en la vía judicial, como en la vía extrajudicial. Además de las costas normales, tenemos el mayor villano de ese procedimiento que es el ITCMD, el impuesto de transmisión causa mortis y donaciones. Aquí queremos demostrar que dependiendo de la circunstancia, este tributo pasa a tener un carácter confiscatorio.

**Palabras-Clave:** ITCMD; Confiscación; Compartir; Propiedad.

---

<sup>1</sup> O Autor é formado em Direito no ano de 2016 pela Universidade de Araraquara – UNIARA e pós-graduando em Direito Tributário pela Escola Paulista de Direito – EPD. É advogado atuante nas mais diversas áreas do direito com escritório na cidade de Araraquara. E-mail de contato: [rodrigotita.adv@gmail.com](mailto:rodrigotita.adv@gmail.com)



## INTRODUÇÃO

Um problema frequente em nosso ordenamento jurídico está na elevada tributação, que além de afetar a economia, se ramifica por todas áreas do direito, refletindo até no direito de família, que é nosso foco no presente texto.

Esse reflexo da tributação elevada no direito de família ocorre quando há o falecimento e os herdeiros necessitam fazer o inventário e partilha e além da morte, surge o problema financeiro devido ao elevado custo. Para analisarmos este fato, temos que analisar não apenas a tributação do caso concreto, mas também o histórico da situação econômica do país, onde no passado existia a facilidade de adquirir bens, enquanto hoje, essa facilidade já não existe mais.

Não existindo mais essa facilidade de adquirir bens e a diminuição de oportunidades para os jovens, refletidas por anos de corrupção, incompetência de governantes, mas também a um sistema frágil de previdência social que agravam este transtorno quando há o falecimento de um ente.

Os herdeiros, na maioria das vezes não têm um grande patrimônio, muitas vezes não têm patrimônio algum e quando recebem o patrimônio do *de cujus* não têm condições financeiras de fazer o inventário e partilha e não tendo estas condições, não podem dispor dos bens que são deles por direito.

A ausência de inventário e partilha impossibilita que os imóveis sejam alugados, vendidos, dentre outras causas, além de receber multa em alguns estados se ultrapassarem o prazo estipulado para dar início ao inventário e partilha.

Importante ressaltar que aqui não depende do tamanho do patrimônio do *de cujus*, mas sim da condição financeira vivida pelo herdeiro que ao ser tributado perde seu direito de dispor do bem da forma que bem entender.

Além do gasto com o ITCMD, os herdeiros necessitam pagar custas de cartório, custas judiciais se for feito na via judicial, claro, além de gastos com advogados e tudo isso torna o processo mais oneroso ainda, embora a maior parte dessa onerosidade seja causada pelo ITCMD.

Nosso grande objetivo aqui é demonstrar que o ITCMD por si só não é inconstitucional, porém ao ser aplicado no caso concreto pode se tornar, pois não se trata apenas da aplicação de uma alíquota, mas sim da capacidade contributiva do herdeiro que ao ser ultrapassada caracteriza o confisco tributário.

## INVENTÁRIO E PARTILHA

Existem duas formas de fazer inventário e partilha de bens, a judicial e a extrajudicial.

Para que o inventário possa ser feito via extrajudicial, são necessários alguns requisitos como

todos os herdeiros serem capazes e concordarem com a divisão dos bens, nesse sentido Carreira Alvim:

Nesse caso, todos os interessados (*rectius*, partes) devem ser capazes e estarem de acordo em fazer o inventário e a partilha extrajudicialmente, porque, se houver interessado incapaz, ou a discordância de um deles, o inventário deverá ser processado necessariamente pela via judicial. Se o inventário for feito por escritura pública, não terá cabimento a homologação judicial. (ALVIM CARREIRA, J.E. Ação de Inventário e Partilha, 2 ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 22).

Além dessas duas condições acima demonstradas, também não pode haver testamento, se houver testamento, a partilha será obrigatoriamente realizado na via judicial.

Importante ressaltar que para as duas modalidades, tanto judicial como extrajudicial necessitam da presença de um advogado para assistir as partes, fazendo constar sua assinatura e qualificação no ato. O artigo 610 do Código de Processo Civil disciplina a matéria:

**Art. 610.** Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial.

§ 1º Se todos forem capazes e concordes, o inventário e a partilha poderão ser feitos por escritura pública, a qual constituirá documento hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras.

§ 2º O tabelião somente lavrará a escritura pública se todas as partes interessadas estiverem assistidas por advogado ou por defensor público, cuja qualificação e assinatura constarão do ato notarial.

Outro ponto que deve ser ressaltado do inventário e partilha, é o prazo dado para que este seja instaurado, conforme disciplina o artigo 611 do Código de Processo Civil:

**Art. 611.** O processo de inventário e de partilha deve ser instaurado dentro de 2 (dois) meses, a contar da abertura da sucessão, ultimando-se nos 12 (doze) meses subsequentes, podendo o juiz prorrogar esses prazos, de ofício ou a requerimento de parte.

Cabe explicar que a data da abertura da sucessão é a data do óbito do Autor da herança e a contagem do prazo é feita da seguinte forma, de acordo com Carreira Alvim:

Se o autor da herança falecer, por exemplo, no dia 1º de julho, o prazo começará no dia 2 (não se computa o dia do começo) e terminará no dia 2 de setembro, num total de 61 (sessenta e um) dias; mas, se falecer no dia 1º de janeiro, (tendo fevereiro 28 dias) esse prazo terminará no dia 2 de março, num total de 60 (sessenta dias); o que faz com que, mesmo sendo essa diferença de apenas um dia a *isonomia* é afrontada, e se a interposição for extemporânea,



por conta da diferença de um dia, o espólio estará sujeito ao pagamento de multa e de todas as consequências que resultam dessa extemporaneidade. Neste exemplo, considere que todos os dias, tanto *de começo* como *de término* eram dias úteis, porque pelo novo sistema, somente estes são contados. Talvez, por isso, tenha o legislador preferido o prazo em mês do que o prazo em dias, porque, nesse caso, os dias não úteis seriam excluídos da contagem. (ALVIM CARREIRA, J.E. Ação de Inventário e Partilha, 2 ed. Curitiba: Juruá, 2016, p. 29).

Caso o inventário e partilha não seja feito durante o referido prazo, que assim como a multa pode variar de estado para estado como veremos adiante, há a incidência de multa.

## ITCMD

O Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doações – ITCMD tem os Estados como entes competentes para sua instituição, como determina o artigo 155, I, da Constituição Federal:

**Art. 155.** Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

**I** - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;

Importante ressaltar que a transferência que enseja o ITCMD se dá tanto pelo falecimento real ou presumido do Autor da herança. Nesse sentido, temos a Súmula 331 do STF:

**Súmula 331:** É legítima a incidência do Imposto de Transmissão Causa Mortis no inventário por morte presumida.

O referido imposto não é progressivo e uma importante ressalva deve ser feita quanto a não incidência deste em relação à viúva meeira, pois esta não é herdeira. Neste caso o imposto incide apenas sobre a meação alvo da partilha.

A progressividade que encontramos na Constituição Federal apenas se aplica aos tributos de natureza pessoal, o que não é o caso do imposto em questão.

Nesse sentido, o STF, julgando o Recurso Extraordinário 562045 RE: 562045 RS, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 06/02/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-233 DIVULG 26-11-2013 PUBLIC 27-11-2013.

“...trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão que julgou inconstitucional o art. 18 da Lei estadual 8.821/1989, que instituiu um sistema progressivo de alíquotas para o Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doações - ITCD, determinando fosse aplicada a sua alíquota mínima, ao fundamento de que a progressividade prevista no art. 145, § 1º, da Constituição Federal somente se refere aos impostos de natureza pessoal.”

Para corroborar tal entendimento que a progressividade dos impostos apenas atinge os de caráter pessoal, temos o julgado que contesta a progressividade do IPTU que é um imposto real:

Ementa - IPTU. Progressividade. - No sistema tributário nacional é o IPTU inequivocamente um imposto real. - Sob o império da atual Constituição, não é admitida a progressividade fiscal do IPTU, quer com base exclusivamente no seu artigo 145, § 1º, porque esse imposto tem caráter real que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte, quer com arrimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o artigo 156, § 1º (específico). - A interpretação sistemática da Constituição conduz inequivocamente à conclusão de que o IPTU com finalidade extrafiscal a que alude o inciso II do § 4º do artigo 182 é a explicitação especificada, inclusive com limitação temporal, do IPTU com finalidade extrafiscal aludido no artigo 156, I, § 1º. - Portanto, é inconstitucional qualquer progressividade, em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no artigo 156, § 1º, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do artigo 182, ambos da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido, declarando-se inconstitucional o sub-ítem do setor II da Tabela III da Lei 5.641, de 22.12.89, no município de Belo Horizonte. (STF – RE: 153771 MG, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 05/09/1997, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 05-09-1997.

Agora, explicada a teoria de forma breve o ITCMD, adentramos na parte que nos interessa que é a tributação.

O tributo em questão é calculado sobre o valor dos bens na data da avaliação, conforme a súmula 113 do STF:

**Súmula 113:** O Imposto de Transmissão Causa Mortis é calculado sobre o valor dos bens na data da avaliação.

Cabe aqui uma crítica a respeito de tal entendimento. Se existe uma multa para quem não dá abertura ao procedimento de inventário e partilha em 2 meses, e o fato gerador é a transmissão causa mortis e levando-se em conta o princípio da Saisine, em que os bens do *de cuius* se transferem aos herdeiros na data do óbito, parece-nos errado calcular o ITCMD sobre o bem na data da avaliação, deveria ser levado em conta o valor do bem na data do óbito do Autor da herança.

Ainda como forma de garantir o pagamento do tributo, o Código Tributário Nacional traz em seu artigo 192:

**Art. 192.** Nenhuma sentença de julgamento de partilha ou adjudicação será proferida sem prova da quitação de todos os tributos relativos aos bens do espólio, ou às suas rendas.

Mesmo sendo de competência estadual, o referido tributo teve sua alíquota máxima fixada pelo Senado Federal como sendo 8%.

O Estado de São Paulo, por exemplo, a alíquota linear corresponde a 4% do valor do bem imóvel e o pagamento deve ser feito no máximo em 180 dias após abertura da sucessão, quando incidem juros de 0,33% até o máximo de 20%.

Nesse sentido explica Leandro Paulsen:

“O recolhimento deve ser feito até 30 dias após a decisão homologatória do cálculo ou do despacho que determinar o pagamento, na transmissão *causa mortis*, até o máximo de 180 dias da abertura da sucessão, quando começa a correr juros. Na doação, o imposto deve ser “recolhido antes da celebração do ato ou contrato correspondente”, sendo que, “Na partilha de bem ou divisão de patrimônio comum, quando devido, o imposto será pago no prazo de 15 (quinze) dias do trânsito em julgado da sentença ou antes da lavratura da escritura pública”. É admitido parcelamento em até doze meses tanto no caso de transmissão *causa mortis* como no de doação. O atraso dá ensejo a juros conforme a taxa Selic e a multa de 0,33% ao dia, esta até o máximo de 20%.” (Paulsen, Leandro, p. 344 e 345).

Analisando a lei paulista do ITCMD, vemos que existem algumas isenções. As hipóteses de isenção estão previstas no artigo 6º da Lei nº 10.705/2000. Nesses casos, o contribuinte deverá preencher a declaração de ITCMD, inserindo as informações correspondentes. São eles:

I - na transmissão “causa mortis”:

- a) de imóvel de residência, urbano ou rural, cujo valor não ultrapassar 5.000 (cinco mil) Unidades Fiscais do Estado de São Paulo - UFESPs e os familiares beneficiados nele residam e não tenham outro imóvel;
- b) de imóvel cujo valor não ultrapassar 2.500 (duas mil e quinhentas) UFESPs, desde que seja o único transmitido;
- c) de ferramenta e equipamento agrícola de uso manual, roupas, aparelho de uso doméstico e demais bens móveis de pequeno valor que guarneçam os imóveis referidos nas alíneas anteriores, cujo valor total não ultrapassar 1.500 (mil e quinhentas) UFESPs;
- d) de depósitos bancários e aplicações financeiras, cujo valor total não ultrapassar 1.000 (mil) UFESPs;
- e) de quantia devida pelo empregador ao empregado, por Institutos de Seguro Social e Previdência, oficiais ou privados, verbas e prestações de caráter alimentar decorrentes de decisão judicial em processo próprio e o montante de contas individuais do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e do Fundo de Participações PIS-PASEP, não recebido em vida pelo respectivo titular;
- f) na extinção do usufruto, quando o nu-proprietário tiver sido o instituidor;



Note que no ano de 2018, uma UFESP tem o valor de R\$ 25,50 e o imóvel com 5 mil UFESPs custaria hoje R\$ 128.500,00, obrigando os familiares a residirem nele. Com isso, podemos ver claramente que a lei não acompanhou a valorização imobiliária, pois na maioria das cidades do Estado de São Paulo, vai ser difícil encontrar um imóvel para moradia nesse valor, nem apartamentos populares podem ter um custo tão baixo assim.

Quanto ao imóvel de 2500 UFESPs, em grandes cidades é uma ficção jurídica.

Demonstrada de forma breve os principais pontos do ITCMD e do inventário e partilha, partiremos ao estudo do Não Confisco Tributário, para que depois façamos uma análise prática do problema relatado no presente texto, onde demonstraremos o referido tributo no caso concreto, podendo assumir um caráter confiscatório.

## NÃO CONFISCO TRIBUTÁRIO

O conceito de Confisco Tributário é indeterminado, onde não temos como precisar, portanto é algo que deve ser analisado no caso concreto, sem qualquer possibilidade de sofrer regulação, nesse sentido:

“O efeito confiscatório dos tributos, assim como sucede com diversos outros termos e expressões da área jurídica, integra o grupo dos denominados “Conceitos Indeterminados”, assim entendidos os conceitos vagos, fluídos, ou imprecisos.” (PAWLOWSKY, Karina, A Utilização de Tributo com Efeito de Confisco e sua Vedação Constitucional.” Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.37)

Ricardo Alexandre, ao tratar sobre o tema, segue na mesma linha de Karina Pawlowsky, e deixa nas mãos do juiz decidir sobre a confiscatoriedade ou não no caso a ser analisado:

“Como visto, o princípio da vedação ao efeito de confisco é expresso em cláusula aberta ou conceito jurídico indeterminado, cabendo ao prudente arbítrio do juiz, em cada caso que lhe for submetido, avaliar a existência ou não de confisco.” (ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário Esquemático, 10 ed, São Paulo: Forense, 2016, p. 139).

Como defendemos no caso do ITCMD, o efeito confiscatório deve ser visto no caso concreto, assim como defende Paulo de Barro Carvalho:

“... aquilo que para alguns tem efeito confiscatório, para outros pode perfeitamente apresentar-se de forma lúdica de exigência tributária”. (CARVALHO. Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário, 18 ed, São Paulo: Saraiva, 2007, p.171).



E de acordo com Roque Carrazza:

“... é confiscatório o imposto o imposto que, por assim dizer, esgota a riqueza tributável das pessoas, isto é, não leva em conta suas capacidades contributivas”. (CARRAZZA, Roque Antônio, Capacidade Contributiva. In MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.) Capacidade Contributiva, São Paulo: Centro de Estudos de Extensão Universitária; Resenha Tributária, 1989, p.163).

E de acordo com Eduardo Sabbag:

“É bastante sólida a conceituação doutrinária do vocábulo a partir da ideia de apreensão da propriedade pelo Estado sem que se ofereça ao destinatário da invasão patrimonial a compensação ou indenização correspectivas. É nesse sentido que “o interesse público autoriza a tomada da propriedade do particular via tributação, mas indeniza-lhe a perda. E somente quando essa – nebulosa – recíproca estiver quebrada, atingir-se-á o efeito de confisco” (SABBAG, Eduardo, Manual de Direito Tributário, 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.435).

Ainda a respeito do tema, Humberto Ávila sabiamente aponta que mesmo o Estado tendo a competência para instituição de impostos, através desta ferramenta não pode inviabilizar outros direitos contidos na Constituição Federal:

“Tendo o Estado competência para instituir impostos, o exercício dessa competência não pode implicar na impossibilidade de aplicação de outra norma”. (ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário. São Paulo: Saraiva, 2004, p.396).

Como sabemos, por tratar-se de um assunto Constitucional, não poderia faltar o entendimento demandado ultimamente por alguns Ministros do STF julgando ações com esse assunto.

O primeiro conceito dado pelo STF surgiu no julgamento da ADI 1075/DF, Rel. Celso de Mello, em 199818. A mesma conceituação foi conferida, posteriormente, no julgamento da ADI MC 2010/DF em 199919, da ADC MC 8/DF, também em 199920, da ADI MC QO 2551/MG, em 200321 e do RE 388312/MG, em 201122. Qual seja:

“A proibição constitucional do confisco em matéria tributária nada mais representa senão a interdição, pela Carta política, de qualquer pretensão governamental que possa conduzir, no campo da fiscalidade - trate-se de tributos não-vinculados ou cuide-se de tributos vinculados -, à injusta apropriação estatal, no todo ou em parte, do patrimônio ou dos rendimentos dos contribuintes, comprometendo-lhes, pela insuportabilidade da carga tributária, o exercício do direito a uma existência digna, a prática de atividade profissional lícita e a regular satisfação de suas necessidades vitais (educação, saúde e habitação, por exemplo).”

Importante ressaltar o ensinamento de Humberto Ávila, que afirma:

“Nenhuma medida estatal poderá restringir excessivamente um direito fundamental, inviabilizando-o substancialmente, independente de seu motivo nem cercear o livre exercício da atividade econômica, ainda que a medida não inviabilize por completo a atividade empresarial” (ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário. São Paulo: Saraiva, 2004, p.400).

O segundo conceito foi formulado pelo Ministro Marco Aurélio, também na ADI MC 2010/DF:

“Em suma, o que caracteriza o confisco é a redução substancial do patrimônio do contribuinte, impedindo-o de realizar sua manutenção, com interferência negativa no sustento da sua própria pessoa e da família, que, segundo o artigo 226 da Carta de 1988, é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado.”

O terceiro conceito conferido ao efeito confiscatório também foi dado na ADI MC 2010/DF, pelo Ministro Ilmar Galvão, que definiu bem o dispositivo:

“O confisco tem uma natureza relativa. Não precisa retirar do bolso do servidor tudo o que ele ganha para que haja o confisco. Basta tornar insuportável a sua vida.”

Perante a definição dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, comprovamos que o tributo cobrado no inventário e partilha, tem atingido caráter confiscatório, porém, nossa definição preferida segue sendo a do Ministro Ilmar Galvão, que sabiamente ressalta que não é necessário tirar tudo, basta que a carga seja insuportável.

Este conceito não está apenas na jurisprudência ou na doutrina, encontra amparo na Constituição Federal no artigo 150, inciso IV.

**Art. 150.** Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

IV - utilizar tributo com efeito de confisco;

Portanto a proteção ao tributo com efeito confiscatório é muito mais amplo do que se imagina e deve ser muito mais explorado do que vem sendo atualmente, por encontrar amparo na jurisprudência, doutrina e Constituição Federal.

## ANÁLISE PRÁTICA DO CASO

Neste momento, largaremos um pouco a parte teórica e olharemos mais para a aplicação prática com alguns casos que ilustram o problema relatado.

Imagine uma pessoa que receba um salário mensal de R\$ 1.000,00, ocorre o óbito do autor da herança e este deixa como único bem uma casa com o valor venal de R\$ 600.000,00.

Aplicando-se a alíquota existente em São Paulo, que é de 4%, a herdeira teria que pagar a título de ITCMD o montante de R\$ 24.000,00. Estes vinte e quatro mil reais correspondem ao seu salário de 2 anos, ou seja, não precisa ser feita uma análise ampla para saber que ela não terá condições financeiras de pagar o ITCMD.

Pois bem, se ela não recolher no prazo, ela poderá receber uma multa que pode chegar até a 20%, e aqui ela perdeu seu direito de dispor do bem, ficando proibida de alugar, vender, doar ou transferir a titularidade do bem para seu nome, mesmo residindo neste.

Veja como o ITCMD teve caráter confiscatório, pois a pessoa não tem condições de arcar com o ônus deste e perde seu direito de utilizar o bem da forma que quiser e além de ser uma prática confiscatória, é uma afronta ao direito de propriedade, trazido pela Constituição Federal em seus artigos 5º e 170.

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

**XXII** - é garantido o direito de propriedade;

**Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

**II** - propriedade privada;

**III** - função social da propriedade;

Além disso, contraria o Código Civil, que em seu artigo 1028 dispõe:

**Art. 1.228.** O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.



Ainda para corroborar o entendimento, existem três súmulas do STF que proíbem a interdição de estabelecimento, apreensão de mercadorias e a proibição de adquirir estampilhas, despache mercadorias na alfândega e exerça duas atividades profissionais como forma de coerção pelo não pagamento de tributos. Como podemos analisar as Súmulas 70, 323 e 547:

**Súmula 70:** É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

**Súmula 323:** É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

**Súmula 547:** Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

Portanto, com base nessas Súmulas, parece-nos inadmissível retirar o direito da pessoa de dispor do bem como meio coercitivo para o pagamento de tributos.

Outra discussão que pode ser levantada é a respeito do bem nesse valor com uma pessoa de baixa renda, pois bem, isso é plenamente possível, tendo em vista que muitas pessoas antigamente compraram terrenos em áreas vazias que tiveram uma valorização muito grande. Então é comum ver pessoas de baixa renda, que possuem apenas um imóvel apresentando um valor considerável.

Justificando a tributação dizem que a capacidade contributiva do herdeiro aumentou com o bem, porém é um entendimento errôneo, pois se não possuir o dinheiro para realização do inventário e partilha, este não poderá nunca dispor do bem, logo nunca se reverterá em riqueza para o herdeiro, ficará bloqueado, não integrando efetivamente seu patrimônio, inexistindo portanto um aumento da capacidade contributiva.

Um ponto importante de ressaltar é a atual situação econômica do país, onde as oportunidades estão cada vez mais escassas e este cria um desnível econômico entre a geração anterior e a atual.

Consequentemente as gerações anteriores conseguiam mais facilmente adquirir bens, pois os imóveis eram mais baratos, conseguiam ganhar mais dinheiro, tendo em vista a facilidade para ingressar em concursos públicos, baixa competitividade no comércio, as raras franquias, as grandes redes que não haviam chegado, entre outros fatores.

Nos dias atuais, isso não existe mais, e devido a crises financeiras, más gestões de governantes, a corrupção e uma previdência social fraca, o Brasil deixou de gerar oportunidades, deixou de gerar bons empregos e as gerações atuais vão sofrer muito com inventários e partilhas daqui para frente.





## CONCLUSÃO

A importância deste tema é que o inventário e partilha, nos próximos anos, se tornará um grande desafio ao mundo jurídico, pois com a situação econômica da forma que se encontra, e as citadas faltas de oportunidades tornarão o assunto um verdadeiro caos, logo que são raras as pessoas que conseguirão pagar pelo patrimônio dos Autores da Herança.

No campo jurídico deparamos com muitos casos de pessoas desesperadas e sem possibilidades de arcar com os gastos do inventário e partilha e inclusive, a maioria só realiza se além dos bens for deixada certa quantia em dinheiro a título de herança.

Existe o valor altíssimo do ITCMD, custas de cartório, se extrajudicial, custas judiciais, se judicial e também não podemos excluir os gastos oriundos do serviço dos advogados, então a nosso ver, esta prática é algo que necessita ser revista, sendo estipulada uma alíquota menor ou outro fato gerador, ou até mesmo outro prazo e, não é nenhum absurdo pedir o fim do tributo, pois não contestando sua constitucionalidade, se não for confisco no caso concreto, este tributo é ao menos imoral, não respeitando as dores da perda com a estipulação de um curto prazo para elaboração de inventário e partilha, além de a grosso modo parecer que no Brasil, a morte da pessoa é tributada.

Portanto ficam as considerações a respeito e a antecipação de um grande problema que está prestes a assolar o mundo jurídico e imobiliário.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXANDRE, Ricardo. Direito Tributário Esquemático, 10 ed, São Paulo: Forense, 2016.
- ALVIM CARREIRA, J.E. Ação de Inventário e Partilha, 2 ed. Curitiba: Juruá, 2016.
- ÁVILA, Humberto. Sistema constitucional tributário. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CARRAZZA, Roque Antônio, Capacidade Contributiva. In MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.) Capacidade Contributiva, São Paulo: Centro de Estudos de Extensão Universitária; Resenha Tributária, 1989.
- CARVALHO. Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário, 18 ed, São Paulo: Saraiva, 2007.
- PAULSEN, Leandro, Curso de Direito Tributário Completo, 8 ed, São Paulo, 2017.
- PAWLOWSKY, Karina, A Utilização de Tributo com Efeito de Confisco e sua Vedação Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- SABBAG, Eduardo, Manual de Direito Tributário, 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CÓDIGO CIVIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm)>.  
Acesso em: 17 de Julho de 2018.
- CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/)

[constituicao/constituicao.htm](#)>. Acesso em: 15 de Julho de 2018.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 17 de Julho de 2018.

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm)>. Acesso em: 16 de julho de 2018.

LEI ESTADUAL 10.705/2000. Disponível em: <[http://info.fazenda.sp.gov.br/NXT/gateway.dll/legislacao\\_tributaria/leis/lei10705.htm?f=templates&fn=default.htm&vid=sefaz\\_tributaria:vtribut](http://info.fazenda.sp.gov.br/NXT/gateway.dll/legislacao_tributaria/leis/lei10705.htm?f=templates&fn=default.htm&vid=sefaz_tributaria:vtribut)>. Acesso em: 19 de Julho de 2018.

SÚMULAS STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 17 de Julho de 2018.

# TRABALHO ANÁLOGO AO ESCRAVO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO: APARATO NORMATIVO E SUAS INTERFACES NA PERSPECTIVA DO DIREITO DO TRABALHO

*Simone de Fátima Ferreira Sá<sup>1</sup>*

## RESUMO

A escravidão contemporânea, no cenário atual apresenta conteúdo e características diferentes da escravidão clássica. Tratando-se, atualmente, uma realidade presente em diversos países, independente do nível de desenvolvimento social e econômico que esse possua. Ademais, embora a abolição da escravatura no Brasil tenha acontecido formalmente no ano de 1888 mediante a Lei Áurea, não significa dizer que tal prática ainda não esteja presente nas relações de trabalho. Assim, diante da sua amplitude do número de trabalhadores atualmente submetidos a esse regime servil, surgiram diversos aparatos normativos e esforços institucionais no âmbito nacional e internacional na busca por extinguir ou quiçá minimizar essa vergonhosa modalidade de trabalho criminoso ainda explorado em pleno século XXI. Nessa perspectiva, o presente trabalho, após realizar um breve histórico sobre a evolução da escravidão no mundo e no Brasil e de mencionar os principais diplomas normativos existentes acerca do tema buscará analisar sob a ótica do Direito do Trabalho seus avanços e desafios que perpassam o trabalho análogo ao escravo na contemporaneidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Trabalho escravo; Direito do Trabalho; Aparato legislativo.

## RESUMEN

La esclavitud contemporánea, en el escenario actual presenta contenido y características diferentes de la esclavitud clásica. Tratándose, de una realidad presente en diversos países, independientemente del nivel de desarrollo social y económico que éste posea. Aunque la abolición de la esclavitud en Brasil ocurrió formalmente en 1888 mediante la Ley Áurea, tal práctica aún está presente en las relaciones de trabajo. Ante la amplitud del número de trabajadores todavía sometidos a ese régimen servil, surgieron diversos

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES; Pós Graduada em Direito Processual pela UNAMA-Universidade da Amazônia (LFG), Pós Graduada em Direito do Trabalho e Previdenciário pelas Faculdades Santo Agostinho; Mestranda em Direito das Relações Internacionais e Integração da América Latina na UNIVERSIDAD DE LA EMPRESA. E-mail: [simone-saadvocacia@gmail.com](mailto:simone-saadvocacia@gmail.com)



aparatos normativos y esfuerzos institucionales en los ámbitos nacional e internacional, en la búsqueda por extinguir o quizá minimizar esa vergonzosa modalidad de trabajo criminal aún explotada en pleno siglo XXI. Con esa perspectiva, el presente trabajo, tras realizar un breve recuento histórico sobre la evolución de la esclavitud en el mundo y en Brasil y mencionar los principales reglamentos normativos existentes sobre el tema buscará analizar desde la óptica del Derecho Laboral los avances y desafíos que atraviesan el trabajo análogo al trabajo esclavo en la contemporaneidad.

**PALABRAS-CLAVE:** Trabajo esclavo; Derecho laboral; Aparato legislativo.



## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo abordar acerca do trabalho análogo a escravo no Brasil sob a perspectiva e aparato normativo do Direito do Trabalho tanto na esfera nacional quanto internacional. Tais debates partem da necessidade de melhor conhecer essa prática degradante e exploratória de trabalho, que, diferente do se pensa, ainda é algo latente na sociedade atual, por vezes velado e negligenciado.

Apesar de a escravidão colonial ter sido abolida no ano de 1888, mediante a Lei Aurea, e proibida em território nacional, não apenas por essa legislação, mas por tantas outras que se seguem como, por exemplo, a própria Constituição Federal de 1988 essa prática, ainda persiste no Brasil e no mundo contemporâneo. Fato é que os indicadores de trabalhadores submetidos ao regime de escravidão que tem o seu direito à liberdade cerceado em virtude de coação ou engano, são alarmantes, chegando a ultrapassar a margem de 30 milhões.

Ademais, contata-se que a escravidão moderna é um grande negócio. Tal afirmativa deve-se ao fato de que conforme levantamento realizado pela Organização Internacional do Trabalho constatou-se que essa prática foi e é responsável pela movimentação de bilhões de dólares em lucro por ano. Nessa feita, o tema relato é de extrema importância haja vista que o trabalho análogo a escravo representa flagrante violação aos direitos humanos, na qual se manifesta pela não observância dos direitos fundamentais e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos.

Tais apreensões e estimativas nos levam a questionar a eficácia normativa, especialmente, no âmbito do Direito do Trabalho, quanto à aplicabilidade das normas, bem como da necessária segurança jurídica. Em especial no caso do Brasil, traz-se a baila a reforma trabalhista e da consequente mitigação de direitos que essa resultou aos trabalhadores que se tornaram mais propensos e vulneráveis a regimes exploratórios de trabalho.

Nessa perspectiva, e por entender a complexidade e dinamismo que envolve a percepção de tal temática o referido trabalho se subdivide em quatro momentos, sendo o primeiro num breve resgate histórico da prática do trabalho escravo no Brasil e no mundo, na qual foram abordados conceitos e características que persistem desde o período colonial. Seguindo tal entendimento, abordou-se a escravidão moderna de modo a contextualizar essa prática em suas nuances e peculiaridades. Após isso, expôs-se o aparato normativo em combate ao trabalho escravo tanto no âmbito internacional quanto nacional sob a perspectiva do Direito do Trabalho. E, por fim debateu-se o tema em questão que se passa no Direito do Trabalho seus paradoxos, avanços e desafios frente ao trabalho escravo, especialmente, no que cerne aos reflexos da Reforma Trabalhista.

Na qual se constatou que a flexibilização das normas trabalhistas deve primar pela adequação de seu conteúdo a realidade fática das relações sociais, de modo a acoplar e solucionar situações

de conflito e não a mitigação de direitos. Dessa forma, flexibilizar faz-se necessário ao ordenamento jurídico, no entanto, tais alterações no campo legal devem cumprir a função social e com isso resultar em melhores soluções aos dilemas sociais e não no desrespeito aos princípios e garantidas já adquiridas.

Ademais, há de se destacar que os estudos que ora se seguem no curso deste trabalho não tem por finalidade exaurir o tema, pelo contrário, ante a sua complexidade e dinamismo do objetivo em estudo, almeja-se instigar em relevância a compreensão e maiores debates acerca do Direito do Trabalho na alçada do trabalho análogo a escravo e os reflexos da reforma trabalhista nesse.

## **DA ROTA ANTIGA À PRÁTICA CONTEMPORÂNEA QUE PERPASSA A HISTÓRIA DAS RELAÇÕES DE TRABALHO NO BRASIL: CONCEPÇÕES E CONCEITUAÇÕES DO TRABALHO ESCRAVO.**

Para compreender o trabalho escravo no Brasil contemporâneo requer-se um breve resgate histórico acerca da implementação e combate a essa modalidade criminosa de trabalho, que fez e ainda faz parte da história do país. Prática que iniciou por volta do longínquo ano de 1534 (ano em que Portugal invade a Guiné) e, perdurou-se livremente até o ano de 1850. A respeito do direito e da escravidão no Brasil, dispõe Pina Ferreira de Souza (2004):

“O Brasil, por mais de três séculos, conheceu a prática da escravidão, garantida pelo direito. Iniciada a colonização e, mais particularmente, com a instalação das Capitanias Hereditárias, a partir de 1534, a agricultura, naturalmente, passou a exigir braços para o trabalho. Assim, o colonizador português lançou mão do elemento servil, de início recorrendo ao elemento indígena e, logo a seguir, aos africanos.” (SOUZA, 2004, p. 8).

Salienta-se que o Brasil foi o país que importou o maior número de escravos, foram aproximadamente quatro milhões (SOUZA, 2004). Nesse contexto, imperou o tráfico negreiro por três séculos, O que representa mais da metade do tempo de vida do Brasil, compreendendo um total de 64% do seu tempo de existência enquanto país, “isso significa que para cada três anos de vida do Brasil, dois deles estavam preenchidos pelo comércio vil, que negociava o corpo e a vida do homem negro” (SANTOS, 2001, p.85).

O barbarismo que perpassa o tráfico negreiro, primeira modalidade marcadamente de trabalho escravo implantada no Brasil, deve-se ao fato de que, aproximadamente, do total da carga humana transportada, 10% não chegavam ao seu destino. Dessa forma, quando temos um montante de cerca de quatro milhões de traficados estrangeiros, desses, 400 mil não chegaram ao seu destino, o Brasil,

“tendo como tumulto<sup>2</sup> o Oceano Atlântico” (ALBUQUERQUE, 2006, p.85). A título de exemplificação, numericamente, significa dizer que toda a população de uma cidade média brasileira foi dizimada, ainda na travessia. No entanto, vale destacar que conforme Jacob Gorender (1985), o trabalho escravo não foi uma realidade apenas dos negros visto que os índios, também, foram submetidos a esse regime destinados tanto para o trabalho no campo como para as minas de ouro e diamantes cujo objetivo era servir os colonos (GORENDER, 1985).

Complementarmente, vale destacar que no que cerne ao modo como a escravidão foi implantada no Brasil e da forma como a mesma se manifesta até os dias atuais, é mister trazer à baila a compreensão do modo em que ocorreu historicamente a manifestação do trabalho escravo nas diversas sociedades a seu tempo. Nesse prisma, assevera Gebrin (2015, p.72) que:

“A escravidão existe desde o início da humanidade e tem tomado diversas formas ao longo dos últimos 5 mil anos, indo desde a sua regulamentação até a sua completa abolição legal, muito embora tenha continuado a existir às margens da lei. Quase todas as culturas e períodos históricos conheceram a escravidão, justificada de diferentes formas em cada tempo e lugar [...]. Porém, não existe justificativa para a escravidão. A imagem convencional que se tem da escravidão é aquela do ser humano reduzido à condição de coisa, como propriedade de outra pessoa, e, portanto, objeto de venda, cessão ou transferência. Tomando em consideração o seu caráter histórico, Patterson (1982) define a escravidão como uma espécie de morte social.”

No entanto, foi apenas em 1888, através da Lei Áurea, que de fato o tráfico negreiro, a escravidão colonial, veio ao fim e “a partir daí, o escravo deixou de ser propriedade de outro homem, tendo assim proclamada a sua liberdade e readquirindo a sua condição de pessoa humana” (SENTOSÉ, 2001, p.40). Isso foi possível há época, mediante a assinatura da Lei Áurea, “representou o fim do direito de propriedade de uma pessoa sobre a outra, acabando com a possibilidade de possuir legalmente um escravo no Brasil” (SAKAMOTO, 2006, p.27). Entretanto, ser liberto não significa ser livre e competir em iguais condições no mercado de trabalho ou nas relações em sociedade.

E é sob essa perspectiva que o trabalho em questão se pautará, no fato de que, a prática do trabalho escravo na atualidade não perpassa, apenas, as condições de raça, como no período colonial, mas sim todas as formas de manifestação e agressão aos preceitos constitucionais da dignidade humana, visto que as condições de obediência, humildade e fidelidade ao superior escraviza, ainda, na atualidade através do aliciamento pela mão de obra mais barata, que em sua maioria atinge aos mais vulneráveis socialmente (MATOS, 1982).

---

2 Complementa Santos (2001) que durante a travessia, a prática do suicídio era extremamente comum, que “considerando o destino que esperava os negros aqui no Brasil não podem afirmar que os que sobreviveram a travessia tiveram melhor sorte do que aqueles que ficaram pelo meio do caminho” (SANTOS, p.95). Prova de tal barbárie é o nome dado aos navios transportadores da ‘carga’ negreira – tumbeiros; derivado de tumba (sepultura ou caixão) – o que já sinalização de forma clara o que poderia se transformar a travessia para os negros.

Nessa perspectiva, o trabalho escravo no Brasil do século XXI traz à luz a realidade deste crime que ainda assola o País. Entretanto, não se trata de um problema unicamente local. Pois, o trabalho forçado persiste como um problema mundial, afetando tanto países ricos quanto pobres, representando assim a magnitude do problema podendo se expressar de diversas formas. Destaca-se o mais corriqueiro deles, a escravidão por dívida que comenta Sutton em sua obra:

“É o estado ou condição resultante do fato de que um devedor tenha se comprometido em fornecer em garantia de uma dívida, seus serviços, ou os de alguém sobre o qual tenha autoridade, se o valor desses serviços não for equitativamente avaliado no ato da quitação da dívida ou se a duração desses serviços não for limitada, nem sua natureza definida.” (SUTTON, 1999. p.50).

A dívida muitas das vezes é superior ao valor do contrato de trabalho e por isso, envolve o trabalhador de tal forma que ele não consegue sair desse regime, além do fato de que os trabalhadores não raramente são ameaçados que, por vezes, envolvem toda a família, perpassando a dívida por gerações. Outra modalidade de escravidão é o trabalho forçado (SUTTON, 1999).

Diante disso, nota-se que o trabalho escravo pode ser compreendido de diversas maneiras, assim, para tal, apresenta-se o conceito de Organização Internacional do Trabalho que compreende que toda a forma de trabalho escravo é trabalho degradante, mas o recíproco nem sempre é verdadeiro. Assim, o que diferencia um conceito do outro é a liberdade (SAKAMOTO, 2006).

Há de se destacar que o trabalho escravo vai além do debate das leis trabalhistas, fatores econômicos e vulnerabilidade social. Compreende-lo melhor requer que se pense no íntimo, faça menção ao ser social e cultural, enquanto detentor de identidade, da sua concepção de liberdade na qual as relações de trabalho são postas em cheque e infringidas pelas relações de poder. Nessa espreita, desde meados da década de 1960, circulam na imprensa notícias sobre trabalho escravo, escravidão, escravidão por dívida também conhecida por: *trucksystem*; escravidão branca; semiescravidão; aliciamento; venda de trabalhadores como mercadoria; tráfico de pessoas, entre outras denominações que indicam, inegavelmente, situações de superexploração, geralmente vinculadas à tentativa ou esforço de imobilização da mão de obra (ESTERCI, 2008, p. 13).

Assim, o empregado é exposto a jornadas exaustivas, sem sequer ter acesso a algum direito trabalhista e/ou previdenciário. A cerca dessa realidade brasileira, a revista Reporte Brasil (2006) assevera que:

“Cidades Brasil tem trabalhadores privados de liberdade e vivendo sem condições sanitárias Já faz mais de um século desde que a Princesa Isabel assinou a lei áurea pondo fim a escravidão no Brasil; entretanto, o que parecia ser um conto de fadas nunca teve um final feliz. Até hoje, em pleno século XXI, o Brasil continua a sofrer a vergonha internacional do desrespeito à dignidade humana com a continuação do trabalho escravo. Segundo cálculos da Comissão Pastoral da Terra, no Brasil, 25.000 pessoas, a maioria homens semi-analfabetos, entre 25 e 40 anos de idade, trabalham em condições subumanas, sem acesso



a água potável, alojamento, salário e com o cerceamento de outro direito básico: o da liberdade. [...] Em troca de porcentagens pagas por cada nova mão-de-obra, os “gatos” lucram enganando dezenas de pais de família que saem em busca de dias melhores e acabam virando escravos pelo Brasil afora.”

Assim, entende-se que o cenário a qual a prática do trabalho escravo perpassa compreende relações e modalidades de trabalho que em sua maioria atingem os mais vulneráveis economicamente e que ao mesmo tempo é sustentado pelas relações econômicas de poder. Diante disso, o trabalho escravo, infelizmente, ainda é uma realidade e tratá-lo como algo ultrapassado é um erro, visto que essa prática se manifesta das mais diversas formas, sob uma nova “roupagem” denominado como Escravidão Moderna, assunto que será tratado na sessão seguinte.

## A ESCRAVIDÃO MODERNA: BREVES CONSIDERAÇÕES

A escravidão não é algo do passado. Apesar de ter raízes antigas na história, a escravidão persiste aindaem muitas formas, seja mediante o tráfico de pessoas, pela servidão por dívida, pelo trabalho doméstico, ou tantas outras, que representam a contemporaneidade do debate. A pluralidade dessa forma de expressão deve-se ao fato de que “antes, o custo da caça aos índios ou da aquisição e do transporte de africanos era muito alto. Hoje temos um exército de mão de obra desempregada e pobre, que pode ser cooptado e aliciado” (SAKAMOTO, 2006, p.1).

Braga *et al* (2014) ao tratar da manifestação da escravidão na atualidade salienta que a pobreza, a miséria e as desigualdades regionais, que em sua grande maioria ainda são utilizadas como mecanismos justificáveis à prática do trabalho em condições degradantes. Acrescenta o autor que essa prática carrega consigo traços e características coloniais especialmente no meio rural o que com isso causa um certorelativismo ao referido crime.

Paralelamente, quanto ao vigente modo de apropriação e exploração do trabalhador na qual tem resquícios históricos Marinalva Cardoso Dantas, Auditora Fiscal do Trabalho e representante do SINAIT, em seus escritos caracteriza o perfil dos aliciados ao dispor que:

“[...] os escravos são vítimas principalmente da fome, que pertencem a grupos muito vulneráveis, mas não dependem mais de cor, obviamente, mas sim da pobreza. São vítimas desse tipo de escravidão: mulheres, crianças, pessoas de todas as etnias, como índios, ex-garimpeiros, prostitutas e nordestinos. Tendo em vista que, o trabalho nos dias de hoje, ainda se apresenta como uma necessidade, os que se sujeitam a essas condições, muitas vezes espontaneamente, lutam contra a falta de recursos e de oportunidades.” (FÓRUM SOCIAL MUNDIAL, 2003, p. 24).

Seguindo esse entendimento, Brito Filho (2005) define trabalho em condições análogas à condição de escravo como “exercício do trabalho humano em que há restrição, em qualquer forma, à liberdade do trabalhador ou quando não são respeitados os direitos mínimos para o resguardo da dignidade do trabalhador” (BRITO FILHO, 2005, p. 204).

Acerca das peculiaridades que marcam essa modalidade ilegal de trabalho, salienta Apaz (2014, p.25) que:

“Trabalho escravo se traduz no fato do indivíduo não conseguir se desvincular do seu empregador, seja por meio de força ou ameaças psicológicas, algumas vezes sendo forçado a trabalhar sem vontade, estando sujeito às condições desumanas de trabalho. Não significa apenas desrespeito às legislações existentes, mas principalmente, a violação de direitos humanos. Não se trata apenas da repressão da liberdade, mas sim de sua dignidade, visto que todos possuem direito a serem tratados de maneira digna. Quando esse direito é desrespeitado e o indivíduo é tratado como um objeto, e ainda, pela não existência do trabalho digno, será caracterizado o trabalho escravo.”

Nessa perspectiva, no ano de 2012 a Organização Internacional do Trabalho (OIT) realizou uma estimativa mundial sobre o trabalho forçado que compreendeu que, atualmente, existem mais pessoas em situação de escravidão do que em qualquer outro momento da história. Assim, estudos da OIT demonstram que aproximadamente três a cada mil pessoas no mundo são submetidas a trabalhos forçados. E o número de pessoas que tem o seu direito à liberdade cerceado em virtude de coação ou engano ultrapassa a margem de 30 milhões. Nesse montante inclui-se o tráfico de pessoas submetidas a condições análogas a escravo. De acordo com o referido levantamento:

“[...] mulheres e meninas representam 55% (11,4 milhões) do total de trabalhadores forçados, enquanto homens e meninos representam 45% (9,5 milhões). Além disso, os adultos são mais afetados do que as crianças, pois 74% (15,4 milhões) das vítimas são maiores de 18 anos e 26% (5,5 milhões) estão abaixo dessa faixa etária. A região da Ásia e do Pacífico apresenta o número mais alto de trabalhadores forçados no mundo, 11,7 milhões (56%). A África vem em seguida, com 3,7 milhões (18%), e a América Latina, com 1,8 milhão de vítimas (9%). Nos países da Europa Central e do Leste Europeu são registrados 1,6 milhão (7%) de pessoas trabalhando de forma forçada. Nas economias desenvolvidas e na União Europeia há 1,5 milhão (7%) de trabalhadores forçados, enquanto no Oriente Médio, o número de vítimas é estimado em 600 mil (3%).” (OIT, 2012, p.21).

Tais dados mostram que desse total 90% dos trabalhadores são submetidos a esse regime de exploração e sua maioria na esfera privada, seja por indivíduos, seja por empresas. Acrescido a isso, observa-se que existe uma estreita relação entre o deslocamento de fronteiras e o regime de exploração, que após o processo migratório, seja no país de origem seja no exterior tornam os indivíduos mais vulneráveis e expostos a trabalhos forçados (OIT, 2013).

A escravidão moderna é um grande negócio. Não obstante, tal realidade torna-se possível

tendo em vista os dados obtido pelo referido estudo realizado pela OIT no ano de 2012 que estimou que essa prática movimentava em torno 150 bilhões em lucro por ano o equivalente à soma dos lucros das quatro empresas mais rentáveis do mundo. Complementarmente, no ano de 2014, realizou-se um estudo acerca dos Lucros e Pobreza em seus aspectos econômicos do Trabalho Forçado, no qual foi possível observar que o montante de lucros por vítima do trabalho forçado é mais alto em países desenvolvidos, o que reflete ainda mais a questão desigualdade econômica.

Nesse prisma, revela a OIT que os ganhos ilegais do trabalho forçado de cerca de 21 milhões de pessoas representam três vezes as estimativas anteriores. Assim, de forma setorizada, a distribuição dos lucros oriundos da exploração forçada do mercado de escravos destina-se em sua maioria aos setores da construção, indústria, mineração e serviços.

O referido estudo demonstra ainda que o trabalho forçado compreende um montante de 34 milhões de dólares em lucro através da prática do trabalho escravo moderno; seguido pelos setores de agricultura, silvicultura e pesca que lucram nove milhões de dólares; e já as famílias privadas que pagam menos do que o devido aos seus trabalhadores domésticos os submetendo a regimes forçados, tem-se o valor significativo de oito milhões de dólares em lucro. O que comprova o fato de que o setor privado é um dos principais responsáveis à perpetuação desse regime de exploração.

Com o intuito de acelerar os esforços em prol da erradicação de tal prática, no ano de 2016 a Organização das Nações Unidas (ONU) lançou uma posição técnica acerca do trabalho escravo reativando a chamada “lista suja”, como uma tentativa de evitar o retrocesso do combate ao trabalho escravo e propiciar a continuidade do debate em prol da sua erradicação. O documento da ONU enfatiza as Convenções nº 29 e 105 da OIT, bem como os demais tratados internacionais de direitos humanos que tratam sobre o tema, além de implementar diversos instrumentos para institucionalizar o combate ao crime como uma política de Estado (ONU, 2016).

Assim, discutir o trabalho escravo na contemporaneidade, suas modalidades e estratégias de erradicação são desafios do cenário atual, especialmente em se tratando de Brasil, lócus do referido estudo. Haja vista o combate ao trabalho escravo no país tem como sustentáculo o tripé da impunidade, ganância e pobreza que refletem a desigualdade social contexto esse que torna o ambiente favorável ao recrudescimento ou ao ressurgimento de condutas de exploração. O que nos instiga a melhor compreender o trabalho escravo no Brasil e o tratamento legal a ele dispensado.

## APARATO NORMATIVO PARA O COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO NO ÂMBITO INTERNACIONAL E NACIONAL SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO DO TRABALHO

A apresentação das primeiras manifestações do trabalho escravo fez surgir efeitos que impactaram a sociedade o que resultou em pressões para que essa modalidade criminosa de trabalho fosse reconhecida no âmbito nacional concomitante a elaboração de medidas efetivas para se combater o trabalho escravo contemporâneo. O que requer destacar os dispositivos legais, tanto no âmbito internacional quanto nacionais. Nessa perspectiva, há muito o trabalho escravo vem sendo alvo de discussões nos diversos segmentos, desde o âmbito internacional e regional, como salienta Delacampagna (2013, p. 215-216 *apud* ANTONIO REMEDIO 2014):

“A Carta das Nações Unidas de 1945, a Declaração Universal dos Direitos do Homem adotada pela ONU em 1948, a Convenção Relativa à Escravatura assinada em Genebra em 1926 e emendada pelo Protocolo assinado na sede da ONU em 1953, a Convenção suplementar relativa à abolição da escravatura, do tráfico de escravos e das instituições e práticas análogas à escravatura, assinada em Genebra em 1956, a Convenção sobre a abolição do trabalho forçado adotada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho em 1930 e a Convenção sobre a abolição do trabalho forçado adotada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho em 1957 são alguns dos instrumentos internacionais editados visando ao combate do trabalho forçado ou trabalho escravo.”

Assim, delongando sobre tais medidas, infere-se que no âmbito internacional a busca pela erradicação do trabalho escravo teve por marco a assinatura, no dia 25 de setembro de 1926, da Convenção Sobre a Escravatura, na qual dentre as disposições estabeleceu em seu artigo primeiro que: “1º A escravidão é o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem, total ou parcialmente, os atributos do direito de propriedade” (OIT, 2010, p. 14). Dando sequência ao debate, a Organização das Nações Unidas, sucessora da Sociedade de Nações, acoplou tal convenção em seus textos jurídicos norteadores.

Anos mais tarde, na década de trinta, durante a realização da décima quarta reunião do Conselho de Administração do Secretariado da Organização Internacional do Trabalho, foi sistematizada a Convenção n.º 29, intitulada como a Convenção sobre o Trabalho Forçado, cujo objetivo era fomentar que os Estados parte se unissem em prol do comprometimento de “abolir a utilização do trabalho forçado ou obrigatório, em todas as suas formas, no mais breve espaço de tempo possível” (OIT, 2010, p. 14).

Diante disso, nota-se que a conceituação do trabalho escravo fundamenta-se em duas categorias basilares, sendo a primeira a existência da ameaça de punição e a segunda a ausência

de consentimento. Quanto ao primeiro elemento, a punição, pode assumir diferentes formas de manifestação como: retenção dos pertences, confinamento, violência, não pagamento de salários, dentre outras formas.

Especificamente, no que cerne ao não pagamento dos salários uma das mais corriqueiras formas de manifestação com a tentativa de proteção aos salários ano de 1949 foi realizada a Convenção Internacional dos Salários, posteriormente, aprovada pelo Decreto Legislativo n.º 20, de 30 de abril de 1965, pelo Congresso Nacional, ratificada em 18 de junho de 1965 que estabeleceu que os salários deveriam ser pagos na sua integralidade e regular de modo que proporcionem ao trabalhador a liberdade de deixar o trabalho quando assim quiser (BRASIL, 1965).

Já quanto a essa segunda categoria, o consentimento, há de se destacar que essa deve ser observada de um modo subjetivo, a depender do contexto, visto que, no caso brasileiro os trabalhadores dirigem-se de modo voluntário para a realização do trabalho, pois foram enganados pelas falsas promessas. Tal questão foi ratificada no ano de 2007 ao estabelecer que: “ainda que um trabalho resulte de um acordo livremente estabelecido, as circunstâncias que envolvem o trabalho podem invalidar o consentimento. O direito dos trabalhadores à escolha de um emprego é inalienável” (OIT, 2010, p. 37).

Assim, com a tentativa de coibir tais práticas, foi realizada complementarmente no ano de 1930 a Convenção 105 da OIT, agrupando a Convenção de número 29, também do ano de 1930, que estabelecerá como um dever dos Estados signatários certificarem-se de que as penalidades previstas em seus ordenamentos jurídicos nacionais fossem devidamente cumpridas. E que assim, sejam efetivamente aplicáveis àqueles que infringem as normas, ao elencar que: “a imposição ilegal de trabalho forçado ou obrigatório será passível de sanções penais e todo País-membro que ratificar esta Convenção terá a obrigação de assegurar que as sanções impostas por lei sejam realmente adequadas e rigorosamente cumpridas” (OIT, 2010, p. 18).

Paralelamente, ainda no âmbito internacional, o Pacto de São José da Costa Rica que também prevê proteções específicas, ao proibir a escravidão e a servidão, conforme previsto no artigo a seguir:

Art. 6.º a) ninguém poderá ser submetido à escravidão ou servidão e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas;

b) ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório.

Art. 7.º: 1) Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais;

7) Ninguém deve ser detido por dívidas; (OIT, 2010. p. 12).

Coadunando de tal entendimento e apontando a discussão do trabalho escravo especificamente no ordenamento jurídico brasileiro, Mourad (2015, p.50) assevera que:

“A referência aos dois sistemas de proteção aos direitos humanos, no que diz respeito à proibição do trabalho forçado - identificado como escravidão contemporânea no ordenamento jurídico brasileiro - faz da violação da matéria uma violação dos pressupostos da dignidade do ser humano, havendo ainda um conjunto de direitos humanos direcionado aos trabalhadores, como é o caso do trabalho decente, regulamentado na Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho, adotada na 86ª Sessão da Conferência Internacional do Trabalho, ocorrida no ano de 1998, que listou o que a bibliografia especializada denomina de direitos mínimos do ser humano trabalhador”.

Assim, elenca o referido autor, procurador Regional do Trabalho lotado na PRT/8.ª Região, que negar a existência do trabalho escravo, é negar os Direitos Humanos do trabalhador e com isso ir contra aos princípios básicos que regem a dignidade da pessoa humana, como afirmado pela OIT e ratificado pela ONU, “em todas partes y para todos, *el trabajo decente es un medio para garantizar la dignidad humana*” (BRITO FILHO, 2006, p. 128).

No que cerne ao combate e busca pela erradicação do trabalho análogo a escravo, o Brasil tem concentrado importantes esforços, especialmente no que tange à sua participação na maior parte dos supracitados instrumentos internacionais e regionais com esse fim. Fato é que o ordenamento jurídico brasileiro é abarcado por diversas normas que almejam o combate ao trabalho forçado ou trabalho escravo. Como a basilar Constituição Federal de 1988, que de forma direta e indireta proíbe a prática do trabalho escravo no Brasil nos seguintes dispositivos sendo eles: art. 1º, II, III e IV; art. 3º, I, III e IV; art. 4º, II; art. 5º, III; art. 7º, XXII, XXVIII; art. 170, III; art. 186, III e IV; art. 193; e art. 243.

Vale destacar que o supracitado art. 243 da Constituição Federal de 1988 atrelada a recente redação posta pela EC 81/2014, como forma de estímulo e sanção prevê que as propriedades na qual forem localizadas qualquer que seja a prática de exploração de trabalho escravo, sejam elas do meio rural ou urbano, terão as suas propriedades expropriadas e destinadas a reforma agrária e a programas habitacionais de cunho popular. Paralelo a isso, responderá penalmente o proprietário e/ou responsável pelo crime “redução à condição análoga à de escravo” (REMEDIO, 2015, p. 688).

Quanto a essa nomenclatura, “redução a condição análoga à de escravo”, preocupou-se o então Código Penal brasileiro, por tipificá-lo como uma espécie de crime conforme estabelecido em seu art. 149 e § 1º, incisos I e II, redação dada pela Lei n. 10.803/2003.

Chama-se ao fato que o primeiro instrumento firmado no Brasil em prol erradicação do tráfico de pessoas, e conseqüentemente ao trabalho escravo, ocorreu em 1959, através da Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio promulgado mediante o Decreto n.º 46.981, de 08 de outubro de 1959 (BRASIL, 1959). Assim, respaldada pelo contexto local de trabalhadores escravizados, nos anos seguintes foi estabelecido pela Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano ou Declaração de Estocolmo, de 1972, que: “O homem tem o direito

fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequadas num meio ambiente de tal qualidade que lhe permita levar uma vida digna de gozar do bem-estar”, em razão da grande incidência de trabalhadores escravizados em área de proteção ambiental.

Nessa perspectiva, vale destacar que a Declaração dos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho é resultado da 86.ª Conferência Internacional do Trabalho que ocorreu no ano de 1998 que conceituou o trabalho decente, e que influenciou todo o nosso ordenamento jurídico brasileiro (BELISÁRIO, 2005).

No entanto, na perspectiva do Direito do Trabalho a proteção aos trabalhos submetidos a esse regime de exploração passou a ser mais bem notada em meados dos anos de 1920, a qual coube à constituição de 1934 abordar em seus artigos essa matéria. Nessa feita, constata-se que foi no ano de 1926, através da reforma constitucional que pela primeira vez o legislador constituinte fez expressa menção ao Direito do Trabalho como um ramo específico do direito. Na qual, por consequência, a Constituição de 1937 em seu capítulo da Ordem Econômica, positivou uma série de direitos trabalhistas dispostos nos artigos 135 até 140 (BRASIL, 1937).

Assim, o ápice da incorporação do Direito do Trabalho aos preceitos constitucionais se deu na Constituição de 1946 que abarcou os direitos estabelecidos na Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Complementarmente, a Constituição de 1988 trouxe em seu texto um aparato de direitos fundamentais (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, o cerne da questão paira em torno da submissão do trabalhador a situações degradantes enquadrando-o o análogo a escravo, assim compreende-se degradante a atividade laborativa que se estenda a mais oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais conforme previsto no art. 7º, XIII, XIV e XVI, da CRFB/88 sem a devida recompensação remuneratória pelas horas trabalhadas.

Vale destacar que é possível que ocorra a sobrejornada, desde que essa seja paga sob forma de adicional com no mínimo, 50% sobre a hora normal de trabalho não podendo se estender ao máximo de duas horas diárias da carga horária de trabalho. Quantas horas extras trabalhadas dispõe a Constituição Federal em seu art. 7º, XIII em consonância ao art. 59 da CLT que podem ser essas compensadas mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho, o que dessa forma, afastaria a necessidade do pagamento do respectivo adicional. Tais percepções e compreensões das referidas normas constitucionais e trabalhistas, nos levam a identificar o quão a prática do trabalho escravo desrespeita as referidas normas, ao passo que viola uma série de princípios como a dignidade humana (CATTANI, 1996).



## DIREITO DO TRABALHO: PARADOXOS, AVANÇOS E DESAFIOS FRENTE AO TRABALHO ESCRAVO E A REFORMA TRABALHISTA.

Para se caracterizar um trabalho como degradante e enquadrá-lo a um labor análogo a escravo devem ser observados uma série de princípios e requisitos que lesem e diminuem os direitos trabalhistas. Assim, a mera exploração da jornada de trabalho por si só não é o suficiente para caracterizar um trabalho como degradante, tampouco a não observância ao descanso semanal remunerado, direito esse previsto no art. 7º, XV e XVII da CRFB/88, cujo objetivo é a primazia pela saúde do trabalhador mediante o convívio social e em família. Assim, diante da importância do descanso semanal ao trabalhador para o convívio em sociedade e saúde do mesmo o não respeito a esse direito pode vir a ser um dos fatores caracterizantes para uma atividade laborativa degradante (BRASIL, 1988).

Miraglia & Fineli (2014, p.51) ressalta que “a mera inadimplência dos direitos trabalhistas não caracteriza o trabalho em condições degradantes, sendo indispensável haver reiteração da conduta, de modo que seja evidente a violação dos direitos fundamentais mínimos do trabalhador”. Assim, tanto com base nos doutrinadores, dispositivos legais bem como decisões jurisprudenciais, pode-se constatar que, majoritariamente, requisitos isolados não podem ser caracterizados como trabalho análogo a escravo, como no caso em tela que apresenta a jornada exaustiva.

Logo, o dano tem de ter fundamento legal, assim faz-se necessário que esse tipo de jornada resulte em prejuízo à saúde e higidez física e mental do trabalhador. Desse modo, complementa Miraglia&Fineli (2014, p.54) que é um tanto quanto forçoso concluir que “a configuração da jornada extenuante, assim como os demais elementos do trabalho em condições análogas à de escravo, deve ser analisada e construída diante da situação fática”.

Nesse entendimento de superexploração, estabelece o Ministério do Trabalho e Emprego em seu Manual de Combate ao Trabalho em Condições Análogas às de Escravo que “as condições degradantes de trabalho tem se revelado uma das formas contemporâneas de escravidão, pois retiram do trabalhador, os direitos mais fundamentais” (BRASIL, 2012). Ou seja, o respeito à vida mediante a garantia da integridade física e moral do ser humano, na qual as condições mínimas para uma existência digna não forem garantidas.

Ao passo que o Direito do Trabalho, por se tratar de um Direito Social, ramo que segundo Moraes Filho (2003) se caracteriza como verdadeiras liberdades positivadas fundamentais ao homem, e que, portanto, devem ser observadas por um Estado Social de Direito, visto que, o seu objetivo é proporcionar a qualidade de vida aos hipossuficientes firmado na igualdade social que envolve a abrangência dos direitos trabalhistas e das normas principiológicas a ele inerentes ( PEREIRA, 2008).

Nesse prisma, para que tais direitos sejam garantidos aos indivíduos, faz-se necessária a





garantia dos direitos sociais e econômicos e fundamentais a uma vida digna do trabalhador. Diante disso, por se compreender o trabalho como um meio de subsistência do indivíduo trata-se de bem a ser resguardado pelo Estado que, nas relações entre empregado e empregadores, esse último é quem estabelece os critérios do contrato cabendo aos empregados à submissão (RODRÍGUEZ, 2015). Assim, a constituição federal estabelece em seu texto legal, em seu artigo 7º, normativas básicas aos trabalhadores, abarcando desde o empregado no meio rural, o avulso, o doméstico e o servidor público. *Verbis*:

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

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais que o salário normal (BRASIL, 1988).

Salienta-se que se trata de normas imperativas, portanto, não podem ser flexibilizadas, cabendo ao empregador ter como fundamento a dignidade do trabalhador (BRASIL, 1988).

Nessa perspectiva, tratando especificamente da jornada de trabalho do trabalhador, uma dos requisitos e características do trabalho escravo, Belisário (*apud* OIT 2007, p. 93) aduz que “a jornada de trabalho não pode ser majorada além do máximo previsto pela lei através apenas da simples vontade das partes (da parte), tendo por fundamento a dignidade do trabalhador, além de possuir características de natureza biológica, social e econômica”. Na qual a exceção constitucional quanto à ampliação da jornada de trabalho do trabalhador se refere a duas horas extras com acréscimo de 50% do valor do trabalho de acordo com o inc. XVI: “a remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal” (BRASIL, 1988).

De modo complementar, a CRFB/88, também, protege, especificamente, outro direito do trabalhador, o salário, requisito indispensável à dignidade humana e de natureza alimentar em seu art. 7º ao tratar do salário mínimo, piso salário, irredutibilidade do salário, décimo terceiro salário, dentre outras garantias nessa laçada. (E.C. nº. 20/98, DOU de 16.12.98).

Nota-se que nos locais onde existe a prática do trabalho escravo, seja por dívida e ou forçado,



paralelamente, inexistente a observância aos direitos supracitados. Uma vez que, nas referidas de escravidão o trabalhador não recebe o que lhe é devido. Diante disso, com a finalidade de coibir tal prática e de garantir o bem estar social, a qualidade de vida e a produtividade, a proteção constitucional positiva as obrigações do Estado através de normas que regulam o meio ambiente do trabalho, conforme estabelece os arts. 154 a 2017 da CLT (BRASIL, 1943).

Observa-se a relevância do Direito do Trabalho como uma norma jurídica que disciplina as relações de trabalho, especificamente, na proteção aos trabalhadores submetidos a regime de superexploração. Na qual o desafio desse ramo do direito é o de que sejam expostas as necessidades e reivindicações pela manutenção da sua dignidade no ambiente de trabalho “dignidade perante todo o grupo social, transformando o valor dignidade humana do trabalhador um elemento chave mesmo em uma sociedade tipicamente capitalista (ou seja, que se baseia, entre outros fatores, na exploração do trabalho humano)” (PEREIRA, 2008, p.21).

Ante ao exposto, salienta-se que quanto à proteção do trabalhador, no âmbito nacional, a sua origem deu-se antes mesmo da efetivação dos Direitos Fundamentais no ordenamento jurídico internacional. Haja vista que a consolidação das Leis Trabalhistas, foi um resultado de gradativos processos evolutivos no Brasil associados às necessidades do trabalhador, conforme discorrido nos tópicos anteriores, através da CLT instituto que garantiu maior proteção e individualização do trabalhador a partir de 1943. Direitos esses reforçados pela Constituição Federal de 1988, bem como por diversas outras legislações complementares. Nessa alçada o princípio à proteção, pode ser observado tanto no âmbito do Direito Formal do Trabalho quanto no âmbito do Direito Material, conforme pode ser observado em seu art. 8º da CLT.

No entanto, o atual momento que perpassa o direito do trabalho brasileiro, especialmente, quanto ao princípio balizar da proteção ao trabalhador, encontra-se em crise, em virtude das interpretações oriundas da reforma trabalhista que, em sua maioria, resultam na mitigação de direitos. Seguindo esse entendimento, expõe Maria Harms (2017) sua inquietude e preocupação acerca das constantes reformas<sup>3</sup> que o Brasil vem, constantemente, passando elenca a supracitada autora que se têm reformado, apenas por reformar “sem que haja um projeto de longo prazo e sem a construção de um pensamento nacional capaz de unir e de alcançar ética e respeito mútuo, valores que atualmente parecem conversa de lunáticos” (HARMS, 2017, p.4).

---

3 Nominada “reforma permanente” a autora Maria Harms faz uma pertinente crítica acerca da segurança jurídica em virtude das constantes reformas a qual o ordenamento jurídico perpassa, pois não somente pelo legislador, como também pela concretização dos direitos, representados pela magistratura que em raridade conseguem sedimentar a jurisprudência de forma duradoura, causando uma insegurança jurídica. Especialmente no caso em tela, no campo das relações trabalhistas, outubro de 2017, sem que houvesse tempo hábil de minimamente ajustar ou estudar as propostas do governo.



Fato é que o que se observou no final do ano de 2017 foi à aceitação do Senado Federal a um acordo paradoxal que concordou uma gama de artigos, em sua maioria, reprováveis na alçada do Direito do Trabalho, sob a alegação de que em seguida os mesmos seriam reformulados pela Presidência da República nota-se “a reforma da reforma”, através de mediante provisória. Ademais, pode-se constatar que na Reforma Trabalhista o tempo de descanso a qual as novas legislações são submetidas, ou seja, o período de materialização e aplicabilidade desta que em via de regra respeita a margem de um ano, conforme ocorreu com o Código Civil em 2002 e o Processo Civil em 2015 – no entanto, não foi respeitado na reforma trabalhista, visto que foi concedido o decurso de apenas 120 dias para que a sociedade assim acostumasse a ela.

Nessa alçada, a flexibilização das leis trabalhistas, mediante reforma, fundamentou-se no fato de que a última alteração havia ocorrida ainda 1943 (CLT). No entanto, tal afirmativa não procede com os fatos ocorridos, na qual se olvidou diversos ganhos na esfera trabalhista, como: o regime do fundo de garantia de 1967; o vale-transporte de 1985; dos direitos resguardados pela Constituição Federal de 1988; das horas e o trabalho parcial datado da reforma de 1998; a Lei do Aprendiz dos anos 2000; a desoneração dos encargos trabalhistas de 2001; alterações da Justiça do Trabalho no ano de 2004; as relações sindicais de 2008; do trabalho feminino e suas conquistas que perpassaram os anos de 2012 e 2016; além das alterações no contrato de trabalho de profissões específicas como portuários, motoristas, trabalho doméstico, das gorjetas e da terceirização que perpassaram os anos de 2012 a 2017 (FILHO,2017).

Quanto à flexibilização das leis trabalhistas e seus abrandamentos, salienta Santos (2008) que:

“Num primeiro momento, não há como tratar das tentativas de modificação do texto consolidado sem trazer à tona a já desgastada discussão acerca da flexibilização das leis trabalhistas. Um nome pomposo para um conceito simples. De acordo com o Dicionário Aurélio, flexibilizar é “tornar flexível”, que, por sua vez, é algo “que se pode dobrar ou curvar, arqueável, vergável, flexo”. Ao pretender flexibilizar as normas trabalhistas, busca-se possibilitar que os direitos por ela trazidos sejam “dobráveis”, “moldáveis” aos interesses das partes.” (SANTOS, 2008, p.2).

Há de se destacar que flexibilizar faz-se necessário ao ordenamento jurídico, visto que o Direito e suas normas não devem ser estáticos, mas sim dinâmicos diante das transformações e necessidades da sociedade e, com isso devem cumprir a sua função social de resultar em melhores soluções constantes à sociedade. No entanto, as mudanças no campo jurídico não podem desrespeitar os princípios e garantidas já adquiridas. Nessa espreita, em se tratando de trabalho análogo a escravo e da precarização do trabalho nessa modalidade criminosa de labor, destaca-se a importância de se solidificar os direitos e garantias fundamentais na perspectiva do Direito do Trabalho e dos Direitos Humanos “sob o pano da flexibilização do direito do trabalho, mascare-se a tentativa de esmagar direitos há muito adquiridos” (ANTUNES, 2016).



Quanto a isso, complementa Andréa Marin dos Santos ao lembrar os dizeres de Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante que:

“A flexibilização não pode ser vista como possível pela simples substituição da tutela legal pela sindical. Porém, é razoável, mesmo mantendo-se a tutela legal imposta pelo Estado, outros critérios de fontes, através das negociações coletivas e que representam avanços para as classes trabalhadoras. Deve ser valorizada a flexibilização como avanço no trato das relações trabalhistas, mas não se pode negar a necessidade de manutenção de direitos que foram alcançados após décadas de lutas”. Esse posicionamento é defendido por tantos outros grandes doutrinadores brasileiros.”

Vale destacar que em análise a conjuntura econômica, política e social na qual se deu a reforma trabalhista, tem um momento emblemático, visto a quantidade de desempregado e subempregos<sup>4</sup> registrados no Brasil. Contexto esse, de fragilidade governamental em que o número de pessoas sem emprego é alarmante, sendo quase 50 milhões de pessoas que representam, aproximadamente, 35% da força de trabalho do país. Complementarmente, dispõe o Anuário Estatístico do ILAESE que “esse índice é quase quatro vezes superior aos números oficiais do desemprego indicados pela PNAD-IBGE” (ANUÁRIO, 2017). Além disso, relembra-se o fato de que conforme visto nos tópicos anteriores são esses os indivíduos vulneráveis social e economicamente os mais propícios ao aliciamento do trabalho análogo a escravo.

Resta evidente na necessidade dos Direitos Trabalhistas serem atualizados, nessa feita adveio a Medida Provisória de nº808, em novembro de 2017, a qual alterou dezessete artigos mediante a Lei 13.467/2017, sendo essa aplicável integralmente aos contratos laborais, vigente e com isso fez surgir várias mudanças que perpassam desde o âmbito do direito individual, coletivo, processo do trabalho até no trato jurisprudencial e dos tribunais a respeito do Direito do Trabalho. No entanto, indaga-se que tais alterações, através da referida legislação, estaria mitigando o princípio basilar do Direito do Trabalho, o da proteção ao trabalhador (BRASIL, 2017).

Significativas alterações ocorreram em diversos temas, podendo-se destacar os seguintes Banco de Horas; Contribuição Sindical; Convenções e Acordo Coletivos; Danos Morais; Demissão sem justa Causa (acordo entre as partes); Férias; Gravidez / Insalubridade; Horas Extras; Intervalo Intrajornada. Assim, é possível inferir que A Lei 13.467/2017, altera mais de uma centena de temas abordados pela CLT e resultaram várias mudanças que afetam as relações entre empregado

---

4 Entende-se por subemprego nesse contexto a definição dada pela Revista Anuário (2017, p.8) “os subempregados se aproximam muito mais dos trabalhadores sem emprego. Em sua quase totalidade, os subempregados estão submetidos a trabalhos informais, irregulares e de baixa remuneração. Além disso, constituem uma massa disponível a ingressar no mercado de trabalho formal na medida que existem oportunidades” E é diante dessa definição que associa-se essa temática ao trabalho escravo visto que essa grande massa de força de trabalho “disponível” é facilmente aliciada e submetida a regimes de exploração e por conseguinte ao trabalho análogo a escravo.



e empregador, outras que abrangem as relações sindicais e questões judiciais decorrentes de reclamações trabalhistas.

No entanto, há de se destacar que as alterações que perpassam a nominada reforma trabalhista, pairam no campo da lei ordinária e não na esfera constitucional, a qual permaneceu inalterada. Eis que, em se tratando do trabalho análogo a escravo no Brasil e em virtude das limitações da vigente legislação trabalhista, faz-se necessária a sua ampliação e na não mitigação de direitos. Assim, salienta Homero Batista Silva que “a ótica da mitigação da proteção do trabalhador é sem sobra de dúvida um elemento que aperfeiçoa este silogismo jurídico-constitucional, já que a inflexibilidade da proteção do trabalhador inviabiliza a harmonia entre esta mesma proteção e a livre iniciativa” (SILVA, 2017).

Nessa baila, a mitigação da proteção ora disposta, trata-se de um elemento relevante para se reaver a perdida equidade entre as partes, trabalhador e empregado, dentro da ceara trabalhista, e com isso no almejado retorno da estabilidade da ordem econômica e financeira.

Robortella (2005, p. 94) fundamenta:

“O novo protecionismo deve atender a fenômenos complexos como precarização, trabalho informal, cooperativismo, tecnologia, desemprego estrutural, trabalho infantil, discriminação, migração de mão-de-obra etc. O Direito do Trabalho precisa ampliar seus horizontes, ocupando-se de proteger o trabalhador e, ao mesmo tempo, estimular o investimento produtivo.”

Assim, moldá-los às necessidades de cada categoria ou cada trabalhador é louvável, porém seu desvirtuamento é um desrespeito às incansáveis lutas travadas ao longo dos séculos para que os trabalhadores não ocupem, jamais, a condição análoga a de escravos. Com isso, a Reforma Trabalhista deve primar pela evolução do direito do trabalho, a fim de adequá-lo às novas situações que surgem constantemente nas relações trabalhistas. Porém, essa reforma não pode, jamais, dar azo à mitigação de direitos.

Ademais, a flexibilização das normas trabalhistas deve ter por escopo, sempre, a adequação de seu conteúdo a realidade fática das relações empregatícias, de modo a abranger e solucionar possíveis situações de conflito e não a mitigação de direitos trabalhistas sob o mote do negociado sobre o legislado.

Diante disso, retoma-se a Declaração de Direitos Humanos em seu artigo XXIII, documento esse que influenciou fortemente a formação da CLT de 1948, que assim deixa cristalino que todo o ser humano tem o direito de escolher o emprego de forma justa, satisfatória, garantidas a dignidade da pessoa humana e sindicalização. Entretanto, a alterações provenientes da reforma trabalhistas apesar de não tratar diretamente acerca do trabalho escravo, constata-se o seu regramento mediante



o prejuízo a erradicação da prática em virtude da terceirização e da contratação de autônomos de forma irrestrita além da possibilidade de ampliação da jornada de trabalho em detrimento da redução das horas de descanso (REPORTER BRASIL, 2017).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Seria uma falácia não reconhecer os avanços que pairam a busca pela erradicação do trabalho análogo a escravo no Brasil, especialmente, em se tratando que nesse vigente ano, 13 de maio de 2018, completaram-se 130 da Lei Áurea no Brasil. O que releva em importância a pertinência do debate ao tema.

Ademais, puderam-se contatar, ao longo do trabalho, as alterações no modo de repressão e conceituação do crime, da sua sistematização e no aumento de fiscalizações da prática do trabalho escravo atrelado a conscientização possível pelos recursos midiáticos em consonância aos aparatos legislativos e normativos. Nessa feita, destaca-se o aumento das sanções econômicas e também do agente fiscalização por parte da própria sociedade mediante a busca pelo maior controle das empresas e empregadores que ainda perpetuam esse crime, através da instrumentais, como, por exemplo a “lista suja”.

No entanto, para que haja superação do problema faz-se necessário identificar o trabalho escravo contemporâneo no Brasil como reflexo de questões sociais, tais como a distribuição de terras e riquezas, a precariedade de postos de trabalho, questões políticas, ideológicas e econômicas que, assim exercem a função de entraves a sua erradicação.

Assim, diante da complexidade que paira o trabalho escravo no Brasil, chama-se a baila o Direito do Trabalho e das suas relações laborais, econômicas e sociais consoantes a eficácia das normas que o regem, ou deveriam assim fazê-lo tendo por fim resguardar o trabalhador na sua integralidade em seus direitos fundamentais e não mitigá-los, como assim o fez a Reforma Trabalhista.

Diante disso, chamam-se na necessidade do Direito do Trabalho de ampliar os seus horizontes e, com isso, manter o desafio do equilíbrio entre a proteção do trabalhador e do estímulo a produtividade. Tendo em vista que, compreende-se o protecionismo na alçada laboral como o dever de atender aos fenômenos mais complexos que perpassam a sociedade que vão desde a precarização; trabalho informal; desemprego estrutural; discriminação, dentre outros que perpassam as modalidades laborais, em especial o trabalho análogo a escravo. Carecendo esse de maior e constante segurança jurídica na perspectiva do Direito do Trabalho.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, R. **Os sentidos do trabalho**: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2004.

ANUÁRIO Estatístico da ILAESE: **Trabalho & Exploração**. V.1, nº01, setembro, 2017.

Apaz, Camila Bertelli. **Trabalho em condições análogas a de escravo contemporâneo**. Universidade Tuiuti do Paraná. Curitiba, 2014. 55p.

BELISÁRIO, Luiz Guilherme. **A redução de trabalhadores rurais à condição análoga à de escravo**: um problema de direito penal trabalhista. São Paulo: LTr, 2005.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ, 1937.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 235 p

BRASIL. CLT: **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Org. Renato Saraiva. 21 ed. Ver. E atual. – Salvador: Juspodim, 2018. BRASIL Ministério do Trabalho e Emprego. **Manual de Combate ao Trabalho em Condições Análogas às de Escravo**. Brasília. 2012.

BRASIL, **LEI Nº 13.467 DE 13 DE JUNHO DE 2017**. Brasília, DF, 13 de julho de 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm). Acesso em: 25 de janeiro de 2018.

BRASIL, **Decreto n.º 46.981, de 08 de outubro de 1959**. Brasília: Senado Federal, 1959. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/legislacao/DetalhaSigen.action?id=535195>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2018.

BRASIL. **Decreto Legislativo n.º 20**. Brasília: Senado Federal, 1965. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/52762>. Acesso em 15 de fevereiro de 2018.

BRAGA, e outros. **Trabalho de Grupo 1B Formas contemporâneas de trabalho escravo**. São Paulo: PPGD, 2015. 164p.

BOMFIM, Vólia. **Direito do trabalho**. 14ª. ed.rev, atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2017.

BRITO, Filho, José C. **Trabalho Escravo contemporâneo**: o desafio de superar a negação. São Paulo: LTr, 2006.

CATTANI, A. D. **Trabalho e autonomia**. Petropolis: Vozes, 1996.

DELACAMPAGNE, C. **História da escravatura**. Tradução Pedro Elói Duarte. Lisboa: Texto & Grafia. 2013.

**Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: < <http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf> > Acesso em 17/01/2018.

ESTERCI, N. **Escravos da desigualdade**: um estudo sobre o uso repressivo da força de trabalho hoje



[online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008. 104 p. ISBN: 978-85-99662-61-8. Available from SciELO Books .

FILHO, Teieira; ANTONIO Manoel. **O processo do trabalho e a reforma trabalhista**: as alterações introduzidas no processo do trabalho pela Lei n.13.467/2017 – São Paulo: LTr, 2017.

FÓRUM SOCIAL MUNDIAL. 2003 (2003 jan. 25: Porto Alegre, RS) **Anais da oficina trabalho escravo**: uma chaga aberta. -- Brasília : OIT, 2003. 94 p.

GEBRIN, Luciana Maibashi Gebrim Gebrin. **O crime de redução à condição análoga à escravo no Brasil**: desafios (de) coloniais. São Paulo: PPGD, 2015.

GORENDER, Jacob. **O escravismo colonial**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Ática, 1985. p. 101 G1 <https://g1.globo.com/economia/noticia/n-de-operacoes-contratrabalhoescravo-cai-235-em-1-ano-total-de-resgatados-e-o-menor-desde-1998.ghtml> Acesso em: 25 de março de 2018.

NASSER, Raquel Gomide. **Trabalho escravo no Brasil**: as estratégias de comunicação da organização internacional do trabalho. Brasília, 2008. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/2051/2/20561819.pdf>. Acesso em: 25 de janeiro de 2018.

MARTINS, José de Souza. **A escravidão nos dias de hoje e as ciladas da interpretação**. In: TRABALHO escravo no Brasil contemporâneo. São Paulo: Loyola, 1999a. p.127-164.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MATOS, Claudia. **Acertei no milhar**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **Trabalho escravo contemporâneo**: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. 2ª ed. São Paulo, 2015.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira & FINELLI, Lília Carvalho. **TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS AO DE ESCRAVO: A POLÊMICA QUESTÃO DA JORNADA EXTENUANTE**. RJ: 2014. Disponível em: <http://www.franca.unesp.br/Home/Pos-graduacao/Direito/e-book-gt1b-final.pdf>. Acesso em: 10 de janeiro de 2018.

MOURAD, Leonice Aparecida de Fátima Alves Pereira. **O Trabalho escravo e a ocorrência da escravidão rural contemporânea no Rio Grande do Sul**. Dissertação de Mestrado: Universidade Federal de Santa Maria, RS, 2015.

MORAES FILHO, Evaristo de. **Introdução do Direito do Trabalho**. São Paulo, LTr, 2003.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

OIT, **Organização Internacional do Trabalho**: Escritório do Brasil. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 10 de janeiro de 2018.

PASCO, Mario. **Fundamentos do Direito Processual do Trabalho**. São Paulo. LTR. 1997.

PEREIRA, Luciana Francisco. **O direito do trabalho e o princípio protetivo da dignidade do trabalho**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 59, out 2008. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=5067](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5067). Acesso em maio 2018.



PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de Direito Individual do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2003.

PINTO E SILVA, Otávio. **A Nova Face do Direito do Trabalho**: Tecnologia, desemprego, Trabalho Autônomo e Trabalho Informal. Revista do Advogado, Ano XXV, nº 82. São Paulo: AASP - Associação dos Advogados de São Paulo, 2005.

RODRÍGUEZ, Américo Plá. **Princípios do trabalho**: fac-similada – São Paulo: Ltr, 2015.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. **Idéias para a Reforma da Legislação do Trabalho**. Revista do Advogado, Ano XXV, nº 82. São Paulo: AASP - Associação dos Advogados de São Paulo, 2005.

SACHIAVI, Mauro. **Manual de Direito processual do trabalho**: de acordo com a reforma trabalhista 13 ed. São Paulo: LTr, 2018.

SANTOS, Andréa Marin dos. **A reforma trabalhista**: garantia ou mitigação de direitos? BuscaLegis. ccj.ufsc.br 2008. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/23395-23398-1-PB.pdf>. Acesso em: 11 de janeiro de 2018.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à Reforma Trabalhista**. Análise da lei 13.467/2017 - artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

REMEDIO, J. A. **Direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2015.

REPÓRTER BRASIL. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/>. Acesso em: 10 de janeiro de 2018.

SAKAMOTO, L. M. (Coord.). **Trabalho escravo no Brasil do século XXI**. Brasília: OIT, 2006. Relatório técnico.

SUTTON, Alysson. **Trabalho escravo**: um elo na cadeia da modernização no Brasil de hoje. São Paulo: Loyola, 1994.

UMBELINO, Margareth Estrela. **Trabalho escravo contemporâneo**: exploração do trabalho rural em Goiás. / Margareth Estrela Umbelino. – Goiânia, 2014.

VIANA, Márcio Túlio. **Trabalho escravo e “lista suja”**: modo original de se remover uma mancha. Possibilidades Jurídicas de combate à escravidão contemporânea. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2007, p. 44.



# DISPENSA DE LICITAÇÃO EM CASOS DE EMERGÊNCIA “FABRICADA”

*Valdeci Ataíde Capua<sup>1</sup>*

## RESUMO

O presente artigo terá como estudo a contratação direta por verificação da chamada emergência “fabricada”, que ocorre por desídia ou má gestão do administrador público. Quando se trata de dispensa de licitação por situações de emergências, tem-se em mente que a demora para se realizar o procedimento de licitação pode acarretar sérios prejuízos ao erário e a sociedade, assim, o procedimento licitatório seria incompatível com a urgência clamada pela situação de risco. No entanto existem os casos de emergência fabricada, que ocorre por desídia ou má gestão do administrador público, gerando assim a necessidade de contratação direta pela administração pública para atender de imediato a certos interesses sociais. Dessa forma busca-se com o este estudo demonstrar ser tal contratação corriqueira nas contratações das administrações públicas, bem como, demonstrar os possíveis danos que podem ser causados a sociedade pela prática destas, além de analisar a legislação e a jurisprudência sobre o tema e ainda delimitar as formas de responsabilização dos agentes que agiram de forma desidiosa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Emergência fabricada; Licitação; Dispensa.

## RESUMEN

El presente artículo tendrá como estudio la contratación directa por verificación de la llamada emergencia “fabricada”, que ocurre por desidia o mala gestión del administrador público. Cuando se trata de dispensa de licitación por situaciones de emergencias, se tiene en mente que la demora para realizar el procedimiento de licitación puede acarrear serios perjuicios al erario y la sociedad, así, el procedimiento licitatorio sería incompatible con la urgencia clamada por la situación de riesgo. Sin embargo, existen los casos de emergencia fabricada, que ocurre por desidia o mala gestión del administrador público, generando así la necesidad de contratación directa por la administración pública para atender de inmediato a ciertos intereses sociales. De esta forma se busca con este

<sup>1</sup> Mestre em Relações Privadas e Constituição pela Faculdade de Direito de Campos dos Goytacazes-RJ; Pós graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade de Direito de Campos dos Goytacazes-RJ; Pós graduado em Direito Privado pela Faculdade São João Batista; Pós graduado em Direito Previdenciário pelo Instituto Luiz Flávio Gomes; Professor da Faculdade São Carlos – Famesc; Professor da Escola da Magistratura do TJ/ES; Professor de Pós graduação da Faculdade São Camilo; Servidor efetivo do Tribunal de Justiça do TJ/ES, lotado na comarca de Guaçuí-ES.



estudio demostrar ser tal contratación ordinaria en las contrataciones de las administraciones públicas, así como, demostrar los posibles daños que pueden ser causados a la sociedad por la práctica de éstas, además de analizar la legislación y la jurisprudencia sobre el tema y aún delimitar las formas de responsabilización de los agentes que actuaron de forma desidiosa.

**PALABRAS-CLAVE:** Emergencia fabricada; Hacer una oferta; Renuncia.



## INTRODUÇÃO

O presente artigo realiza uma abordagem sobre a contratação direta por verificação da chamada emergência “fabricada”, que ocorre por desídia ou má gestão do administrador público no que diz respeito à sua atuação frente a máquina estatal.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece a necessidade de realização de procedimento licitatório para contratações realizadas pela administração. No entanto, a Carta Magna, no art. 37, XXI, faz ressalvas a exigências de se licitar em casos previstos nas legislações. Nesse contexto, a Lei 8.666/93, nos artigos 17, 24 e 15, estabelece situações onde a contratação pode ser direta. Nessas situações excepcionais permite-se dispensar o procedimento licitatório, em decorrência da supremacia do interesse público

Uma dessas exceções é a possibilidade de contratação direta por emergência, que no caso das contratações, representa uma necessidade de atendimento imediato a certos interesses, nos quais a demora na realização da contratação geraria risco de perda de valores tutelados no ordenamento jurídico. Uma vez que a licitação pressupõe um procedimento demorado, e a sua realização em certos casos poderia gerar um prejuízo significativo aos cofres públicos, onde, por vezes, ocorre que um novo conceito vem ganhando espaço na doutrina quando se trata do tema, que é a “emergência ou urgência fabricada”.

A emergência fabricada revela-se quando a Administração não age no tempo correto, e deixa de tomar as providências necessárias para a realização do procedimento licitatório que era necessário. Ou seja, a Administração deixa de agir com diligência necessária, lhe faltando, dessa forma, um planejamento administrativo eficiente, descumprido a norma, e realizando a contratação direta, resguardando-se em cima da alegação de emergência e do interesse público.

Deve-se se distinguir a real emergência, que resulta do imprevisível, daquela emergência gerada pela inércia administrativa, pois estamos diante de procedimentos esculpidos e estipulados pela legislação ordinária, mais precisamente a Lei 8666/93 e suas diversas atualizações ao longo dos tempos, visando enquadramento nas situações fáticas que porventura ocorrem no cotidiano administrativo.

A questão básica do presente artigo é como se harmonizar a necessidade de regras moralizadoras e a satisfação do interesse público nas contratações diretas fundadas em situações de “emergência fabricada”, pois, ao agirem com desídia, alguns administradores públicos encontram respaldo na necessidade de contratação sob pena de prejuízo aos cofres públicos, ou seja, no interesse público, resultando assim em legitimação de uma conduta ilícita, desvirtuando todo o núcleo básico da Lei que rege o procedimento licitatório, bem como estando dissonante dos princípios elencados na Carta Magna de 1988, visualizados, principalmente, nas iras do artigo 37 do diploma em comento.



O objetivo geral do presente trabalho é analisar a contratação direta por verificação da chamada emergência “fabricada”, que ocorre por desídia ou má gestão do administrador público, e, com isso conseguir responder ao questionamento central do problema, ora apresentado, qual seja, como se harmonizar a satisfação do interesse público nas contratações diretas fundadas em situações de emergência fabricada com a finalidade real da norma de previsão da dispensa por emergência.

## **METODOLOGIA**

A metodologia aplicada neste artigo, é de um estudo jurídico dogmático da doutrina, legislação e jurisprudência, que se deu através de pesquisa de natureza jurídico exploratória. Foi utilizado como método de pesquisa o dedutivo, tendo em vista que se buscará realizar primeiramente um apanhado teórico sobre o tema, para posteriormente se chegar especificamente nos limites da contratação direta por emergências

O tipo de pesquisa adotado, portanto, foi a bibliográfica e documental, através da utilização de materiais doutrinários de autores que abordam o tema, bem como, legislação e jurisprudências sobre o assunto, buscando sempre levantar as possibilidades de contratação direta por emergências, bem como, a forma de se responsabilizar os agentes que causaram este tipo de contratação por negligência.

## **LICITAÇÃO DISPENSÁVEL - ART. 24 DA LEI Nº 8.666/93**

Antes de adentrarmos no tema central do presente artigo, as chamadas emergências fabricadas, faz-se relevante uma breve análise das possibilidades de contratação direta através do processo de dispensa e inexigibilidade da licitação.

Apesar de ser a licitação um procedimento exigido pela norma constitucional, a Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, abre a possibilidade de se dispensar o procedimento licitatório, e se realizar a contratação direta, obviamente, desde que respeitados todos os requisitos legalmente previstos para tal ato. De outro modo, somente a Lei pode autorizar a dispensa, e ela o faz quando o objeto do procedimento licitatório possui certas particularidades que necessitam ser atendidas.

Ressalta-se ainda que a modalidade de licitação não gira unicamente em função do valor econômico da contratação, devendo serem observados ainda a complexibilidade do objeto da licitação, bem como, a sua destinação e urgência da contratação. Tendo em vista, que a licitação se perfaz através de uma relação entre os custos do objeto e seus benefícios.

É entendimento da doutrina que a Constituição adota a licitação como a melhor forma de se produzir uma contratação, sendo essa afirmativa presunção absoluta, por assegurar maior vantagem



a Administração Pública. “Todavia, o art. 37, inciso XXI, da CF limita essa presunção, permitindo a contratação direta sem a realização do certame nas hipóteses ressalvadas na legislação.” (MARINELA, 2015, p.255).

Entende-se por licitação dispensável a permissão concedida pela Constituição de a Administração Pública celebrar contrato direto com o particular. Nos moldes do art. 24, da Lei 8.666/93 elenca um rol de possibilidades que podem ensejar na dispensa do certame licitatório, com fundamento no princípio da Supremacia do Interesse Público, pois existem casos em que a realização de todo o procedimento de licitação seria totalmente inviável ou frustraria os próprios interesses públicos. Se tornando nestes casos o certame um instrumento de sacrifício ao interesse público.

A contratação direta pode ser caracterizada como uma modalidade incompatível com a licitação, principalmente, quando se tem em vista as finalidades para a qual foi concebida, no entanto, o próprio legislador estipula as hipóteses permissivas onde pode ser aplicado o procedimento licitatório simplificado, ao mesmo passo, que determinou as situações onde o regime formal da licitação não precisa incidir.

A lei 8.666/93 permite, portanto, a dispensa e a inexigibilidade da licitação, consoante a presença dos pressupostos e requisitos legais. Assim sempre que for inviável a disputa, o certame será inexigível. Já a dispensa é exigível o certame, no entanto, por vontade do legislador não ocorrerá.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes preceitua que:

“Para que a situação possa implicar dispensa de licitação, deve o fato concreto enquadrar-se no dispositivo legal, preenchendo todos os requisitos. Não é permitido qualquer exercício de criatividade ao administrador, encontrando-se as hipóteses de licitação dispensável previstas expressamente na lei, *numerus clausus*, no jargão jurídico, querendo significar que são aquelas hipóteses que o legislador expressamente indicou que comportam dispensa de licitação.” (FERNANDES, 2008, p. 303)

Ainda sobre o assunto ensina Marinela:

“Ressalte-se, ainda, que a contratação direta, sem a realização de licitação não é sinônimo de contratação informal, não podendo a Administração contratar quem quiser, sem as devidas formalidades, o que é denominado procedimento de justificação, previsto no art. 26 da lei.” (MARINELA, 2015, p.256 )

Assim, sempre que a Administração for se valer da dispensa deve fazê-lo de forma justificada e fundamentada, demonstrando assim a sua conveniência, de modo que revele o devido interesse público específico para o caso.

Em cada caso de licitação dispensável, se tem a presença de uma situação jurídica, que após

análise dos valores constitucionais, o legislador entendeu por bem, permitir à Administração que realizasse a escolha discricionária de se ter ou não o procedimento de licitação, de acordo com as previsões legais.

Sobre o assunto ensina o professor Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

“A dispensa de licitação possui duas características principais: a) rol taxativo, pois as hipóteses de dispensa são exceções à regra da licitação; e b) discricionariedade do administrador, uma vez que a dispensa depende da avaliação da conveniência e da oportunidade no caso concreto, sendo admitida a realização da licitação.” (OLIVEIRA, 2015, p. 55)

Desta forma, a contratação direta é permitida nos casos previsto no art. 17 da Lei 8.666/93, que trata da licitação dispensada, no art. 24 da mesma lei, onde estão elencados casos de dispensa da licitação e por fim no art. 25 da Lei de Licitações, onde são especificados os casos de inexigibilidade da licitação. Para o presente trabalho interessa o estudo da licitação dispensável, por ser onde se enquadra a contratação direta por emergência, como prevê o art. 24, IV, da Lei 8.666/93:

Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos. (BRASIL, 1993)

O referido artigo elenca nos seus 31 incisos, as hipóteses onde é possível a dispensa da licitação, sendo o inciso IV, o determinante para o presente artigo, pois prevê a situação da emergência, que, no sentido do referido artigo, trata-se de uma situação que requer solução imediata, sendo o procedimento de licitação um instrumento que se realizado para determinado caso específico, poderá vir a causar sérios prejuízos e ainda comprometer a segurança da população.

Existe no Direito regras específicas que devem ser seguidas para os casos emergenciais, sendo o vislumbramento claro da necessidade a principal delas. Pode, portanto, ser incluído no conceito de emergência toda situação excepcional que foge à normalidade, e pode vir a causar sérios prejuízos caso se aplique o procedimento licitatório com todas as suas formalidades.

Justen Filho (2014, p. 294) assim conceitua:

“A emergência consiste em ocorrência fática que produz modificação na situação visualizada pelo legislador como padrão. A ocorrência anômala (emergência) conduzirá ao sacrifício de



certos valores se for mantida a disciplina jurídica estabelecida como regra geral. A situação emergencial põe em risco a satisfação dos valores buscados pela própria norma ou pelo ordenamento em seu todo.”

“(...) emergência significa necessidade de atendimento imediato a certos interesses. Demora em realizar a prestação produziria risco de sacrifício de valores tutelados pelo ordenamento jurídico.”

Ainda sobre o assunto assevera Oliveira (2015, p. 57): “Admite-se a dispensa de licitação em razão de situações emergenciais quando o tempo necessário à licitação é incompatível com a urgência da contratação e com o atendimento do interesse público”.

A emergência se relaciona com a necessidade de imediato atendimento a certos interesses, onde a demora em se realizar a prestação de determinado serviço ou se comprar determinado produto, pode produzir risco de prejuízo aos valores tutelados pelo ordenamento jurídico.

Deste modo, pode ser considerada uma situação de emergência, que merece ser resguardada pelo procedimento de dispensa de licitação, toda aquela que necessita de atendimento urgente, de modo a não gerar prejuízo aos cofres públicos ou ao interesse público. No entanto, além da situação emergencial, deve ser comprovado que o administrador não agiu com desídia ou falta de planejamento, de modo a elevar a situação ao patamar de emergência.

Alguns pressupostos devem ser observados para que uma situação possa ser considerada como de emergência, tais como a imprevisibilidade da situação fática, a impossibilidade de se adiar a contratação, a gravidade do risco e ainda a suficiência do objeto da contratação, de modo que este possa afastar os riscos, dentro do prazo de até um ano, contados da ocorrência da emergência, conforme disposto no já citado art. 24, IV, da Lei 8.666/93.

Nesse sentido se posiciona Antônio Carlos Cintra do Amaral (2008):

“A emergência é, a nosso ver, caracterizada pela inadequação do procedimento formal licitatório ao caso concreto. Mais especificamente: um caso é emergência quando reclama solução imediata, de tal modo que a realização de licitação, com os prazos e formalidades que exige, pode causar prejuízo à empresa (obviamente prejuízo relevante) ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços ou bens, ou ainda provocar a paralisação ou prejudicar a regularidade de suas atividades específicas. Quando a realização de licitação não é incompatível com a solução necessária, no momento preconizado, não se caracteriza a emergência.”

Assim a dispensa de licitação poderia ser considerada como uma modalidade de contratação acautelatória do interesse público, tomando por base meios que possam possibilitar mecanismos de flexibilização inerentes com a rigidez do procedimento licitatório, para casos especiais de compra, sem desrespeito aos princípios da administração pública, em especial os da moralidade administrativa e da isonomia/igualdade.

## A CHAMADA EMERGÊNCIA FABRICADA

Apesar da legislação determinar a possibilidade de dispensa do certame licitatório para os casos emergenciais e de calamidade pública com o objetivo salvaguardar o interesse público nas situações de urgência. Frequentes são os casos onde a situação emergencial é gerada por desídia administrativa, surgindo assim a chamada emergência “fabricada”. Para tanto, deve ser observado com cautela se a contratação está se dando por uma emergência “real”, aquela decorrente de situação imprevisível, alheia à vontade do administrador ou se na realidade se trata de uma falsa emergência ou “fabricada”, quando é provocada pela negligência da Administração Pública.

A avalizada doutrina de Hely Lopes Meirelles (2008, p. 287) pontua que: “O reconhecimento da emergência é de valoração subjetiva, mas há de estar baseado em fatos consumados ou iminentes, comprovados ou previstos, que justifiquem a dispensa de licitação”.

Desta monta, cabe a Administração saber distinguir o que é realmente uma emergência e o que se trata de uma fabricação de emergência. A emergência fabricada se revela nas situações em que Administração pública deixa de realizar as exigências necessárias para a realização do procedimento licitatório a tempo, e com isso acaba agravando a situação, transformando-a em um caso de emergência, e colocando em risco o interesse público.

Portanto, apesar de haver previsão para a contratação direta em casos de emergência, uma vez que o tempo pode agravar a situação, não se pode permitir que a dispensa ocorra em situações de emergência fabricada. A quem se discuta sobre a existência ou não da urgência nestes casos, por ter sido esta, na maioria das vezes, motivada por negligência. No entanto, há casos que a urgência realmente existe, mesmo que o seu fato gerador seja a negligência, e nestes casos, a doutrina se divide. Alguns se posicionam no sentido de que mesmo nestes casos deve-se realizar a contratação, não podendo o poder público ser prejudicado pela desídia de um agente. Já outros se posicionam contrariamente, acreditando que não se deve permitir a dispensa para as emergências fabricadas.

Como já mencionado, nos casos de emergência se tem a necessidade de demonstrar que a dispensa é meio efetivo e útil a atender a mesma se evitando ou diminuindo o risco de dano existente ao interesse da coletividade, e não bastando a mera alegação da ocorrência emergencial.

Relevante salientar novamente que as justificativas para a contratação indireta devem ser bem fundamentadas, a fim, de se evitar justamente os casos de emergência fabricada, devendo as motivações demonstrar a viabilidade da contratação no atendimento do interesse público. Ocorre, contudo, que é extremamente comum se presenciarem casos em que a urgência da contratação se dá por falta de planejamento, desídia da administração, má gestão dos recursos públicos, ou ainda por culpa, dolo ou negligência do agente responsável por agir de modo a evitar tais situações.

A seguir entendimento jurisprudencial a respeito do tema:

“Por sua vez, o indício de irregularidade (contratação por dispensa em desacordo com o parágrafo único do artigo 26 da Lei nº 8.666/93) cuida de emergência fabricada, fruto da falta de planejamento dos gestores da Infraero.

Trata-se de contratação emergencial em que Infraero dispensou a licitação, com fulcro no inciso /i nº 8.666/93. Esse tipo de contratação, como se sabe, deve servir apenas para atender a situações emergenciais. A Infraero, no entanto, não se utilizou da contratação em comento para atender à situação que pudesse ocasionar prejuízo ou que comprometesse a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos ou outros bens públicos no Aeroporto Marechal Rondon. O TC 030/EG/2006/0019 teve como objeto a conclusão de toda a obra dos Setores A, B e C do citado Aeroporto. Além disso, não houve qualquer meio, por mais simplificado que fosse, de escolha da proposta mais vantajosa: limitou-se a Infraero a convidar a empresa Geosolo para executar as obras. Ou seja, a Infraero utilizou-se de meio ilegal para contratar a execução de todo o restante da obra sem promover certame público.

Essa irregularidade levou a Infraero a efetuar um contrato com sobre preço, o que aponta para a conversão destes autos em Tomada de Contas Especial. Havendo essa conversão, a apenação dos responsáveis deverá ser tratada no respectivo processo de tomada de contas. Portanto, entendo que, neste momento, não devem ser aplicadas as multas propostas pela Unidade Técnica para este indício de irregularidade.” (Acórdão 3058/2010, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler)

Portanto, a emergência fabricada deve ser evitada ao máximo, ou seja, quando a situação anterior possibilitava a realização do procedimento licitatório, e somente se torna calamitosa por negligência da Administração. Parece evidente que mesmo que surja o risco devido a desídia da Administração, não se pode penalizar o poder público, impedindo assim a contratação, no entanto, a fim de coibir a existência de tais situações é que se faz necessário a penalização do causador da emergência.

Logo, diante da clara necessidade de tutela do interesse público, tem entendido o Tribunal de Contas da União que a contratação direta emergencial deve ser realizada mesmo nos casos de desídia na geração da emergência. Vejamos os seguintes julgados:

“[...] De fato, tenho defendido a necessidade de se separar a ausência de planejamento da contratação emergencial propriamente dita, pois entendo que a contratação emergencial se dá em função da essencialidade do serviço ou bem que se pretende adquirir, pouco importando os motivos que tornam imperativa a imediata contratação (Acórdão nº 1599/2011, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar).

[...] A contratação emergencial se dá em função da essencialidade do serviço ou bem que se pretende adquirir, pouco importando os motivos que tornam imperativa a imediata contratação. Na análise de contratações emergenciais não se deve buscar a causa da emergência, mas os efeitos advindos de sua não realização. A partir dessa verificação de efeitos, sopesa-se a imperatividade da contratação emergencial e avalia-se a pertinência da aplicação, pelo Administrador, da excepcionalidade permitida pelo art. 24, IV, da Lei de

Licitações. [...] não pode o administrador incorrer em duplo erro: além de não planejar suas atividades, permitir que a sua desídia cause maiores prejuízos à Administração e/ou terceiros.” (Acórdão nº 1.138/2011, Plenário, rel. Min. Ubiratan Aguiar)

A advocacia Geral da União também se posicionou no mesmo sentido ao expedir Orientação Normativa tratando do assunto:

“A contratação direta com fundamento no inc. IV do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993, exige que, concomitantemente, seja apurado se a situação emergencial foi gerada por falta de planejamento, desídia ou má gestão, hipótese que, quem lhe deu causa será responsabilizado na forma da lei.” (Orientação Normativa nº 11/AGU, de 01/04/2009)

Tem sido ainda, comumente recorrente, encontrar situações onde administradores, buscando prover o bem-estar da sociedade de forma mais rápida, se valem das prerrogativas disponíveis para a contratação direta, principalmente os casos de emergência e urgências, para proceder contratação por meio da dispensa da licitação, não cumprindo na maioria das vezes de com as formalidades exigidas.

O Tribunal de Contas da União sobre o assunto entende que:

“Entendo remanescer a constatação de que a situação emergencial alegada na contratação direta tenha sido criada por exclusiva culpa da administração, que se descuroou de acompanhar pari passu a execução do contrato de modo a reconhecer-lhe, com a devida antecedência, a situação de improrrogabilidade. Mas entendo que a gravidade da falha foi sobremodo reduzida, principalmente pela inexistência de elementos de dolo ou má-fé, como reconhece a própria Unidade Técnica, circunstância essa reforçada pela anuência do setor jurídico da entidade à contratação direta. Aproveita também à avaliação da conduta subjetiva do agente, o seu pouco tempo na função.” (Acórdão nº 87/2007, Plenário, rel. Min. Augusto Nardes)

Desta forma, mesmo havendo culpa ou dolo da administração, a contratação direta é possível, devendo ser apurado a responsabilidade do agente que gerou a necessidade de dispensa do certame, tendo em vista que a nossa jurisprudência pátria nos aponta para os diversos casos de possibilidade de responsabilização do agente público nas modalidades objetiva esculpida no artigo 37, § 6 da CF/88..

A utilização da emergência derivada da má gestão, desídia ou inércia do administrador público é incorreta, pior aos seus olhos se faz a emergência instaurada, mesmo que que “artificialmente” criada, diante da proteção do interesse público. Sendo imperiosa a responsabilização dos agentes que lhe deram causa. Portanto, nos casos onde a emergência se deu por ocorrência de falha administrativa, deve ser realizada a contratação direta por emergência, devendo posteriormente ser instaurado competente processo administrativo, afim de apurar a responsabilidade dos agentes envolvidos.



Diante de uma ocorrência de dispensa de licitação por emergência fabricada, como já foi discutido, onde o risco é iminente, deve-se realizar a contratação direta, no entanto o agente que não agiu com a devida cautela e diligência deve ser punido. Sendo comprovado que a Administração obteria resultados mais favoráveis ao interesse público se fosse realizado o certame licitatório, o administrador responsável pelo procedimento de licitação deverá indenizar o prejuízo que causou ao erário.

A responsabilidade nestes casos pode ser objetiva ou subjetiva. No primeiro caso, basta que se comprove a existência do dano para que se tenha o dever de indenizar, bastando somente a comprovação do nexo de causalidade entre a ação ou a omissão e o resultado danoso. Não tendo nestes casos a necessidade de comprovação de dolo ou culpa por parte do agente.

Já para a responsabilidade subjetiva tem a necessidade de se comprovar que o agente agiu com dolo ou culpa, além de demonstrar o nexo entre a ação ou omissão e o resultado danoso, com as devidas excludentes que a doutrina assevera, tais como o caso fortuito e força maior que devem se enquadrar em casos de imprevisibilidade e inevitabilidade do acontecimento, como nos casos de casas destruídas por enchentes.

Quando se exige a demonstração da culpa esta deve ser considerada em sentido amplo, incluindo nestes casos o dolo e culpa em sentido estrito, causados por imprudência, imperícia e negligência. Assim, o agente que causou o dano agiu com dolo quando tinha a intenção de lesar o Poder Público e de forma culposa quando agiu com imprudência, imperícia ou negligência.

Desta forma, sempre que um agente dá azo a uma contratação direta por emergência fabricada, visando o atendimento imediato de modo a evitar que o dano se concretize, ou ainda, que tome proporções muito maiores, corre o risco de incorrer nas sanções previstas no art. 89, caput, da Lei 8.666/93:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público. (BRASIL, 1993)

Assim, a se ver caracterizada uma contratação direta por emergência fabricada, deve o agente responsável pela origem desta, ser rigorosamente punido, de acordo com o mandamento legal acima expresso, evitando que tal prática burle e fira os ditames da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8429/92), em especial aos seus princípios basilares, qual seja o princípio da probidade administrativa, moralidade e a vedação ao enriquecimento sem causa, bem como evitando de causar danos a administração pública.



Como, sabido, a administração pública tem como poder-dever a autotutela da administração, conseqüentemente, esse poder dever de proteger atinge também os certames de licitações e contratos administrativos, devendo, assim serem punidos os funcionários que mantiverem condutas consideradas ilícitas, cabendo ainda a responsabilidade civil por parte do Estado, por meio de ação regressiva ao agente causador do dano.

A forma de se enquadrar uma conduta como ilícita ou como infração ou ainda como crime se dará através de processo legislativo, em regra, conforme o grau de gravidade ou não da conduta, segundo parâmetros legais e sociais. De modo que as sanções também devem seguir essa premissa. Devendo a aplicação da sanção ser de maior ou menor rigor dependendo do grau de prejuízos causados com a conduta ilícita.

Vale ressaltar que além da sanção administrativa estão sujeitos às sanções de natureza civil, que se configuram através dos danos materiais e morais. Assim, verifica-se que os delitos em estudo podem ser analisados através de três regimes jurídicos independentes, mas, cumulativos, quais sejam: administrativo, civil e criminal.

Como anteriormente mencionado, é comum que os contratos administrativos sejam precedidos de licitação, cabendo ao Poder Público, acompanhar as atividades de contratação, com o objetivo de evitar qualquer irregularidade, e principalmente ações fraudulentas em sua execução. Assim como na licitação, a contratação direta, deve ter seus requisitos fiscalizados, de modo a evitar que casos de emergência fabricada sejam rotineiros nas contratações da Administração.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve por objetivo tratar das contratações diretas fundadas em situações de emergência fabricada. A decisão de não licitar decorre de uma valoração subjetiva da Administração sobre a situação, levando sempre em conta o interesse social envolvido. Presentes todos os pressupostos para a dispensa da licitação, a administração deve efetuar a contratação direta. Tal contratação é fundada no interesse social. Assim sendo, é vedado a administração realizar o procedimento de licitação, pois se o realizasse iria de encontro com o interesse social tutelado pelo ordenamento jurídico.

A licitação é um procedimento administrativo previsto na Constituição de 1988, e tem por finalidade selecionar a proposta mais vantajosa à Administração. Sendo assim, o procedimento licitatório é obrigatório para as contratações da Administração Pública de forma a evitar o direcionamento àqueles que comungam com práticas espúrias, e estando em consonância ao que dispõe aos princípios da impessoalidade, legalidade e da moralidade administrativa.



Ainda que seja regra geral no ordenamento jurídico, existe na legislação exceções, onde é cabível a contratação direta, principalmente quando se trata de casos de dispensa ou de inexigibilidade do procedimento licitatório, tendo em vista que em determinados casos, visando a celeridade e eficiência que o caso concreto requer, pautou-se a lei licitatório por um procedimento mais célere, salientando que apesar de ser mais simplificado, não dispensa os requisitos necessários para um procedimento justo e equânime por conta daqueles que dele participam, bem como que por conta da administração pública aja transparência e lisura no procedimento em tela, evitando burlas à Lei.

Dos casos permitidos de dispensa da licitação, destacou-se para o presente, a situação da emergência, conforme previsão expressa do art. 24, inciso IV da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, onde fora dada ênfase maior a chamada emergência fabricada que trata da dispensa ocasionada por fato imprevisível ou, embora previsível, impossível de ser evitado.

Observa-se que a contratação direta nos casos de emergência ocorre quando a situação que a enseja requer da Administração Pública providências urgentes, com intuito de evitar prejuízos ou os riscos de danos ao interesse público, estando em consonância aos ditames estipulados nos princípios do enriquecimento sem causa, bem como no que tange a possibilidade de causar danos à administração. Assim, a licitação dispensável por emergência, só deve ocorrer quando for clara a potencialidade do dano que almeja repelir, além de demonstrar que este se trata do meio mais adequado e eficiente para eliminar os riscos.

Deste modo, ressalta-se que quando se tem a dispensa por emergência fabricada sem a observância dos requisitos legais, gera a prática de crime previsto no art. 89 da Lei de licitações e enseja ainda aplicação de sanção no âmbito administrativo, civil e criminal, onde impera a independência das instâncias com a devida responsabilidade disciplinar por conta daqueles que se enquadrarem nos dispositivos legais pertinentes a tal prática lesiva.

Buscando impedir, ou ao menos reduzir os atos fraudulentos que ocorrem no procedimento licitatório, é que existem mecanismos de controle, onde permitem que uma fiscalização seja realizada sob o procedimento em tela, como as comissões de licitações, ou ainda órgãos que possuem competência para acompanhar e fiscalizar os atos do poder executivo, com é o caso do Ministério Público, Poder Legislativo, Poder Judiciário e Tribunais de Contas, sem contar a fiscalização que pode ser exercida pela própria Administração Pública, diante do seu poder de autotutela e até mesmo pela sociedade. Deste modo, percebe-se que existem vários meios de tentar se controlar o procedimento e com isso evitar o elevado número contratações diretas fundadas em emergência fabricada.

No entanto, nem sempre esses órgãos agem com eficiência ou interesse, não dificultando assim à prática de atos ilícitos na atividade administrativa. Assim, conclui-se que para diminuir tais ocorrências, deve-se buscar maior transparência nos atos administrativos, e controles mais eficazes, tendo como cerne que a administração deve pautar-se visando os interesses de uma coletividade,



de toda a sociedade, e não em favor de ou contra alguém em específico, nos ditames da finalidade administrativa que deve nortear toda a administração pública.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Dispensa de licitação por emergência**. REDE: Rev. Eletrônica de Direito do Estado. n. 13, jan./mar. 2008. Disponível em: <[www.direitodoestado.com/revista/REDE-13-JANEIRO-2008-ANTONIO%20CARLOSCINTRA](http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-13-JANEIRO-2008-ANTONIO%20CARLOSCINTRA)> Acesso em: 21 out.. 2017.

BRASIL. **Advocacia Geral da União**. Orientação Normativa nº 11, de 01 de abril de 2009. Diário Oficial da União. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/189172>> Acesso em: 12 de mar. De 2018

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constiticao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constiticao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. **Lei nº. 8.666 de 21 de junho de 1993**. Diário Oficial da União. Brasília, 1993. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constiticao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constiticao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 10 mar. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 87**. Plenário. Relator: Min. Augusto Nardes, 2007.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 3058**. Plenário. Relator: Benjamin Zymler, 2010.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.599**. Plenário. Relator: Ubiratan Aguiar, 2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1.138**. Plenário. Relator: Ubiratan Aguiar, 2011  
COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Direito Penal das Licitações: comentários aos artigos 89 a 99 da Lei 8.666, de 21.06.1993**. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 7. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

JUSTEN FILHO, Maçãl. **Curso de Direito Administrativo**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. Ed. 14. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**: atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestro Aleixo e José Emanuel Burle Filho. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.





OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e Contratos Administrativos: Teoria e Prática.** 4 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

