

A hand holding a wooden gavel against a yellow background. The gavel is positioned vertically, with the head at the top and the handle extending downwards. The hand is gripping the handle in the middle. The background is a solid, bright yellow color.

DIREITO:

JUSTIÇA, POLÍTICAS
PÚBLICAS E AS
RELAÇÕES ENTRE
ESTADO E SOCIEDADE

2

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
Thamires Nayara Sousa de Vasconcelos
(Organizadores)

 **Atena**
Editora
Ano 2021



DIREITO:

JUSTIÇA, POLÍTICAS
PÚBLICAS E AS
RELAÇÕES ENTRE
ESTADO E SOCIEDADE

2

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
Thamires Nayara Sousa de Vasconcelos
(Organizadores)

 **Atena**
Editora
Ano 2021

Editora Chefe

Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira

Assistentes Editoriais

Natalia Oliveira

Bruno Oliveira

Flávia Roberta Barão

Bibliotecária

Janaina Ramos

Projeto Gráfico e Diagramação

Natália Sandrini de Azevedo

Camila Alves de Cremona

Luiza Alves Batista

Maria Alice Pinheiro

Imagens da Capa

Shutterstock

Edição de Arte

Luiza Alves Batista

Revisão

Os Autores

2021 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do Texto © 2021 Os autores

Copyright da Edição © 2021 Atena Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena

Editora pelos autores.



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição *Creative Commons*. Atribuição-Não-Comercial-NãoDerivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o *download* da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

A Atena Editora é comprometida em garantir a integridade editorial em todas as etapas do processo de publicação, evitando plágio, dados ou resultados fraudulentos e impedindo que interesses financeiros comprometam os padrões éticos da publicação. Situações suspeitas de má conduta científica serão investigadas sob o mais alto padrão de rigor acadêmico e ético.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense
Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Daniel Richard Sant’Ana – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
Profª Drª Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá
Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Eloi Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionele delle Figlie de Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. Julio Candido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Profª Drª Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. William Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Ciências Agrárias e Multidisciplinar

Prof. Dr. Alexandre Igor Azevedo Pereira – Instituto Federal Goiano
Profª Drª Carla Cristina Bauermann Brasil – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Antonio Pasqualetto – Pontifícia Universidade Católica de Goiás
Prof. Dr. Cleberton Correia Santos – Universidade Federal da Grande Dourados
Profª Drª Daiane Garabeli Trojan – Universidade Norte do Paraná
Profª Drª Diocléa Almeida Seabra Silva – Universidade Federal Rural da Amazônia
Prof. Dr. Écio Souza Diniz – Universidade Federal de Viçosa
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Fágner Cavalcante Patrocínio dos Santos – Universidade Federal do Ceará
Profª Drª Girlene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Jael Soares Batista – Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Prof. Dr. Júlio César Ribeiro – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Profª Drª Lina Raquel Santos Araújo – Universidade Estadual do Ceará
Prof. Dr. Pedro Manuel Villa – Universidade Federal de Viçosa
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Profª Drª Talita de Santos Matos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Tiago da Silva Teófilo – Universidade Federal Rural do Semi-Árido

Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas

Ciências Biológicas e da Saúde

Prof. Dr. André Ribeiro da Silva – Universidade de Brasília

Prof^a Dr^a Anelise Levay Murari – Universidade Federal de Pelotas

Prof. Dr. Benedito Rodrigues da Silva Neto – Universidade Federal de Goiás

Prof^a Dr^a Débora Luana Ribeiro Pessoa – Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Douglas Siqueira de Almeida Chaves – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Edson da Silva – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri

Prof^a Dr^a Elizabeth Cordeiro Fernandes – Faculdade Integrada Medicina

Prof^a Dr^a Eleuza Rodrigues Machado – Faculdade Anhanguera de Brasília

Prof^a Dr^a Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina

Prof^a Dr^a Eysler Gonçalves Maia Brasil – Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira

Prof. Dr. Ferlando Lima Santos – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia

Prof. Dr. Fernando Mendes – Instituto Politécnico de Coimbra – Escola Superior de Saúde de Coimbra

Prof^a Dr^a Gabriela Vieira do Amaral – Universidade de Vassouras

Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria

Prof. Dr. Helio Franklin Rodrigues de Almeida – Universidade Federal de Rondônia

Prof^a Dr^a Iara Lúcia Tescarollo – Universidade São Francisco

Prof. Dr. Igor Luiz Vieira de Lima Santos – Universidade Federal de Campina Grande

Prof. Dr. Jefferson Thiago Souza – Universidade Estadual do Ceará

Prof. Dr. Jesus Rodrigues Lemos – Universidade Federal do Piauí

Prof. Dr. Jônatas de França Barros – Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará

Prof. Dr. Luís Paulo Souza e Souza – Universidade Federal do Amazonas

Prof^a Dr^a Magnólia de Araújo Campos – Universidade Federal de Campina Grande

Prof. Dr. Marcus Fernando da Silva Praxedes – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia

Prof^a Dr^a Maria Tatiane Gonçalves Sá – Universidade do Estado do Pará

Prof^a Dr^a Mylena Andréa Oliveira Torres – Universidade Ceuma

Prof^a Dr^a Natiéli Piovesan – Instituto Federaci do Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Paulo Inada – Universidade Estadual de Maringá

Prof. Dr. Rafael Henrique Silva – Hospital Universitário da Universidade Federal da Grande Dourados

Prof^a Dr^a Regiane Luz Carvalho – Centro Universitário das Faculdades Associadas de Ensino

Prof^a Dr^a Renata Mendes de Freitas – Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^a Dr^a Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa

Prof^a Dr^a Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande

Ciências Exatas e da Terra e Engenharias

Prof. Dr. Adélio Alcino Sampaio Castro Machado – Universidade do Porto

Prof. Dr. Carlos Eduardo Sanches de Andrade – Universidade Federal de Goiás

Prof^a Dr^a Carmen Lúcia Voigt – Universidade Norte do Paraná

Prof. Dr. Cleiseano Emanuel da Silva Paniagua – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás

Prof. Dr. Douglas Gonçalves da Silva – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia

Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Profª Drª Érica de Melo Azevedo – Instituto Federal do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará
Profª Dra. Jéssica Verger Nardeli – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho
Prof. Dr. Juliano Carlo Rufino de Freitas – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Luciana do Nascimento Mendes – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Marques – Universidade Estadual de Maringá
Prof. Dr. Marco Aurélio Kistemann Junior – Universidade Federal de Juiz de Fora
Profª Drª Neiva Maria de Almeida – Universidade Federal da Paraíba
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Profª Drª Priscila Tessmer Scaglioni – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

Linguística, Letras e Artes

Profª Drª Adriana Demite Stephani – Universidade Federal do Tocantins
Profª Drª Angeli Rose do Nascimento – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
Profª Drª Carolina Fernandes da Silva Mandaji – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Profª Drª Denise Rocha – Universidade Federal do Ceará
Prof. Dr. Fabiano Tadeu Grazioli – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Profª Drª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná
Profª Drª Miranilde Oliveira Neves – Instituto de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará
Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro-Oeste
Profª Drª Sheila Marta Carregosa Rocha – Universidade do Estado da Bahia

Conselho Técnico Científico

Prof. Me. Abraão Carvalho Nogueira – Universidade Federal do Espírito Santo
Prof. Me. Adalberto Zorzo – Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza
Prof. Dr. Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos – Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional Paraíba
Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí
Prof. Dr. Alex Luis dos Santos – Universidade Federal de Minas Gerais
Prof. Me. Alexsandro Teixeira Ribeiro – Centro Universitário Internacional
Profª Ma. Aline Ferreira Antunes – Universidade Federal de Goiás
Prof. Me. André Flávio Gonçalves Silva – Universidade Federal do Maranhão
Profª Ma. Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa
Profª Drª Andreza Lopes – Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento Acadêmico
Profª Drª Andreza Miguel da Silva – Faculdade da Amazônia
Profª Ma. Anelisa Mota Gregoleti – Universidade Estadual de Maringá
Profª Ma. Anne Karynne da Silva Barbosa – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Antonio Hot Pereira de Faria – Polícia Militar de Minas Gerais
Prof. Me. Armando Dias Duarte – Universidade Federal de Pernambuco
Profª Ma. Bianca Camargo Martins – UniCesumar

Profª Ma. Carolina Shimomura Nanya – Universidade Federal de São Carlos
Prof. Me. Carlos Antônio dos Santos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Me. Christopher Smith Bignardi Neves – Universidade Federal do Paraná
Prof. Ma. Cláudia de Araújo Marques – Faculdade de Música do Espírito Santo
Profª Drª Cláudia Taís Siqueira Cagliari – Centro Universitário Dinâmica das Cataratas
Prof. Me. Clécio Danilo Dias da Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Me. Daniel da Silva Miranda – Universidade Federal do Pará
Profª Ma. Daniela da Silva Rodrigues – Universidade de Brasília
Profª Ma. Daniela Remião de Macedo – Universidade de Lisboa
Profª Ma. Dayane de Melo Barros – Universidade Federal de Pernambuco
Prof. Me. Douglas Santos Mezacas – Universidade Estadual de Goiás
Prof. Me. Edevaldo de Castro Monteiro – Embrapa Agrobiologia
Prof. Me. Eduardo Gomes de Oliveira – Faculdades Unificadas Doctum de Cataguases
Prof. Me. Eduardo Henrique Ferreira – Faculdade Pitágoras de Londrina
Prof. Dr. Edwaldo Costa – Marinha do Brasil
Prof. Me. Eliel Constantino da Silva – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita
Prof. Me. Ernane Rosa Martins – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás
Prof. Me. Euvaldo de Sousa Costa Junior – Prefeitura Municipal de São João do Piauí
Prof. Dr. Everaldo dos Santos Mendes – Instituto Edith Theresa Hedwing Stein
Prof. Me. Ezequiel Martins Ferreira – Universidade Federal de Goiás
Profª Ma. Fabiana Coelho Couto Rocha Corrêa – Centro Universitário Estácio Juiz de Fora
Prof. Me. Fabiano Eloy Atílio Batista – Universidade Federal de Viçosa
Prof. Me. Felipe da Costa Negrão – Universidade Federal do Amazonas
Prof. Me. Francisco Odécio Sales – Instituto Federal do Ceará
Profª Drª Germana Ponce de Leon Ramírez – Centro Universitário Adventista de São Paulo
Prof. Me. Gevair Campos – Instituto Mineiro de Agropecuária
Prof. Me. Givanildo de Oliveira Santos – Secretaria da Educação de Goiás
Prof. Dr. Guilherme Renato Gomes – Universidade Norte do Paraná
Prof. Me. Gustavo Krahl – Universidade do Oeste de Santa Catarina
Prof. Me. Helton Rangel Coutinho Junior – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Profª Ma. Isabelle Cerqueira Sousa – Universidade de Fortaleza
Profª Ma. Jaqueline Oliveira Rezende – Universidade Federal de Uberlândia
Prof. Me. Javier Antonio Albornoz – University of Miami and Miami Dade College
Prof. Me. Jhonatan da Silva Lima – Universidade Federal do Pará
Prof. Dr. José Carlos da Silva Mendes – Instituto de Psicologia Cognitiva, Desenvolvimento Humano e Social
Prof. Me. Jose Elyton Batista dos Santos – Universidade Federal de Sergipe
Prof. Me. José Luiz Leonardo de Araujo Pimenta – Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria Uruguay
Prof. Me. José Messias Ribeiro Júnior – Instituto Federal de Educação Tecnológica de Pernambuco
Profª Drª Juliana Santana de Curcio – Universidade Federal de Goiás
Profª Ma. Juliana Thaisa Rodrigues Pacheco – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Kamilly Souza do Vale – Núcleo de Pesquisas Fenomenológicas/UFGA
Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia
Profª Drª Karina de Araújo Dias – Prefeitura Municipal de Florianópolis

Prof. Dr. Lázaro Castro Silva Nascimento – Laboratório de Fenomenologia & Subjetividade/UFPR
Prof. Me. Leonardo Tullio – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Ma. Lilian Coelho de Freitas – Instituto Federal do Pará
Profª Ma. Liliani Aparecida Sereno Fontes de Medeiros – Consórcio CEDERJ
Profª Drª Lívia do Carmo Silva – Universidade Federal de Goiás
Prof. Dr. Lucio Marques Vieira Souza – Secretaria de Estado da Educação, do Esporte e da Cultura de Sergipe
Prof. Dr. Luan Vinicius Bernardelli – Universidade Estadual do Paraná
Profª Ma. Luana Ferreira dos Santos – Universidade Estadual de Santa Cruz
Profª Ma. Luana Vieira Toledo – Universidade Federal de Viçosa
Prof. Me. Luis Henrique Almeida Castro – Universidade Federal da Grande Dourados
Profª Ma. Luma Sarai de Oliveira – Universidade Estadual de Campinas
Prof. Dr. Michel da Costa – Universidade Metropolitana de Santos
Prof. Me. Marcelo da Fonseca Ferreira da Silva – Governo do Estado do Espírito Santo
Prof. Dr. Marcelo Máximo Purificação – Fundação Integrada Municipal de Ensino Superior
Prof. Me. Marcos Aurelio Alves e Silva – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo
Profª Ma. Maria Elanny Damasceno Silva – Universidade Federal do Ceará
Profª Ma. Marileila Marques Toledo – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
Prof. Me. Pedro Panhoca da Silva – Universidade Presbiteriana Mackenzie
Profª Drª Poliana Arruda Fajardo – Universidade Federal de São Carlos
Prof. Me. Ricardo Sérgio da Silva – Universidade Federal de Pernambuco
Prof. Me. Renato Faria da Gama – Instituto Gama – Medicina Personalizada e Integrativa
Profª Ma. Renata Luciane Polsaque Young Blood – UniSecal
Prof. Me. Robson Lucas Soares da Silva – Universidade Federal da Paraíba
Prof. Me. Sebastião André Barbosa Junior – Universidade Federal Rural de Pernambuco
Profª Ma. Silene Ribeiro Miranda Barbosa – Consultoria Brasileira de Ensino, Pesquisa e Extensão
Profª Ma. Solange Aparecida de Souza Monteiro – Instituto Federal de São Paulo
Profª Ma. Taiane Aparecida Ribeiro Nepomoceno – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Prof. Me. Tallys Newton Fernandes de Matos – Faculdade Regional Jaguaribana
Profª Ma. Thatianny Jasmine Castro Martins de Carvalho – Universidade Federal do Piauí
Prof. Me. Tiago Silvio Dedoné – Colégio ECEL Positivo
Prof. Dr. Welleson Feitosa Gazel – Universidade Paulista

Editora Chefe: Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira
Bibliotecária: Janaina Ramos
Diagramação: Camila Alves de Cremo
Correção: Vanessa Mottin de Oliveira Batista
Edição de Arte: Luiza Alves Batista
Revisão: Os Autores
Organizadores: Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
Thamires Nayara Sousa de Vasconcelos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598 Direito: justiça, políticas públicas e as relações entre estado e sociedade 2 / Organizadores Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos, Thamires Nayara Sousa de Vasconcelos. – Ponta Grossa - PR: Atena, 2021.

Formato: PDF
Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader
Modo de acesso: World Wide Web
Inclui bibliografia
ISBN 978-65-5706-714-7
DOI 10.22533/at.ed.147210801

1. Direito. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de (Organizador). II. Vasconcelos, Thamires Nayara Sousa de (Organizadora). III. Título.

CDD 340

Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

Atena Editora

Ponta Grossa – Paraná – Brasil

Telefone: +55 (42) 3323-5493

www.atenaeditora.com.br

contato@atenaeditora.com.br

DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declaram que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa.

APRESENTAÇÃO

Em **DIREITO: JUSTIÇA, POLÍTICAS PÚBLICAS E RELAÇÕES ENTRE ESTADO E SOCIEDADE 2**, coletânea de dezenove capítulos que une pesquisadores de diversas instituições, se faz presente discussões de temáticas que circundam a grande área do Direito a partir de uma ótica inclusiva que impacta na construção de um estado democrático de direito genuinamente diverso e de/para todos.

Temos, nesse segundo volume, cinco grandes grupos de reflexões que explicitam essas interações. Neles estão debates que circundam estudos de constitucionalismo, democracia e análise econômica; processo e direito civil; direito do trabalho; direito ambiental; além de envelhecimento e políticas públicas de cotas.

Estudos de constitucionalismo, democracia e análise econômica traz reflexões relevantes sobre igualdade, recall, democracia participativa, (in)constitucionalidade da taxa referencial para corrigir o FGTS, além de ótica sobre a bolsa de valores brasileira.

Em estudos de processo e direito civil são verificadas contribuições que versam sobre prequestionamento no recurso especial, testamento vital, função social da posse, negócio jurídico e uso de áreas urbanas.

Estudos em direito do trabalho aborda a principiologia constitucional, jornada de trabalho para profissionais da saúde, trabalho escravo ilegal, escravização.

Em estudos de direito ambiental há análises sobre responsabilidade civil ambiental, fiscalizações e Brumadinho.

Por fim, em estudos sobre envelhecimento e políticas públicas de cotas, temos contribuição sobre o desafio da inserção do idoso em sociedade como meio de garantia de um envelhecimento com qualidade, além da exposição realizada sobre escravização no Brasil, condição atual do negro e a relevância da política de cotas para mudança de perspectivas.

Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados.

Tenham proveitosas leituras!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

Thamires Nayara Sousa de Vasconcelos

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1..... 1

O MODO DE SER E ESTAR NO COMPROMISSO COM O PROPÓSITO DA IGUALDADE

Vanessa Steigleder Neubauer

Ieda Márcia Donati Linck

Angelita Woltmann

Marcelo Cacinotti Costa

Rafael Vieira de Mello Lopes

Ângela Simone Keitel

DOI 10.22533/at.ed.1472108011

CAPÍTULO 2..... 12

O *RECALL* COMO INSTRUMENTO DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Júlia Silvério Azevedo

Sônia Boczar

DOI 10.22533/at.ed.1472108012

CAPÍTULO 3..... 24

A TAXA REFERENCIAL COMO ÍNDICE PARA CORREÇÃO MONETÁRIA DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO – ANÁLISE DE SUA CONSTITUCIONALIDADE OU DEBATES SOBRE SUA INCONSTITUCIONALIDADE

Leonardo Medeiros Braghetto

Edmundo Emerson de Medeiros

DOI 10.22533/at.ed.1472108013

CAPÍTULO 4..... 37

UMA ANÁLISE JURÍDICO-ECONÔMICA DA BOLSA DE VALORES BRASILEIRA E SEUS INVESTIDORES

Anna Elise Fernandes Carvalho

DOI 10.22533/at.ed.1472108014

CAPÍTULO 5..... 44

O PREQUESTIONAMENTO COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL

Amanda Nadal Laroca Santos

Paola Damo Comel Gormanns

DOI 10.22533/at.ed.1472108015

CAPÍTULO 6..... 51

ORTOTANÁSIA OU DISTANÁSIA POR TESTAMENTO VITAL A PACIENTES ONCOLÓGICOS: MORTE E VIDA DIGNAS

Vivianne Romanholo Barbosa de Castro Rosado

Rafael Spinola Castro

DOI 10.22533/at.ed.1472108016

CAPÍTULO 7.....	60
A TERRA SOB A PERSPECTIVA DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE	
Marta Botti Capellari	
Fabiane Grando	
Juliana Midori Morotti	
DOI 10.22533/at.ed.1472108017	
CAPÍTULO 8.....	67
(IM) POSSIBILIDADE DO CONSUMIDOR REALIZAR NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO	
Fabio Alexandre Santos Lima	
Luciney Sebastião da Silva	
DOI 10.22533/at.ed.1472108018	
CAPÍTULO 9.....	71
USO DE ÁREAS URBANAS, REGULAMENTOS E IMPACTOS SOCIAIS: UM ESTUDO DE CASO NA CIDADE DE ILHÉUS, BAHIA	
Saulo Sálvio Pacheco Guimarães	
Georgia Cristina Neves Couto	
Jorge Henrique Sales	
DOI 10.22533/at.ed.1472108019	
CAPÍTULO 10.....	83
PROTEÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DO TRABALHO	
Kelen Cristina Oliveira Ribeiro	
DOI 10.22533/at.ed.14721080110	
CAPÍTULO 11.....	102
A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO	
Julia Picinato Medeiros de Araújo Rocha	
Ana Paula Perpétua Ribeiro	
Cinthia Carla Barroso Thomazini	
DOI 10.22533/at.ed.14721080111	
CAPÍTULO 12.....	110
MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO DE RIO BRANCO - ACRE	
Danilo Scramin Alves	
Eduarda Figueiredo Machado	
DOI 10.22533/at.ed.14721080112	
CAPÍTULO 13.....	123
JORNADA DE TRABALHO 12 POR 36: A LEGISLAÇÃO ATUAL APLICADA A TRABALHADORES DA ÁREA DA SAÚDE, REGIÃO DE RIBEIRÃO PRETO	
Alexandre Montagna Rossini	
Maria Eduarda Henrique Vieira	
DOI 10.22533/at.ed.14721080113	

CAPÍTULO 14.....	133
JUDICIÁRIO E TRABALHO ESCRAVO ILEGAL NO BRASIL: DA LEI FEIJÓ AO ART. 149 DO CÓDIGO PENAL	
Daniela Valle da Rocha Muller	
DOI 10.22533/at.ed.14721080114	
CAPÍTULO 15.....	148
A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA COMO POLUIDOR INDIRETO	
Marília Coletti Scarafiz	
Daniela Braga Paiano	
DOI 10.22533/at.ed.14721080115	
CAPÍTULO 16.....	161
PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL: ANÁLISE DAS FISCALIZAÇÕES AMBIENTAIS REALIZADAS PELA SECRETARIA DO DESENVOLVIMENTO AMBIENTAL DO ESTADO DE RONDÔNIA NO PERÍODO DE 2014 ATÉ 2019	
Arthur Bartolomeu Lima Alves	
Alisson Barbalho Marangôni Correia	
DOI 10.22533/at.ed.14721080116	
CAPÍTULO 17.....	181
BRUMADINHO: O QUE O DIREITO NÃO APRENDEU	
Katia Ragnini Scherer	
Sabrina Lehnen Stoll	
DOI 10.22533/at.ed.14721080117	
CAPÍTULO 18.....	193
O PROCESSO DE ENVELHECIMENTO NO BRASIL E SUA APLICABILIDADE	
Jozadake Petry Fausto Vitorino	
DOI 10.22533/at.ed.14721080118	
CAPÍTULO 19.....	209
GENEALOGIA DA ESCRAVIZAÇÃO NO BRASIL E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA CONDIÇÃO ATUAL DO NEGRO COMO FUNDAMENTO NA POLÍTICA PÚBLICA DAS COTAS RACIAIS	
Vanessa Cristina Ramos Fonsêca da Silva	
DOI 10.22533/at.ed.14721080119	
SOBRE OS ORGANIZADORES	215
ÍNDICE REMISSIVO.....	216

CAPÍTULO 1

O MODO DE SER E ESTAR NO COMPROMISSO COM O PROPÓSITO DA IGUALDADE

Data de aceite: 04/01/2021

Vanessa Steigleder Neubauer

Universidade de Cruz Alta - UNICRUZ

Ieda Márcia Donati Linck

Universidade de Cruz Alta- UNICRUZ

Angelita Woltmann

Universidade Franciscana (UFN)

Marcelo Cacinotti Costa

Universidade de Cruz Alta-UNICRUZ

Rafael Vieira de Mello Lopes

Universidade de Cruz Alta - UNICRUZ

Ângela Simone Keitel

Universidade de Cruz Alta - UNICRUZ

RESUMO: Segundo os aportes teóricos nos quais esta pesquisa foi desenvolvida, pode-se entender o princípio da igualdade como o pilar de sustentação de qualquer Estado Democrático de Direito. O sentimento de igualdade na sociedade moderna advoga pelo tratamento justo aos que ainda não conseguiram a viabilização e implementação de seus direitos básicos e fundamentais. Hodiernamente, é necessário reforçar tal concepção, de que “[...] igualdade não é dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem”. Justifica-se, portanto, a compreensão do real objetivo da igualdade material e da igualdade formal, bem como a busca por uma sociedade com oportunidades

para todos, justa e igualitária. Diante desta premissa, indaga-se: como conseguir reparar os malefícios que estão enraizados há séculos na sociedade, sem entender, ou ao menos se colocar no lugar dos excluídos por um instante sequer? Objetiva-se, com isso, estabelecer uma percepção no que tange à igualdade positivada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88). Nesse axioma encontra-se a análise dos direitos de segunda dimensão, que se apresentam como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado Social de Direito, na busca por melhores e adequadas condições de vida. Os direitos sociais estão consagrados como fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme dispõe o seu art. 6º.

PALAVRAS-CHAVE: Ética. Justiça. Cuidado.

ABSTRACT: According to the theoretical contributions in which this research was developed, the principle of equality can be understood as the mainstay of any Democratic State of Law. The feeling of equality in modern society advocates for the fair treatment of those who have not yet achieved the viability and implementation of their basic and fundamental rights. Today, it is necessary to reinforce this conception, that “[...] equality is not giving to everyone, for the reason that it is worth, but attributing the same to everyone, as if everyone is equivalent”. Therefore, it is justified to understand the real objective of material equality and formal equality, as well as the search for a society with opportunities for all, fair and equal. In view of this premise, it is asked: how can we

repair the evils that have been rooted in society for centuries, without understanding, or at least put ourselves in the place of the excluded for even an instant? The objective is, with this, to establish a perception regarding the equality positivized in the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988 (CF / 88). Within this axiom is the analysis of second dimension rights, which present themselves as positive benefits to be implemented by the Social Rule of Law, in the search for better and adequate living conditions. Social rights are enshrined as foundations of the Federative Republic of Brazil, as provided in its art. 6th.

KEYWORDS: Ethic. Justice. Watch out.

INTRODUÇÃO

Segundo os aportes teóricos nos quais esta pesquisa foi desenvolvida, pode-se entender o princípio da igualdade como o pilar de sustentação de qualquer Estado Democrático de Direito. O sentimento de igualdade na sociedade moderna advoga pelo tratamento justo aos que ainda não conseguiram a viabilização e implementação de seus direitos básicos e fundamentais.

Hodiernamente, é necessário reforçar tal concepção, de que “[...] igualdade não é dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem”.¹

Justifica-se, portanto, a compreensão do real objetivo da igualdade material e da igualdade formal, bem como a busca por uma sociedade com oportunidades para todos, justa e igualitária. Diante desta premissa, indaga-se: como conseguir reparar os malefícios que estão enraizados há séculos na sociedade, sem entender, ou ao menos se colocar no lugar dos excluídos por um instante sequer?

Objetiva-se, com isso, estabelecer uma percepção no que tange à igualdade positivada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88). Nesse axioma encontra-se a análise dos direitos de segunda dimensão, que se apresentam como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado Social de Direito, na busca por melhores e adequadas condições de vida. Os direitos sociais estão consagrados como fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme dispõe o seu art. 6º².

A isonomia mostra-se atrelada ao conceito de Justiça, com intervenção do Estado, no sentido de diminuir as desigualdades sociais, conforme assegura Ulpiano, “*Justiça é a constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu*”³.

Para melhor entendimento, num primeiro momento este estudo aborda “A compreensão histórica face à igualdade condicionada ao princípio de democracia”.

1 BARBOSA, Rui. **Oração aos moços** [1920]. Edição Ridendo Castigat Mores. Versão para ebook. Fonte digital (ebookbrasil.com.), 2014, p. 22.

2 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 35. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012 (Art. 6º: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”).

3 “*Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*” (Tradução livre: “Justiça é a constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu”). **Instituições de Justiniano**. Livro I, Título I, nº 1. Curitiba: Tribunais do Brasil, 1979.

Posteriormente, num segundo momento, o estudo abrange a temática: “A problemática da isonomia no século XXI”.

A similaridade moderna é considerada um dos pilares da manifestação do poder constituinte, não se limitando somente ao preceito constitucional positivado. Ou seja, de que “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 [...]” (inc. I, em que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações)⁴. Trazem também essa convicção os arts. 3º, inc. III, e 7º, inc. XXX⁵.

Diante do exposto verifica-se que a igualdade material, que é a de fato, ainda não alcançou pleno desempenho; enquanto isso, a igualdade formal, que é a lei, está cada vez mais próxima ao que se destina, especificamente, na aplicabilidade da norma vigente, sem levar em conta as distinções de grupos. É indispensável, frente às mudanças que permeiam a Ciência Constitucional, a aplicabilidade do princípio isonômico que possa suprir os anseios da população neste linear do século XXI. O Brasil, com sua diversidade cultural, étnica e linguística, desenvolve sua democracia e reforça o pluralismo preconizado pelo Diploma Magno.

Cabe salientar com isto, o quanto é imprescindível a relevância da concretização da isonomia, pois se trata de um bem jurídico inalienável, imprescritível, cuja finalidade é o tratamento igualitário dos indivíduos, da coletividade e das etnias perante o Estado. Almeja-se, portanto, um tratamento igualitário, que vá além da forma liberal, que embasou a antiga Ciência Constitucional de modo formal e individualista, em oposição às políticas da nova hermenêutica constituinte.

A doutrina moderna recomenda a utilização de ferramentas de interpretação da Constituição, materializando-se o princípio da proporcionalidade e sua compreensão, vinculada aos Direitos Fundamentais.

Aspira-se, portanto, a elucidação da igualdade com a legitimidade, muito bem traduzida nas palavras de Silva: “[...] porque existem desigualdades, é que se aspira à igualdade real ou material que busque realizar a igualização das condições desiguais”⁶.

A violação do princípio da igualdade deve ser minuciosamente analisada à luz do caso concreto apresentado, e observadas as consequências frente ao Ordenamento Constitucional, sendo de relevante importância a interpretação e a aplicação da lei. A isonomia encontra-se diretamente ancorada na dignidade humana, sendo por este motivo que a Declaração dos Direitos Humanos da ONU consagrou que todos os seres humanos

4 BRASIL, Op. cit., 1988 (CF/88, art. 5º, caput, inc. I).

5 Id., ibid. (CF/88, art. 3º, inc. III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; art. 7º, inc. XXX – proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil).

6 SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto4143/digressões.acerca-do-principio-constitucional-da-igualdade>. Acesso em: 26 set. 2014.

são iguais em dignidades e direitos.

Logo, há de se evitar o retrocesso na história da humanidade, uma vez que em tempos tirânicos apenas alguns tinham direitos, enquanto a grande maioria da população era excluída. Isso comprova que inexistia democracia onde a desigualdade impera e o Estado Democrático é falho.

A COMPREENSÃO HISTÓRICA FACE À IGUALDADE CONDICIONADA AO PRINCÍPIO DE DEMOCRACIA

A contextualização histórica da igualdade e da democracia surgiu a partir da transição do Estado Absolutista para o Estado Liberal. Os filósofos contratualistas John Locke, Jean-Jacques Rousseau e Montesquieu contribuíram muito no que diz respeito ao nascimento da concepção de democracia e igualdade. Cabe salientar que o Iluminismo foi um divisor fundamental na história do desenvolvimento progressivo dos Direitos Fundamentais dos cidadãos. A democracia, no contexto da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa, é conceito significativo do Estado de Direito, que eclodiu como expressão jurídica.

Ao retomar o princípio da igualdade e da democracia, tem-se em Aristóteles o grande pilar desses ideais, pois compreende a Justiça em sentido amplo, e defende que esta equivale ao exercício de todas as virtudes referidas ao outro. Determina, ainda, a ação de acordo com a lei, em sentido estrito, sendo a Justiça entendida como hábito que realiza a igualdade⁷.

Na Grécia Antiga, o Direito Natural se constituiu como fundamento de validação do Direito, delineando-se as linhas mestras do pensamento ocidental durante a Idade Média, no campo da Filosofia e do pensamento Jurídico. O Direito Natural então, se constitui como fundamento de validade do Direito Positivo.

Morris⁸ assinala que Jean-Jacques Rousseau, iluminista do século XVIII, defendia a liberdade e a igualdade como Direitos Fundamentais, em que a vontade geral é concordante com a vontade particular, porque é fruto da participação do povo na formação das leis. Rousseau é o centro da filosofia prática de Kant, que desenvolve essa ideia com maior profundidade filosófica, separando as influências empíricas que ainda estavam presentes⁹.

O filósofo John Locke entendia que para compreender o poder político e derivá-lo de sua origem, deve-se considerar o estado em que todos os homens se encontram naturalmente, estado este de perfeita liberdade e igualdade, em que todo o poder e jurisdição são recíprocos. É totalmente evidente que indivíduos da mesma espécie, nascidos pelas mesmas vantagens da natureza, e para uso das mesmas faculdades, devem ser iguais uns aos outros, sem subordinação nem sujeição, a menos que o senhor de todos eles, por alguma vontade manifesta, coloque um acima do outro, conferindo-lhe por indicação clara

7 MORRIS, Clarence. **Os grandes filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 5-10.

8 Id., *ibid*.

9 GOMES, Alexandre Travessoni. **Fundamentos da validade do Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 64.

e evidente, um direito indubitável de domínio e soberania. Locke tinha a concepção de que no Estado Civil os Direitos Naturais não desaparecem, mas subsistem¹⁰.

Entre os filósofos supracitados, e igualmente importantes, encontra-se Montesquieu¹¹, que também fazia parte da corrente iluminista, e teceu comentários sobre os governos moderados, teorizando sobre a tripartição das funções do Estado. Para ele, a garantia da Justiça estava na descentralização do poder, e tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse os três poderes de fazer leis, executando-as e julgando crimes e divergências dos indivíduos. Os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário deveriam, então, na visão de Montesquieu, serem entregues a pessoas diferentes, para que não ocorressem usurpações, e para que um poder controlasse o outro.

Após a Revolução Francesa, o desmembramento das funções estatais tornou-se dogma do nascente Estado Democrático, como forma de garantir a soberania popular. Possibilitou-se, então, o surgimento de doutrinas acerca dos Direitos Fundamentais, que culminaram com a Declaração dos Direitos do Homem, preambular à Constituição Francesa revolucionária.

Referente ao contexto histórico no Brasil¹², o princípio da igualdade foi entendido de diferentes formas, desde a primeira Constituição de 1824 até a vigente de 1988. A Constituição de 1824 abrangia o governo monárquico, o voto era censitário, baseado em bens de raízes, voltado à aristocracia e ao comércio. A Carta Magna de 1891 apresentava uma forma de Estado Federal e uma forma de Governo Republicano, quando mendigos, analfabetos e mulheres não possuíam a titularidade do voto. A lei fundamental de 1934 foi a primeira a consagrar os direitos dos trabalhadores com uma jornada de oito horas diárias e a proibição do trabalho infantil, prevendo o direito de voto às mulheres, mendigos e analfabetos que até então ainda não podiam votar.

A Carta Constitucional de 1937 trazia um modelo fascista, conhecida como Polaca, quando se perdeu os direitos políticos, e imprensa, teatro e radiodifusão eram censurados. Já a Constituição de 1946 restabelecia a democracia. O alistamento eleitoral e o voto eram obrigatórios para brasileiros de ambos os sexos, não podiam se alistar os eleitores analfabetos; havia livre manifestação de pensamento, sendo reconhecido o direito de greve.

Um período que merece ênfase é o da Ditadura Militar, com a Constituição de 1967, fase de grande retrocesso dos direitos individuais e políticos, quando houve o privilégio da função executiva em detrimento das funções legislativas e judiciárias.

Por fim, em 1988, foi instituída a Constituição da República Federativa brasileira, também conhecida por Constituição Cidadã, que passou a estabelecer os princípios fundamentais Republicanos e Federativos em um Estado Democrático de Direito. Soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre

10 MORRIS, Clarence. Op. cit., 2002, p. 149.

11 MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. **O Espírito das Leis** [1748]. São Paulo: Saraiva, 2009.

12 SILVA, José Afonso da. Op. cit., 2006, p. 79-92.

iniciativa, pluralismo político e tripartição dos poderes são a base de seus fundamentos.

A República Federativa brasileira almeja construir uma sociedade livre, justa e solidária. Além disso, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades regionais e sociais, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação¹³.

Diante de toda contextualização histórica exposta, da individualidade do homem, do Direito Natural e do Princípio da Igualdade, tem-se que o liberalismo, o individualismo e a igualdade ainda são desafios históricos e contextuais. Promessas de igualdade, fraternidade e liberdade, em sua grande maioria, não foram cumpridas, restando um enorme saldo de injustiça social na contemporaneidade.

A PROBLEMÁTICA DA ISONOMIA NO SÉCULO XXI

A aplicabilidade da igualdade contemporânea pode ser verificada desde o artigo primeiro da Constituição de 1988, que declara que a República Federativa do Brasil constituiu-se em Estado Democrático de Direito. A democracia que o Estado Democrático realiza não representa apenas uma simples garantia de organizar o Estado, mas um processo de convivência social, numa sociedade justa, solidária e livre, onde o poder emana do povo, de forma direta ou por representantes eleitos, pluralista e participativa¹⁴.

O pensamento filosófico hodierno tem fundamental importância no que concerne à compreensão do sentido em que se direcionam as mudanças em processamento, na busca igualitária de direitos e no que realmente se incorporou às realizações socioeconômicas. Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 assegura aos seus cidadãos o ideal da igualdade, contudo, a palavra *Justiça* ainda provoca um sentimento de dúvida entre as pessoas com maior poder aquisitivo, e entre aqueles que fazem parte de uma classe social inferior, devido aos modos como se pratica, e pelas deficiências reais de acesso, entre outros fatores.

A igualdade constituiu o signo fundamental da democracia, não admitindo privilégios e distinções que um regime liberal consagra. A Carta Magna de 1988 abre o capítulo dos direitos individuais, com o princípio de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CF/88, art. 5º, *caput*). A doutrina reforça outras normas sobre a igualdade, buscando a igualização dos desiguais pela outorga de direitos sociais substanciais.

A previsão, ainda que programática, de que a República Federativa do Brasil tem como um de seus objetivos fundamentais reduzir as desigualdades sociais e regionais, repulsa qualquer forma de discriminação¹⁵. Constituem reais promessas de busca da igualdade material, a universalidade da seguridade social, a garantia ao direito à saúde, à

13 BRASIL, Op. cit., 1988 (CF/88, art. 3º, incs. I ao IV).

14 Id., *ibid.* (CF/88, art. 3º, inc. I, art. 1º, inc. V; § único).

15 BRASIL. Op. cit., 1988 (CF/88, art. 3º, incs III e IV).

educação, baseada em princípios democráticos e de igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola, enfim, a preocupação com a justiça social como objetivo de ordem econômica e civil.

A isonomia se revela no axioma identidade de essência dos membros da espécie, o que não exclui a possibilidade de haver inúmeras desigualdades entre as pessoas, todavia, são desigualdades naturais, físicas, morais, políticas, sociais, etc.

Estudos de Rocha a respeito das inúmeras faces da igualdade e da desigualdade revelam que,

[...] não se aspira uma igualdade que frustre e desbaste as desigualdades que semeiam a riqueza humana da sociedade plural, nem se deseja uma desigualdade tão grande e injusta que impeça o homem de ser digno em sua existência e feliz em seu destino. O que se quer é a igualdade jurídica que embase a realização de todas as desigualdades humanas e as faça suprimimento ético de valores políticos que o homem possa desenvolver. As desigualdades naturais são saudáveis, como são doentes aquelas sociais e econômicas, que não deixam alternativas de caminhos singulares a cada ser humano único¹⁶.

A igualdade constitucional é, portanto, mais que uma expressão de direito; é um modo justo de se viver em sociedade. Por este motivo é o pilar de sustentação e a direção interpretativa das normas jurídicas que compõe o sistema jurídico fundamental.

A carga sociológica que lastreia o vértice dos Direitos Humanos ou dos Direitos Fundamentais é a mesma, ou seja, é o centro dos direitos mais valiosos que se tem – a vida, a liberdade, a propriedade, a segurança e a igualdade que, com todos os seus desdobramentos, encontram-se protegidos em ambas as expressões.

A denominação *Direitos Humanos* é utilizada pela Filosofia do Direito e pelo Direito Internacional Público e Privado. Os Direitos Fundamentais seriam os Direitos Humanos positivados em um sistema constitucional. Na órbita internacional, o Brasil vem participando de uma série de declarações e pactos firmados pós-Segunda Guerra Mundial, com a intenção de promover uma proteção maior aos Direitos Fundamentais. O marco inicial ocorreu com a ratificação da Carta das Nações Unidas, em 1945, cujas manifestações de intenções apregoavam a reafirmação da fé nos Direitos Fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direito entre homens e mulheres, na promoção do progresso social e nas melhores condições de vida dentro de um conceito amplo de liberdade¹⁷.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, possibilitou convenções internacionais com o estabelecimento de estatutos de cooperação mútua, e mecanismos de controle que garantam a não violação do exercício de direitos básicos à vida digna. A universalidade está em harmonia, de maneira contundente, com o envolvimento dos países e com a comunidade jurídica internacional, em que o Direito deve proteger o maior número

16 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990, p. 118.

17 SILVA, José Afonso da. Op. cit., 2006, p. 164.

de destinatários, sem preconceitos de raça, cor, sexo, idade, nacionalidade ou condição social. Não basta enunciação de direitos ou igualdade jurídica pautada em critérios estritamente formais, sem que exista, paralelamente, uma intervenção do Estado, a fim de promover, de fato, essa igualdade. Isso corresponde a um Estado atuante, a uma presença efetiva do poder público, com a implementação de políticas públicas capazes de assegurar a plena realização desse princípio. Exemplo de manifestação do princípio da igualdade são as políticas de ações afirmativas do Ordenamento Jurídico vigente, que têm o intuito de tornar efetivos os direitos de grupos tradicionalmente marginalizados ou excluídos. Nesse diapasão podem-se citar as cotas para negros, pardos e indígenas, visando ao ingresso em cursos de ensino superior, bem como às cotas para portadores de deficiência em serviços públicos.

Tem-se, assim, que as ações afirmativas são modelo de concretização do princípio da igualdade, com vistas a transcender a igualdade formal, onde todos são iguais perante a lei, para então atuar mediante intervenção estatal, na realidade social, reduzindo as desigualdades.

No constitucionalismo contemporâneo, as políticas públicas buscam a efetividade tão necessária aos direitos constitucionalmente garantidos, promovendo a cidadania das minorias. A igualdade, nesse contexto, assume forma de transformação, capaz de modificar a realidade econômica, social e política da nação.

É imperioso considerar a história da sociedade, ou seja, a forma como o Direito atuou para manter e promover a civilização, onde se originou e como se adaptou. Percebe-se, assim, que as reivindicações e as demandas sociais são necessárias para harmonizar as bases da nação, isto é, a igualdade é mais que um fundamento material, é transcendental.

Diante de tudo o que foi exposto resta a interpretação do Princípio da Igualdade na concepção filosófica, e os argumentos aplicados pelo moderno Estado Democrático. Há de se evitar o retrocesso na história da humanidade, quando em tempos tirânicos apenas alguns usufruíam de direitos e garantias, enquanto a grande maioria da população era excluída. Os Direitos Sociais, de segunda dimensão, apresentam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado Social de Direito, e tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca por melhores e adequadas condições de vida, estando ainda, consagrados como Fundamentos da República Federativa do Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante deste estudo bibliográfico e filosófico acerca do Princípio da Igualdade, da sua evolução e sua aplicabilidade atual, é possível entender as formas como ela está enraizada, bem como a evolução humana, as contribuições de Aristóteles, as visões de John Locke, Jean-Jacques Rousseau e de Montesquieu.

Notadamente a sociedade evoluiu. A passagem pelo Absolutismo, pelo Estado Liberal

e pelo Estado Democrático trouxe consigo o amadurecimento estatal. Consequentemente, na contemporaneidade, o Estado mostra-se preocupado com a dignidade humana, com os direitos e as garantias fundamentais, bem como com o equilíbrio social. Nesse sentido, tenta acabar com o déficit de séculos de desigualdades.

É indispensável, contudo, mencionar que um Estado de Direito verdadeiramente democrático deve proporcionar ao seu povo uma participação material na vida política do país, e não meramente formal. A democracia representa uma projeção política de autonomia pública e privada dos cidadãos, alicerçada em um conjunto de direitos fundamentais.

A igualdade é o fundamento implícito no Estado Democrático de Direito. O comando constitucional anseia por uma comunidade de pessoas livres, fundada no bem comum, em que justiça e solidariedade estejam presentes, onde se efetive a verdadeira justiça social. Promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação está em conformidade com os demais objetivos do Estado brasileiro. E, apesar de já ter convivido com toda forma de segregação, o país ainda apresenta sinais veementes de sua presença.

O sexo feminino, durante longos anos, já foi inferiorizado perante a ordem jurídica. Os mendigos também não participaram da vida política nacional, e em pleno século XXI ainda não foram superadas as diferenças entre nordestinos e pessoas de origem social humilde. Ademais, percebe-se no cotidiano que ainda há preconceito com relação aos afrodescendentes e homossexuais, em contradição com uma sociedade miscigenada e pluralista.

A Constituição de 1988 abre o capítulo dos Direitos Individuais com o princípio de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (CF/88, art. 5º, caput). A Carta Magna reforça o princípio com outras normas sobre a igualdade, buscando a igualização dos desiguais a partir da outorga dos direitos e garantias sociais. A previsão de que a República Federativa do Brasil tem como um de seus objetivos fundamentais reduzir as desigualdades sociais e regionais, repulsa qualquer forma de discriminação.

A preocupação com a justiça social fica evidente na Carta Magna, que trata também nesse paradigma isonômico, da universalidade e da seguridade social, garantindo o direito à saúde e à educação, com igualdade de condições para acesso e permanência na escola/universidade. Salienta-se, com isso, a íntima e indissociável vinculação entre os direitos fundamentais e as noções de Constituição e Estado de Direito, cujos direitos integram a essência do Estado Constitucional, onde o poder se justifica pela realização dos direitos do homem, dos quais não se dissocia a ideia de justiça.

A legitimidade da Constituição é a dignidade do seu reconhecimento, como ordem justa, às ideias dos Direitos Fundamentais, aos Direitos Humanos e à soberania popular, a qual se encontra na base e forma a gênese do pacto constituinte, que determina e condiciona o Estado Democrático de Direito. Os direitos, na sua indispensabilidade, são considerados para além de sua função originária, integrando um sistema axiológico que atua

como fundamento material de todo o ordenamento jurídico. Eles podem ser considerados pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo, por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito da igualdade, perante a lei, e de oportunidades de um espaço de liberdade real, e pela outorga do direito à participação, com liberdade e igualdade, na conformação da comunidade e do processo político. Desse modo, a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos, podem ser considerados o fundamento da ordem democrática, abarcando nesse sentido, o parâmetro de sua legitimidade. O direito de voto, igual acesso aos cargos públicos, entre outros, constituem, também, elementos indispensáveis às demais liberdades.

No âmbito do Estado Social de Direito, os direitos sociais constituem exercício efetivo de liberdades e garantias de igualdade de oportunidades, inerentes a uma democracia e a um Estado de Direito, direcionados a uma justiça material. A homogeneidade social serve ao indivíduo isoladamente, e à capacidade funcional da democracia em sua totalidade. É imperioso destacar que além da vinculação de noções de Estado de Direito, Constituição e Direitos Fundamentais, as concretizações do princípio da dignidade humana, valores de igualdade, liberdade e justiça, constituem a legitimidade do autêntico Estado Democrático e Social de Direito, consagrado no ordenamento positivo vigente.

Dentro desse arquétipo é imprescindível a vinculação entre Direito e Filosofia no que tange o conhecimento jurídico. É preciso entender o que foi conquistado até o momento, diante de quais situações e a que custos se conseguiu um direito mais humanizado e preocupado com políticas sociais. A tarefa dos direitos humanos é a de estabelecer os exatos limites da igualdade, da diferença entre os indivíduos e as culturas, sem negar os aspectos comuns que os identificam na qualidade de sujeitos particulares.

A diversidade cultural, não é, necessariamente, contrária à ideia de universalidade dos Direitos Humanos, tampouco é a possibilidade particular de uma cultura reivindicar reconhecimento com base nesses mesmos direitos. A questão é, portanto, estabelecer os limites da igualdade compartilhada por todas as culturas, bem como cancelar as diferenças que contrariem um acordo comum de valores que, atualmente, conforma a base comum dos Direitos Humanos.

As políticas públicas desenvolvidas são uma forma de tentar reduzir as desigualdades. O poder estatal aplica de forma coercitiva um percentual de cotas para negros, pardos e índios em universidades e concursos públicos, sem deixar de mencionar pessoas com deficiência física. Sabe-se da importância dessas políticas, porém, cabe questionar até que ponto elas são políticas de inclusão ou de distinção. A política Estatal está presente, garantindo a igualdade de oportunidades, contudo, é preciso que a sociedade tenha uma reeducação cultural, mudando seus pré-conceitos e atitudes, não condizentes com os valores básicos do ser humano.

O princípio da igualdade, portanto, remete à evolução da história pela busca do seu surgimento, que ocorreu na Grécia Antiga, passou pela Revolução Francesa, pela

efetivação dos Direitos do Homem e do Cidadão, chegando ao Brasil Império, à primeira Constituição Federativa, tendo Rui Barbosa como seu redator. As constituições que vigoram hodiernamente mostram-se preocupadas com a ética e com as mazelas sociais, cuja bagagem leva a refletir sobre o que custou cada direito adquirido e o porquê de lutar continuamente pela efetivação do Direito.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços** [1920]. Edição Ridendo Castigat Mores. Versão para ebook. Fonte digital (ebookbrasil.com.), 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 35. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GOMES, Alexandre Travessoni. **Fundamentos da validade do Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

INSTITUIÇÕES DE JUSTINIANO. Livro I, Título I, nº 1. Curitiba: Tribunais do Brasil, 1979.

MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. **O espírito das leis** [1748]. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORRIS, Clarence. **Os grandes filósofos do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto4143/digressões.acerca-do-principio-constitucional-da-igualdade>. Acesso em: 26 set. 2014.

CAPÍTULO 2

O *RECALL* COMO INSTRUMENTO DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Data de aceite: 04/01/2021

Data de submissão: 08/12/2020

Júlia Silvério Azevedo

Universidade José do Rosário Vellano
UNIFENAS
Alfenas-MG
<http://lattes.cnpq.br/8144031558763979>

Sônia Boczar

Universidade José do Rosário Vellano
UNIFENAS
Alfenas-MG
<http://lattes.cnpq.br/0949823317471970>

RESUMO: Esta pesquisa constitui-se do estudo do *Recall*, um mecanismo de participação que visa dar uma maior capacidade de decisão ao povo, mesmo após as eleições, de decidir sobre quem lhe representa e, assim, destituir representantes políticos que não arcam com as suas responsabilidades ou que simplesmente não cumprem com os compromissos assumidos com os cidadãos. Foi realizada revisão de literatura construída a partir da análise de artigos, livros, leis, emendas constitucionais e argumentos de autoridade, com predominância do método dedutivo da pesquisa científica. Concluiu-se que o ideal democrático seria que o povo tivesse de forma concreta o poder em suas mãos, exercendo sua vontade através do *recall*, em substituição ao *impeachment*, por ser aquele um processo mais rápido e menos traumático e, portanto, mais eficiente.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia; Participação Popular; *Impeachment*; *Recall*.

RECALL AS INSTRUMENT OF PARTICIPATORY DEMOCRACY

ABSTRACT: This research studies *Recall*, a participation mechanism that aims to give people greater decision-making capacity, even after the elections, to decide who represents them and, thus, remove political representatives who do not bear their responsibilities or who do not comply with the commitments made to citizens. Literature review was carried out based on the analysis of articles, books, laws, constitutional amendments and arguments of authority, using the deductive method of scientific research. It was concluded that the democratic ideal would be for the people to concretely have power in their hands, exercising their will for recall use, replacing impeachment, as this is a faster and less traumatic process and, therefore, more efficient.

KEYWORDS: Democracy; Popular participation; *Impeachment*; *Recall*.

1 | INTRODUÇÃO

Conforme o parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal de 1988 (CF/88): “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”. A soberania popular, segundo o art. 14 da CF/88, não somente será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, mas também por meio de

plebiscito, referendo e iniciativa popular. Porém, tais institutos raramente são usados pela população, pelo desconhecimento e pelas dificuldades de sua aplicação.

Esta pesquisa constitui-se do estudo do *recall*, um mecanismo de participação que visa dar uma maior capacidade de decisão ao povo, mesmo após as eleições, de decidir sobre quem lhe representa e, assim, destituir representantes políticos que não arcam com as suas responsabilidades ou que simplesmente não cumprem com os compromissos assumidos com os cidadãos.

Nesse sentido, os tipos de democracia, os instrumentos de participação popular do Brasil, o processo de revogação de mandato já existente em nosso país, o *impeachment*, e o advento do instituto do *recall* são temas relevantes que serão tratados neste trabalho.

Além disso, há abordagem de Direito Comparado, analisando-se as formas de aplicação do *recall* em outros países, como os Estados Unidos e a Suíça, e a análise das propostas de emendas constitucionais em tramitação no Congresso para a implementação do mecanismo no Brasil.

Foi realizada revisão de literatura construída a partir da análise de artigos, livros, leis, emendas constitucionais e argumentos de autoridade, com predominância do método dedutivo da pesquisa científica.

2 | DEMOCRACIA

O conceito de democracia adquiriu diversos significados ao longo do tempo por meio da busca das populações por direitos civis, políticos e sociais. “Por não ser um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores indispensáveis de convivência social, a democracia se enriqueceu com passar do tempo e das lutas sociais” (SILVA, 2007, p. 40).

Inúmeras críticas são destinadas ao sistema democrático e seus fundamentos já sofreram consideráveis distorções, porém a Democracia ainda é amplamente utilizada nas civilizações atuais. Anota Bonavides (2019, p. 345): “Mas a democracia, que não é mais que um nome também debaixo dos abusos que a infamaram, nem por isso deixou de ser a potente força condutora dos destinos da sociedade contemporânea, não importa a significação que se lhe empreste”.

Nesse sentido, os ideais democráticos transgrediram desde a Antiguidade, nas *polis* gregas, com a democracia direta, até a ideia moderna de um Estado Democrático originada no século XVII (BOBBIO, 1995)

Na Idade Média, abandonou-se a democracia, adotando-se o modelo feudal e a monarquia, a qual foi se fortalecendo até chegar ao absolutismo, combatido no final do séc. XVII e ao longo do séc. XVIII, com a disseminação, em toda parte, das ideias iluministas e liberais, quando o ideal democrático retorna ao discurso político, trazendo a concepção moderna de Estado Democrático (BOBBIO, 1995).

Surge, então, o Estado Constitucional, que enquadra o Estado Democrático num sistema normativo fundamental, pois a burguesia queria afirmar seus direitos e assegurar sua permanência no poder, de forma escrita, para dificultar qualquer tentativa de retrocesso por parte dos nobres. (DALLARI, 2015, p. 136)

Ainda assim, pensadores como Rousseau, Nietzsche e Hegel (Cf. BONAVIDES, 2019) defendem que somente o homem grego viveu em plena liberdade e que essa liberdade dita na modernidade é mera sombra da verdadeira.

Há, na atualidade, três formas básicas de democracia: a direta, a indireta (ou representativa) e a semidireta (ou participativa).

A democracia direta é a primeira forma desse sistema de governo, originada da época em que o poder político era exercido através de discussões em praça pública pelos cidadãos nas cidades-estados gregas e o conceito de “cidadão” era restrito a homens livres apoiados sobre esmagadora maioria de mulheres, crianças e escravos (BONAVIDES, 2019).

Pelo exposto, observa-se que o modelo democrático direto é, atualmente, inaplicável na maioria dos Estados pela impossibilidade de consulta aos cidadãos de determinada cidade, estado ou país (FERREIRA FILHO, 2012). Assim, com o crescimento populacional e a ampliação dos direitos políticos aos indivíduos, ganhou espaço nos Estados soberanos a democracia indireta, a qual se caracteriza pela tomada de decisões políticas por representantes do povo (BASTOS, 2010).

Logo, surge o modelo de democracia indireta, em que o povo escolhe seus representantes, eleitos periodicamente, para não só realizar as vontades da população, mas também as medidas necessárias ao governo. Há a figura do mandato político, que é uma “situação jurídico-política com base na qual alguém, designado por via eleitoral, desempenha uma função política na democracia representativa” (SILVA, 2005, p. 138).

Segundo Bonavides (2019), na democracia indireta o poder é do povo, mas o fazem em seu nome os representantes. Diante disso, o autor reconhece que há dificuldades na aplicação desse modelo democrático, pela divergência que muitas vezes se verifica entre a vontade do povo e a dos representantes políticos.

Assim, visando alcançar um novo modelo democrático, houve a junção das ideias da democracia direta e da indireta, ou seja, dos mecanismos de participação popular e da representação, respectivamente, dando origem à democracia semidireta, uma democracia representativa com alguns institutos de participação direta do povo nas funções de governo (SILVA, 2005).

Com a democracia semidireta, a alienação política da vontade popular faz-se apenas parcialmente. O povo não só elege, como legisla, é soberano, e o governo mediante o qual essa soberania se perfaz pertence por igual ao elemento popular nas matérias mais importantes da vida pública (BONAVIDES, 2019). Para Dallari (2015), a externalização da

vontade popular ao uso de mecanismos democráticos é a melhor modalidade da forma de governo presidencialista.

Dentre os instrumentos de democracia participativa estão o referendo, o plebiscito e a iniciativa popular.

A palavra “referendo”, do latim *referendum*, teve origem na Suíça e refere-se ao instrumento de democracia direta que prevê consulta popular para aprovar ou rejeitar projetos de lei provindos do Congresso Nacional (DALLARI, 2015). O mecanismo está previsto no art. 14, II, da CF/88 e é uma forma de reunião do povo, por eleição, em que há a aprovação de ato administrativo ou legislativo sobre questões relevantes para o país. Bonavides (2019) diz que com o referendo o povo adquire o poder de sancionar as leis, podendo tornar válida uma lei criada pelo Congresso Nacional, que possui a competência exclusiva para autorizar a realização de referendos (Cf. art. 49 CF/88).

Bonavides (2019) entende, porém, que há prós e contras quanto à aplicação desse instituto. Entre as vantagens, a possibilidade de maior participação popular nas questões públicas; quanto às desvantagens, a possibilidade de ocorrer desgaste no debate de assuntos complexos.

Quanto ao plebiscito, aduz Bonavides (2019) que consiste em consulta prévia à opinião popular em que, conforme os resultados, serão tomadas medidas legislativas ficando reservadas dificuldades para sua diferenciação de referendos. O art. 2º da Lei nº 9.709/1998 regulamenta os incisos do art. 14 da CF/88.

Destarte, o plebiscito é uma maneira de consultar a população previamente acerca do teor de lei a ser aprovada. Dessa maneira, torna-se relevante diferenciar plebiscito e referendo. Enquanto o referendo se caracteriza por ser a aprovação ou não de uma lei, o plebiscito busca “pedir um conselho” ao povo antes da formalização de um ato estatal (BONAVIDES, 2019).

A iniciativa popular, por sua vez, é muito usada pela Suíça e pelos Estados da Federação Estadunidense. É faculdade atribuída a um número determinado de eleitores de iniciar o processo para a produção de uma lei ou emenda constitucional, mediante apresentação de um projeto redigido de forma articulada e detalhada ou que contenha os seus princípios básicos (BOCZAR, 1994).

No Brasil, o mecanismo está previsto no artigo 13 da Lei n. 9.709/1998. Para ser realizado o processo de iniciativa popular, necessita-se a assinatura de 0,3% dos eleitores em, no mínimo, 5 Estados da Federação, totalizando 1% do eleitorado nacional (§ 2º, art. 61, CF/88).

3 | O PROCESSO DE IMPEACHMENT

Quando o Presidente da República realiza um ato que desrespeita a Constituição Federal, é submetido a processo e julgamento, visando à sua destituição. Trata-se do

impeachment: “o processo mediante o qual se promove a apuração e o julgamento dos crimes de responsabilidade” (BARROSO, 1998, p. 162).

O *impeachment* originou-se na Inglaterra na Idade Média quando, no ano de 1376, Lord Latimer sofreu o processo no Parlamento Inglês. Mais tarde, o impedimento recebeu adesão de outros países, como os Estados Unidos, que destituiu o presidente Richard Nixon na década de 1970 (FERREIRA FILHO, 2012).

Na sua origem, o *impeachment* consistia num processo criminal, perante o Parlamento, pelo qual uma autoridade era destituída do cargo e sofria a condenação a uma pena corporal. Todavia, por assegurar defesa ao acusado, foi posto de lado, quando, no séc. XVII, o Parlamento preferiu meios mais expeditos, como a lei condenatória, o *bill of attainder*, para derrubar e castigar as autoridades que se lhe antepunham (FERREIRA FILHO, 2012).

No Brasil, a Constituição Imperial de 1824 adotou o *impeachment* em seu art. 133, mas o processo era restrito apenas ao Ministro, pois o imperador era autoridade inviolável e sagrada, não se sujeitando a responsabilidade alguma. O instituto tal como é hoje somente criou raízes na Constituição da República de 1891, inspirada no modelo estadunidense, que deu ao Congresso a competência para realizar o *impeachment* e considerou este como um processo que tutela a coisa pública (FERREIRA FILHO, 2012).

Atualmente, a denúncia do crime de responsabilidade é admitida pela Câmara e apreciada pelo Senado, conforme o art. 86 da CF/88. Os crimes de responsabilidade têm natureza político-administrativa, pelo que o *impeachment* é julgado pelo Poder Legislativo Federal. A palavra *impeachment* significa, na tradução literal, “impedimento” e não tem por objeto punições privativas da liberdade ou de bens, mas sim impedir que o condenado continue no governo, sendo duas as penalidades: a perda do cargo/função e a inabilitação para o exercício de qualquer função pública, eletiva ou não (FERREIRA FILHO, 2012).

No momento em que a ação é considerada procedente pelo Senado Federal, além do art. 85 da CF/88, o *impeachment* tem seu processo regulado pela Lei n. 1.079/1950, não havendo mais nenhuma lei que disponha sobre esse instituto (FERREIRA FILHO, 2012).

Na opinião de Pinto (1993), pioneiro no estudo sobre *impeachment* no Brasil, tal instituto é incapaz de solucionar as crises institucionais, paradoxalmente, contribui para o agravamento delas, pois que, pela sua rigidez, não funciona a tempo, chega a pôr em risco as instituições e não raras vezes elas se estilhaçam.

Inegável é, contudo, que o processo de *impeachment* no Brasil já produziu resultados. Primeiro a destituição do presidente Fernando Collor, em 1992, condenado pelo Senado Federal com o voto favorável de 76 membros da Casa; valendo salientar que o procedimento durou extenso período de tempo e causou um grande desequilíbrio no país (PINTO, 1993). Em 2016 foi utilizado para Dilma Rousseff, após denúncia autorizada pela Câmara dos Deputados sob a acusação principal de que ela teria realizado “pedaladas fiscais” - manobra contábil a fim de promover a falsa ideia de que as contas públicas estão

equilibradas -, com 61 votos a favor, o Senado decidiu pela destituição de Dilma Rousseff, em processo que durou nove meses (VILLAVÉRDE; FERNANDES, 2016).

Diferentemente do processo de *impeachment* contra Collor, o aberto contra Dilma criou divergências políticas, sociais e jurídicas, quando muitos acusaram o processo de golpe contra a Constituição Federal, colocando em xeque sua legitimidade. No entender de Holmes (2016), a verdade é que a crise política brasileira é uma crise constitucional, pela qual se deve entender um abalo nas estruturas e regras que regulam o exercício do poder político e econômico dos atores sociais. As estruturas constitucionais determinariam, assim, os pesos relativos dos atores políticos com mais poder, nos processos eleitorais, administrativos e jurídicos, assim como os procedimentos por meio dos quais os “donos do poder” podem adquirir ou perder poder de decisão com impacto coletivo.

41 **RECALL**

No conceito jurídico-político, o *recall* é uma instituição que tem aplicação em duas hipóteses: ou para revogar a eleição de um legislador ou funcionário eletivo, ou para reformar decisão judicial sobre constitucionalidade da lei (DALLARI, 2015). Portanto, não só parlamentares podem sofrer o processo, mas também, por exemplo, membros do Judiciário e do Executivo.

O *recall* tem sido largamente aplicado nos Estados ianques para membros dos três Poderes. Um certo número de eleitores, 20% a 25% do total, pode pedir que o cidadão seja submetido a *recall*. O *recalled* pode apresentar-se à reeleição e imprimir na cédula de voto em sua defesa. Se for reeleito, correm por conta dos peticionários do *recall* as despesas feitas com a eleição, para o que previamente eles são obrigados a prestar caução (AZAMBUJA, 2003).

A forma primitiva do *recall* apareceu no período colonial, dentro desse contexto, de forma não-uniforme, permitindo ocasionalmente a revogação do mandato dos representantes, possivelmente inspirada nas participações políticas das sociedades antigas e no mandato imperativo medieval (ÁVILA, 2009). Reis (2006) esclarece que a primeira legislação que previu um mecanismo que se assemelhava ao *recall* foram os Artigos da Confederação, de 1781, em que ocorreu a destituição dos delegados do Congresso.

O *recall* se desenvolveu no final do séc. XIX e início do séc. XX. A Comuna de Paris (1871), *Abberufungsrecht* (1848) e a Carta de Los Angeles (1903) foram expressões do instituto democrático que, ao longo do tempo, adquiriu novas formas e está presente em países sul-americanos, nos cantões suíços, em províncias canadenses e em muitos estados dos Estados Unidos da América.

Para Ávila (2009, p. 58) “a participação dos indivíduos nas decisões de governo em nível local é uma tradição norte-americana. No período colonial existiam as Assembleias eleitas pela população que decidiam sobre orçamento e leis”. A atuação do movimento

progressista americano juntamente com apoio político, no séc. XX, fez com que o método de revogação de mandato fosse amplamente discutido nos Estados Unidos (BOCZAR, 1994). Dessa forma, o *recall* adquiriu novos aspectos e tinha entre seus principais objetivos conservar a relação entre o governo e o povo, fortalecendo a democracia.

O cenário corrupto da época, fruto da má conduta de autoridades públicas, provocou o surgimento de propostas de emendas constitucionais a fim de adotar o *recall* para revogar mandatos de funcionários públicos e decisões judiciais, colocando em pauta a admissão desse instituto nos Estados Unidos no Poder Judiciário (BONAVIDES, 2019).

Na Suíça, a destituição de mandato surgiu por iniciativa de seu próprio povo por meio dos costumes. Antes mesmo de o mecanismo integrar a legislação do país, os cidadãos suíços podiam solicitar votação a fim de destituir um parlamentar ou membro de um conselho (ÁVILA, 2009).

Nesse país havia um mecanismo para isolar as autoridades de cada uma das unidades da Confederação antes do término dos seus mandatos, que permitia a um número determinado de cidadãos requerer uma votação especial para destituir um parlamentar ou membro de conselho. Tal dispositivo passou a integrar a legislação suíça a partir de 1850, embora já fizesse parte dos costumes do povo muito antes dessa data (ÁVILA, 2009).

O *recall* suíço provoca a destituição coletiva de mandatos. Diferentemente dos Estados Unidos da América, em que a revogação do mandato é individual, nos cantões suíços o mecanismo é utilizado a um conjunto de indivíduos, podendo destituir uma Assembleia, a *Abberufungsrecht*, que traduzido do alemão significa literalmente “direito de revogação” (MARTINS, 2017). O pedido de revogação é feito por cidadãos que desejam a mudança dos membros da Assembleia Legislativa. Logo, é realizada uma votação popular e, caso a maioria população atenda à demanda, a assembleia é destituída e convocam-se novas eleições.

Atualmente, não há previsão no Brasil da destituição de mandatos pelo *recall*, apesar de tramitarem propostas no Congresso Nacional. Porém, o mecanismo não é totalmente estranho em nossas legislações, pois, apesar de nunca ter sido aplicado em uma Constituição Federal, teve previsão em algumas constituições estaduais, no final do séc. XIX (CALIMAN, 2005).

Durante o Império e a República Velha, Santa Catarina (1892 e 1895), Goiás (1891), São Paulo e Rio Grande do Sul (1891) tiveram o *recall* em seus ordenamentos jurídicos. Apesar das leis, não há registros da aplicação do *recall* nesses estados, sobretudo pela complexidade da recolha de assinaturas e pela prática do coronelismo, própria desse período (CALIMAN, 2005).

No âmbito federal, destaca-se que, em 1987, o deputado Lysâneas Maciel sugeriu fosse adicionado na CF/88 o “voto destituente”. O instituto se assemelhava ao *recall*, mas não poderia ser tratado como tal. O voto constituinte não foi aplicado na Constituição da República de 1988, permanecendo, assim, somente no *cogitacio* daqueles que estavam

presentes na Sessão da Câmara da época em que ocorreu a discussão da possibilidade de tal mecanismo (ÁVILA, 2009).

5 I IMPLEMENTAÇÃO DO RECALL NO BRASIL

Considerando-se que não há o *recall* no ordenamento jurídico brasileiro, surgiram propostas de sua implementação na CF/88, possível mediante Proposta de Emenda à Constituição (PEC).

A PEC 80/2003 propõe a revogação dos mandatos das autoridades políticas através do *recall* e a instituição do veto popular. Prevê a edição do art. 14 da CF/88 a fim de incluir esses dois novos institutos de democracia participativa semidireta. Tanto a destituição individual quanto a coletiva são objetos da PEC, que mescla os dois tipos utilizados nos EUA e na Suíça, respectivamente (ÁVILA, 2009).

O artigo 1º da Constituição da República 1988 é o alicerce dessa proposta de emenda à Carta Magna, por prever a soberania popular, em seu parágrafo único. A PEC 80/2003 apresenta conformidade com art. 60 da CF/88, não apresentando nenhum vício constitucional. Contudo, a proposta não propõe regras para orientar a melhor forma de aplicação dos mecanismos democráticos, dificultando sua implantação (ÁVILA, 2009). Nesse sentido, na data de 26/12/2014 a proposta foi arquivada, visto que o Senador Pedro Simon fez um relatório em que votou pela prejudicialidade da PEC, pois considerou que a PEC 73/2005 tinha uma regulamentação mais satisfatória.

A PEC 73/2005 é fruto de Campanha Nacional em Defesa da República e da Democracia, realizada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) para resguardar os princípios democráticos. A PEC propôs a revogação de mandatos de Deputados, Senadores e do Presidente da República. Para as destituições, seria necessário a assinatura de uma petição, destinada ao Tribunal Superior Eleitoral (TSE), por, no mínimo, 2% do eleitorado nacional, com distribuição em pelo menos sete Estados membros e com não menos de cinco décimos por cento em cada um destes (SENADO FEDERAL, 2005).

Na hipótese de ocorrer uma resposta negativa por parte do povo, o Presidente ou parlamentar não seria destituído até o fim do seu mandato, pois não existe a possibilidade de ocorrer um novo referendo popular. Ademais, a maioria absoluta do Congresso Nacional teria o poder de destituir o Presidente da República, contudo, caso a soma dos sufrágios brancos e nulos fossem mais da metade dos votos, esse não produziria efeitos (ÁVILA, 2009).

Essa PEC possui influência de outros países que utilizam o instituto, como no *Abberufungsrecht*, visto que o projeto dispõe sobre a possibilidade de dissolução coletiva. Ela propõe a utilização do direito de dissolução popular, ou seja, os eleitores têm a possibilidade de dissolver toda a Câmara dos Deputados, Assembleia Legislativa ou Câmara de Vereadores (MARTINS, 2017). Já a inspiração advinda dos Estados Unidos

destaca-se na proposta tanto na destituição de senadores quanto na de Presidente da República, diferenciando-se do país ianque, no entanto, visto a previsão de que as autoridades públicas destituídas sejam substituídas por seus suplentes (ÁVILA, 2009).

No dia 15/03/2007 a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC) aprovou a PEC 73/2005. Porém, somente em 24/09/2009 ocorreu um debate sobre o projeto por uma audiência pública proposta por parlamentares. Na mesma data, foi reencaminhada a PEC para o relator reexaminá-la, o qual a devolver 15/10/2009, com voto aprovando a proposta, seguindo as modificações realizadas no texto previamente apresentado (MARTINS, 2017).

Entretanto, apesar de conseguir o voto favorável do relator, a PEC foi arquivada em 07/01/2011, com embasamento legal no art. 332 do Regimento Interno do Senado, visto que ocorreu o término da legislatura do senador que a apresentou. Mais tarde, no ano de 2011, requereu-se o desarquivamento da PEC, com base no artigo 332, § 1º, do Regimento Interno, seguindo-se a aprovação da Comissão no mesmo ano. Porém, o relator rejeitou a proposta em 16/09/2013, que foi arquivada no ano seguinte (SENADO FEDERAL, 2014).

A PEC 160/2015 busca modificar a CF/88 para determinar que políticos eleitos pelo critério majoritário possam ter seus mandatos eletivos revogados pela maioria absoluta dos eleitores da respectiva circunscrição eleitoral nos termos de lei complementar. Através de consulta popular pela Justiça Eleitoral, é exigido, no mínimo, a assinatura de 5% dos eleitores da respectiva circunscrição, sendo precedida de amplo debate público, nos termos que especifica. A proposta se assemelha à PEC 73/2005 no objetivo de acrescentar o artigo 14-A à CF/88; entretanto, diferencia-se ao não se utilizar do método de revogação coletivo suíço *Abberufungsrecht* e exigir 3% a mais de assinaturas (MARTINS, 2017).

Propõe-se que, se ocorrer vacância do cargo de presidente e vice-presidente da República, antes de dois anos de mandato, nova eleição direta deverá ser feita (Cf. §1º do art. 81, CF/88). Caso os cargos sejam vagos após esse período, a eleição será feita pelo Congresso Nacional, de modo indireto. Tanto num quanto noutro caso o sucessor somente irá completar o mandato eletivo (MARTINS, 2017).

Em 31/08/2016 a PEC tornou-se disponível para ser pauta na CCJC, já que teve o voto favorável do Senador Magno Malta, que produziu o relatório. Por fim, em 21/12/2018, a proposição foi arquivada ao final da legislatura, nos termos do *caput* do art. 332 do Regimento Interno (SENADO FEDERAL, 2018).

A PEC 21/2015 também tem o objetivo de alterar o art. 14 da CF/88 e, assim, adicionar dois novos instrumentos de participação popular: o direito de revogação e o veto popular. A PEC, aprovada pela CCJC no dia 21/06/2017, foi declarada apta para ser discutida no Plenário da Câmara dos Deputados e do Senado Federal na data de 31/01/2019 (SENADO FEDERAL, 2019).

A proposta de revogação do mandato do presidente, que terá de ser apreciada pelas duas Casas, dependerá de assinaturas de não menos que 10% dos eleitores que compareceram ao último pleito, distribuídas em pelo menos 14 estados e não menos de 5%

em cada um deles (SENADO FEDERAL, 2019).

A Câmara dos Deputados e o Senado vão apreciar, separados e de forma sucessiva, o texto que foi previamente aprovado. Recordando que, para que ocorra a aprovação da PEC, é necessário o voto a favor da maioria absoluta de cada uma das casas legislativas (art. 60, § 2º, CF/88)

Diferentemente de outras PECs, que quando aprovadas são imediatamente promulgadas pela Câmara e pelo Senado, com o respectivo número de ordem (§ 3º, art. 60, CF/88), para a PEC 21/2015, o referendo popular será requisitado para poder ratificar ou rejeitar a medida. Aprovada a revogação, ocorrerá a sucessão do presidente pelo vice-presidente (art. 79).

6 | CONCLUSÃO

O instituto do *recall* tornou-se uma boa alternativa para incentivar o cidadão brasileiro à prática da cidadania. O instrumento, além de ser menos traumático que o impeachment, pode aprimorar os mecanismos de participação popular do art. 14, fazendo com que os brasileiros se interessem mais pela política e, conseqüentemente, busquem “fiscalizar” seus representantes.

Os dois presidentes que foram destituídos da presidência da República, tanto Collor quanto Dilma, enfrentavam desentendimentos com o Congresso Nacional e complicações financeiras em seu governo. Logo, o impeachment, além de se constituir como um processo que se estende por meses no Congresso, é visível a possibilidade de manipulação política na utilização do dispositivo, visto que o poder de instaurar o procedimento está nas mãos dos eleitos e não dos eleitores.

Assim, o ideal democrático seria que o povo tivesse de forma concreta o poder em suas mãos, exercendo sua vontade através do *recall*, em substituição ao *impeachment*, por ser aquele um processo mais rápido e menos traumático e, portanto, mais e eficiente.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Caio Marcio de Brito. **Recall - a revogação do mandato político pelos eleitores: uma proposta para o sistema jurídico brasileiro**. 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08032010-094820/pt-br.php>. Acesso em: 7 dez. 2020.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do Estado**. 44. ed. São Paulo: Globo, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Impeachment – Crime de Responsabilidade – Exoneração do Cargo. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, 1998. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47174/45642>. Acesso em: 7 dez. 2020.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. Atualização Samantha Meyer-Pflug. São Paulo: Malheiros Editores, 2010

BOBBIO, Norberto. **A Teoria das Formas de Governo**. Brasília: UnB, 1995.

BOCZAR, Sônia. **Referendo e Iniciativa Popular na Perspectiva dos Modelos Suíço e Norte-Americano**. 1994. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1994.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 26.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2019

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

_____. **Proposta de Emenda à Constituição n. 80, de 2003**. Altera a redação do artigo 14 da Constituição Federal, inserindo incisos que criam dois novos institutos da democracia participativa, o Direito de Revogação e o Veto Popular. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/63404>. Acesso em: 6 dez. 2020.

_____. **Proposta de Emenda à Constituição n. 73, de 2005**. Altera dispositivos dos artigos 14 e 49 da Constituição Federal e acrescenta o artigo 14-A, (institui o referendo revocatório do mandato de Presidente da República e de Congressista). Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/76146>. Acesso em: 6 dez. 2020.

_____. **Proposta de Emenda à Constituição n. 160, de 2015**. Acrescenta o art.14-A da Constituição Federal, para prever a revogação de mandato eletivo pelo voto popular. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124499>. Acesso em: 6 dez. 2020.

_____. **Proposta de Emenda à Constituição n. 21, de 2015**. Acrescenta incisos e parágrafo ao art. 14 da Constituição Federal, para determinar que a soberania popular será exercida, nos termos da lei, mediante veto popular e direito de revogação de mandato de membros dos poderes Executivo e Legislativo. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120006>. Acesso em: 6 dez. 2020.

CALIMAN, Auro Augusto. O recall no Estado de São Paulo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, v. 42., n. 165., p. 197-203, jan./mar. 2005.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

HOLMES, Pablo. **A crise brasileira não é apenas política, é constitucional**, 2016. Disponível em: <https://petpol.org/2016/04/10/a-crise-brasileira-nao-e-apenas-politica-e-constitucional/>. Acesso em: 7 dez. 2020

MARTINS, Leonardo Furtado. **O recall eleitoral no Direito comparado e sua viabilidade no Brasil**, 2017. Disponível em: <https://www.uni7.edu.br/wp-content/uploads/2017/10/Monografia-2017.1-Leonardo-Furtado-Martins1.pdf>. Acesso em: 6 dez. 2020.

PINTO, Paulo Brossard de Souza. **Depois do impeachment**. 1993. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/PauloBrossard/ArtigosJornais/306350.pdf>. Acesso em: 6 dez. 2020

REIS, Palhares Moreira. O recall no direito brasileiro. **Estudos Eleitorais**, Brasília, DF, v. 2, n. 3, p. 33-40, maio/ago. 2006. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/1184>. Acesso em: 6 dez. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VILLAVERDE, João; FERNANDES, Adriana. **As “pedaladas fiscais” do Governo Dilma**. 2016. Disponível em: <http://infograficos.estadao.com.br/economia/pedaladas-fiscais/>. Acesso em: 6 dez. 2020.

CAPÍTULO 3

A TAXA REFERENCIAL COMO ÍNDICE PARA CORREÇÃO MONETÁRIA DO FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO – ANÁLISE DE SUA CONSTITUCIONALIDADE OU DEBATES SOBRE SUA INCONSTITUCIONALIDADE

Data de aceite: 04/01/2021

Data de submissão: 07/12/2020

Leonardo Medeiros Braghetto

Universidade Presbiteriana Mackenzie
<http://lattes.cnpq.br/0507413792281430>

Edmundo Emerson de Medeiros

Universidade Presbiteriana Mackenzie
<http://lattes.cnpq.br/2463693054071707>

RESUMO: A Taxa Referencial é uma taxa de juros criada em 1991 e reconhecida como uma das fontes do chamado Plano Collor II, surgindo como um dos meios utilizados para desindexar a economia e combater a forte inflação que afligia o país, sendo que dentre suas inúmeras funcionalidades, foi institucionalizada como índice para correção monetária do FGTS. Desde 1991 até os dias de hoje a TR vem atualizando as quantias de 8% do salário dos trabalhadores, que só podem retirar o pecúlio antes de sua aposentadoria em alguns casos dispostos em lei. A problemática desta relação surge em 1999, ano em que a taxa passou a dispor de valores aquém da inflação, corroendo o dinheiro dos empregados que usufruem do fundo. No presente artigo, foi feita uma análise histórica, econômica e jurídica da taxa para concluir acerca da natureza e a origem desta afronta aos brasileiros e ao nosso ordenamento jurídico, buscando declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da taxa. Quando analisados os resultados das comparações entre índices, jurisprudências

sob a luz de especialistas, conclui-se que a TR não é única e exclusivamente fonte da queda abrupta dos valores checados em 1999, todavia é totalmente inapta para realização de correção monetária em nosso país, devido à sua natureza e sua forma de cálculo, representando, portanto, clara afronta à Constituição Federal que pontua acerca do FGTS. A Taxa Referencial é inconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Taxa Referencial, FGTS, Inconstitucionalidade.

THE REFERENCE RATE AS INDEX FOR INDEXATION OF THE GUARANTEE FUND OF THE SERVICE – ANALYSIS OF ITS CONSTITUTIONALITY OR DEBATES ABOUT ITS UNCONSTITUTIONALITY

ABSTRACT: The reference rate is a rate of interest created in 1991 and recognized as one of the sources of the so-called Plano Collor II, emerging as one of the means used to deindexation of the economy and combat the high inflation that was afflicting the country, whereas among his numerous features, was institutionalized as index for indexation of the FGTS. From 1991 to the present day the TR comes updating amounts of 8% of the wage of the workers, which can only remove the estate before his retirement in some cases laid out in law. The problem of this relationship arises in 1999, when the rate began to have values below inflation, eroding the money from employees who enjoy the fund. In this article, was made a historical, economic and legal analysis of the rate to conclude about the nature and origin of this affront to Brazilians and to our legal system,

seeking to declare its constitutionality or unconstitutionality. When analyzed the results of the comparisons between indexes, case law under the light of experts, concluded that the TR is not the only source of the abrupt fall of the values checked in 1999, however is completely unfit for monetary correction in our country, because of its nature and its way of calculation, representing therefore clear affront to the Federal Constitution that describe about the FGTS. The reference rate is unconstitutional.

KEYWORDS: Reference tax, FGTS, unconstitutionality.

1 | INTRODUÇÃO

Nesta pesquisa objetiva-se a conclusão acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da Taxa Referencial como índice de correção monetária do FGTS. Através de análises econômicas e jurisprudenciais, conjuntamente com a comparação de dados estatísticos e com conceitos de especialistas, o presente trabalho expõe a situação atual da relação entre as duas figuras supracitadas.

1.1 Da Taxa Referencial (TR)

1.1.1 Contexto histórico

Em meio ao principal projeto do Plano Collor II, denominado de desindexação da economia, surge a TR, implantada pela Medida Provisória nº 294, a fim de prefixar a taxa nominal de juros no início de cada mês para vigorar no mesmo período e sem refletir a inflação do mês anterior no mês corrente, sendo restrita apenas às operações financeiras com ao menos 90 dias de prazo.

A Taxa Referencial, portanto, foi criada com característica jurídica de juros, visando à eliminação da indexação que se mantinha como grande empecilho à queda da inflação, sendo a base do sistema de desindexação a curto prazo. Pouco tempo depois das Medidas Provisórias, cria-se a lei 8.177/91 como sua derivação, que permitia a TR ser utilizada como fator de correção monetária, destarte adquirindo natureza dúplice (natureza de juros e índice), visto inclusive na redação da norma, ora a caracterizando como indexadora (art.18) ora como taxa de juros (art. 39).

1.1.2 Forma de cálculo

Assim como prevê o art. 1º da lei 8.177/91 o método de cálculo foi divulgado, primeiramente, pelo Banco Central do Brasil na Resolução nº 1.807/91, sendo, posteriormente, alterado por tantas outras. Atualmente o cálculo é feito através de uma amostra das 30 maiores instituições financeiras do país, assim consideradas em função do volume de captação de Certificado e Recibo de Depósito Bancário (CDB¹/RDB²), bem

1 São títulos nominativos de renda fixa emitidos pelos bancos. São emitidos para captação de dinheiro e são remunerados por juros.

2 São títulos privados de renda fixa representativos de depósitos a prazo.

como consta no art. 1º da resolução. Dessas amostras será calculada a TBF³, a partir da remuneração mensal média dos CDBs e RDBs sobre as taxas de mercado prefixadas, entre bancos múltiplos, bancos comerciais, bancos de investimento e caixas econômicas. Para que se obtenha a Taxa Referencial, por fim, é aplicado um fator redutor arbitrado pelo Bacen, sobre a TBF, assim descrito nas resoluções: “Para cada TBF obtida, segundo a metodologia descrita no art. 4º, deve ser calculada a correspondente TR, pela aplicação de um redutor “R””; tal redutor simboliza os impostos e taxas de juros reais presentes nos certificados e recibos e não possui forma prevista em lei, sendo alterado frequentemente por outras resoluções e circulares.

Por meio da fórmula utilizada nessas operações matemáticas surge uma nova característica. A Taxa Referencial inovou com o novo mecanismo *forward-look-ing*, que consiste na expectativa de inflação. Toma-se como pressuposto para o mês vigente a suposição acerca da inflação futura, diversamente dos métodos anteriores em que se utilizava da inflação passada para a correção do mês atual.

Assim disposto na legislação, há a utilização de uma taxa nominal de juros⁴ referente aos CDB/RDB utilizados para o cálculo. É sobre essa taxa que tal mecanismo atua. Ela possui dois componentes: a) a taxa real de juros, que se refere à remuneração a ser obtida; b) a estimativa da inflação no dado período. Tal método faz com que a taxa nominal embute a chamada indexação *ex-ante*, estipulada na já mencionada expectativa de inflação (FARO, 1991, p.63). Ou seja, a TR utiliza-se de valores passados para um cálculo supositório da inflação, com função de prever as possíveis alterações no valor da moeda que ocorrem no dado momento.

1.2 FGTS e a TR

Atualmente pode-se dizer que o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) consiste em uma conta individualizada para cada trabalhador, na qual é regularmente depositada pelo empregador uma quantia de 8% referente ao salário do empregado. É disponibilizado como meio que possibilita ao proletariado a retirada do pecúlio em 16 casos listados no art. 20º da lei regulamentária. É considerado como uma espécie do gênero tributo, uma contribuição social.

Tal função do FGTS e seus objetivos são feitos por intermediação; a propriedade do trabalhador fica atrelada provisoriamente às leis e órgãos competentes. A relação obrigacional de caráter tributário do fundo tem como sujeito ativo a União, todavia, desde novembro de 1986, delega o papel de arrecadação à Caixa Econômica Federal (CEF), sucedendo nos direitos e obrigações, sendo também o agente operador do fundo. Em

3 É uma Taxa Referencial Básica de juros criada em 29/07/1995 pelo CMN para funcionar como remuneração de operações realizadas no mercado financeiro de prazo igual ou superior a sessenta dias, assim descrito no art.5º da Lei nº 10.172/2001.

4 É uma taxa de remuneração dada por instituições financeiras que reflete a inflação, é fixada no período de um ano. Se caracteriza como taxa nominal quando o valor base para cálculo não foi o real.

estipulação feita pelo legislador através da lei 8.036 em seus artigos 2º e 13º, o fundo será corrigido monetariamente e acrescido por juros, e assim a TR se liga à CEF, que possui legitimidade passiva em ações advindas da problemática com o fundo:

Art. 2º O FGTS é constituído pelos saldos das contas vinculadas a que se refere esta lei e outros recursos a ele incorporados, devendo ser aplicados com atualização monetária e juros, de modo a assegurar a cobertura de suas obrigações. (BRASIL, 1986, art. 2º).

Art. 13º Os depósitos efetuados nas contas vinculadas serão corrigidos monetariamente com base nos parâmetros fixados para atualização dos saldos dos depósitos de poupança e capitalização juros de (três) por cento ao ano. (BRASIL, 1986, art. 3º).

A disposição no art. 13º acerca dos parâmetros fixados para tal atualização dos saldos dos depósitos de poupança se encontra no art. 12º da lei 8.177/91, enquanto que a validade para a aplicação no FGTS é encontrada no art. 17º da mesma lei:

Art. 12. Em cada período de rendimento, os depósitos de poupança serão remunerados: I - como remuneração básica, por taxa correspondente à acumulação das TRD, no período transcorrido entre o dia do último crédito de rendimento, inclusive, e o dia do crédito de rendimento, exclusive; (BRASIL, 1991, art. 12)

Art. 17 A partir de fevereiro de 1991, os saldos das contas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) passam a ser remunerados pela taxa aplicável à remuneração “básica dos depósitos de poupança com data de aniversário no dia 1º, observada a periodicidade mensal para remuneração. (Brasil, 1991, art. 17)

2 | MÉTODO

2.1 Necessidade da indexação

Para correção monetária se utiliza de índices. Os índices ou indexadores são nada mais do que números que informam determinado preço de uma cesta de produtos, fixando, pois então, o valor daquele segmento analisado, por exemplo, o Índice Nacional de Preços ao Consumidor (IPCA), que dita o custo de vida de determinada parte da população (inflação e deflação).

Em situação retirada de um artigo do Banco Central do Brasil (2014, p. 2) fica claro o poder da inflação no Brasil. O IPCA marcou 4.160,34 e 4.215,26 em fevereiro e março de 2015, respectivamente, enquanto que em 1993 tomou-se como data-base o valor de 100. A diferença presente entre os valores aqui citados marca indiretamente a variação do poder de compra da camada da população que foi analisada. Sendo assim, a inflação de março foi de 1,32% (em relação a fevereiro), enquanto que a variação acumulada de 1993 para

março de 2015 foi de 4.115,26%, ou seja, o valor foi multiplicado por 42,1526.

2.1.1 Comparação com os índices

Como já dito, cada índice mede uma variação de preços tomando como parâmetro cestas diferentes, ou seja, os índices medem a inflação por segmento, podendo ser estudada sobre classes sociais mais baixas, atividade empresarial de vários ramos, consumidores em geral etc. Sendo assim, a região e a cesta a serem analisadas são diretamente ligadas ao objetivo do índice. Cada índice possui sua particularidade, que podem ser vistas no quadro a seguir:

Índice de Preço	Utilidade	Metodologia	Faixa de renda	Área de Abrangência	Data de Apuração	Início da Série
Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC)	É utilizado para a correção de contratos e reajustes salariais.	Analisa as faixas de renda de um a oito salários mínimos em regiões metropolitanas.	1 a 5 SM	10 Regiões Metropolitanas + Brasília, Goiânia e Campo Grande	Entre os dias 1 e 30 de cada mês.	1979
Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA)	É utilizado para o acompanhamento do sistema de metas de inflação.	Medem as variações de preços ao consumidor ocorridos nas regiões metropolitanas.	1 a 40 SM	10 Regiões Metropolitanas + Brasília, Goiânia e Campo Grande	Entre os dias 1 e 30 de cada mês.	1979
Índice Geral de Preços de Mercado (IGP-M)	Indicador macroeconômico, deflator de valores monetários e indexador de contratos.	Possui metodologia composta por média ponderada de outros três índices com seus respectivos pesos: IPA (60%); IPC (30%); INCC (10%)	1 a 33 SM no IPC, que é computado juntamente com Índices de Preços no Atacado (IPA) e na Construção Civil (INCC)	7 das principais capitais do país	Entre os dias 21 e 20 de cada mês.	1989

Quadro 1 – Indicadores de preços no Brasil

Fonte: Adaptado de Semana de Economia (2012), Bacen (2016)

Como se pode ver, cada índice é calculado de uma forma diferente com bases em cestas diversificadas. Tal informação é crucial, visto que os valores obtidos por cada índice podem apresentar diferenças, que são mais visíveis entre o INPC e IPCA em proporção ao IGP-M, visto que neste há maior participação de bens comercializáveis. Em se tratando da TR, o que se nota não é um fenômeno análogo às disparidades citadas, e sim uma alteração brusca dos valores calculados em 1999 que distanciou os números da taxa dos outros índices:

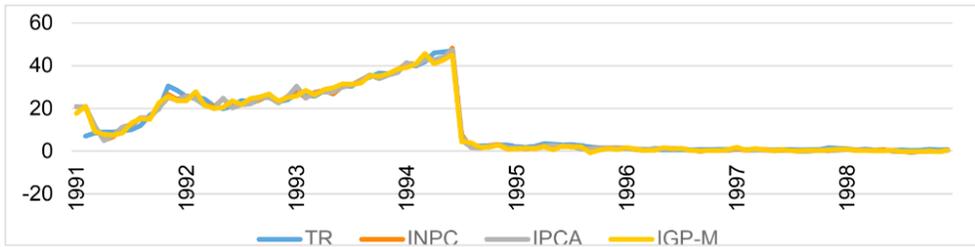


Gráfico 1 – Comparação entre índices (1991-1998)

Fonte: Bacen (2016)

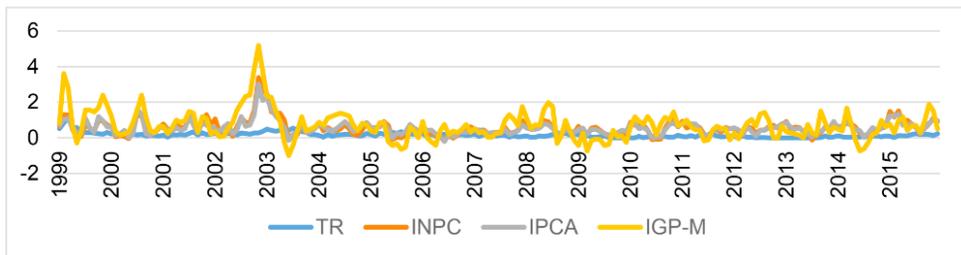


Gráfico 2 – Comparação entre índices (1999-2015)

Fonte: Bacen (2016)

Quando se é feita uma análise percentual da disparidade elucidada, tem-se que, caso o trabalhador tenha seu dinheiro aplicado desde 1991, sua perda em comparação com o INPC, IPCA e IGP-M é de 50%, 47% e 60,1% respectivamente, sendo pior se os depósitos forem iniciados posteriormente a 1999, girando em torno de 56%, 55% e 66%, ou seja, trata-se de uma situação em que o proletário teria, em média, caso se utilizasse dos outros índices, o dobro do valor de correção que até hoje possui.

Tem-se que, por mais que nas comparações a TR nunca tenha sido igual aos valores obtidos pelos outros índices, possuía valores parecidos. Seus valores diminuíram bruscamente em 1999, período próximo do ano em que foi instituída pelo Banco Central, por meio da Resolução CMN nº 2.604, a alteração na forma de cálculo que aplica o fator redutor sobre a TBF (Taxa Básica Financeira).

Através dessa situação surge o motivo para a queda, pois foi o ano em que “houve o fim do regime de câmbio administrado e a adoção da taxa de câmbio flutuante. Essa alteração tem impacto nas taxas de juros (e por consequência na TR)” (DIEESE, 2013, p. 6). Com a diminuição, em especial, da Taxa Selic⁵ (vide gráfico seguinte), a TBF sofreu impacto direto, já que esta depende da outra, e a alteração do redutor arbitrado pelo

5 A Taxa Selic é caracterizada como a taxa média ajustada dos financiamentos diários coletados no Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic) para títulos federais. Tem por finalidade servir de cálculo para as demais taxas presentes no país.

Bacen aplicado sobre a TBF não se deu na mesma proporção da queda da Selic, gerando prejuízo à TR, mesmo com as alterações corretivas posteriores, inclusive fazendo com que o Bacen postulasse que, caso os valores para correção monetária fossem negativos, que os considerassem em 0%.



Gráfico 3 – Comparação entre taxas (1996-2012)

Fonte: Dieese (2013)

2.2 Posicionamento jurídico

A situação explicitada gera grande divergência de opiniões no que tange a aplicabilidade da TR no FGTS e foi levada ao âmbito jurídico, provocando reações e mobilizando os órgãos judiciários a tomar decisões. Nos últimos anos o caso tornou-se popular em virtude de outras decisões externas a tal situação envolvendo a aplicação da taxa, o que gerou uma grande gama de ações com os mais variados argumentos para contestar a legalidade da utilização desta como índice de correção monetária no fundo, havendo decisões tanto procedentes quanto improcedentes.

Tamanha foi a quantidade de ações análogas que, em decisão do ministro Benedito Gonçalves, do STJ, suspendeu-se no dia 26 de fevereiro de 2014 o trâmite de todas as ações referentes a este assunto. Na decisão, o Relator alegou que assim se evitaria insegurança jurídica e obstrução dos tribunais superiores, almejando uma prestação jurisdicional mais homogênea, impondo celeridade aos processos e evitando gastos e esforços desnecessários.

Inicialmente a primeira discussão jurídica surgiu jurídica com a ADI 493 (Ação Direta de Inconstitucionalidade), todavia, o assunto tomou proporções maiores recentemente com decisões proferidas acerca da inconstitucionalidade da aplicação da TR como índice para correção monetária dos precatórios e com a ADI-5090, cujo requerente é o partido solidariedade, que trata da problemática ainda pendente da Taxa com relação ao FGTS.

A ADI-493 foi julgada em 25 de junho de 1992 e tinha como foco debater a inconstitucionalidade de artigos da lei 8.177 e a instauração dessa nova forma de indexação para todos os contratos vigentes na época, incluindo os celebrados anteriormente à norma:

EMENTA: [...] Ocorrência, no caso, de violação de direito adquirido. A taxa referencial (TR) não é índice de correção monetária, pois, refletindo as variações do custo primário da captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda. Por isso, não há necessidade de se examinar a questão de saber se as normas que alteram índice de correção monetária se aplicam imediatamente, alcançando, pois, as prestações futuras de contratos celebrados no passado, sem violarem o disposto no artigo 5, XXXVI, da Carta Magna [...] Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade dos artigos 18, “caput” e parágrafos 1 e 4; 20; 21 e parágrafo único; 23 e parágrafos; e 24 e parágrafos, todos da Lei n. 8.177, de 1 de maio de 1991. (ADIN 493 – Relator: Min. Moreira Alves – Julgado em 25/06/1992 – DJ 04/09/1992, pp. 14089). (Brasil, 1992).

Posteriormente, surgem as ADIs 4357, 4425, propostas pelo Conselho Federal da OAB e Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Confederação Nacional das Indústrias (CNI), respectivamente, cujo objetivo era a discussão da EC 62/2009, que alterou parte do art.100 da Constituição Federal e o art. 97 da ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias), modificando questões acerca da disciplina dos precatórios. As Ações foram levadas juntas a julgamento, com as seguintes decisões no que tange a aplicação da taxa referencial nos precatórios, nesta ordem:

Ementa: [...] 5. O direito fundamental de propriedade (CF, art. 5º, XXII) resta violado nas hipóteses em que a atualização monetária dos débitos fazendários inscritos em precatórios perfaz-se segundo o índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, na medida em que este referencial é manifestamente incapaz de preservar o valor real do crédito de que é titular o cidadão. É que a inflação, fenômeno tipicamente econômico-monetário, mostra-se insuscetível de captação apriorística (ex ante), de modo que o meio escolhido pelo legislador constituinte (remuneração da caderneta de poupança) é inidôneo a promover o fim a que se destina (traduzir a inflação do período). [...] 7. O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09, ao reproduzir as regras da EC nº 62/09 quanto à atualização monetária e à fixação de juros moratórios de créditos inscritos em precatórios incorre nos mesmos vícios de juridicidade que inquinam o art. 100, §12, da CF, razão pela qual se revela inconstitucional por arrastamento, na mesma extensão dos itens 5 e 6 supra. [...] 9. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente em parte.

Ementa: [...] 2. In casu, modulam-se os efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas nas ADIs nº 4.357 e 4.425 para manter a vigência do regime especial de pagamento de precatórios instituído pela Emenda Constitucional nº 62/2009 por 5 (cinco) exercícios financeiros a contar de primeiro de janeiro de 2016. [...] (i) fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos

da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015, data após a qual (a) os créditos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E).

A ADI 4357 foi julgada em 14 de março de 2013 e decidiu pela inconstitucionalidade da utilização da taxa referencial como fator de correção monetária dos precatórios, todavia, em 25 de março de 2015 o STF, com base no art. 27 da lei 9.868/99, que permite restringir os efeitos de uma declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado, em razão de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, definiu que, a troca da TR pelo IPCA só ocorreria após o julgamento, conferindo validade aos atos jurídicos anteriores a tal decisão.

3 | RESULTADOS E DISCUSSÃO

Em face de todos os dados e fatos explicitados, pode-se notar um problema genérico onde quer que a TR realize a função de correção monetária. Discute-se no caso do FGTS a inconstitucionalidade ou não dessa conexão que abrange grande parte da população brasileira, e que, contabilizando o valor em dinheiro que possíveis decisões acarretariam, poderia gerar grandes problemas futuros.

Tem-se como fato, portanto, uma corrosão do dinheiro do trabalhador iniciada desde 1999. Tal ponto, indiscutível por excelência, é fundamental para a conclusão, já que sua causa é a base fundamentadora da situação jurídica a que a TR deve estar disposta. A depreciação do pecúlio presente no fundo é fruto da falta da devida correção monetária garantida por lei. Ela atualiza os valores para que haja, no futuro, o exato poder de compra que anteriormente se possuía.

Assim dito, nota-se que a Taxa Referencial não se prestou para tal função, levando, conseqüentemente, prejuízo ao trabalhador, o que afronta claramente: a) o objetivo do fundo descrito pelo Ministério do Trabalho, que consiste na possibilidade de formar um patrimônio, já que esse é corroído; b) a redação do artigo 7º, inciso III da CF, que diz que o FGTS é um direito de todo trabalhador e que visa a melhora de suas condições sociais, pois, sendo a correção monetária obrigatória por força da lei 8.036/90, no momento em que não é cumprida, perde-se a essência daquilo compõem o fundo e, conseqüentemente, o direito não é mais garantido em sua devida forma, sendo prejudicial ao invés de benéfico; c) da redação do artigo 7º, inciso VI da CF, que diz que os salários são irredutíveis (Princípio da irredutibilidade dos vencimentos), já que o valor do fundo passível de depreciação e redutibilidade tem natureza de salário.

Sob o mesmo raciocínio, normas ordinárias do código civil são violadas. Definido como uma forma de adquirir um patrimônio, o FGTS, portanto, está atrelado a esse conceito, que aos ensinamentos de Maria Helena Diniz (2009, p. 136) se caracteriza por:

O patrimônio é complexo de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente. Incluem-se no patrimônio: a posse, os direitos reais, as obrigações e as ações correspondentes a tais direitos. O patrimônio abrange direitos e deveres redutíveis a dinheiro.

Portanto, tendo em vista que a relação da Caixa Econômica Federal com o quotista é de direito pessoal, à luz do direito obrigacional tem-se: “A obrigação de dar coisa certa abrange os acessórios dela embora não mencionados, salvo se o contrário resultar do título ou das circunstâncias do caso. (BRASIL, 2002, art.233/CC). Nesse contexto, o dinheiro é a prestação principal da obrigação, enquanto que os acessórios são os juros e a correção monetária dispostos no artigo 2º da lei 8.036, estando o segundo em falta.

Por fim, Princípios fundamentais retirados de nossa Constituição, não estão sendo observados. O direito à propriedade é visto como uma relação entre um sujeito ativo e um sujeito passivo universal, que deve se abster de violar a coisa que integra tal relação, devendo ambos se aterem à função social prevista no art. 5º, inciso XXIII. Tal forma não se concretiza no caso do fundo, pois este viola o direito da coletividade enquanto prejudica os beneficiários.

Outro princípio fundamental que não é seguido, é o da moralidade administrativa, contido no art. 37 da Constituição Federal, que diz que a administração pública obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. A julgar pelo fato de que o fundo subsiste com a indexação pela Taxa Referencial desde 1991, com cerca de 17 anos em que seus valores não são exatos e estão aquém da inflação, retendo o dinheiro do empregado até sua aposentadoria, com exceção das hipóteses descritas em lei, fazendo com que o proletariado se encontre sem alternativas para evitar a deterioração de seu dinheiro, essa grave situação que perdura há tempos caracteriza a *inércia e omissão do poder público quanto ao assunto* e implica no desrespeito de suas funções.

Expostas as causas que infringem as normas e princípios de nosso ordenamento e causam a atual situação discutida, cabe concluir acerca da TR. Fica claro que os problemas recaem sobre sua estrutura, todavia, é necessário analisar se estes são presentes em sua natureza ou em fatores externos.

Assim explicado anteriormente, a Taxa Referencial é extraída da TBF através de um redutor, que é a origem da falha no cálculo da inflação e que é externo à natureza da taxa, sendo arbitrado pelo BACEN e não possuindo forma prevista em lei. Em primeira instância, nesse caso, a TR em si não é o fator que promove a correção viciosa, e sim o redutor, o que retiraria a possibilidade de arguir a inconstitucionalidade da TR, visto que a alteração do redutor poderia adequar sua forma de cálculo e, em tese, estabelecer a eficiência na atividade de correção monetária.

Embora os dados que apresentam os valores da Taxa Referencial anteriores à 1999 não apresentem resultados inferiores aos outros índices, permite a elucidação de outro problema que não o redutor. Nas comparações anteriores ao período de deságio fica clara

a incapacidade de acompanhar a inflação, pois os valores da TR superavam os do INPC, IPCA e IGP-M em aproximadamente 11%, 14% e 15%, respectivamente. A Taxa apesar de ter sido próxima não apresenta equilíbrio com relação aos índices.

A incapacidade de acompanhar a correção monetária torna-se clara. Tal conclusão já era prevista em 1991, época da criação da taxa, com opiniões de especialistas:

Em economias com altas taxas de inflação, especialmente quando estas costumam ser bastante variáveis, a adoção da indexação ex-ante, mesmo que para períodos curtos, não é postura aconselhável. Isto porque, em face do alto grau de imprevisibilidade da taxa de inflação, além de seu nível elevado, existe uma grande probabilidade de que a taxa real de juros efetivamente auferida seja fortemente negativa. (FARO, 1991, p.63)

Do ponto de vista macroeconômico, a correção monetária pela TR acarreta elevado grau de incerteza. Em momento de inflação crescente, por exemplo, além do que já foi mencionado, a já tradicional relutância do governo em admitir aceleração de preços provavelmente poderá tornar irrealista a fixação da TR, contribuindo para gerar desconfiança nos ativos financeiros pós-fixados. (SENNÁ, 1991, p.137).

Dentre os motivos que tornam a taxa inviável para a correção monetária do FGTS tem-se o de sua *dúplice natureza*, *bem como* é apresentado na E.M interministerial nº 250:

Embora se tenha procurado associar a TR ao conceito de remuneração a ser utilizada em produtos financeiros, na prática ela se tornou mais próxima de uma projeção da inflação futura, passando a desempenhar, também, o papel de indexador. Tal duplicidade tem provocado, com razão, crescentes questionamentos sobre a utilização da TR.

Assim já explicitado, tem-se a taxa referencial como uma taxa exercida no mercado bancário, que leva consigo forma de cálculo, e base para este ser realizado, totalmente diferentes dos índices atuais. Trata-se de uma taxa de juros que, por sua natureza, tem função de remuneração, e não de determinação acerca da inflação. Logo, a TR é calculada sobre os CDBs e RDBs, que não permitem a obtenção *de valores reais de inflação* em razão de não serem cestas que condizem com o objetivo de correção monetária; a TR, portanto, não leva em conta a modificação de preços víveres, combustível, comida e outros produtos e serviços concernentes ao dia a dia do trabalhador.

Prosseguindo no âmbito de seus problemas intrínsecos, quando a TR é destacada no meio do programa para a desindexação da economia e é utilizada contrariamente ao proposto (indexação), surge mais um problema referente ao FGTS. Ao realizar papel de indexador, ganhando, portanto, função distinta de sua natureza (juros), os resultados passam a ser incertos e as áreas abrangidas por tal instrumento são afetadas diretamente.

Resumindo, o fato de a TR ser uma taxa de juros, ter a característica de indexação ex-ante e possuir sua forma de cálculos baseada em uma cesta de CDB/RDB, causa uma improbabilidade de cumprir sua função de correção monetária, posto que, na devida ordem:

taxas de juros exercem papel remuneratório do dinheiro, e não de mensuração da variação sofrida; a indexação forward-look-ing pode ser falha em sua estimativa da inflação e não prever a real situação econômica, havendo diferença entre os valores alcançados e os valores reais; e porque, para desempenhar uma atividade de correção monetária, a priori, deve o índice calcular a variação do valor do dinheiro com base em uma cesta que forneça uma possibilidade real de refletir a inflação. Sendo a TR uma taxa calculada apenas sobre certificados e recibos de depósitos bancários, seus resultados se atêm apenas a essa pequena área da economia, gerando incerteza a respeito de sua eficácia. Portanto, a Taxa Referencial nunca chegou a medir a inflação, pois não o possuía meios.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da pesquisa e da argumentação aqui disposta é possível concluir acerca da hipótese inicial proposta no presente trabalho. Concernente ao que já foi decidido acerca da TR em outras ações, observa-se que os fatos arguidos para declarar a inaplicabilidade da taxa foram parecidos com muitos dos que aqui foram citados, sendo completamente possível a aplicação análoga dessa lógica para julgar sua relação com o FGTS, visto que já existem ações em curso requisitando tal opção.

A TR, sob a luz do ordenamento jurídico brasileiro é inconstitucional, por clara violação e pela constante ameaça a princípios e normas de nosso ordenamento, sejam da constituição ou dos demais diplomas legais. Os artigos e princípios referentes à necessidade de correção monetária restam-se violados e a TR, pelas suas características, gera insegurança jurídica, seja ela tratada como índice ou taxa de juros. É visível, portanto, que os trabalhadores são prejudicados e que a problemática possui fundamento nas consequências negativas advindas da relação entre a Taxa Referencial e o Fundo.

Findando o assunto, fica claro que a taxa não se presta a fazer o que lhe é proposta; sua natureza, forma de ser aplicada e os fatores externos que lhe permeiam não a permitem que seja eficaz. A correção monetária realizada pela TR foi viciada pelas circunstâncias explicadas ao decorrer do trabalho, tornando-a ainda mais perigosa ao ordenamento e aos beneficiários do Fundo. Independente das decisões futuras, os valores obtidos por tal taxa não são verídicos em comparação com os demais índices, com a realidade econômica do país, sendo incabível cogitar de alguma maneira sua constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

Bacen. **SGS - Sistema Gerenciador de Séries Temporais**. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/sgspub/localizarseries/localizarSeries.do?method=prepararTelaLocalizarSeries>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BARBOSA, Fernando de Holanda. A Cruzada do Presidente Collor. In: FARO, Clovis de (Org.). **A economia pós- Plano Collor II**. Rio de Janeiro: Ltc, 1991. p. 90-97.

BRASIL. BACEN. **Índices de Preços no Brasil**. Brasília: Departamento de Relacionamento Com Investidores e Estudos Especiais, 2015. 18 p. (Perguntas Mais Frequentes). Disponível em: <[http://www4.bcb.gov.br/pec/gci/port/focus/FAQ_2-Índices de Preços no Brasil.pdf](http://www4.bcb.gov.br/pec/gci/port/focus/FAQ_2-Índices_de_Preços_no_Brasil.pdf)>. Acesso em: 21 mar. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 1429 p.

FARO, Clovis de. Percalços da Indexação Ex-ante. In: FARO, Clovis de (Org.). **A economia pós-Plano Collor II**. Rio de Janeiro: Ltc, 1991. p. 61-69.

LACERDA, Antônio Corrêa de et al. **Economia Brasileira**. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. 424 p.

Ministério do Trabalho e Emprego. **Objetivos do FGTS**. Disponível em: <<http://www2.mte.gov.br/fgts/objetivo.asp>>. Acesso em: 24 out. 2014.

SEMANA DE ECONOMIA, 11., 2012, Vitória da Conquista. **INDICADORES ECONÔMICOS: A DEFINIÇÃO E O USO DO ÍNDICE DE MOVIMENTAÇÃO ECONÔMICA**. Vitória da Conquista: Uesb, 2012. 19 p. Disponível em: <http://www.uesb.br/eventos/semana_economia/2012/anais/b07.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2016.

SENNA, José Júlio. A Opção Intervencionista. In: FARO, Clovis de. **A economia pós- Plano Collor II**. Rio de Janeiro: Ltc, 1991. p. 135-138.

YOSHINO, Joe. Alguns Aspectos da Reforma Monetária do Plano Collor II. In: FARO, Clovis de (Org.). **A economia pós- Plano Collor II**. Rio de Janeiro: Ltc, 1991. p. 128-134.

UMA ANÁLISE JURÍDICO-ECONÔMICA DA BOLSA DE VALORES BRASILEIRA E SEUS INVESTIDORES

Data de aceite: 04/01/2021

Anna Elise Fernandes Carvalho

Universidade de Coimbra
<http://lattes.cnpq.br/5838521816665677>

RESUMO: Em 2008, a Bovespa Holding e a BM&F (Bolsa de Mercadorias e Futuros) anunciaram os termos do acordo para a fusão de suas atividades, criando a maior bolsa da América Latina nos mercados de ações e derivativos, a BM&FBOVESPA, que, posteriormente, em 2017, fruto da sua união com a Cetip, originou a B3 - atualmente a maior câmara de ativos privados do Brasil. O presente trabalho visa analisar a respectiva Bolsa de Valores brasileira e seus investidores antes da referida união, até 2016, mediante as perspectivas econômicas e as circunstâncias jurídicas que as cercavam na época, uma vez que ainda se constatava uma baixa participação de determinados investidores na bolsa brasileira. Diante disso, busca-se verificar o cenário dessa interatividade, visto que o Brasil passa por um amadurecimento da cultura de investimento, ainda preponderando a insegurança jurídica e consequente escassez de demandas judiciais relacionadas ao segmento, quando comparada a outros países.

PALAVRAS-CHAVE: Investidor, Bolsa de Valores, Direito do Mercado de Capitais, BM&FBOVESPA, Direito Internacional.

A LEGAL-ECONOMIC ANALYSIS OF THE BRAZILIAN STOCK EXCHANGE AND ITS INVESTORS

ABSTRACT: In 2008, Bovespa Holding and BM&F (Commodities and Futures Exchange) announced the terms of the agreement for the merger of their activities, creating the largest stock exchange in Latin America in the stock and derivatives markets, BM&FBOVESPA, which, later in 2017, the result of its union with Cetip, originated B3 - currently the largest private asset chamber in Brazil. The present work aims to analyze the respective Brazilian Stock Exchange and its investors before this union, until 2016, through the economic prospects and legal circumstances that surrounded them at the time, since there was still a low participation of certain investors in the Brazilian stock exchange. Therefore, we seek to verify the scenario of this interactivity, since Brazil is undergoing a maturing of the investment culture, still preponderating the legal uncertainty and consequent scarcity of lawsuits related to the segment, when compared to other countries.

KEYWORDS: Investor, Stock Exchange, Capital Market Law, BM&FBOVESPA, International Law.

1 | INTRODUÇÃO

Muito se especula sobre a cultura de mercado de capitais no Brasil. Todavia, as transações desse segmento movimentam, diariamente, bilhões de dólares; gerando constantes arrecadações fiscais no processo de compra e venda de títulos. Partindo dessa

premissa, as bolsas de valores se tornaram um instrumento fundamental para a economia de um país, propiciando segurança e liquidez aos investidores de ações, ao facilitar a captação de recursos pelas empresas e permitir o desenvolvimento econômico e social de uma nação. (CAVALCANTE; MISUMI; RUDGE, 2005)

Sendo assim, a importância das normas públicas na atuação desse cenário não restringe à esfera privada os interesses dos investidores. A grande capacidade em gerar riquezas para um país, ao injetar recursos nas companhias, faz desses investidores a mola propulsora da bolsa de valores. Cretella Júnior (2001) aborda que “a livre iniciativa é um dos fundamentos da Constituição Federal para que o Estado de Direito ou Estado Democrático instituído possa construir uma sociedade aberta, justa e solidária”.

Vale ressaltar que a Bolsa de Valores brasileira passou por uma grande reestruturação no final do século XX, anunciando uma integração nacional, com o objetivo de gerar maior liquidez, tornando-se a 18ª na lista das maiores bolsas de valores do mundo, ao considerar o critério de capitalização de mercado, cujo significado é a soma do valor de mercado de todas as companhias negociadas na bolsa de valores de cada país em análise. (AS MAIORES, 2014, *online*). Por volta de 2014, entretanto, o baixo crescimento da economia afastou o investidor pessoa física da renda variável, diminuindo, assim, sua participação na bolsa brasileira, que ainda vê a forte presença do acionista controlador nas sociedades anônimas.

O país, na época, ainda caminhava muito distante das bolsas americanas, europeias e asiáticas; como a NYSE, a maior bolsa de valores do mundo, e a NASDAQ, ambas em Nova Iorque, com capitalização de mercado no valor de 14,2 e 4,7 trilhões de dólares, respectivamente. A TOKYO STOCK EXCHANGE, que detinha a maior capitalização fora do território americano, com valor de 3,5 trilhões de dólares. Londres, que abrigava a quarta maior, a LONDON STOCK EXCHANGE, de 3,4 trilhões de dólares em capitalização de mercado. Em quinto lugar, a EURONEXT, uma integração da França, Holanda, Bélgica e Portugal, com sede nos respectivos países citados, e valor de 2,9 trilhões. A China aparecia em sexto e sétimo lugares, com a HONG KONG STOCK EXCHANGE, seguida pela SHANGAI STOCK EXCHANGE, com valores em capitalização de 2,8 e 2,5 trilhões de dólares, respectivamente. E contendo apenas 35,16 milhões de habitantes, o Canadá aparecia em oitavo lugar, com a TORONTO STOCK EXCHANGE, e capitalização de mercado no valor de 2 trilhões de dólares. (POPULATION, 2016, *online*). Até então, “o maior valor de mercado das empresas listadas na Bovespa (em amostras mensais) aconteceu no mês de abril de 2011, quando chegou a US\$ 1,53 trilhão. Em 54 meses – de abril de 2011 até setembro de 2015 – a Bovespa perdeu US\$ 1,05 trilhão.” (BOVESPA, 2015, *online*).

No Brasil, até 2014, o número de investidores pessoas físicas, tendo como base o número de CPFs, estava em 551.100, enquanto 589.300 no final de 2013. De 2006 a 2007, havia ocorrido o maior salto de pessoa física na Bolsa, avançando 108%, no total de 456.000 naquele ano e uma enxurrada de IPOs, quando 90 companhias realizaram ofertas

iniciais de ações. Em 2010, o número de pessoas físicas havia ultrapassado, pela única vez, a marca de 600.000. (BOLSA..., 2014, online).

Perfil PF por Faixa etária	Contas			Valor (R\$ bilhões)			%
	HOMENS	MULHERES	TOTAL	HOMENS	MULHERES	TOTAL	
<i>Até 15 anos</i>	1.055	821	1.876	0,34	0,16	0,50	0,55%
<i>De 16 a 25 anos</i>	10.796	2.315	13.111	0,35	0,16	0,51	0,55%
<i>De 26 a 35 anos</i>	87.577	21.041	108.618	2,87	0,86	3,73	4,04%
<i>De 36 a 45 anos</i>	103.703	29.351	133.054	7,91	2,60	10,51	11,37%
<i>De 46 a 55 anos</i>	84.353	27.895	112.248	12,87	4,08	16,95	18,34%
<i>De 56 a 65 anos</i>	72.418	27.080	99.498	15,32	5,70	21,02	22,75%
<i>Maior de 66 anos</i>	64.779	24.622	89.401	29,21	9,96	39,18	42,40%
TOTAL	424.681	133.125	557.806	68,87	23,52	92,39	

Fig. 1 - Perfil dos investidores (pessoa física) por faixa etária, out. 2015.

Fonte: Acervo online da BM&FBOVESPA (2015).

Quanto à legislação, as bolsas de valores tem o poder de autorregulação, permitindo não só criar normas e procedimentos para seus agentes, como fiscalizar o cumprimento dessas normas. Advertência, multa, suspensão, exclusão e inabilitação para o exercício de certas funções são tipos de penalidades aplicadas pela bolsa, cujo conceito legal é de uma associação civil, sem fins lucrativos - ou constituída como sociedade anônima, de patrimônio representado por títulos que pertencem às sociedades corretoras membros. Possui autonomia financeira, patrimonial e administrativa, sujeita à supervisão da CVM (Comissão de Valores Mobiliários), obedecendo às diretrizes e políticas do Conselho Monetário Nacional. (CAVALCANTE; MISUMI; RUDGE, 2005).

2 I METODOLOGIA

O estudo foi pautado em pesquisa documental e bibliográfica, baseado em revistas, livros e artigos sobre o tema. A abordagem quantitativa expõe dados de informações de investimento disponibilizadas ao mercado; e a qualitativa objetiva a interpretação dos fenômenos abordados; a pesquisa será explicativa, gerando uma melhor compreensão do estudo realizado. De modo a atingir os objetivos propostos, foi utilizada uma abordagem predominantemente qualitativa, descritiva e com tratamento de dados através de pesquisa documental.

3 I RESULTADOS E DISCUSSÃO

Tratando-se de um segmento existente há séculos em vários países, a Bolsa de Valores, reconhecida como uma aplicação de renda variável, é mundialmente estimada; no

entanto, a cultura brasileira de investimentos tende a considerá-la, precipitadamente, um investimento de altíssimo risco, envolto a desconfianças e manipulações, enfatiza Carvalho (2015).

Na América Latina, até 2016, embora liderando juntamente com o México, a bolsa brasileira carecia de representação no ranking das maiores bolsas do mundo, deixando os países latinos à margem do cenário econômico mundial, uma vez que se conhece a enorme capacidade do setor em gerar riquezas para uma nação, ao injetar recursos nas companhias presentes.

Um ponto a considerar é que, ao analisar determinados casos, percebe-se que a ausência de precedentes processuais propiciando maior segurança jurídica aos investidores e a grande associação ao risco desaceleraram aportes de investimentos, especialmente para aquelas empresas em recuperação judicial, situação que desfavorece o cenário de captação, minando incontáveis benefícios de retorno econômico para o país. O caso da OGPar (antiga OGX) foi um exemplo, onde pouco ou nada se discutiu sobre as perspectivas e prejuízos sofridos pelos investidores minoritários da época, mesmo diante de situações com inúmeras alegações de infrações.

Neste sentido, a insegurança jurídica acarretou o afastamento do acionista que manteria o fornecimento à empresa, especialmente durante o processo de recuperação judicial, ao manter a atividade e assegurar a perpetuação de fatores econômicos no ganho de contornos materiais e procedimentais para prosperar, com vistas à promoção de sua função social e conseqüente desenvolvimento do País, aponta Carvalho (2015). No contexto, a antiga gestão da OGX, então empresa de capital aberto, com milhares de sócios minoritários, causou prejuízos incalculáveis a acionistas devido à desvalorização maciça da cotação de suas ações. Logo, uma vez que prepondera a insegurança jurídica e a inexistência de responsabilidade pelo acometimento das infrações cometidas, inexistem qualquer tipo de incentivo para que esses antigos ou novos investidores aportem mais recursos à empresa recuperanda.

Para Pavini (2013), é indiscutível que os credores majoritários desejam o retorno de seus investimentos maciços, contudo, espera-se que a relevância social no processo de recuperação judicial da empresa leve também em conta a quantidade de sócios minoritários que, em 2013, neste caso, correspondia a mais de cinquenta mil investidores pessoas físicas, segundo dados da Comissão de Valores Mobiliários, órgão regulador do mercado de capitais.

Vale ressaltar que, nesta época, “o volume de recursos captado pelas empresas via Mercado de Capitais atingiu cerca de R\$ 110 bilhões, enquanto o volume de financiamentos do BNDES foi de R\$ 66 bilhões.” (A HISTÓRIA..., 2012, *online*). Como mostra Gazzoni (2013), até 2013, apenas 1% das empresas que pediu recuperação judicial no Brasil saiu do processo recuperada, índice bem inferior ao dos Estados Unidos, onde cerca de 30% das companhias conseguem emergir da crise sem ir à falência. De acordo com os especialistas,

as grandes diferenças são a agilidade do processo e a maturidade do mercado em enfrentar uma reestruturação. Importante destacar que o princípio da preservação de empresa não busca atender os anseios individuais do empresário, mas assegurar os interesses da coletividade.

Além disso, polêmicos processos envolvendo a CVM (Comissão de Valores Mobiliários), a BM&FBovespa (Bolsa de Valores de São Paulo) e a ANP (Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis) norteiam a discussão. “A CVM e a ANP então investigadas pelo MPF no Rio de Janeiro, que apurou possíveis irregularidades na atuação das autarquias ao fiscalizar as atividades desenvolvidas pela petroleira de Eike Batista, Óleo e Gás Participações (ex-OGX)”. (NOGUEIRA, 2015, *online*).

Por conseguinte, conforme o caso citado, seria compreensível apontar apenas risco da atividade se tudo envolvesse o comportamento de mercado, e não as instituições por trás do Mercado de Capitais, suspeitas de acobertar problemas da referida empresa, até mesmo do então presidente à época, envolvido no crime de uso indevido de informação privilegiada, conforme denúncia apresentada à Procuradoria Regional do Estado, pela Associação de Proteção aos Acionistas Minoritários da OGX, em abril de 2014. (GASPAR; BERTÃO, 2015, *online*)

No decorrer das últimas décadas, a partir dos estudos empreendidos, as bolsas de valores vêm passando por profundas transformações em sua estrutura. No Brasil, seu desenvolvimento está diretamente ligado ao desenvolvimento da estrutura financeira do país e, na última década no século XX, com o controle da inflação pelo Plano Real e internacionalização da CVM, setores importantes adentraram no mercado de capitais, trazendo novos desafios.

Prestes (2015) enfatiza que o movimento dos acionistas por indenização no Brasil é recente. Nos Estados Unidos, por exemplo, é bastante comum os investidores pleitearem reparação na Justiça, por meio da *class action*, ao se sentir lesados. A indignação maior é quando o alvo é uma empresa brasileira: A Aracruz, que em 2009 se juntou à Votorantim Celulose para formar a Fibria, foi alvo de uma ação coletiva em 2008 nos EUA. Alegaram falha da empresa em divulgar operações com derivativos que lhe causaram bilhões em perdas. Em acordo com a Fibria, receberam indenização de 37,5 milhões de dólares. No Brasil, os minoritários da Aracruz sequer se movimentaram. Por isso a relevância dos processos contra a OGX, pois serão emblemáticos: criarão uma jurisprudência sobre o tema e podem significar o primeiro ressarcimento obtido por investidores na Justiça.

Os investidores minoritários, portanto, assumem um papel de substancial relevância para a sociedade, uma vez que se trata de pessoa física fomentadora das empresas inseridas no mercado de ações. Geralmente, essas pessoas encontram no setor um aporte ou solução para sua previdência, educação, habitação etc.; assim como para despesas imprevisíveis (saúde, desemprego etc.), agindo ativamente onde o Estado, muitas vezes, atua de maneira ineficaz, aborda Carvalho (2015).

4 | CONCLUSÃO

Estabelecer políticas mais adequadas aos investidores no Brasil se tornou, diante do exposto, um grande desafio desde então. O movimento por indenizações em razão de corrupção, omissão, infrações ou fraudes, por exemplo, indica importantes questões a serem discutidas, que garantirão aos investidores uma maior segurança jurídica quando lesados por uma ordem não espontânea de mercado, uma vez que são levados em consideração os riscos e sacrifícios aos quais esses investidores se sujeitam como agentes fomentadores de empresas.

Nesse sentido, faz-se perceber necessário um tratamento mais detalhado pelo legislador, que, no diálogo entre diferentes fontes normativas, tem ainda atuado de forma inadequada, uma vez que pouco ou nada se discute sobre os prejuízos impostos a diversos investidores quanto às infrações cometidas por controladores ou órgãos reguladores, fiscalizadores e instituições, assunto já discutido ativamente em determinados países.

Estabelecer, portanto, diretrizes de amparo jurídico a esses agentes é fundamental para garantir a permanência e crescimento do fomento futuro às empresas que atuam na Bolsa de Valores brasileira.

REFERÊNCIAS

A HISTÓRIA do mercado de capitais no Brasil. **Instituto IBMEC**, Rio de Janeiro, out. 2012. Disponível em: <http://ibmec.org.br/historia-mercado-de-capitais-brasil>. Acesso em: 21 ago. 2016.

AS MAIORES bolsas do mundo. **Sociedade Brasileira de Varejo e Consumo**, 2014. Disponível em: <http://www.sbv.com.br/2014/1865758-as-maiores-bolsas-do-mundo>. Acesso em: 12 fev. 2016.

BOLSA quer alcançar 5 milhões de pessoas físicas. **Veja Online**. São Paulo, set. 2014. Disponível em: <http://ow.ly/UMmtW>. Acesso em: 08 out. 2015.

BOVESPA volta a ser a maior bolsa da América Latina, após dois dias. **G1 Economia Online**, São Paulo, set. 2015. Disponível em <http://g1.globo.com/economia/mercados/noticia/2015/09/bovespa-volta-ser-maior-bolsa-da-america-latina-apos-dois-dias.html>. Acesso em: 12 fev. 2016.

CARVALHO, A. E. F. **PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL SOB A CONCEPÇÃO DO ACIONISTA MINORITÁRIO NO MERCADO DE CAPITAIS**. 2015. 42 f. Monografia

(Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2015. Cap. 3.

CAVALCANTE, Francisco; MISUMI, Jorge Yoshio; RUDGE, Luiz Fernando. **Mercado de Capitais: O que é, como funciona**. 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

CRETELLA JUNIOR, José. **Elementos de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GASPAR, Malu; BERTÃO, Naiara Infante. MPF investigará presidente da Bovespa no caso de venda de ações da OGX. 2014. **VEJA Economia Online**. Disponível em: <<http://ow.ly/Unhkw>>. Acesso em: 07 set. 2015.

GAZZONI, Marina. Só 1% das empresas sai da recuperação judicial no Brasil. **O Estadão Online**, São Paulo, out. 2013. Disponível em: <<http://ow.ly/UUsBs>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

NOGUEIRA, Marta. Ministério Público vai investigar CVM e ANP sobre atuação no caso OGX. 2013. **Valor Econômico Online**. Disponível em: <<http://ow.ly/Unic5>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

PAVINI, Ângelo. Investidor alerta para venda de ações de OGX por Eike. **Arena do Pavini Online**. Disponível em: <<http://ow.ly/UT7h4>>. Acesso em: 03 set. 2015.

POPULATION, total. **The World Bank**, Washington, D.C., fev. 2016. Disponível em: <http://data.worldbank.org/indicator/SP.POP.TOTL>. Acesso em: 12 fev. 2016.

PRESTES, Cristine. Quem se aventura? **Capital Aberto Online**, São Paulo, out. 2014. Disponível em: <<http://ow.ly/UP7gz>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

O PREQUESTIONAMENTO COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO ESPECIAL

Data de aceite: 04/01/2021

Amanda Nadal Laroca Santos

Universidade Estadual de Ponta Grossa
Ponta Grossa - Paraná
<http://lattes.cnpq.br/9589933914732192>

Paola Damo Comel Gormanns

UNIVALI
Universidade Estadual de Ponta Grossa
Ponta Grossa – Paraná
<http://lattes.cnpq.br/6518546961188792>

RESUMO: O presente trabalho trata do prequestionamento como filtro recursal e requisito de admissibilidade do recurso especial. Após elencar os requisitos comuns de admissibilidade dos recursos, aborda-se o requisito do prequestionamento, o qual exige o questionamento ou enfrentamento pelo tribunal recorrido no acórdão impugnado que é objeto do recurso excepcional, sob pena de não conhecimento do recurso especial. Também, identifica-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça quanto ao prequestionamento implícito e a previsão legal do instituto no Código de Processo Civil, que buscou diminuir o formalismo exigido pelo tribunal superior. Por fim, busca demonstrar o entendimento atual sobre o tema por meio de jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Prequestionamento, Requisito de Admissibilidade e Filtro Recursal.

PREVIOUS QUESTIONING AS AN ADMISSION REQUIREMENT OF THE SPECIAL APPEAL

ABSTRACT: This paper is about the previous questioning as an appeal filter and the admissibility requirement of the special appeal. After listing the common requirements for admissibility of appeals, the prequestioning requirement is addressed, which requires questioning or confrontation by the appellate court in the contested judgment that is the subject of the exceptional appeal, under penalty of not knowing the special appeal. Also, the Superior Court of Justice's understanding of the implicit pre-questioning and the legal provision of the institute in the Code of Civil Procedure, which sought to reduce the formalism required by the higher court, is identified. Finally, it seeks to demonstrate the current understanding of the topic through jurisprudence.

KEYWORDS: Previous questioning, Admission Requirement and Appeal Filter.

1 | INTRODUÇÃO

Para a admissão de um recurso se mostra necessário o cumprimento de alguns requisitos, chamados “requisitos de admissibilidade” ou filtros recursais.

O presente estudo aborda um dos requisitos de admissibilidade do recurso especial, denominado de prequestionamento, que diz respeito ao enfrentamento da matéria pelo tribunal recorrido, exigindo que a matéria que se discute tenha sido mencionada

anteriormente, sob pena do recurso não ser conhecido.

Ainda, buscou-se demonstrar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça mesmo após a entrada em vigor do art. 1.025¹ do Código de Processo Civil, que incluiu para fins de prequestionamento os elementos suscitados pelo embargante, ainda que os embargos sejam inadmitidos ou rejeitados.

2 | OBJETIVOS

O presente trabalho tem como objetivo compreender o requisito do prequestionamento como filtro recursal do recurso especial através da doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

3 | MÉTODO E TÉCNICAS DE PESQUISA

Para a elaboração do estudo, foi adotado o método indutivo, trazendo para análise conceitos, requisitos e aspectos procedimentais relacionados ao Recurso Especial e mais especificamente sobre o prequestionamento.

Como procedimentos metodológicos, foi realizada a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

4 | RESULTADOS

Os recursos são regidos por princípios próprios, dentre os quais se destaca o duplo grau de jurisdição, que diz respeito ao direito de recorrer das partes para o reexame de decisões judiciais e “compreende o direito de fiscalizar, controlar e criticar a decisão judicial”². Ainda, o princípio da unirrecorribilidade, que estabelece que para cada ato judicial há um único recurso adequado, e o princípio da taxatividade, que somente admite os previstos em lei.

Após a interposição do recurso e antes de analisar seu mérito, o juízo *a quo e/ou ad quem*, a depender do recurso, deve realizar o juízo de admissibilidade que, nas palavras de Fredie Didier, “é a decisão sobre a aptidão de um procedimento ter o seu mérito (objeto litigioso) examinado”³.

O juízo de admissibilidade poderá ser positivo ou negativo. Positivo quando se conhece ou se admite o recurso mediante a verificação da presença de seus requisitos formais, passando então para a análise de seu mérito. Negativo quando não se conhece

1 Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

2 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 48. ed. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 958 p.

3 DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Vol. 3. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. 105 p.

ou admite o recurso por falta de um ou mais requisito de admissibilidade, o que obsta a análise do mérito. Com o juízo de admissibilidade positivo o recurso será “conhecido” e, com o negativo, será negado conhecimento.

Na maioria dos recursos, há juízo de admissibilidade único, uma vez que será exercido somente pelo próprio juízo que julgará o recurso. Todavia, há casos de duplo juízo de admissibilidade, quando então haverá o juízo provisório e o definitivo. O provisório se verifica quando a análise é feita inicialmente pelo juízo *a quo*, ou seja, pelo órgão que proferiu a decisão recorrida. O definitivo caberá ao órgão *ad quem*, o qual não fica vinculado ao juízo feito anteriormente pelo *a quo*.

Os requisitos de admissibilidade comuns a todos os recursos são: cabimento, legitimidade recursal, tempestividade, interesse recursal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo, regularidade formal e preparo⁴.

O recurso especial está previsto no Art. 105, inciso III da Constituição Federal, que estabelece que será cabível quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal ou, c) der a lei federal interpretação divergente da que haja atribuído outro tribunal⁵.

Para que o recurso especial seja conhecido, além dos requisitos de admissibilidade comuns a todos os recursos, é necessário que haja o prequestionamento, que se trata de um requisito de admissibilidade decorrente da expressão “causas decididas”⁶ constante no art. 105, inciso III, da Constituição Federal. Nas palavras de Fredie Didier, “considera-se pré-questionamento o enfrentamento, pelo tribunal recorrido no acórdão impugnado, da questão de direito que é objeto do recurso excepcional”⁷. Para Cassio Scarpinella Bueno, “o prequestionamento se dá quando a questão jurídica tenha sido discutida anteriormente”⁸.

O propósito do prequestionamento é que o tribunal superior somente decidirá a questão caso esta tenha sido objeto de enfrentamento pelo tribunal recorrido. Assim, para que se configure como prequestionamento, a matéria que se discute deve ter sido mencionada anteriormente, sob pena de não se constituir o requisito.

Para maior entendimento acerca do tema, cabe esclarecer que há dois tipos de prequestionamento. O primeiro é o explícito, em que é necessário que o acórdão recorrido mencione todos os dispositivos enfrentados, sob pena de, mesmo havendo discussão da matéria, não se configure para fins de prequestionamento. O segundo é o implícito, que dispensa a obrigatoriedade da menção dos dispositivos, bastando o enfrentamento da matéria.

4 *Ibid.*, p. 105-124.

5 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 23 jul. 2020.

6 HELLMAN, Renê. **Comentários ao Código de Processo Civil - CPC Vivo**. Disponível em: <<https://www.juruadocs.com/7743-comentarios-ao-codigo-de-processo-civil-cpc-vivo>> Acesso em: 25 jul. 2020.

7 DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. Vol. 3. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. 310 p.

8 BUENO, Cassio Scarpinella. **Quem tem medo do prequestionamento?** Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/023.pdf>> Acesso em: 25 jul. 2020.

O Superior Tribunal de Justiça adota o prequestionamento implícito, mas ainda exige menção expressa e individualizada da matéria no juízo recorrido, como se pode observar em seus Enunciados de Súmulas 211⁹ e 320¹⁰, o que poderia ensejar conflito com o disposto no Código de Processo Civil de 2015 nos termos a seguir expostos.

5 | DISCUSSÃO

Antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015 as partes tinham dificuldades quanto ao prequestionamento, uma vez que mesmo tendo trazido a matéria para discussão, as vezes o tribunal *a quo* não enfrentava a matéria nem diante da oposição de embargos de declaração.

Com a entrada em vigor e a disposição expressa no art. 1.025¹¹ de que serão considerados incluídos no acórdão os elementos suscitados pelo embargante, ainda que os embargos sejam inadmitidos ou rejeitados, imaginou-se que o prequestionamento seria mais facilmente caracterizado.

Segundo o disposto na lei processual, o prequestionamento seria considerado um ato da parte, que independe de manifestação judicial sobre a matéria, incluindo as alegações realizadas nos embargos, no acórdão em si. O fato de a parte questionar a matéria, sendo esta enfrentada ou não pelo tribunal recorrido, já cumpriria com o filtro recursal do prequestionamento.

Mesmo com a rejeição ou inadmissão dos embargos de declaração, é a oposição pelo embargante que se configuraria como prequestionamento e não a decisão judicial do órgão recorrido.

Ao contemplar tal regra, o Código de Processo Civil se pautaria pela efetividade da prestação jurisdicional, dando maior celeridade e acesso às partes, buscando diminuir o formalismo excessivo e a subjetividade que paira sobre os recursos excepcionais.

Este dispositivo legal ensinaria revisão no entendimento anterior dado pelo Enunciado da Súmula 211, datada 03.08.1998, do Superior Tribunal de Justiça, que prevê a necessidade de apreciação da matéria pelo juízo *a quo* para fins de prequestionamento.

Todavia, mesmo após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, pode-se observar que o excesso de formalismo continua:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO À PENHORA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS ARTS. 544, 2.023 E 2.027 DO CC/2002. **AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. ADMISSÃO DE PREQUESTIONAMENTO FICTO. NECESSIDADE DE INDICAÇÃO DE AFRONTA AO ART. 1.022 DO NCPC. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 1.228, 1.390, 1.411 E 1.911 DO CC/2002; 832 E 833**

9 Súmula 211 - Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.

10 Súmula 320 - A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende o requisito do prequestionamento.

11 Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento [...].

DO NCP. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. PENHORA. ALEGAÇÃO DE DOAÇÃO DO IMÓVEL CONSTRITO.

MÓVEL PERMANECE NA PROPRIEDADE DO EXECUTADO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7/STJ. AGRAVO INTERNO NÃO RECONHECIMENTO. INVIABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE REGISTRO. IPROVIDO. **1. Esta Corte de Justiça, ao interpretar o art. 1.025 do NCP, concluiu que “a admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei”** (REsp 1.639.314/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe de 10/04/2017). 2. Fica inviabilizado o conhecimento de tema trazido na petição de recurso especial, mas não debatido e decidido nas instâncias ordinárias, porquanto ausente o indispensável prequestionamento. Aplicação das Súmulas 282 e 356 do STF. 3. No caso, o Tribunal de origem manteve a penhora incidente sobre o imóvel, porque o ora agravante “remanesce sendo o proprietário do bem”, pois não há registro de doação do imóvel de sua propriedade e nem foi provado o desfazimento do condomínio com terceiros. 4. A modificação do entendimento lançado no v. acórdão recorrido demandaria o revolvimento de suporte fático-probatório dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, a teor do que dispõem as Súmulas 5 e 7/STJ. 5. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no AREsp 1239864/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 08/06/2020, DJe 25/06/2020) (grifo nosso).¹²

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISÃO. ALEGADA AFRONTA AOS ARTIGOS 186 E 927, DO CC; 14 DO CDC. **AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.** INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 282/STF. LEGITIMIDADE PASSIVA DA PARTE AGRAVANTE PARA A DEMANDA. PARTICIPAÇÃO NA CADEIA DE FORNECIMENTO. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 5/STJ, N. 7/STJ e N. 83/STJ. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. As matérias referentes aos arts. 186 e 927, do CC; 14 do CDC não foram objeto de discussão no acórdão recorrido, **apesar da oposição de embargos de declaração, não se configurando o prequestionamento, o que impossibilita a sua apreciação na via especial** (Súmula n. 282/STF). **2. Ressalto que o STJ não reconhece o prequestionamento pela simples interposição de embargos de declaração. Persistindo a omissão, é necessária a interposição de recurso especial por afronta ao art. 1.022 do CPC de 2015 (antigo art. 535 do Código de Processo Civil de 1973), sob pena de perseverar o óbice da ausência de prequestionamento.** 3. “Os integrantes da cadeia de consumo, em ação indenizatória consumerista, também são responsáveis pelo danos gerados ao consumidor, não cabendo a alegação de que o dano foi gerado por culpa exclusiva de um dos seus integrantes” (AgRg no AREsp 207.708/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 03/10/2013). Incidência da Súmula n. 83/STJ. 4. No caso, o Tribunal a

12 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 1239864/SP.** Relator: Ministro Raul Araújo. Julgado em 08/06/2020, DJe 25/06/2020. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=2018%-2F00201017+OU+201800201017&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> > Acesso em: 23 jul. 2020.

quo assentou que a agravante integrou a cadeia fornecimento, motivo por que reconheceu sua legitimidade passiva para a demanda. Para entender de modo contrário seria imprescindível nova análise da matéria fática e o reexame de cláusulas contratuais, inviável em recurso especial ante a aplicação das Súmulas n. 5/STJ e n. 7/STJ. Precedentes. 5. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1842576/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 22/06/2020, DJe 30/06/2020) (grifo nosso).¹³

Ao que parece, criou-se um novo óbice na interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça ao Art. 1.025 do Código de Processo Civil. Segundo a jurisprudência mais atual, não bastaria a simples oposição de embargos de declaração, exigindo-se que nas razões do recurso especial haja menção expressa de violação do Art. 1.022 o Código de Processo Civil para fins de prequestionamento.

Tal entendimento demonstra uma insistência da corte em preservar o processualismo técnico excessivo, enrijecendo o filtro recursal do prequestionamento e prejudicando o acesso à justiça.

6 I CONCLUSÃO

Ante o exposto, compreende-se que ainda há uma certa subjetividade na interpretação dos filtros recursais por parte do Superior Tribunal de Justiça, o que dificulta a aplicabilidade do que era esperado com o disposto pelo Código de Processo Civil de 2015 e o exercício da ampla defesa.

Com a exigência da menção de violação ao Art. 1.022¹⁴ do Código de Processo Civil no bojo do Recurso Especial, mesmo havendo embargos de declaração com o fim de prequestionamento anterior, cria-se novo obstáculo.

Não se desconhece que os filtros recursais sejam necessários e que o Superior Tribunal de Justiça esteja asoberbado com excesso de processos. Mas se há necessidade de revisão do sistema recursal e da estrutura do Poder Judiciário, a mesma não pode ser feita impondo um formalismo exagerado a comprometer o conhecimento do mérito do recurso.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. **Diário Oficial da União**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 23 jul. 2020.

13 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1842576/SP**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 22/06/2020, DJe 30/06/2020. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=2019%2F02968131+OU+201902968131&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

14 Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I - esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II - suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III - corrigir erro material [...].

BRASIL. Decreto-Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 23 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 1239864/SP**. Relator: Ministro Raul Araújo. Julgado em 08/06/2020, DJe 25/06/2020. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=2018%2F00201017+OU+201800201017&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1842576/SP**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 22/06/2020, DJe 30/06/2020. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=2019%2F02968131+OU+201902968131&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 211**. Inadmissibilidade de recurso especial que, a despeito de oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=431>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 320**. Questão federal somente ventilada no voto vencido não atende o requisito do prequestionamento. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/enunciados.jsp?&b=SUMU&p=true&l=10&i=321>>. Acesso em: 23 jul. 2020.

BUENO, Cassio Scapinella. **Quem tem medo do prequestionamento?** Disponível em: <<http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/023.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2020.

DIDIER, Jr Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. 13. ed. v. 3. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. 719 p.

DIDIER JÚNIOR, Fredie (Coord.). **Processo nos Tribunais e meios de Impugnação às Decisões Judiciais**. 2. ed. v. 6. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. 1136 p.

HELLMAN, Renê. **Comentários ao Código de Processo Civil - CPC Vivo**. Disponível em: <<https://www.juruadocs.com/7743-comentarios-ao-codigo-de-processo-civil-cpc-vivo>>. Acesso em: 25 jul. 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 48. ed. v. III. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 1211 p.

ORTOTANÁSIA OU DISTANÁSIA POR TESTAMENTO VITAL A PACIENTES ONCOLÓGICOS: MORTE E VIDA DIGNAS

Data de aceite: 04/01/2021

Data de submissão: 30/10/2020

Vivianne Romanholo Barbosa de Castro Rosado

Cartório do Segundo Ofício de Notas
Montes Claros – MG
<http://lattes.cnpq.br/1081695078103719>

Rafael Spinola Castro

Centro Universitário de Rio Preto – UNIRP
São José do Rio Preto – SP
<http://lattes.cnpq.br/2184551012138205>

RESUMO: Pacientes acometidos por moléstias oncológicas graves portam a garantia constitucional de que o Estado e os profissionais da saúde se empenhem na cura da doença. Não sendo possível, e, considerando o desgaste físico e emocional daqueles, e necessário ressignificar a dignidade da pessoa a fim de não se tornar compulsória a sujeição a tratamentos invasivos, desnecessários e dolorosos, resguardando a licitude da conduta médica. Assim, este trabalho tem como objetivo ressaltar a importância do uso do testamento vital em pacientes oncológicos graves a fim de cumprir a dignidade da pessoa humana e garantir a isenção de responsabilidade dos profissionais da saúde. A metodologia utiliza-se de estudo exploratório, com emprego de procedimentos técnicos de pesquisa documental, utilizando artigos da base de dados SciELO. Incluiu-se artigos e normativas médicas e jurídicas, doutrinas e jurisprudências,

no período de 2013 a 2020. Como resultados, destaca-se a apelação julgada no TJRS, na qual a vontade do paciente, manifestada em testamento vital, prevaleceu, uma vez que a Constituição institui o direito e não o dever a vida, razão pela qual o paciente não é obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, conforme a Resolução 1.998/2012 do CFM. Os resultados da pesquisa indicam que o testamento vital assegura ao enfermo o respeito aos limites do tratamento; tempo de permanência em CTI; ritos de passagem; doação ou não de órgãos; local de sepultamento; e ao local da própria morte: hospital ou em casa; bem como, resguarda o médico no cumprimento da ortotanásia ou da distanásia, sem receio de ser responsabilizado e com a garantia plena da dignidade da pessoa.

PALAVRAS-CHAVE: Adesão às Diretivas Antecipadas; Testamento Vital; Direitos Civis; Direito de Morrer.

ORTOTANASIA OR DYSTANASIA BY LIVING WILL TO ONCOLOGICAL PATIENTS: DETAILED DEATH AND LIFE

ABSTRACT: Introduction: Patients affected by severe oncological diseases carry a constitutional guarantee that the State and health professionals are committed to curing the disease. Not being possible, and considering the physical and emotional wear and tear of those, it is necessary to reframe the dignity of the person in order not to become compulsory subject to invasive, unnecessary and painful treatments, safeguarding the lawfulness of medical conduct.

Objective: To emphasize the importance of using the living will in critically ill cancer patients in

order to fulfill the dignity of the human person and guarantee the exemption of liability of health professionals. **Method:** Exploratory study, using technical procedures for documentary research, using articles from the SciELO database. Medical and legal articles and regulations, doctrines and jurisprudence were included in the period from 2013 to 2020. **Results:** In the research, the appeal judged in the TJRS stands out, in which the patient's will, expressed in a living will, prevailed, a since the Constitution establishes the right and not the duty to life, which is why the patient is not obliged to undergo treatment or surgery, according to CFM Resolution 1.998 / 2012. **Conclusion:** The living will ensures that the patient respects the limits of treatment; length of stay in the ICU; rites of passage; organ donation or not; burial place; and the place of death itself: hospital or at home; as well as, it protects the doctor in compliance with ortotanasia or dystanasia, without fear of being held responsible and with the full guarantee of the person's dignity.

KEYWORDS: Adherence to Advance Directives; Living Will; Civil Rights; Right to Die.

1 | INTRODUÇÃO

Do célebre trecho do Juramento de Hipócrates, considerado o pai da medicina, extraímos a espinha dorsal ética seguida pelos profissionais da saúde: *“Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar danos ou mal a alguém.”*

É sabido que o avanço dos recursos tecnológicos permite o prolongamento da vida do paciente terminal, sem, no entanto, trazer benefícios ou eliminar a doença.

Não sendo possível a cura, considerando o desgaste físico e emocional do enfermo, necessária é a ressignificação da dignidade da pessoa humana a fim de não se tornar compulsória a sujeição a tratamentos invasivos, desnecessários e dolorosos, em desacordo com a vontade do paciente, na mesma esfera resguardando a licitude da conduta médica.

Luís Roberto Barroso, Ministro do Supremo Tribunal Federal, ensina que *“a dignidade humana pode ser considerada como o grande consenso sobreposto do constitucionalismo global”*, prevista em inúmeras Constituições e em diversos documentos internacionais sobre direitos humanos.

No Direito Brasileiro, a dignidade humana é direito fundamental, profetizada no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Ressalta o ilustre Ministro a prevalência da dignidade humana como autonomia: *“em razão da dignidade como autonomia, cada indivíduo deve ter o direito e a responsabilidade de realizar suas escolhas existenciais e não ser obrigado a sofrer por um período prolongado de tempo, privado do domínio normal sobre o seu corpo.”*

Luciana Dadalto¹ explica que desde o surgimento da Medicina, cabia ao médico a prescrição dos medicamentos e a escolha dos tratamentos e dos procedimentos aptos a curarem o paciente. A este só restava se submeter às indicações médicas.

Explica, ainda, que o indivíduo, a partir do liberalismo, tomou consciência do direito

1 DADALTO, Luciana. **Testamento Vital** – 5. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020, p. 14.

à autodeterminação do próprio corpo que, aliada ao constante avanço da Medicina, gerou a valorização do consentimento do paciente nas intervenções médicas.

Nelson Rosendal, ao prefaciar a primeira edição do Livro Testamento Vital de autoria de Luciana Dadalto, com clareza e objetividade, destacou que:

“Verticalizando a temática da autonomia existencial às situações de risco médico e de terminalidade, a autora minudencia o consentimento informado na relação médico-paciente como processo de diálogo e colaboração, consubstanciado no esclarecimento para a tomada de decisão por parte do ser humano portador de discernimento.”²

O Conselho Federal de Medicina elevou o consentimento esclarecido à categoria de indispensável no cuidado médico, reconhecendo a importância da participação do paciente no processo de tomada de decisões sobre sua saúde, expressamente prevista no preâmbulo da Resolução CFM nº 2.217/2018: “**CONSIDERANDO** a busca de melhor relacionamento com o paciente e a garantia de maior autonomia à sua vontade presente,³”, diploma este denominado Código de Ética Médica.

Ana Cláudia Quintana Arantes ensina que a morte é o fim natural da vida humana, assim, não havendo possibilidade de cura, o desafio do médico é controlar os sintomas físicos, sem sedar o paciente, isso não significa apoiar a eutanásia nem acelerar a morte. Para supracitada autora, os médicos devem ser preparados para conduzir o processo de morrer de seus pacientes.

Vale destacar que o atual Código de Ética Médica permite ao médico a realização da ortotanásia, desde que esta seja a escolha do paciente, no Inciso XXII do Capítulo I.

“Nas situações clínicas irreversíveis e terminais, o médico evitará a realização de procedimentos diagnósticos e terapêuticos desnecessários e propiciará aos pacientes sob sua atenção todos os cuidados paliativos apropriados.”⁴

O instituto jurídico denominado “Testamento Vital”, espécie de diretiva antecipada de vontade, é o documento escrito, público ou particular, revogável a qualquer tempo, por meio do qual o paciente, na qualidade de declarante, indica sua expressa vontade, e/ou constitui terceira pessoa na qualidade de procuradora que poderá por ele falar, em submeter ou recusar tratamento médico quando acometido de moléstia que o impeça de manifestar livremente sua vontade.

Portanto, o propósito deste estudo é trazer à luz do conhecimento algumas considerações e discussões importantes a respeito da ortotanásia, do testamento vital, garantindo vida e morte dignas. Nessa perspectiva, o presente artigo tem o objetivo de ressaltar a importância do uso do testamento vital em pacientes oncológicos graves a fim de cumprir a dignidade da pessoa humana e de garantir a isenção de responsabilidade dos

2 DADALTO, op. cit., p. XXIX

3 Disponível em <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/cem2019.pdf> - acesso: 20 de outubro de 2020, p. 11.

4 Ibid., p. 17.

profissionais da saúde no cumprimento da vontade do paciente.

2 | METODOLOGIA

O presente trabalho decorreu de pesquisa exploratória de artigos indexados na base de dados SciELO, normativas médicas e jurídicas, doutrinas e jurisprudências, com os descritores “**Adesão a diretivas antecipadas**”; “**Testamentos quanto a vida**”; “**Direitos civis**”; “**Direito de morrer.**” A pesquisa abrangeu julgados do Supremo Tribunal Federal, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG), Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) no período de 2013 a 01 de outubro de 2020, com buscas online no sítio do Tribunal, utilizando a combinação dos subscritores, em que foram encontrados quatro acórdãos que abrangiam os critérios passíveis de identificar e verificar as situações e problemas mais relevantes levados à apreciação das Cortes.

3 | RESULTADOS

Na pesquisa, destacam-se na base de dados SciELO, os artigos: **Diretivas antecipadas de vontade**: um modelo brasileiro Luciana Dadalto, Unai Tupinambás, Dirceu Bartolomeu Greco, Rev. bioét. (Impr.). 2013; 21 (3): 463-76; **Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12** Luciana Dadalto, Rev bioét (Impr.) 2013; 21 (1): 106-12; **Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal)**, Revista de Bioética y Derecho, núm. 28, mayo 2013, p. 61-71; **O Testamento Vital e a Relação Médico-Paciente na perspectiva da Autonomia Privada e da Dignidade da Pessoa Humana Sérgio Martinez e Adaiana Lima**, Rev. Bioética y Derecho no.37 Barcelona may./jun. 2016 <http://dx.doi.org/10.1344/rbd2016.37.16153>; o Enunciado 528, da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal; **Coordenador-Geral**; Ministro Ruy Rosado de Aguiar; **Comissão de Trabalho**; Família e Sucessões; **Coordenador da Comissão de Trabalho** Ruy Rosado; **Número 528**; **Enunciado**: É válida a declaração de vontade expressa em documento autêntico, também chamado "testamento vital", em que a pessoa estabelece disposições sobre o tipo de tratamento de saúde, ou não tratamento, que deseja no caso de se encontrar sem condições de manifestar a sua vontade. Na base de dados da Jurisprudência Brasileira, destacam-se: no Supremo Tribunal Federal MI 6825 AgR/DF - DISTRITO FEDERAL; AG.REG. NO MANDADO DE INJUNÇÃO; Relator(a): Min. EDSON FACHIN; Julgamento: 11/04/2019; Publicação: 27/05/2019; no TJMG, a Apelação Cível 1.0443.17.003149-8/0010031498-19.2017.8.13.0443; TJSP, a APELAÇÃO Nº: 1000938-13.2016.8.26.0100; no TJRS, a Apelação Cível 70054988266.

4 | DISCUSSÃO

Os estudos sugerem que a margem de atuação do profissional da área médica anseia por balizas seguras, a fim de indicar e agir em convergência com a vontade declarada do paciente oncológico terminal, sem que tal conduta, seja ela comissiva ou omissiva, configure ilícito alegável na esfera criminal, cível ou administrativa.

Importante é a distinção entre a eutanásia, morte provocada, antecipada, por compaixão; distanásia, prolongamento artificial da vida, sinônimo de obstinação terapêutica; suicídio assistido, abreviação da vida feita pelo próprio doente terminal, ajudado por outrem médico ou não; e, ortotanásia, abstenção, supressão ou limitação de todo tratamento fútil, extraordinário ou desproporcional diante da iminência da morte do paciente. Os três primeiros são proibidos na legislação brasileira.

A concepção binária clássica de vida e morte não mais possui lugar diante da dignidade da pessoa humana norteadora da individualidade de cada ser humano. O fim do sofrimento de um paciente oncológico em estado terminal e irreversível não implica, por si só, renúncia à vida, da mesma sorte que o intuito do mesmo paciente em postergar sua vida de todas as formas possíveis, à espera de uma intervenção apoiada em crenças religiosas, também não significa indignidade por não aceitar a própria sorte.

O elemento vontade, consciência máxima que nos distingue dos demais seres vivos do planeta, deve ter sua importante parcela de peso quando da decisão médica sobre interrupção ou postergação da vida do paciente oncológico terminal.

Todavia, ao profissional da saúde compete adequar à realidade fática tal vontade manifestada, a fim de que o paciente, ciente da real dimensão de seu estado de saúde, opte por aquilo que lhe faz digno de viver ou ter vivido, sem que tal escolha esbarre em postulados éticos médicos, que tanto condenam as condutas que causam morte que não era cogitada, quanto àquelas que alongam a vida desnecessariamente na qual esta não mais se faz digna, culminando em responsabilidades extra-administrativas, tais como, a cível e a criminal.

Neste sentido pronunciou-se o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - Apelação Cível nº 70054988266, na qual a vontade do paciente, manifestada em testamento vital, prevaleceu, uma vez que a Constituição institui o direito e não o dever a vida, razão pela qual o paciente não é obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, conforme a Resolução 1.998/2012 do Conselho Federal de Medicina.

Imperioso, por fim, na mesma medida em que o instrumento mencionado deva ser famigerado para que qualquer ser humano saiba que lhe assiste direito de optar quando lhe assistirá o inevitável desfecho, que o intercâmbio da evolução dos conceitos médicos com o detalhamento jurídico atuem de forma que o paciente terminal oncológico consiga delinear sua vontade e, noutro polo e oportuno momento, possa o profissional responsável pela sua saúde fazer cumprir sua vontade na forma garantida pela Constituição Federal.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal, em pronunciamento do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, firma que:

“7. Não há um direito de morrer que se contrapõe ao direito à vida. Ainda que a morte seja uma inevitabilidade, não se pode aceitar que o Estado autorize ou legitime um direito à retirada da própria vida. A morte, portanto, não é uma escolha que deva ser defendida por direitos. No entanto, a vida em agonia também não pode ser uma obrigação ou um dever. A dignidade transforma o direito à vida em algo maior que um simples ônus. Nas belas palavras de Ronald Dworkin, é ela que transforma nossas vidas em um pequeno diamante em meio às areias cósmicas. 8. Da dignidade humana extrai-se o dever do Estado em manter as condições necessárias para que o indivíduo tenha a possibilidade e a responsabilidade de guiar sua vida e sua morte. Como já defendi em obra doutrinária, a dignidade pode ser vista como autonomia, ou seja, como o poder que o indivíduo tem de realizar suas escolhas morais relevantes, através de sua própria concepção de bem e sem influências externas indevidas. E a dignidade também pode ser vista como heteronomia, ou seja, como uma constrição externa que obsta escolhas individuais que possam comprometer valores sociais relevantes4.

...

A conclusão a ser feita é de que cada indivíduo deve ter o direito e a responsabilidade de realizar suas escolhas existenciais e não ser obrigado a sofrer por um período prolongado, privado do domínio normal sobre o seu próprio corpo.” (STF, MI 6825 AgR / DF – voto Min. Barroso – grifo nosso).

51 CONCLUSÃO

Infere-se que o testamento vital, espécie de diretivas, assegura ao enfermo o respeito aos limites do tratamento; tempo de permanência em CTI; ritos de passagem; doação ou não de órgãos; local de sepultamento; e ao local da própria morte: hospital ou em casa; bem como, resguarda o médico no cumprimento da ortotanásia, sem receio de ser responsabilizado e com a garantia plena da dignidade humana.

Ademais, o testamento vital não se presta ao luxo de um formulário no qual se deve assinalar a opção VIVER ou MORRER, e sim à mensagem de instrução do doente terminal para que, por meio de diretrizes minuciosamente pré-indicadas, oriente o médico a respeitar a vontade dele, ainda que diante de um “fiel da balança” irreversivelmente inclinado ao “prato da morte”, se manter vivo ainda é sinônimo de dignidade.

O Direito à vida não deve se contrapor, obrigatoriamente, ao direito à morte, tampouco a recíproca tem absoluta razão.

Se margeada por diretrizes éticas e complacente com os ditames constitucionais que ao ser humano garante a vida, a vontade deve, sempre, prevalecer.

De lege ferenda, o Substitutivo do Projeto de Lei do Senado 149/2018, atualmente em tramitação no Senado Federal, que dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade

acerca de cuidados médicos a serem submetidos os pacientes nas situações especificadas, é o caminho para a efetividade prática da vontade manifestada e para conferir segurança jurídica ao médico.

REFERÊNCIAS

Arantes, Ana Cláudia Quintana. **A morte é um dia que vale a pena viver**. Casa da palavra 2016. 1. ed. Rio de Janeiro.

BRASIL, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 jun 2020.

BRASIL, 1988. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 10 out 2020.

BRASIL, 1988. **Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, que regulamenta os procedimentos e complementa os atos legislativos e normativos referentes aos serviços notariais e de registro do Estado de Minas Gerais**. Disponível em <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/vc00932020.pdf>>. Acesso em 10 out 2020.

BRASIL, 1988. **Enunciado nº 528**. Disponível em <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/597>>. Acesso em 10 out 2020.

BRASIL, 1988. **Lei nº 10.241, de 17 de março de 1999**. Disponível em <<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1999/lei-10241-17.03.1999.html>>. Acesso em 10 out 2020.

BRASIL, 1988. **Lei nº 16.279, de 20 de julho de 2006**. Disponível em <<https://leisestaduais.com.br/mg/lei-ordinaria-n-16279-2006>>. Acesso em 10 out 2020.

BRASIL, 1988. **Lei nº 14.524, de 04 de dezembro de 2003**. Disponível em <<https://leisestaduais.com.br/pr/lei-ordinaria-n-14254-2003>>. Acesso em 10 out 2020.

BRASIL, 1988. **Resolução CFM nº 1995/2012**. Disponível em <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2012/1995>>. Acesso em 10 out 2020.

BRASIL, 1988. **Substitutivo do Projeto de Lei do Senado nº 149/2018**. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132773/pdf>>. Acesso em 10 out 2020.

DADALTO, Luciana. Unai Tupinambás, Dirceu Bartolomeu Greco. **Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro**, Rev. bioét. (Impr.). 2013; 21 (3): 463-76 <https://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n3/a11v21n3.pdf>

DADALTO, Luciana. **Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12**, Rev bioét (Impr.) 2013; 21 (1): 106-12; <https://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n1/a12v21n1.pdf>

DADALTO, Luciana. **Testamento Vital** – 5. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020.

MARTINEZ, Sérgio Martinez e LIMA, Adaiana. **Distorções acerca do testamento vital no Brasil (ou o porquê é necessário falar sobre uma declaração prévia de vontade do paciente terminal)**, Revista de Bioética y Derecho, núm. 28, mayo 2013, p. 61-71; **O Testamento Vital e a Relação Médico-Paciente na perspectiva da Autonomia Privada e da Dignidade da Pessoa Humana**, Rev. Bioética y Derecho no.37 Barcelona may./jun. 2016 <http://dx.doi.org/10.1344/rbd2016.37.16153>

_____. Supremo Tribunal Federal MI 6825 AgR/DF - DISTRITO FEDERAL; **AG.REG. NO MANDADO DE INJUNÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE INJUNÇÃO. EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE ADVOGADO. EDIÇÃO DE NORMA REGULAMENTADORA. PERDA DE OBJETO AUSÊNCIA DE LACUNA TÉCNICA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. INADMISSIBILIDADE DO WRIT. DESPROVIMENTO DO AGRAVO. 1. O cabimento do mandado de injunção pressupõe a demonstração clara e precisa acerca da existência de omissão legislativa relativa ao gozo de direitos ou liberdade garantidos constitucionalmente pelas normas constitucionais de eficácia limitada stricto sensu . 3. A jurisprudência desta Corte tem entendido que, uma vez editada a norma regulamentadora, há perda superveniente do objeto do mandado de injunção. 2. In casu, ante a verificação da existência de norma regulamentadora (Lei nº 8.906/94) e ante a ausência de indicação de lacuna técnica, impõe-se o não conhecimento do mandado de injunção. 3. Agravo regimental desprovido. Relator(a): Min. EDSON FACHIN; Julgamento: 11/04/2019; Publicação: 27/05/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747767186>. Acesso em 22 jun 2020.**

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível. 1.0024.09.583907-2/004. 5839072-49.2009.8.13.0024 (1). **APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - RESPONSABILIDADE CIVIL - HOSPITAL - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - OCORRÊNCIA - INTELIGÊNCIA DO ART. 14 DO CDC - DANO MORAL CONFIGURADO - INDENIZAÇÃO DEVIDA - VALOR INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL. O hospital somente pode ser responsabilizado pelo dano sofrido pelo paciente mediante a comprovação de culpa do médico, ou quando o dano decorrer da falha de serviços relacionados exclusivamente com aquele estabelecimento, a teor do que dispõe o art. 14 do CDC. Existindo elementos capazes de imputar a adoção de conduta culposa por parte dos médicos e do hospital que agiram de forma negligente no que se refere à saúde do autor, há que se reconhecer a responsabilidade da entidade pelos danos suportados, sendo evidente o dever de indenizar. Configurada a ofensa moral, em virtude do enorme sofrimento, não apenas físico como também psicológico, em virtude da conduta negligente do hospital, faz o autor jus à respectiva indenização, cuja fixação deverá ser arbitrada segundo critérios de razoabilidade e proporcionalidade, com observância das peculiaridades do caso. Relator. Des.(a) Arnaldo Maciel DJ: 17/12/2019. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisa> . Acesso em 20 jun 2020.**

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível. 1000938-13.2016.8.26.0100. **APELAÇÃO CÍVEL. DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE. ORTOTANÁSIA. Pretensão de estabelecer limites à atuação médica no caso de situação futura de grave e irreversível enfermidade, visando o emprego de mecanismos artificiais que prologuem o sofrimento da paciente. Sentença de extinção do processo por falta de interesse de agir. Manifestação de vontade na elaboração de testamento vital gera efeitos independentemente da chancela judicial. Jurisdição voluntária com função integrativa da vontade do interessado cabível apenas aos casos previstos em lei. Manifestação que pode ser feita por meio de cartório extrajudicial. Desnecessidade de movimentar o Judiciário apenas para atestar sua sanidade no momento da declaração de vontade. Cartório Extrajudicial pode atestar a livre e consciente manifestação de vontade e, caso queira cautela adicional, a autora poderá se valer de testemunhas e atestados médicos. Declaração do direito à ortotanásia. Autora que não sofre de qualquer doença. Pleito declaratório não pode ser utilizado em caráter genérico e abstrato. Falta de interesse de agir verificada. Precedentes. Sentença de extinção mantida. Recurso não provido. Relator. Des.(a) Mary Grun, Sétima Câmara de direito privado. DJ: 24/04/2019. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/697337255/apelacao-civel-ac-10009381320168260100-sp-1000938-1320168260100/inteiro-teor-697337275>. Acesso em 20 agosto 2020.**

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível**. 70054988266. **APELAÇÃO CÍVEL**. 70054988266. **DIREITO À VIDA – Ortotanásia – Idoso portador de doença grave e com risco de morte que se nega a receber tratamento médico – Admissibilidade – Manifestação de vontade de não prolongar a vida além do processo natural que coaduna o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa – Carta Magna, ademais, que institui o direito e não o dever de viver**. Relator. Des.(a) Irineu Mariani. DJ: 20/11/2013. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/697337255/apelacao-civel-ac-10009381320168260100-sp-1000938-1320168260100/inteiro-teor-697337275>. Acesso em 20 junho 2020.

MARQUES, S. B. **Judicialização do direito à saúde**. Revista De Direito Sanitário, 2008, 9(2), 65-72. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v9i2p65-72>.

MARQUES, C. L. (**Saúde e Responsabilidade: seguros e planos de assistência privada à saúde.**, CLÁUDIA LIMA MARQUES E OUTROS, RT, São Paulo, 1999, p. 80-81)1.

Scheffer, M. **Coberturas assistenciais negadas pelos planos e seguros de saúde em ações julgadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Revista De Direito Sanitário, 2013, 14(1), 122-131. <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v14i1p122-131>.

CAPÍTULO 7

A TERRA SOB A PERSPECTIVA DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

Data de aceite: 04/01/2021

Data de submissão: 09/11/2020

Marta Botti Capellari

Universidade Estadual do Oeste do Paraná
(Unioeste)

Campus Francisco Beltrão-PR

<http://lattes.cnpq.br/7547634831172053>

Fabiane Grando

Universidade Estadual do Oeste do Paraná
(Unioeste)

Campus Marechal Cândido Rondon-PR

<http://lattes.cnpq.br/7138104223540723>

Juliana Midori Morotti

Universidade Estadual do Oeste do Paraná
(Unioeste)

Campus Marechal Cândido Rondon-PR

<http://lattes.cnpq.br/8867464666893667>

RESUMO: A terra, provedora da vida, sempre foi alvo de disputas ao longo da história, sofrendo diversas transformações, injustiças sociais e atribuições até consolidar-se no modelo cingido constitucionalmente. Nesse contexto, a presente pesquisa visa refletir o uso da propriedade conforme as funções preconizadas na Constituição Federal de 1988. Basicamente, têm-se dois grandes princípios norteadores: a função social da propriedade, que limita os seus **atributos** aos ditames do interesse coletivo e a função social da posse, funcionalizada pela CF/1988, passando a servir à pessoa humana e à sua dignidade. Nesse sentido, tomou-se

como base a análise do agravo de instrumento nº 598.360.402 e a canção o “Cio da Terra” de Milton Nascimento e Chico Buarque. Sucintamente, dois bens jurídicos são postos em discussão: o prejuízo patrimonial causado pelos agravantes à empresa arrendatária das terras ocupadas e a ofensa aos direitos fundamentais, particularmente, a dignidade de 600 famílias. Partindo-se da metodologia dedutiva, com a compilação de legislações, documentos, jurisprudência e posicionamentos doutrinários, a pesquisa busca elucidar os meios mais adequados para a solução ao caso concreto. Finalmente, o trabalho visa suscitar debates a respeito da temática, contribuindo para a disseminação do conhecimento e abordagem crítica sobre o devido uso da terra.

PALAVRAS-CHAVE: Função social, propriedade, posse. Agravo de instrumento nº 598.360.40.

THE LAND UNDER THE PERSPECTIVE OF THE SOCIAL FUNCTION OF POSSESSION

ABSTRACT: The land, the provider of life, has always been subject of disputes throughout history, undergoing several transformations, social injustices and attributions until it was consolidated in the constitutionally model. In this context, the present research aims to reflect the use of property in accordance with the functions recommended in the Federal Constitution of 1988. Basically, there are two major guiding principles: the social function of property, which limits its attributes to collective interest, and the social function of possession, functionalized by

the CF/1988, starting to serve the human person and his dignity. In this sense, the analysis of appeal nº 598.360.402 and the song “Cio da Terra” by Milton Nascimento and Chico Buarque were taken as basis. Briefly, two legal assets are brought into question: the property damage caused by the aggravating factors to the company that leases the occupied land and the offense against fundamental rights, particularly the dignity of 600 families. Starting from the deductive methodology, with the compilation of laws, documents, jurisprudence and doctrinal positions, the research seeks to elucidate the most adequate means for the solution to the specific case. Finally, the work aims to raise debates on the subject, contributing to the dissemination of knowledge and a critical approach on the proper use of land.

KEYWORDS: Social function, property, possession. Appeal No. 598.360.40.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A terra, bem comum de todos, sempre foi a grande fornecedora para as necessidades de qualquer ser vivo. Interpretada sobre diferentes nuances, do sustento à arte, de mercadoria à função social da propriedade, o solo continua sendo imprescindível para a vida na Terra.

Carlos Frederico Marés (2003) elucida, com destreza, as inúmeras transformações e atribuições da terra até consolidar-se no modelo abarcado pela Constituição de 1988: a propriedade da terra, a terra como mercadoria, o direito de dispor, o uso da terra, a produtividade como obrigação da propriedade e a função social da propriedade. A Constituição, nesse contexto, passou a condicionar o exercício do direito de propriedade à função social.

Pacífico entendimento não fosse o art. 185 com a seguinte disposição “São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra; e II - a propriedade produtiva”. Assim, estariam essas propriedades desobrigadas de cumprir a sua função social?

A partir dessa disposição, o Poder Judiciário é invocado para a interpretação e resolução de eventuais conflitos que dela derivam. Nesse sentido, a presente pesquisa visa refletir sobre o uso da propriedade conforme as funções preconizadas na Constituição Federal de 1988. Para isso, tomou-se como base a análise do agravo de instrumento nº 598.360.402 e a canção o “Cio da Terra” de Milton Nascimento e Chico Buarque.

ANÁLISE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 598.360.402

Por meio do agravo de instrumento nº 598.360.402, que busca deslindar as omissões legislativas, os agravantes José Cenci e Aldair José Morais de Souza questionam decisão de reintegração de posse a Merlin S/A Indústria e Comércio de Óleos Vegetais S/A, da Comarca de São Luiz Gonzaga/RS. Sucintamente, dois bens jurídicos são postos em discussão: o prejuízo patrimonial causado pelos agravantes à empresa arrendatária das

terras ocupadas e a ofensa aos direitos fundamentais, particularmente, a dignidade de 600 (seiscentas) famílias.

No caso em questão, Merlin Indústria e Comércio de Óleos Vegetais S/A, empresa arrendatária, alega que a propriedade cumpre a função social, pois “atualmente estão plantados, com trigo, cerca de 300 (trezentos) hectares; aveia outros 300 (trezentos) hectares e milho com a mesma área”; “nos silos encontram estocados aproximadamente 20.000 (vinte mil) sacos de soja indústria; 1.200 (mil e duzentos) sacos de soja semente; aproximadamente 60 (sessenta) toneladas de adubo, exploração de culturas e de pecuária, com cerca de 80 (oitenta) bovinos”.

Para a magistrada, que deferiu o despacho liminar de primeiro grau (ação reintegratória), não compete ao Poder Judiciário solucionar o assentamento e fixação de famílias pobres, cuja atribuição é do Poder Executivo. E a empresa, portanto, por cumprir a função social, estaria amparada pelas normas do ordenamento jurídico brasileiro, concedendo a liminar de reintegração de posse para determinar que a empresa Merlin Indústria e Comércio de Óleos Vegetais S/A seja reintegrada na posse do imóvel esbulhado.

Na mesma linha, para a desembargadora relatora do recurso, a empresa Merlin Indústria e Comércio de Óleos Vegetais S/A possui a posse, à medida em que a área é útil e produtiva, atendendo, por conseguinte, o fim social a que se destina. Dessa maneira, no seu entendimento, aos agravados estaria amparado o direito de exigir a proteção possessória, garantida pelo Código Civil, visto que se atendeu a função social da propriedade.

Todavia, os desembargadores, por maioria, conheceram e deferiram o agravo de instrumento nº 598.360.402, posicionando-se em defesa da garantia do mínimo social. Para eles, os direitos fundamentais de 600 famílias devem prevalecer sobre o direito puramente patrimonial da empresa. Para os agravantes, as ocupações não podem ser consideradas como esbulho possessório, uma vez que se configuram conflitos entre direitos que não são prestados “nem pelo Estado, nem pelo livre mercado”. Embora os agravados afirmem ser a área produtiva, a propriedade não cumpre a sua função social, por existirem débitos fiscais da empresa proprietária perante a União e imóvel penhorado ao INSS.

Para o desembargador Guinther Spode, as amarras da legislação devem ser afastadas, sobretudo a processual, de forma a privilegiar a decisão mais justa, assim, mesmo que descumprida a disposição do artigo 526, do CPC, o recurso deve ser conhecido. Percebe-se, assim, que o juiz deve aplicar o direito considerando os fatos sociais envolvidos, tendo em vista, que o “juiz não se constitui em um simples técnico que mecanicamente aplica o Direito em face dos litígios reais, mas buscando solucionar os conflitos de interesse entre sujeitos de Direito” (WOLKMER, 1989, p. 146).

Nessa acepção, Gomes (2004), na obra *Direitos Reais*, apresenta a proteção da posse no direito positivo. Segundo o jurista, um dos principais efeitos da posse é o direito de interditos, em que por meio deles é possível defender a posse. O art. 1.210, do Código Civil, dispõe que “o possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação,

restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado”. É considerado possuidor “todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”, conforme previsão do art. 1.196 do Código Civil. Gomes (2004) explana que não há uma uniformidade em relação à qualificação das ações possessórias. No entanto, para aqueles que ampliam o sistema defensivo da posse têm-se as seguintes ações: imissão da posse; manutenção da posse; reintegração da posse; interdito proibitório; nunciação de obra nova; dano infecto; embargos de terceiro senhor e possuidor. Contudo, o jurista afirma que nem todas as ações são consideradas possessórias, como a nunciação de obra nova, os embargos de terceiro senhor e possuidor e o dano infecto.

O conceito de posse perpassa por duas grandes teorias: a teoria subjetiva, de Savigny e a objetiva de Ihering. Para a teoria subjetiva, a posse teria natureza híbrida, composta de dois elementos: “animus” e “corpus”; contudo, esta teoria foi muito criticada por Ihering, por entendê-la repleta de subjetivismo. Ihering entendia possuidor aquele que exerce poderes de proprietário, destinando uma finalidade econômica ao bem; a posse representaria apenas o “corpus”, o “animus” seria apenas um elemento implícito.

O Código Civil Brasileiro adotou a teoria objetiva de Ihering, mas foi funcionalizada pela Constituição Federal, devido à incidência do princípio da função social da propriedade. Nessa acepção, o Código Civil Brasileiro adotou implicitamente a função social da posse, materializada quando alguém no lugar do proprietário cumpre sua função social, atendendo à pessoa humana e a sua dignidade.

Conforme Nicoletto (2007),

A posse deixa de ser considerada apenas como uma relação material do homem com a coisa decorrente do poder de vontade, passando a ser vista como uma relação material entre o homem com a coisa decorrente da vontade dotada de função social, ou seja, voltada aos interesses da sociedade e não somente do possuidor.

A posse, deste modo, passa a ser vista como um instituto que visa cumprir a função social e econômica, levando em consideração o valor da dignidade do ser humano. Ela abrange três aspectos essenciais: a posse como um direito autônomo; a posse como um valor e a posse como um instrumento de realização dos objetivos do Estado. Por meio desses elementos, a posse visa não somente atender as necessidades individuais, mas proporcionar vantagens para a coletividade. Permite-se ao não proprietário obter, por meio da terra, uma vida digna, assegurando um mínimo social capaz de diminuir as diferenças sociais e aumento da distribuição de renda, aproximando-se da realização dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana (MARQUESI, 2001).

Fachin (1988, p. 19) analisa com maestria a questão:

A função social da posse situa-se em plano distinto, pois, preliminarmente, a função social é mais evidente na posse e muito menos evidente na

propriedade, que mesmo sem uso, pode se manter como tal. A função social da propriedade corresponde a limitações fixadas no interesse público e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção da relação anti-individualista. O fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade privada o que há de eliminável. O fundamento da função social da posse revela o imprescindível, uma expressão natural de necessidade.

Nesse sentido, assegurar o direito de posse é dar efetividade aos princípios fundamentais da República, proporcionando a dignidade à pessoa humana e diminuindo as desigualdades sociais presentes em nosso país.

No caso concreto, partindo-se da função social da propriedade, a empresa, por ter uma área útil e produtiva, poderia socorrer-se da reintegração da posse, visto que essa ação é cabível em caso de esbulho. Segundo Gomes (2004), o fim específico nesta ação é obter a recuperação da coisa, uma vez que o proprietário tem o direito de reavê-la se foi privado por violência, clandestinidade ou precariedade. Todavia, baseando-se na função social da posse, a questão deve ser analisada sob o viés da coletividade, de condições mínimas dadas ao possuidor de viver com dignidade.

Assim sendo, o que se discute na lide são os direitos fundamentais, ou o que se denomina como “mínimo social”, ou seja, são as condições mínimas para subsistência do indivíduo. No caso, o impasse consiste, de um lado, no esbulho na posse de uma empresa e, de outro, os direitos fundamentais, o mínimo social a 600 famílias, já que a conciliação restou frustrada.

A doutrina¹ entende que, havendo a necessidade de sacrificar uma das partes, os direitos fundamentais devem prevalecer sobre o patrimonial. Coadunando-se ao pensamento Guinther Spode, o provimento do agravo permite que haja dilação probatória sobre o tema, sobretudo a função social da área cuja posse se pleiteia. No mesmo entendimento, o Desembargador Rafael dos Santos Jr. expõe que o caso em questão transcende o texto legal, posto que os valores sociais e garantias individuais são temas de suma importância.

Isto posto, nota-se a necessidade já amparada pela Constituição Federal de alinhar o direito de propriedade e posse ao atendimento de sua função social, como dispõe o art. 5º, incisos XXII e XXIII. No caso do despacho liminar concessivo de reintegração da posse, a decisão preocupou-se em fundamentar o fato e a norma, sem referência a dimensão valorativa do direito à propriedade e à posse. Ainda, conforme consta nos autos, a área é objeto de penhora para garantia de débito fiscal com a União. Apesar de a área ser produtiva, os proprietários deixaram de quitar os impostos incidentes, portanto, não atendendo a função social. Marés (2003, p. 196) compreende a função social da terra como algo maior do que a produção de mercadorias, “a sociodiversidade aliada à biodiversidade é o que pode dar resposta mais precisa do que seja a função social da terra, ou da propriedade, como o chamam as leis”. Nessa acepção, a função da terra e da posse propicia manter as

1 Tal análise é muito bem elucidada por CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional**. 6.ed. rev. Coimbra: Almedina, 1995, p. 646-647.

mais diversas formas de vida.

PARALELO COM A CANÇÃO “O CIO DA TERRA” DE MILTON NASCIMENTO E CHICO BUARQUE

A canção o “Cio da Terra”, de Milton Nascimento e Chico Buarque, evidencia a simplicidade da vida ligada à terra, a proteção a ela e ao trabalho no campo. Em seus versos, é possível assimilar o trabalho como algo sagrado, uma vez que, por meio de uma intercessão divina o trigo transformar-se em pão - “Forjar no trigo o milagre do pão”; há relacionamento íntimo e um cuidado recíproco entre a terra e os agricultores. Os compositores expõem o ciclo da terra de maneira harmoniosa, relacionando as suas riquezas com o ofício do agricultor.

Para além do que é perceptível no poema, reflete-se o uso da terra conforme o “desejo” desta - “Afagar a terra/ Conhecer os desejos da terra/Cio da terra, propícia estação/E fecundar o chão”. Isto é, manusear a terra de maneira útil, respeitando a época de plantio, a “propícia estação” para que, assim, os seus frutos possam ser colhidos e a vida possa existir.

Marés (2003, p. 197), com muita propriedade, leciona:

(...) a função social da terra é prover a Vida (assim mesmo, com V maiúsculo). E se assim é, a organização civil e racional de nossa sociedade deve garantir que seja provida a vida de todos os seres e garantida equitativamente a vida de todos os seres humanos. Somente depois de tudo isso resolvido podemos pensar na produção de bens para satisfação das necessidades, do orgulho e das vaidades humanas.

Nesse segmento, em comparação com o agravo de instrumento nº 598.360.402, têm-se, de um lado, a empresa, que, embora alegue cumprir a função social da propriedade, objetiva o lucro, e, de outro, a luta de várias famílias pela sobrevivência. Assim sendo, como depreendido pela canção o Cio da Terra, a terra, sinônimo de cuidado, fertilidade e vida, deve ter o seu uso de maneira consciente, respeitando o ciclo temporal e realizada de maneira sustentável para a vida árdua do agricultor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz do exposto, a presente pesquisa pode demonstrar como o Poder Judiciário lida com as privações legislativas, particularmente o direito à propriedade. Apesar de atípico, o parecer do agravo de instrumento nº 598.360.402 demonstra o respeito à terra e à dignidade da pessoa humana.

Conforme visto, a terra deve estar em consonância com a função social da propriedade e da posse. Isto é, o solo deve ser usado de forma fecunda, atendendo não só a produtividade, mas se verificando o tempo e o lugar em que as circunstâncias acontecem

de forma a garantir a sobrevivência e a dignidade da pessoa humana. Deste modo, a terra, por ser provedora de todos, seja individualmente ou coletivamente, deve ter o direito aplicado respeitando as três dimensões de Miguel Reale (2003): fato, valor e norma e, conseqüentemente, a função social da propriedade e da posse.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 08 ago. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 08 ago. 2018.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.** AGRAVO DE INSTRUMENTO, Nº 598.360.402, Tribunal de Justiça do RS, julgado em 06 out. de 1998. Disponível em: < http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Politica_Agraria/2funcaosocialpropriedadeRS.pdf>. Acesso em 12 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 08 ago. 2018.

BUARQUE, C.; NASCIMENTO, M. **O Cio da Terra.** Disponível em: < <https://www.letas.mus.br/chico-buarque/86011/>>. Acesso em 08 ago. 2018.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional.** Coimbra: Almedina, 1995.

FACHIN, L. E. **A função social da posse e a propriedade contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural.** Porto alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

GOMES, O. **Direitos Reais.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MARÉS, C. F. **A função social da terra.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003.

MARQUESI, R. W. **Direitos reais agrários & função social.** Curitiba: Juruá, 2001.

NICOLETTO, R. L. **Função social da posse: efetivando o princípio da dignidade da pessoa humana.** 20 dez 2007. Disponível em: <<https://www.diritto.it/funcao-social-da-posse-efetivando-o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana/>>. Acesso em 25 jul. 2018.

REALE, M. **Teoria Tridimensional do Direito.** 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

WOLKMER, A. C. **Ideologia, Estado e Direito.** Revista dos Tribunais, 1989.

CAPÍTULO 8

(IM) POSSIBILIDADE DO CONSUMIDOR REALIZAR NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO

Data de aceite: 04/01/2021

Data de submissão: 07/10/2020

Fabio Alexandre Santos Lima

Faculdade Vale do Gorutuba - FAVAG
Janaúba / Minas Gerais
<http://lattes.cnpq.br/8366489866475129>

Luciney Sebastião da Silva

Faculdade Vale do Gorutuba - FAVAG
Janaúba/ Minas Gerais
<http://lattes.cnpq.br/9459387143485389>

RESUMO: Com efeito, o Código de Processo Civil de 2015 conferiu às partes maior participação na construção e elaboração do processo, inaugurando a cláusula geral de negociação que inovou ao validar os negócios processuais atípicos, sem a necessária dicção legal. Consequentemente a flexibilização proposta pela negociação processual, decorrente da inovação traduzida pela nova redação do Código de Processo Civil conduziu a concepção de que o processo é paritário e democrático. De outro lado a cláusula geral de negociação prevista no art.109 do CPC/2015 orientou acerca da forma que serão reconhecidas as prováveis invalidades acometidas em termos de negociação processual. Esta dedica ao juiz à incumbência de verificar os acordos firmados, apontando as notáveis invalidades da negociação processual quando houver desvantagem entre as partes. Nesse sentido, a preocupação com a vulnerabilidade processual

das partes é verbalizada no parágrafo único do respectivo dispositivo, elencando a necessidade de manifesta vulnerabilidade, ou seja, que deve ser analisado o caso concreto para se aferir, se houve ou não, desequilíbrio contratual. Diante todo exposto, o presente trabalho tem como objetivo discutir a possibilidade de aplicação da cláusula geral de negociação aos contratos consumeristas, ou seja, a possibilidade ou não do consumidor realizar negócio jurídico atípico.

PALAVRAS-CHAVE: Código Civil, Negócio Processual Atípico.

(IM) CONSUMER POSSIBILITY TO PERFORM ATYPICAL PROCESSUAL LEGAL BUSINESS

ABSTRACT: In effect, the 2015 Civil Procedure Code gave the parties greater participation in the construction and elaboration of the process, inaugurating the general negotiation clause that innovated by validating atypical procedural deals, without the necessary legal diction. Consequently, the flexibility proposed by the procedural negotiation, resulting from the innovation translated by the new wording of the Code of Civil Procedure, led to the conception that the process is parity and democratic. On the other hand, the general negotiation clause provided for in article 109 of the CPC / 2015 provided guidance on the way in which the probable impairments affected in terms of procedural negotiation will be recognized. This dedicates to the judge the task of verifying the signed agreements, pointing out the notable invalidities of the procedural negotiation when there is a disadvantage between the parties. In this sense, the concern with the procedural

vulnerability of the parties is verbalized in the sole paragraph of the respective provision, listing the need for manifest vulnerability, that is, that the specific case must be analyzed to assess, whether or not there was a contractual imbalance. In view of the above, this paper aims to discuss the possibility of applying the general negotiation clause to consumer contracts, that is, the possibility or not of the consumer to carry out atypical legal business.

KEYWORDS: Civil code, atypical procedural business.

1 | NEGÓCIO PROCESSUAL

1.1 Negócio processual atípico

Negócio processual atípico é uma espécie do gênero negócio processual, que encontra previsão legal no art.190 do Código Processo Civil que assim dispõe:

Art.190. “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”

O caput do art. 190 do CPC/2015 é uma cláusula geral, que tem respaldo no princípio da cooperação, exigindo muito mais coparticipação dos sujeitos processuais envolvidos, permitindo a estes um verdadeiro regime de colaboração. Com efeito, às partes fica autorizada a celebração de negócios processuais atípicos, que em apertada síntese consistem na possibilidade de realização de negócios que até então não encontram previsão na norma processual (PIMENTEL, 2016).

Grosso modo o negócio processual atípico encerra o acordo resultante da criatividade das partes envolvidas no processo, que unidas tomaram por justo pactuar da seguinte forma, sem que houvesse dispositivo legal para tanto, por força do que prega o art. 190 do CPC (DIDIER JR, 2016).

De certo que, uma vez preenchidos os requisitos de validade previstos no art.190, caput do CPC/2015, é lícito às partes convencionarem a respeito da norma processual desde que obedecidas às hipóteses de: a) titularidade da situação jurídica; b) que o objeto da convenção seja lícito; c) a convenção seja por escrito; d) que seja preservada da autonomia da vontade; e) que o direito material seja auto componível; f) que as partes sejam civilmente capazes (FERNANDES, 2018).

2 | (IN) CAPACIDADE PROCESSUAL NEGOCIAL E LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA

A incapacidade processual negocial, ou simplesmente incapacidade pela situação de vulnerabilidade é prevista no parágrafo único do art. 190 do CPC/2015 que dispõe in verbis:

Parágrafo único. “De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções prevista neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”

Nesse diapasão a vulnerabilidade, preconizada no art. 4º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor, tem provocado inúmeras discussões acadêmicas quanto ao efeito limitador aos negócios jurídicos atípicos.

Segundo GAJARDONI (2018) é preciso considerar a vulnerabilidade quando houver desequilíbrio entre os sujeitos na relação jurídica. Este afirma, ainda, que é preciso que se demonstre se tal vulnerabilidade atingiu a formação do negócio jurídico, desequilibrando-o.

De acordo com CRISTINA (2018) é preciso que haja manifesta vulnerabilidade da parte, ou seja, que deve ser analisado o caso concreto para se aferir, se houve ou não desequilíbrio contratual.

GARJARDONI (2018) vai além, e menciona que a dicção do art. 4º, III do CDC não permite concluir tratar-se de uma presunção de vulnerabilidade absoluta.

3 | CONSIDERAÇÕES GERAIS

De fato, a cláusula geral de negociação expressa no art. 190 do CPC/2015 possibilita que as partes estabeleçam mudanças processuais para ajustá-lo às especificidades da causa ou convencionarem sobre o ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Assim, uma vez respeitados os princípios e regras constitucionais e normais processuais o negócio processual atípico inaugura novo paradigma processual no direito pátrio.

Importante frisar que a extensão dessa vontade encontra limites impostos no mesmo dispositivo legal. Deste modo, quando os negócios versarem a respeito da legislação consumerista ou trabalhista, é preciso que o juiz faça uma análise pormenorizada dos sujeitos vulneráveis da relação processual, para que se possa evitar neste tipo negócio desequilíbrio e desvantagens entre as partes envolvidas.

REFERÊNCIAS

CRISTINA, A. **Vulnerabilidade das partes nas negociações processuais atípicas**. Disponível em: < <https://juridicocerto.com/p/angelica-saphier/artigos/a-vulnerabilidade-das-partes-nas-negociacoes-processuais-atipicas-4259> > Acesso em: 19 de maio de 2018.

DIDIER JR, F. **Curso de direito processual civil - v. 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015. v.1. 786 p.

DIDIER JR, F. **Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015**. Revista Brasileira de Advocacia, v.1, Abril-junho, 2016.

FERNANDES, R. A. **Negócios jurídicos processuais no novo CPC – o que pode?** Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI258990,71043Negocios+juridicos+ processuais+ no+ novo+ CPC+o+que+pode>> Acesso em: 21 de maio 2018.

GAJARDONI, F. F. **Negócio jurídico processual em contratos de consumo: possibilidade.** Disponível em: < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/negocio-juridico-processual-emcontratos- de-consumo-possibilidade/18035>> Acesso em: 20 de maio 2018.

PIMENTEL, A. F; MOTA, N. L. **Negócios processuais atípicos: alcances e limites no CPC/2015.**In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n.154, nov 2016.Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=18199&revista_caderno=21>. Acesso em maio 2018

USO DE ÁREAS URBANAS, REGULAMENTOS E IMPACTOS SOCIAIS: UM ESTUDO DE CASO NA CIDADE DE ILHÉUS, BAHIA

Data de aceite: 04/01/2021

Saulo Sálvio Pacheco Guimarães

Instituto Bambuzal
Ilhéus – Bahia

Georgia Cristina Neves Couto

Instituto Bambuzal
Ilhéus – Bahia
<http://lattes.cnpq.br/4603429037922717>

Jorge Henrique Sales

Universidade Estadual de Santa Cruz
Ilhéus – Bahia
<http://lattes.cnpq.br/9205464082942072>
<https://orcid.org/0000-0003-1992-3748>

RESUMO: A sociedade atual passa por transformações no espaço territorial, o processo de urbanização tem sido acelerado e consequentemente os empreendimentos imobiliários tem exigido da justiça um novo olhar sobre a legalidade destes. Para os novos empreendimentos há uma preocupação em se encaixar já nas conformidades da lei, os antigos sofrem com a indefinição em sua forma legal. Por isso, esse trabalho se configurou em um estudo de caso com pesquisa documental de um loteamento na cidade de Ilhéus-BA, que busca se ajustar à legislação vigente. Como problema de pesquisa, trouxe-se o questionamento sobre as consequências econômicas em não se definir juridicamente um empreendimento imobiliário, como loteamento ou condomínio. Como objetivo procurou-se analisar um empreendimento imobiliário que é registrado como loteamento,

mas que funciona como condomínio. Visando responder ao problema, afirmou-se que o empreendimento imobiliário não é legalmente bem definido, portanto, não há como cobrar adequadamente. Como foi verificado através da pesquisa, este loteamento não se encaixa em nenhuma das determinações jurídicas, o que dificulta a obrigatoriedade da cobrança de taxas e rateios, e assim a hipótese inicial foi confirmada. **PALAVRAS-CHAVE:** Condomínio, Loteamento, Legalidade.

URBAN LAND USES, REGULATIONS AND SOCIAL IMPACTS: A CASE STUDY IN THE ILHÉUS CITY, BAHIA

ABSTRACT: A Current Corrected Transition in the Territorial, the Processo f Urbanization the Solidarity and the Consequently the Territorial Impossibility, the process of urbanization the legalisation these. For the new developments there is a concern with the legal requirements, the ancients have suffered a lack of definition in their legal form. Therefore, this work was set up in case study with documentar research of a municipality of the city of Ilhéus-BA, wich seeks to adjust to the current legislation. As a research problem, the question has arisen about how economic consequencer are not defined legally as real estate projec, such as subdivision and condominium. As it was developed, a real estate venture is registered as allotment, but it Works as a condominium. Responding to the problem, it said that entrepreneurship is hot legally well defined, so these is no way to charge. As this research was carried out through interest rate and interest rate research, which made it difficult

to collect fees and rates, and so the initial comparison was confirmed.

KEYWORDS: Condominium, Allotment, Legality.

1 | INTRODUÇÃO

Em qualquer cidade em expansão, a criação de novos empreendimentos aparece na forma de novos terrenos, edifícios, casas, loteamentos, entre outros. Entretanto, muitos não sabem diferenciar termos conhecidos desse setor, o que pode levar a um entendimento errado da real função e possibilidade de cada novo negócio.

A partir das novas formas de organização territorial urbana presentes no Brasil, surgiram grandes dúvidas quanto aos direitos e deveres do proprietário de um lote. Uma das questões polêmicas recai sobre as cobranças de taxas condominiais e de associações.

Desejando uma construção em área de uso privativo, futuros proprietários acabam procurando oportunidades em condomínios ou loteamentos fechados, pois consideram que sejam a mesma coisa, porém, ambos são organizados de maneiras distintas.

Quando se trata de parcelamento do solo, a disciplina da matéria se dá por legislação própria. No Brasil o primeiro diploma sobre loteamento foi o Decreto-Lei nº 58/1937. Depois sobreveio o Decreto-Lei nº 271/1967, e, em seguida, a Lei nº 6.766/1979 (Lei de Loteamentos), as quais passaram a cuidar do parcelamento do solo urbano, de maneira que sobrou àquele primeiro diploma da era varguista a tarefa de disciplinar o parcelamento do solo rural no que não foi incompatível com legislações rurais específicas.

A diferença entre um condomínio e um loteamento começa pela legislação, já que cada um desses empreendimentos possui sua lei específica, e entender a diferença é essencial para melhor garantir a segurança jurídica, como também para proteger o direito de propriedade.

Atualmente a Lei nº 13.465/2017 buscou sanar diversos conflitos jurídicos no que tange a novas formas de arranjos do solo, como exemplo, loteamento de acesso controlado, condomínio de lotes e loteamento fechado. Embutido nessa discussão jurídica vem uma questão econômica, pois, esta necessita de uma definição jurídica que venha trazer uma solução para os conflitos causados por uma falta de entendimento das novas formas de ocupação territorial urbano.

Por ser um tema tão polêmico a pesquisa buscou responder ao seguinte questionamento: Quais as consequências econômicas em não se definir juridicamente um empreendimento imobiliário, como loteamento e condomínio?

Associada ao estudo de caso foi desenvolvida uma pesquisa documental Para concretizar a pesquisa documental, diversos documentos foram usados: memorial, atas de assembleias, decisões judiciais, Legislação Federal e Municipal, registros de imóveis e plantas de projeto arquitetônico.

A Constituição Federal, o Código Civil, Lei Orgânica do Município de Ilhéus foram

basilares para este trabalho. Visando construir uma melhor reflexão sobre as leis, os doutrinadores Maria Helena Diniz, Carlos Roberto Gonçalves e Flávio Tartuce foram indispensáveis.

2 | DIREITO DE PROPRIEDADE

O conceito de propriedade caminha com a história do ser humano, porém foi John Locke em seu livro Segundo tratado sobre o governo (1973) que discute a teoria do Estado Moderno e retrabalha o conceito de propriedade, dando início à Teoria do Estado Liberal.

Esta obra parte da ideia de que o Estado foi formado a partir de um contrato, e que antes do surgimento do Estado, os homens viviam no estado da natureza, um recurso teórico usado por Locke visando compreender de que forma foi construído a instituição Estado. Para ele, no estado da natureza, não existia sociabilidade, porém, já existia a propriedade, pois para ele, propriedade tem um significado muito amplo: Tudo o que pertence a cada indivíduo – sua vida, sua liberdade e seus bens.

Locke (LOCKE, 1973, p.46) partia da compreensão que Deus dotou a todos de razão e habilidades físicas para usar a seu proveito. Tudo da natureza pertencia à humanidade como um todo, mas o homem era proprietário de si mesmo e de sua força de trabalho, isso lhe garantia que o que fosse produzido com as suas mãos e inteligência, passava a ser seu. Desse modo, pode-se afirmar que o direito de propriedade é algo natural, pois é o trabalho que o homem desenvolveu sobre a coisa que lhe dá esse direito, e ainda, retira o direito da outra pessoa o possuir.

Para tanto, o pacto social foi estabelecido visando a garantia de propriedade, ou seja, o Estado deveria existir para garantir determinadas liberdades, a segurança pessoal, pois sem ela fica difícil o próprio direito a propriedade, pois a vida é a propriedade do homem que foi doada por Deus, e as demais propriedades deste foram obtidas a partir do trabalho. Então, o trabalho é o alicerce originário da propriedade.

Ainda segundo Pereira (2015) a propriedade mais se sente do que se define, pois há uma espécie de sentimento que está presente não só no operador do Direito ou no homem de negócio, mas todos de uma forma subjetiva defendem a relação jurídico-dominial, quando por exemplo, combatem o ladrão, resistem ao esbulho, ou seja, todos sentem, mesmo que de forma inconsciente o fenômeno propriedade. Para esse autor, a propriedade é o direito de usar, gozar e dispor do bem, e ainda, requerer de quem indevidamente a detenha.

De acordo com Rodrigues (2009), nos direitos reais a propriedade é a espinha dorsal do direito privado, e o ordenamento jurídico se organiza visando manter os interesses, a ordem e a disciplina dos indivíduos na disputa pelos bens. O mesmo, que reproduz as definições de Cunha Gonçalves, afirma que se costuma dizer que o direito de propriedade é um direito absoluto, exclusivo e perpétuo.

Expostas algumas análises conceituais sobre direito de propriedade é fundamental considerar sua natureza jurídica. Por natureza jurídica Diniz (2005) entende que incide na “afinidade que um instituto tem em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído o título de classificação.”

No que tange ao direito de propriedade, este está exposto no artigo 5º, XXII, da Constituição Federal e Art. 1.228, CC. caput.

A Constituição de 88 (CF/88), construiu as bases para um estado democrático de direito, promulgando garantias pessoais e de direitos reais. Associado ao direito de propriedade a CF/88 atribuiu função social como princípio da ordem econômica no art. 5º, XXIII.

De acordo com a CF/88 o direito de propriedade está associado a uma função social, que é estabelecido como cláusula pétrea, não mais sendo entendido como um direito individual puro, pois a propriedade agora tem uma função que visa desenvolver a justiça social. Desse modo, o CC. favorece o público quando em conflito com os interesses do privado, privilegiando o princípio da finalidade pública, fazendo aparecer uma sociedade mais voltada ao bem-estar social associado à preservação ambiental.

Condomínio

A palavra condomínio vem do latim *condominium* significa o uso comum de um bem por diversos indivíduos. Pode-se dizer que se tem condomínio quando uma coisa é comum a mais de uma pessoa e todos compartilham de direitos sobre ela. Um exemplo de bem comum que pode se transformar em condomínio é um pedaço de terra, também conhecido como gleba.

De acordo com Gonçalves (2012, p. 381) condomínio é “em regra a propriedade de qualquer coisa pertencente a uma só pessoa”. De acordo com Lei nº 4.591/64

Art. 1º As edificações ou conjuntos de edificações, de um ou mais pavimentos, construídos sob a forma de unidades isoladas entre si, destinadas a fins residenciais, poderão ser alienados, no todo ou em parte, objetivamente considerados, e construirá cada unidade, propriedade autônoma sujeita as limitações desta Lei.

Pereira (1887, apud Tartuce, 2012, p.252) afirma que a noção de condomínio para o direito esbarra num sério problema, sendo um poder essencialmente exclusivo, o domínio não pode pertencer, ao mesmo tempo, a duas pessoas, de modo que cada uma disponha da coisa por inteiro (*in solindum*). Tartuce (2012, p.252) complementa que não se concebe domínio e contra domínio, pois o domínio de um aniquilaria o do outro. Então, pode-se dizer que o condomínio é um instituto jurídico com características peculiares que o difere de outros institutos jurídicos imobiliários, para tentando é preciso caracterizá-lo.

Para Diniz (2015), a origem do condomínio pode ser: convencional ou voluntário, incidente ou eventual e forçado ou legal. A autora entende que o convencional é resultado

do acordo de vontade de consortes e constitui-se um negócio jurídico onde duas ou mais pessoas colocam um bem em comum para dele usufruir. No que tange ao incidente, a origem do condomínio se estabelece por caso fortuito à vontade dos condôminos. O Legal se dá pela imposição de uma ordem jurídica quando da impossibilidade inevitável de divisão da coisa, o condomínio legal, passa a ser regido pelo art. 1.327 CC.

Ainda segundo Diniz (2015), o condomínio quanto ao seu objeto pode ser como comunhão universal ou particular. No primeiro caso, compreende a totalidade do bem com seus frutos e rendimentos a todos os consortes. No particular, ao contrário do universal, restringem-se determinadas coisas ou efeitos, ficando livres os demais consortes.

Quanto à sua necessidade, tem-se o condomínio ordinário ou transitório e permanente. Diniz (2015) afirma que o primeiro pode ser ou não oriundo de uma convenção, porém, vigora durante um certo período ou enquanto não se lhe ponha termo. O permanente é um condomínio forçado que não poderá extinguir-se em virtude da natureza jurídica em que foi gerado.

Diniz (2015) afirma que quanto à forma o condomínio pode ser pro diviso e pro indiviso. No pro diviso a comunhão existe juridicamente, mas não de fato, cada com proprietário possui uma determinada do bem. No caso do pro indiviso a comunhão perdura de fato e de direito.

Finalizando, pode-se dizer que em geral que o conceito de condomínio é atribuído a qualquer coisa (móvel ou imóvel) que possua mais de um proprietário.

Loteamento

A diferença entre um condomínio e um loteamento começa pela legislação, já que cada um desses empreendimentos possui sua lei específica. A lei N 6.766/79, definida como a Lei de Parcelamento do Solo Urbano, responsável pelo loteamento, considera o mesmo como uma subdivisão de gleba em lotes para finalidade de edificação, sujeita a abertura de novas vias, de logradouros públicos, modificação e ampliação ou prolongamento de vias existentes. Em seu artigo 2º, a Lei nº 6.766/79 define loteamento

§ 1º - Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes

O loteamento só passa a ser legal se estiver em consonância com a legislação de cunho federal, estadual e municipal. Para haver a regularização é necessário um projeto urbanístico do gleba e lotes, respeitando as leis ambientais, sociais e jurídicas. Para a efetivação de um loteamento é necessário um cumprimento das exigências básicas para moradia, como exemplo, rede de esgoto, distribuição de água e energia, além, da construção de vias de acesso. Todos esses componentes do projeto urbanístico visam integrar o loteamento à estrutura da cidade, por esse motivo é necessário a intervenção do poder público a cidade a o loteamento.

Há uma nova forma de estruturação urbana e organização social, trazendo novas demandas, dessa forma o conceito de loteamento precisou ser repensado. Porém, mesmo com a Lei 13.465/2017 que se refere ao tratamento do condomínio de lotes no CC, ainda não se tem uma unanimidade. Contudo, já traz uma discussão sobre novas formas de loteamento urbano. É importante conhecer as diferentes formas que a lei define, e conceituar as diferentes modalidades que não eram previstas pela Lei 6.766/1979.

Antes de especificar as novas formas de loteamento é importante trazer à tona o conceito do lote definido artigo 2º, §4º da Lei 6.766/1979.

Um terreno servido de infra-estrutura básica cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretos ou lei municipal para a zona em que se situe.

Pela falta de jurisdição para qualificar os novos arranjos de loteamentos que foram se formando, entendidos como loteamentos fechados com características de condomínios, a Lei nº 13.465/2017 define uma nova espécie de condomínio, o condomínio de lotes e o loteamento de acesso controlado.

Para tratar desse tema foram trazidas as reflexões de Oliveira (2017) que embasou as discussões a seguir.

Antes de discutir essas novas modalidades é importante destacar o loteamento fechado previsto na Lei 6.766/1979. Porém, é importante ressaltar que o mesmo não é uma categoria jurídica autônoma, mas uma forma popular para definir loteamentos que são murados e que tem acesso restrito.

O condomínio de lotes nada mais é do que uma divisão do condomínio vertical (casas) como previsto no CC no art. 1.358-A:

Pode haver, em terrenos, partes designadas de lotes que são propriedades exclusivas e partes que são propriedade comum dos condôminos.

Como pode ser visto, a nova Lei nº 13.465/2017 passa a admitir loteamento de casas no formato de um condomínio. Nesse novo modelo, as áreas comuns como as ruas, as praças e as demais áreas de uso continuam sendo propriedade privada, pertencente aos titulares do lote de acordo com a respectiva fração ideal. Por seguir a legislação do condomínio, esse instituto jurídico não possuirá uma associação de moradores, e sim um condomínio, com a representação administrativa na figura de um síndico com força jurídica para cobrar as taxas condominiais.

O loteamento de acesso controlado é uma outra modalidade prevista na Lei nº 13.465/2017, nada mais é que lotes de imóveis autônomos em que é possível instalar uma portaria para controle de acesso. Porém, esse tipo de controle depende de legislação municipal, pois, diferente do condomínio de lotes, as áreas comuns continuam sendo públicas. Outra característica a destacar é a importância de uma associação para o gerenciamento dos custos dessa forma de empreendimento.

É importante salientar que a Lei nº 13.465/2017 trouxe uma segurança jurídica para problemas antigos que não estavam previstos nas leis, desta forma, um novo olhar é fundamental para compreender o impacto dessas leis para o momento atual, diminuindo conflitos, e trazendo segurança jurídica para os empreendimentos imobiliários que viviam irregulares às vistas da lei.

3 I LOTEAMENTO E SUA ILEGALIADE COMO CONDOMÍNIO: UM CASO

Em Ilhéus-BA encontramos vários loteamentos ditos condomínios. A pergunta é: são condomínios de fato e de direito? Ou um loteamento com aparência de condomínio?

Visando materializar a discussão foi tomado como exemplo um condomínio/ loteamento na cidade de Ilhéus-Ba.

Ilhéus é uma cidade litorânea, situada no sudeste da Bahia com aproximadamente, segundo dados IBGE, 180 mil habitantes e área correspondente a 1585 km² com elevação a 52 m em relação ao nível do mar e densidade habitacional 104,02 hab/km², está entre as sete cidades mais populosas da Bahia.

Cidade tipicamente turística com uma cultura tradicional do cacau, das lutas pela terra indígena, do coronelismo fartamente discutido nos romances do escritor Jorge Amado. Na atualidade, o processo de urbanização tem construído uma nova configuração de tecido urbano, através da chegada de migrantes de diversas partes do Brasil, seja para trabalhar na universidade (uma das maiores da Bahia), ou para trabalhar no setor agroindustrial. O que se pode dizer é que há uma demanda de novas ocupações urbanas. Fazendas próximas à cidade, com a decadência do cacau, passam a ser loteadas com intervenção pública, e assim, surgem os novos bairros. Em um desses novos bairros, em 1990, surge um loteamento, com características urbano/rural, próximo às praias mais frequentadas.

O caso a ser analisado neste artigo tem seu registro em 1955 como um sítio em área de expansão urbana, com escritura pública, registro e título de domínio expedido pelo Estado da Bahia, porém, somente em 14 de março de 1961 foi criado o loteamento. Inicialmente a área estava dividida em duas glebas (gleba 1 e gleba 2) num total de 215.586,17 m². Porém, não havia moradores, apenas um funcionário que tomava conta da área. Nesse meio tempo o proprietário do loteamento faleceu, e houve a divisão pelo inventário, o que acarretou um tempo sem negociações imobiliárias.

Em 1990, iniciou-se o processo de loteamento, com pedido de urbanização à prefeitura aprovado em 09/02/1990, cujo cronograma das obras baseou-se na Lei do Solo Urbano e Loteamento de nº 6.766/1979 executando-se, assim, vias de circulação do loteamento, demarcação dos lotes, demarcação das quadras, demarcação dos logradouros, e obras para o escoamento das águas pluviais, é preciso ressaltar que não havia lei municipal para condomínio vertical em Ilhéus. Atualmente o município de Ilhéus em sua Lei Orgânica Nº 3.745/2015, define loteamento fechado conforme a Lei Federal nº

6.766/79, porém, sua eficácia não regulariza esse loteamento em questão, pois nunca foi solicitado a regularização deste para loteamento fechado.

Em 1991 a gleba 1 teve o projeto urbanístico registrado na prefeitura, com configuração do polígono da área a ser loteada, segundo consta no cartório de Registro de Imóveis da primeira Circunscrição de Ilhéus, o loteamento compões-se de 74 lotes e se encontra registrado sob as folhas 20- V do livro 2 AD de registro geral, transportado às fls 237 o livro 2-z do Registro Geral nº06, na matrícula sob nº 13.098, da seguinte forma: em quatro quadras: quadra 1, possui um único lote, quadra 2, 28 lotes; quadra 3, 20 lotes; e quadra 4, 24 lotes. O loteamento possui áreas comuns (jardins, praças, área verde) e área institucional.

Segundo o registro, havia uma lagoa, uma farta vegetação constituída de coqueiros, cajueiros e árvores nativas. O projeto, ainda segundo o registro, tinha o objetivo de propiciar a integração homem e natureza, o que já denota uma preocupação com o meio ambiente, pois o registro dá ênfase à preservação da vegetação, exceto aquelas que seriam eliminadas para implantação do sistema viário. É importante salientar que além da preocupação com o ambiente físico, o projeto já abordava a importância do lazer e das atividades esportivas dentro do loteamento.

Diferente dos outros loteamentos que estavam sendo criados, no projeto arquitetônico desse em questão, já previa a segurança da comunidade através da implementação de um único acesso com uma guarita, o que dava a impressão para os leigos de que se tratava de um condomínio legalmente constituído.

Condomínio ou loteamento?

Em 2002 os moradores do loteamento se organizaram numa assembleia geral visando a criação de uma associação de moradores com objetivo de arcar com despesas de manutenção e segurança, conforme o art. 22 da Lei nº 6.766/79. Porém, só em 2004 foi concretizada juridicamente, dotada de CNPJ.

O alto índice de inadimplência fez com que em 2005 houvesse uma assembleia visando criar um novo estatuto onde o loteamento passaria a ser condomínio, nesse mesmo ano foi criado um novo CNPJ para inscrição de condomínio. O que os associados ignoravam é que só o registro do loteamento no Cartório de Imóveis não garante a legalidade de um condomínio conforme a Lei nº 4.591/64, porque segundo já analisado anteriormente, é obrigatório o conhecimento da prefeitura quanto a mudança, pois loteamento possui áreas públicas e institucionais, o que os moradores ignoravam. Assim como só a inscrição na Receita Federal (CNPJ) como condomínio não garante o intento.

Um fato importante a ser observado é que mesmo acreditando ser um condomínio, a organização burocrática se dava no formato de associação com: presidente, vice-presidente, secretário, tesoureiro e suplente. O que demonstra mais uma vez a falta de conhecimento sobre a diferença legal entre loteamento e condomínio (Direitos das Coisas), por parte até

mesmo de moradores que atuavam no campo jurídico e auxiliavam à associação.

A partir de 2009, vivenciando um paradoxo, os moradores do condomínio/loteamento foram informados pelo presidente da associação que só permaneceria no cargo se fosse remunerado com o valor de um salário mínimo. Houve inquietação entre os moradores, alguns aceitando, outros se opondo a essa situação, venceu os que concordavam com o presidente. Esse fato aprofunda mais a questão sobre a situação jurídica desse loteamento, que tem registro de loteamento, tanto no cartório como na prefeitura, porém, apresenta-se como um condomínio criado pelos moradores, com registro em cartório.

No loteamento que tem uma associação o presidente não é remunerado, no caso de um condomínio, o síndico pode ser remunerado, ou ser livre de taxas condominiais. O salário do síndico não é determinado no CC, mas por uma assembleia geral para se discutir e aprovar a forma de pagamento. O síndico pode receber pro labore ou isenção de taxa de condomínio (PINTO, 2001).

No que se refere ao presidente de uma associação, ele é impedido legal de receber qualquer remuneração, segundo o Código Civil, art. 53, uma associação é constituída por uma “união de pessoas que se organizam para fins não econômicos”. Por esse motivo, a finalidade de uma associação não é produção, nem distribuição de serviços, e muito menos visar consumidores.

Então, nesse ponto fica evidente que existe uma aberração jurídica, pois o presidente do condomínio/loteamento é remunerado sem o aval de uma assembleia geral, contudo, sem questionamento a proposta foi aceita pelos moradores. Sem se encaixar em nenhuma definição legal, o loteamento se tornou um caso híbrido não previsto no Código Civil, tanto no que tange ao estatuto, tanto quanto a remuneração do gestor.

(I) legalidade da cobrança

De 2011 até 2014 o alto índice de inadimplência fez com que o presidente do condomínio acionasse judicialmente moradores inadimplentes, usando a Lei nº 4.591/64 que dá obrigatoriedade de pagamento ao condomínio. Assim, manteve-se esse sistema que funcionou bem, como não se questionava a legalidade do condomínio, 12 moradores fizeram acordos antes da audiência de conciliação.

Em 2015 um morador resolveu não negociar e foi levado à justiça pelo condomínio. Na conciliação o magistrado predeterminediu que a ação contra o morador era infundada e não tinha materialidade, porque o presidente do condomínio não apresentou documentação que atestasse a veracidade da existência deste. Consequentemente a Lei nº 4.591/64 não pode ser usada como propósito para cobrança de taxas condominiais, o que tornou ineficaz a ação. O juiz sinalizou, também, que o registro do condomínio estava em cartório civil e não de imóveis, o que não é suficiente para dar veracidade ao referido fato, pois há necessidade do registro igualmente na prefeitura. Outro ponto importante sinalizado pelo magistrado foi no que se refere à composição da administração, pois havia um presidente

no lugar de um síndico.

Nesse mesmo ano (2015) é convocada uma assembleia visando a atualização do estatuto com a correção da composição administrativa do condomínio que passa a ter o seguinte quadro: síndico, vice síndico e conselho fiscal. Como também o estatuto passa a ser registrado no cartório de imóveis, seguindo as orientações do magistrado.

A partir desse momento esse hibridismo loteamento/condomínio começa a ser questionado por outros moradores.

Em 2017 um grupo de moradores solicitou ao síndico o registro oficial do loteamento como condomínio na prefeitura, porém, esse pedido não foi atendido, o que gerou mais dúvidas quanto a constituição do condomínio.

Alguns moradores recorreram à prefeitura em busca de informações sobre a situação jurídica do condomínio/loteamento. Verificou-se que a documentação existente na prefeitura é de um loteamento, e não de um condomínio. Essa situação foi ratificada quando foi sugerido a esses moradores que consultassem o seu IPTU e verificassem a denominação presente no carnê. O que foi constatado a denominação de loteamento, portanto, a prefeitura de Ilhéus, não reconhece área como um condomínio.

Como visto anteriormente, o projeto arquitetônico da área tem previsão de ser um loteamento fechado, o que já caracteriza uma situação jurídica específica, prevista na Lei nº 13.465/2017, o que não é previsto no município de Ilhéus na Lei 3.746/2015.

Sobre as inovações trazidas pela lei 13.465, de 11 de julho de 2017, o § 8º artigo 2º deixa claro que mesmo se tratando de loteamento de acesso controlado (fechado), deve ser regularmente constituído por ato do poder público, e veda impedimento ao acesso, vide Art. 2º § 8º

Constitui loteamento de acesso controlado a modalidade de loteamento, definida nos termos do § 1º deste artigo cujo controle de acesso será regulamentado por ato do poder público Municipal, sendo vedado o impedimento de acesso a pedestres ou a condutores de veículos, não residentes, devidamente identificados ou cadastrados.

Porém, é importante salientar que mesmo que se o referido loteamento fosse formalmente constituído, essa conversão só seria possível se houvesse concordância unânime dos titulares dos lotes, e se o município lhes transmitisse a propriedade das áreas comuns (vias, praças etc). Se porém, se tratar de um loteamento fechado irregular, como no caso em questão, pois não foi devidamente constituído com a prévia aprovação de loteamento fechado e o pertinente registro em Cartório de Imóveis, então, não se pode dizer que é loteamento fechado de fato, e conseqüentemente a cobrança não é um dever.

Há uma controvérsia no que tange aos loteamentos fechados (em suas diversas formas), quanto a cobrança de taxas de manutenção via associação. Para alguns especialistas o não pagamento incorpora o princípio do enriquecimento ilícito, pois este afirma que o proprietário de lote deve contribuir para o custeio do condomínio de lotes. Esse

argumento enfatiza que os moradores inadimplentes se beneficiam dos melhoramentos realizados pela associação, locupletando-se em relação aos demais.

Por lado, outros especialistas trazem à discussão que a cobrança viola o direito de livre associação presente no art. 5º, XX da CF, por esse motivo a não obrigatoriedade deve ser feita baseada na garantia fundamental da liberdade associativa. A associação de moradores é uma associação civil, e como tal deve respeitar os princípios constitucionais.

A discussão ganha mais relevância quando se pretende exigir que os proprietários dos lotes contribuam com as despesas comuns. O Superior Tribunal de Justiça de São Paulo, golpeou letalmente muitos “loteamentos fechados” quando, mudando a sua orientação jurisprudencial, pacificou o entendimento de que não há obrigação de os titulares dos lotes pagarem qualquer contribuição para a associação de moradores. O STJ entendeu que não se poderia falar neste caso em enriquecimento sem causa, pois, no loteamento as vias públicas e os demais equipamentos públicos são bens públicos municipais, de sorte que por falta de obrigação legal não há dever de contribuição compulsória pelos titulares dos lotes (STJ, Resp 1439163/SP, 2ª Seção, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Buzzi, DJe 22/05/2015). Esse entendimento do STJ não abrangeu, porém, os casos de “loteamentos fechados” que foram montados sob as vestes de condomínio “de casas”.

Essa determinação serve como balizador nesse caso aqui estudado, pois, essa indefinição jurídico-administrativa do condomínio/loteamento aqui exposto não permite a cobrança de taxa manutenção, até porque os aparelhos públicos não foram transferidos aos donos dos lotes, permanecendo ainda sob a tutela do município. A coleta de lixo, a iluminação pública, a manutenção das vias e o saneamento básico do loteamento em questão se encontra sob a administração pública, o que se caracteriza a não obrigatoriedade de pagamento. Nesse arranjo imobiliário aqui estudado, titulares de lotes, devido as características indefinidas (loteamento/condomínio) não estão obrigados a contribuir financeiramente com a despesas havidas por eventual associação de moradores em proveito da coletividade, conforme decisão do STJ.

O que se pode observar, nesse exemplo, é que os diversos arranjos construídos no local, transformou um loteamento definido pela Lei nº 6.766/79 em um condomínio que se pretendia pela Lei nº 4.591/64, mas que não se adequa pelos motivos expostos, impossibilitando a obrigatoriedade do pagamento de custos. Porém, se buscar a legalidade pela Lei nº 13.465/2017 que permite um loteamento de acesso controlado (loteamento fechado), a possibilidade de se cobrar os custos via associação se torna viável.

4 | CONCLUSÃO

O loteamento estudado é um desses casos em que seu surgimento se deu pela partilha de uma fazenda em glebas. O bairro saiu do espaço rural para ir se

urbanizando, assim como vários outros foram sendo construídos na cidade. Inicialmente não havia uma compreensão muito nítida para a população de um modo geral, sobre as diferenciações jurídicas dos empreendimentos imobiliários, e assim, os moradores desses empreendimentos, acochambravam as denominações tentando encontrar a melhor maneira de criar uma entidade jurídica, para assim, conseguir manter uma estrutura física adequada aos desejos dos proprietários, como também, para exigir judicialmente o pagamento das taxas por parte daqueles inadimplentes. No caso estudado não foi diferente, verificou-se um total desconhecimento das normas que poderiam dar norte à legalidade de tal empreendimento.

REFERÊNCIAS

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas** . v. V São Paulo: Saraiva, 2012.

ILHÉUS (Município). **Lei Orgânica do Município de Ilhéus**. Lei nº 3.745 de 09 de outubro de 2015.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Trad. E. Jacy Monteiro. Coleção Os Pensadores, vol. XVIII. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

OLIVEIRA, C. E. E. de. **Novidades da Lei nº 13.465, de 2017: o condomínio de lotes, o condomínio urbano simples e o loteamento de acesso controlado**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, Julho/ 2017 (Texto para Discussão nº 239). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 20 de maio de 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** , vol.IV. Rio de Janeiro: editora Forense, 2015.

PINTO, Wellington Almeida, **Manual do Síndico** - 1ª Edição Revisada W.A. Pinto - Belo Horizonte : Edições Brasileiras, 2001. Legislação Brasileira 50 p.

RODRIGUES, Silvío. Direito civil – **Direito das coisas**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 4: **direito das coisas**/Flávio Tartuce, José Fernando Simão. 4. Ed. Ver e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

PROTEÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DO TRABALHO

Data de aceite: 04/01/2021

Kelen Cristina Oliveira Ribeiro

Cidade Universitária – (UNA)

RESUMO: O presente artigo trata da Reforma Trabalhista introduzida no Ordenamento Jurídico brasileiro pela Lei n. 13.467/2017. No âmbito da referida Reforma, apresenta restrições significativas do acesso à Prestação Jurisdicional integral e gratuita no Brasil como disciplina o artigo 5º, inciso LXXIV, da carta Magna positivada na Lei maior Constituição Federal, de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: Inconstitucionalidade. Custas Processuais. Inafastabilidade da Jurisdição. Isonomia.

PROTECTION OF CONSTITUTIONAL PRINCIPLES OF LABOR LAW

ABSTRACT: This article is about the labor reform introduced in the Brazilian legal system by the law n. 13.467/2017. Within the scope of the labor reform, there are significant restrictions on access to full and free jurisdictional provision in Brazil as a discipline, Article 5, item LXXIV, of the Magna letter positivized in the larger Federal Constitution law of 1988.

KEYWORDS: Unconstitutionality. Procedural Costs. Inapastability of the Jurisdiction. Isonomy.

1 | INTRODUÇÃO

O objeto da pesquisa baseia-se no estudo da Lei após a Reforma Trabalhista 2017 e seus impactos referentes à Gratuidade da Justiça e à Prestação Jurisdicional, bem como, na análise da Jurisprudência atinente a essa temática específica. A investigação objetiva demonstrar a inconstitucionalidade da Lei n. 13.467/2017 questão pendente de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal neste ano de 2020, no que se refere às Custas Processuais Trabalhistas, tendo em vista o livre acesso do cidadão ao Sistema Judiciário brasileiro.

As principais mudanças trazidas pela Lei n. 13.467/2017 foi a alteração da forma de concessão do benefício da Gratuidade da Justiça em que houve violação do Princípio elencado e Positivado na CF/1988, inciso LXXIV.

O referencial teórico da pesquisa são os direitos dos trabalhadores à valorização do trabalho, à Justiça Social, à Dignidade da Pessoa Humana e à Garantia do mínimo existencial.

O argumento central da pesquisa é a Inconstitucionalidade da Lei, ao fundamento de que houve violação direta e frontal ao Princípio da Gratuidade da Justiça Positivado à luz do artigo 5º, inciso LXXIV, que assim dispõe: *o Estado prestará assistência Jurídica integral e Gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*. Do mesmo modo, estende-se o

argumento em razão do artigo 790-B, caput, parágrafo 4º, da CLT, (Consolidação das Leis do Trabalho).

O objetivo principal do desenvolvimento desse trabalho é analisar um ponto impactante da Reforma que atinge diretamente o empregado conforme sustentado na ADI 5766 (Ação Direta de Inconstitucionalidade). Assim, o direito à Gratuidade da Justiça está pendente de decisão no Supremo Tribunal Federal, entre voto parcialmente constitucional e totalmente inconstitucional, com um pedido de vista do Ministro Luiz Fux, ainda não firmado como julgado precedente.

A resolução desse trabalho será realizada através de pesquisa bibliográfica qualitativa, cujo objetivo é abordar os impactos da Reforma Trabalhista, os motivos da Reforma, pontos positivos e negativos que atinge de forma direta o empregado.

A metodologia utilizada para realização da pesquisa será a análise de caso, baseada na ADI 5766 (Ação Direta de Inconstitucionalidade) pendente de decisão final no Supremo Tribunal Federal e em decisões da Justiça do Trabalho, envolvendo beneficiários da Justiça Gratuita.

2 | CONJUNTURA HISTÓRICA

Após a Segunda Guerra Mundial, os países europeus conferiram novo status ao processo de constitucionalização das relações do trabalho. E que passaram a inserir nos textos Magnos não só direitos laborais, mas principalmente princípios Jurídicos, vários deles associados a mesma perspectiva de construção e desenvolvimento do direito do trabalho: trata-se, ilustrativamente, dos Princípios da Dignidade Humana, da valorização sócio Jurídica do Trabalho, da subordinação da propriedade privada a sua função social, da Justiça Social como facho orientador das ações estatais e da sociedade civil, etc. Nesta linha de ação destacam-se as constituições da França (1946), Itália (1947) e Espanha (1978).

O Brasil, seguindo a mesma tendência de constitucionalização verificou-se: começada em (1934), foi mantida em todas constituições posteriores, mesmo as de natureza autocrática (1937, 1967,1969). Entretanto, tal tendência adquiriu novo Status apenas com a carta Magna de 1988. E que esta, em inúmeros de seus preceitos e, até mesmo, na disposição topográfica de suas normas (que se iniciam pela pessoa humana, em vez de pelo Estado), firmou Princípios basilares para a ordem Jurídica, o estado e a sociedade- grande parte desses Princípios elevando ao ápice o trabalho, tal como a matriz do pós guerra europeu (DELGADO,2017).

No Brasil, a associação dos direitos fundamentais de proteção à Pessoa Humana relacionado com o direito do trabalhador começou com a Consolidação das Leis Trabalhistas, no governo do presidente Getúlio Vargas em 1943, foi outorgada a Consolidação das Leis do Trabalho instituída pelo decreto-lei 5.452 de 1º de maio do mesmo ano, sistematizou

as leis esparsas então existentes, acrescida de novos institutos criados pelos Juristas (Segadas Vianna, Luiz Augusto de Rego Monteiro, Oscar Saraiva, Arnaldo Süsseking e Dorval Lacerda) que elaboraram.

Ao longo dos anos, foram ampliados os direitos trabalhistas garantindo maior proteção e tutela dos Direitos Fundamentais e sociais nas relações do trabalho. A obrigação imposta de pagar as custas processuais trazida pela reforma trabalhista, lei n. 13.467/2017 em seus artigos. 790-B, caput, e parágrafo 4º, 791- A, parágrafo 4º, e artigo 844, parágrafo 2º, todos da CLT. (Consolidação das Leis do Trabalho) fere o princípio da inafastabilidade da jurisdição à luz dos incisos LXXIV, XXXV, do artigo. 5º, da CF/1988, considerada dessa forma, uma afronta à Lei Maior.

Entretanto, o fato de múltiplas ações trabalhistas na Justiça do Trabalho ocorre por descumprimento legal da lei pelo empregador, que não exerce sua atividade em consonância com o ordenamento jurídico respeitando e cumprindo com os deveres dos direitos fundamentais e sociais na relação de emprego. Dessa forma, mesmo em caso de improcedência da ação, o autor poderá ser punido por litigância de má - fé conforme dispõe o artigo 793-B da CLT. (Consolidação das Leis do Trabalho). Cumpre ressaltar, que o trabalhador, sendo considerado a parte mais fraca na relação de trabalho, o não comparecimento na audiência designada pode advir uma necessidade maior em relação à vida cotidiana, vejamos: a busca de um novo emprego, assim sendo, não caberia a punição de pagar custas processuais como condição para propositura de nova ação perante a justiça do trabalho (LEITE,2019)

O escopo principal do Voto do Referido Ministro é a violação dos princípios constitucionais proteção dos direitos trabalhistas e sociais. A ação submetida à análise desta Suprema Corte aduz a inconstitucionalidade de restrições impostas ao direito fundamental à gratuidade e, por consequência, ao acesso à Justiça, perante a jurisdição trabalhista. As situações em que as restrições foram impostas são as seguintes: a) pagamento de custas processuais, no caso em que, mesmo sendo beneficiário da gratuidade, não compareça à audiência sem motivo legalmente justificável; b) pagamento pela parte sucumbente no objeto da perícia de honorários periciais; c) pagamento pela parte sucumbente no feito de honorários de sucumbência (CONJUR.COM. BR, 2020)

Conforme demonstrado, os Princípios constitucionais integram a gênese dos Direitos e Garantias Fundamentais positivados no ordenamento jurídico brasileiro e tem como base a aplicabilidade direta aos cidadãos com as relações entre Estado e sociedade.

3 I DOS PRINCÍPIOS BASILARES CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DO TRABALHO

3.1 A Gratuidade da Justiça na Constituição

Dada à coletividade quando comprovada a insuficiência de recursos o acesso integral e gratuito a prestação Jurisdicional. A alteração da referida Lei incluiu que mesmo o agente sendo beneficiário da justiça gratuita terá de arcar com as custas processuais, pagamento pela parte sucumbente, perícia, honorários periciais e honorários de sucumbência no feito.

O artigo 5º, inciso LXXIV, da CF/1988, determina que o Estado prestará assistência Jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Verifica-se, portanto, que o legislador ordinário, avaliando o âmbito de proteção do direito fundamental à gratuidade da Justiça, confrontou-o com outros bens jurídicos que reputou relevantes (notadamente a economia para os cofres da União e a eficiência da prestação jurisdicional) e impôs condições específicas para o seu exercício por parte dos litigantes perante a Justiça do Trabalho. Para avaliar se as restrições impostas afrontam, ou não, as normas constitucionais indigitadas, bem como se constituem restrições inconstitucionais aos próprios direitos fundamentais à gratuidade e ao acesso à Justiça, torna-se necessário partir da literalidade das garantias fundamentais em discussão (CONJUR.COM, 2020).

A Constituição Federal/1988 em seu artigo 5º dispõe que Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...) LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Assim, demonstrado os dispositivos Constitucionais e as Garantias dos Direitos Fundamentais é evidente que os Direitos mencionados estão sendo suprimidos sem a observância do Legislador de tais Princípios. Não justifica conter os gastos financeiros públicos sobrepondo as necessidades vitais do trabalhador e do cidadão.

Além do amparo da Proteção, Tutela dos Direitos e Garantias contido na Carta Magna a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem entendimento positivo nas relações de trabalhos por força da aplicabilidade dos Princípios Constitucionais em decisões de casos semelhantes. Dessa forma, mesmo com todas as garantias, com a Reforma Trabalhista Lei n. 13.467/2017 várias garantias foram suprimidas do ordenamento Jurídico. Garantias essas, que foram conquistadas com grande sacrifício por várias lutas ao longo dos anos. *Desde a Constituição de 1934, o direito à gratuidade da justiça é reconhecido como um direito de âmbito constitucional, fazendo parte do regime de garantias e direitos essenciais para a vida política e social brasileira.*

3.2 O acesso à justiça como um movimento para a efetividade dos direitos sociais

O movimento para acesso à Justiça é um movimento para a efetividade dos direitos sociais, ou seja, para a efetividade da igualdade. Nesta análise comparativa do movimento de acesso à Justiça, a investigação nos mostra três formas principais, três ramos principais que invadem número crescente de Estados contemporâneos. (...) (CAPPELLETTI, 1985, p. 9)

Pelo que foi exposto, no que se refere aos direitos sociais, é importante resguardar as garantias dos cidadãos para, assim, ter condições de exercer os Direitos Sociais, previsto no artigo 7º, da CF/1988, direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

Nesse sentido, compreende que além dos direitos positivados não excluem outros que visem à melhoria de condições sociais. Assim, as alterações da Lei reformou no sentido contrário restringindo os Direitos da Gratuidade da Justiça ao cidadão.

4 | A LEI 13.467/2017 E A REFORMA TRABALHISTA

O marco principal da criação da Reforma Trabalhista lei n. 13.467/2017 foi a crise econômica no Brasil ocorrido no começo do ano de 2014, com objetivo de fomentar a atividade econômica e o emprego.

Entre as propostas de alterações reflete de forma direta e indireta nas rescisões de contratos de trabalhos, as ações ajuizadas na Justiça do Trabalho e conseqüentemente à Gratuidade da Justiça. Entre as alterações destaca-se a arrecadação para o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), o desconto feito pelo empregador na folha de salário do empregado, sendo o imposto previdenciário que varia de 8% a 11% a depender do salário do empregado, o Imposto de Renda incidente em salários acima de R\$ 2.826,65, cuja alíquota é de 7,5%.

Contudo, essa forma de arrecadação é para os empregados celetistas, ou seja, regidos pelas normas da CLT, (Consolidação das Leis do Trabalho), não alcançando os servidores públicos estatutários.

Entre os motivos da Reforma, destaca-se a crise financeira brasileira dos cofres públicos e tesouro nacional, não tendo caixa suficiente para garantir as futuras aposentadorias e demais auxílios sociais previstos nos artigos 6º e 7º, da CF/1988, tais como: aposentadoria por tempo de contribuição, por idade ou por invalidez; pensão por morte; auxílio-doença; auxílio-acidente; salário maternidade, salário-família, reabilitação profissional e 13º salário.

Uma das alterações que consta na Reforma Trabalhista é a permissão da livre negociação individual entre patrão e empregado, prevalecendo sobre as decisões das convenções coletivas, conforme determina o artigo 611-A, da CLT. Além disso, a reforma

aborda a questão da terceirização, da flexibilização da jornada de trabalho 12/36, que são 12 horas de trabalho por 36 horas ininterruptas de descanso mediante acordo individual escrito, convenção coletiva, ou acordo coletivo de trabalho, previsto no artigo 59-A, da CLT, a divisão das férias por três períodos e finalmente, a não obrigatoriedade da contribuição sindical que passou a ser facultativa.

O objetivo principal da criação da referida Lei foi fomentar a arrecadação governamental, combater o desemprego, flexibilizar o mercado de trabalho e simplificar as relações entre empregador e empregado.

O objetivo principal da criação da referida Lei foi fomentar a arrecadação governamental, combater o desemprego, flexibilizar o mercado de trabalho e simplificar as relações entre empregador e empregado. O projeto de Lei foi aprovado na Câmara dos Deputados em 26 de abril de 2017 por 296 votos favoráveis e 177 votos contra, e aprovada no Senado Federal em 11 de julho por 50 a 26 votos, e Sancionada pelo Presidente da República no dia 13 de julho, no governo do então Presidente Michel Temer.

Diante dos pontos da reforma, vários sindicatos e o Ministério Público do Trabalho provocaram a propositura da ADI 5766, (Ação Direta de Inconstitucionalidade) pendente de decisão pelo Supremo Tribunal Federal.

A presente pesquisa busca apontar o ponto da reforma relativo à obrigação do autor da ação ter que pagar as custas processuais, mesmo sendo beneficiário da Justiça Gratuita, que é o objeto da ADI 5766 (Ação Direta de Inconstitucionalidade) mencionada em que com a Reforma Trabalhista o princípio da inafastabilidade da jurisdição estabelecido no artigo 5º, LXXIV, XXXV, da CF/1988, foi violado de forma direta.

4.1 Contexto histórico da reforma trabalhista

A Reforma Trabalhista Lei n. 13467/2017 atingiu de forma significativa os direitos dos trabalhadores, ferindo o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição positivado no artigo 5º, LXXIV, XXXV, da CF/1988, da assistência Jurídica integral e Gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Assim, o beneficiário da Justiça Gratuita não terá que pagar custas processuais, periciais, honorários advocatícios e de sucumbência, pois, mesmo dos supostos recursos obtidos da condenação em proveito do empregado caracteriza natureza alimentar, portanto não deverá ser descontado do ganho obtido ou não. Contudo, o mencionado objeto da demanda está pendente de decisão no Supremo Tribunal Federal, se, no que tange o empregado ter que pagar as custas processuais mesmo sendo beneficiário da Justiça Gratuita, se será declarado Constitucional ou Inconstitucional.

4.2 A reforma trabalhista de 2017 e os princípios do direito do trabalho

A Reforma Trabalhista Lei n.13.467/2017 praticamente eliminada Justiça a Prestação Jurisdicional integral ao cidadão, os princípios gerais e específicos aplicados na Justiça do Trabalho, que têm como base proteger o trabalhador contra arbitrariedades por parte do empregador.

Princípios como: direito à Gratuidade da Justiça, Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais, Sociais, boa - fé, não-enriquecimento sem causa, equidade, não discriminação, proporcionalidade e razoabilidade são relativizados na Reforma Trabalhista.

De acordo com Mauricio Godinho Delgado (2004) estes princípios se irradiam por todos os segmentos da ordem jurídica, cumprindo o relevante papel de assegurar organicidade e coerência integradas à totalidade do universo normativo de uma sociedade política.

Nessa linha, esses Princípios Gerais, aplicando-se aos distintos segmentos Jurídicos especializados, preservam a noção de unidade da ordem Jurídica, mantendo o Direito como um efetivo sistema, isto é, um conjunto de partes coordenadas. Ou seja, no sistema jurisdicional, os princípios devem ser aplicados em toda complexidade. Os direitos fundamentais positivados na CF/88 não podem jamais serem reduzidos, violados, mas podem ser aumentados sempre de forma benéfica e tutelada ao trabalhador, não excluindo outras fontes, outros direitos que visem à melhoria de sua condição social, como determina o artigo 8º, caput, e §1º, da CLT, (Consolidação Das Leis Do Trabalho) que são as fontes formais do direito material do trabalho.

Dessa forma, o pagamento das custas processuais pelo cidadão que tenha obtido o deferimento da Gratuidade da Justiça fere o Princípio da Gratuidade da Justiça disposto no artigo 5º, inciso LXXIV da CF/1988.

Ademais, o artigo 3º III, e IV, da CF/1988 estabelece que deverá ser reduzidas as desigualdades sociais e promover o bem de todos. Assim, restringir o acesso Gratuito à Justiça indica que os dispositivos constitucionais não estão sendo respeitados.

Na sociedade contemporânea, o trabalho passa a ser um Direito Humano e fundamental. “É Direito Humano porque reconhecido solenemente nos documentos internacionais, desde o Tratado de Versalhes, de 1919.” (LEITE, 2019, p.). *Este*

Segundo o Jus filósofo Norberto Bobbio (1997), os princípios fundamentais inscritos na CF/1988 passam a ser as fontes normativas primárias do nosso sistema. (NORBERTO BOBBIO, 1997).

Daí a pertinência, com maior razão ainda diante do texto constitucional, da afirmação de Celso Antônio Bandeira de Mello (1995), para quem, princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido humano (MELLO, 1995, p.)

É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que lhe há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque

representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, afronta irremissível ao seu arcabouço e corrosão de sua estrutura mestra.

De acordo com Celso Antônio Bandeira De Mello um princípio é muito mais do que uma norma, ainda que não deixe de ser uma norma, é uma diretriz, é um norte do sistema, é um rumo apontado para ser seguido por todo o sistema, sempre se vai debruçar sobre os preceitos contidos no sistema (LEITE, 2019).

Todas as leis e regulamentos normativos partem do pressuposto de um Princípio. O artigo 3º I, da CF/1988 estabelece o Princípio da solidariedade, de modo que todos alcancem o bem comum, uma forma de aplicação do Princípio nas demandas judiciais, todos tem direito a prestação jurisdicional pelo Estado, conforme o princípio da inafastabilidade da Jurisdição previsto no artigo 5º XXXV, da CF/1988.

O princípio da fonte normativa mais favorável aos trabalhadores está previsto no artigo 7º, caput, combinado com o artigo 5º§2º, da CF/1988. A Constituição prescreve um catálogo mínimo de direitos fundamentais sociais trabalhistas e, ao mesmo tempo, autoriza a aplicação de outros direitos, previstos em outras fontes normativas, desde que estes propiciem a melhoria das condições econômicas, sociais e jurídicas dos trabalhadores (LEITE, 2019).

Para Geraldo Ataliba (2019), os princípios estão sempre presentes por todo sistema normativo. Com a Reforma Trabalhista foram suprimidos o Direito a amplitude do acesso à Gratuidade da Justiça. A ADI 5766 (Ação Direta de Inconstitucionalidade), pendente de decisão no Supremo Tribunal Federal, trata exatamente da inconstitucionalidade de pagar custas processuais sendo beneficiário da justiça gratuita, ou quando esta é negada ao cidadão em condições de hipossuficiência.

O princípio da proteção (ou princípio tutelar) constitui a gênese do direito do trabalho, cujo objeto, como já vimos, consiste em estabelecer uma igualdade jurídica entre empregado e empregador, em virtude da manifesta superioridade econômica deste diante daquele. Esse princípio desdobra - se em três outros princípios: in dúbio pro operário, norma mais favorável e condição ou cláusula mais benéfica. (LEITE, 2019).

De acordo com o entendimento de Carlos Leite Henrique Beze (2019):

A superioridade está do lado do empregador, considerando a parte mais forte economicamente na relação de trabalho. Dessa forma, quando o empregado pleiteia uma ação trabalhista na justiça do trabalho, ele está exercendo seu direito constitucional do acesso a jurisdição, a justiça integral e gratuita estabelecida no artigo 5º inciso LXXIV, da CF/1988. Portanto, os princípios não devem ser violados porque integram a Lei Maior, em que as Leis devem ser interpretadas conforme a Constituição (BEZE, 2019, p.).

5 I CRÍTICAS À REFORMA TRABALHISTA LEI 13.467/2017 E GRATUIDADE DA JUSTIÇA

A reforma trabalhista trouxe consequências severas ao trabalhador ao ponto do cidadão deixar de pleitear as garantias dos direitos trabalhistas em razão das custas processuais, tendo em vista as penalidades pecuniárias implementadas e conseqüentemente houve redução de demandas judiciais após a Reforma da Lei, razão pela qual foi um dos motivos da proposta da ADI 5766 (Ação Direta de Inconstitucionalidade).

O Direito Processual do Trabalho regula o acesso à justiça de pessoas humanas e entidades empresariais e institucionais públicas e privadas vinculadas ao mundo do trabalho, normatizando, ademais, a estrutura e o fluxo do processo judicial de competência da Justiça do Trabalho. O Direito Processual, em geral, conforme se sabe, ostenta um caráter essencialmente instrumental, circunstância que o faz se influenciar, em certa medida, pelo caráter e objetivos do Direito Material a que se referenda e busca conferir efetividade. Nessa linha, sendo o Direito Individual do Trabalho um campo jurídico que busca concretizar os diversos princípios constitucionais humanísticos e sociais no mundo laborativo, inclusive o princípio da igualdade em sentido material, torna-se lógico e natural que o Direito Processual do Trabalho ostente regras e princípios que visem garantir, realmente, o amplo acesso à justiça à pessoa humana trabalhadora e lhe assegurar, no plano processual, condições de efetiva igualdade material, reequilibrando a forte desigualdade que existe entre as partes trabalhistas no plano concreto da vida socioeconômica e laborativa. Da mesma maneira, sendo o Direito Coletivo do Trabalho um campo jurídico que busca regular as relações grupais entre trabalhadores e empregadores, especialmente por intermédio das organizações coletivas dos primeiros, de maneira a propiciar maior equilíbrio entre esses segmentos distintos do mundo trabalhista, cabe ao Direito Processual do Trabalho fornecer os instrumentos para o alcance de real efetividade no tocante às regras democráticas, inclusivas e civilizatórias do Direito Coletivo do Trabalho (DELGADO, 2017, p. 47,48)

Como bem preleciona o autor Mauricio Godinho Delgado (2017), já existem muitas desigualdades nas relações de trabalho entre empregador e empregado, é preciso equilibrar essas diferenças de modo equiparar em pé de igualdade, respeitando os princípios constitucionais e o amplo acesso à Justiça Integral e Gratuita.

Essas características instrumentais do Direito Processual do Trabalho se ajustam ao conjunto lógico e teleológico da ordem jurídica constitucional brasileira e da ordem jurídica internacional ratificada no plano dos direitos humanos sociais trabalhistas, quer na dimensão de sua principiologia jurídica, quer na dimensão de suas regras jurídicas. As preocupações e objetivos centrais da Lei de Reforma Trabalhista, entretanto, são de natureza sumamente diversa, centrando-se na ideia de restringir, ao máximo, o acesso à jurisdição pela pessoa humana trabalhadora, além de instigar a transmutação do processo judicial laboral em tortuoso calvário de riscos e apenações a essa pessoa humana. Com isso, o citado diploma normativo também busca eliminar ou restringir significativamente o caráter instrumental

do Direito Processual do Trabalho. Trata-se, sem dúvida, de um complemento à lógica das mudanças promovidas pela Lei nos campos do Direito Individual do Trabalho e do Direito Coletivo do Trabalho, agora dirigidas ao Direito Processual Trabalhista. E nessa direção processual trabalhista, a nova lei evidencia uma estrutura concertada e brandida no sentido de comprometer o patamar civilizatório processual garantido pela Constituição da República e pelo Direito Processual do País às pessoas humanas simples e destituídas de poder e de riqueza na realidade brasileira. Nesse contexto, indica-se, nos tópicos abaixo, a síntese dos aspectos mais importantes implementados pela Lei n. 13.467/2017 no campo do Direito Processual do Trabalho. O primeiro aspecto a ser destacado diz respeito à grave restrição ao princípio constitucional do amplo acesso à justiça às pessoas humanas trabalhadoras no País, que é imposta pela Lei da Reforma Trabalhista. Essa restrição grave do acesso à Justiça do Trabalho a empregados, ex -empregados e demais trabalhadores que tenham pretensões resistidas com relação ao contrato de trabalho e relações sociojurídicas equiparadas (como as relações de trabalho avulsas) se manifesta de distintas maneiras, alcançando seu negativo resultado em face do conjunto dos expedientes jurídicos com que o intento legal se instrumentaliza. De um lado, a descaracterização do instituto jurídico da justiça gratuita, que ostenta, conforme se conhece, manifesto assento constitucional (art. 5º, LXXIV, CF). O instituto, pela nova lei, é remodelado de maneira muito mais desfavorável ao ser humano economicamente hipossuficiente do que ocorre seja no Direito Processual Civil, seja nas relações regidas pelo Código do Consumidor (DELGADO, 2017, p. 47,48)

A menção trazida pelo autor Mauricio Godinho Delgado (2017), revela a supressão de direitos principalmente no que tange a gratuidade da Justiça nos termos do artigo 5º LXXIV, da CF/1988, nesse ponto a Reforma Trabalhista trazida pela Lei 13.467/2017, é desfavorável ao trabalhador hipossuficiente que pode deixar de pleitear seus direitos perante à justiça por temer ter que pagar custas processuais. Dessa maneira, caracteriza injustiça ao empregado e enriquecimento ilícito do empregador pelos serviços prestados na empresa e a não remuneração justa respeitando intervalos, horas extras, férias etc.

a) Como se sabe que parte significativa dos autores de ações trabalhistas no Brasil são trabalhadores desempregados que litigam contra seus ex-empregadores ou são trabalhadores com renda salarial relativamente modesta ambos grupos assumindo, nessa medida, por sua hipossuficiência e vulnerabilidade, o papel de lídimos destinatários da justiça gratuita -, infere-se o dramático fechamento do acesso à justiça que apenas essa injustificável regra restritiva há de provocar no sistema judicial brasileiro. De outro lado, a instauração do sistema de sucumbência recíproca nas causas trabalhistas, relativamente aos honorários advocatícios (novo § 3Q do art. 791-A da CLT) - sistema novo que abre um adicional campo de incerteza e elevado risco econômico para o autor de qualquer ação trabalhista. Nessa mesma linha, a criação, pela nova lei, de um novo grupo de regras censórias dentro do Processo do Trabalho (Seção IV-A do Capítulo II do Título X da CLT, composta pelos arts. 793-A até 793-D). Esse novo grupo de regras significativamente censórias transforma o processo judicial trabalhista, para os litigantes menos abastados, em um cenário de elevado risco, que lança mensagem negativa quanto ao caminho constitucional do amplo acesso à

justiça. Se não bastassem tais limitações, há um conjunto de mecanismos novos de eliminação de créditos trabalhistas antes de seu potencial exame pelo Poder Judiciário. Esses novos mecanismos buscam afastar a pessoa humana da Justiça do Trabalho, conferindo quitação ampla e irrestrita a parcelas oriundas de seu vínculo empregatício ou vínculo juridicamente equiparado (trabalhadores avulsos, por exemplo), tudo isso anteriormente a que possam se tomar litígios levados ao exame do sistema judicial trabalhista. Todos esses mecanismos, atuando de maneira combinada, produzem, sem dúvida, o impactante efeito de restringirem, de maneira exacerbada, o acesso à justiça por parte das pessoas humanas que vivem de seu trabalho regido por um vínculo empregatício ou equiparado (DELGADO, 2017, p. 49.)

Da mesma forma, é sabido que trabalhadores que buscam o acesso à Justiça, na sua grande maioria, encontram-se desempregados, e sujeitos ao salário mínimo da categoria prevista em Lei. Seria inviável o encargo de pagar a sucumbência recíproca, e honorários advocatícios, afastaria o princípio da igualdade tendo em vista que o trabalhador é a parte mais vulnerável na relação de trabalho.

b) O segundo aspecto a ser destacado -e que merece, pela relevância, destaque à parte, apesar de também compor o primeiro tópico acima exposto - diz respeito à manifesta descaracterização do instituto constitucional da justiça gratuita pela Lei n. 13.467/2017. Por si somente, esta modificação denota o sentido discriminatório da nova legislação com respeito à pessoa humana que vive de seu trabalho assalariado ou equiparado. À diferença do ocorrido nas relações processuais sob regência do Código de Processo Civil e, particularmente, do Código do Consumidor, o beneficiário da justiça gratuita, no processo do trabalho, passa a manter diversos encargos econômicos durante e mesmo após terminado o seu curso processual, em que foi tido como beneficiário da justiça gratuita (DELGADO, 2017). Pelo novo diploma legal, o beneficiário da justiça gratuita responde, sim, pelo pagamento dos honorários periciais, caso sucumbente no objeto da perícia (art. 790-B, caput, da CLT, conforme Lei n. 13.467/2017). Ou seja, todo o equilibrado e sensato sistema construído, ao longo das décadas, pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário no sentido de a União ser responsabilizada por esse encargo (vide texto do art. 790-B, antes da mudança promovida pela Lei n. 13.467/2017; vide também Súmula n. 457 do TST), nos casos de sucumbência do beneficiário da justiça gratuita (responsabilidade limitada, é claro, a valores monetários razoáveis), foi desconsiderado pela nova lei. Para esse novo diploma jurídico, somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo outros créditos capazes de suportar a despesa referente a honorários periciais, ainda que em outro processo, é que a União poderá responder pelo encargo (novo § 4º do art. 790-B da CLT). O inusitado rigor legal estende-se aos honorários advocatícios devidos pelo beneficiário da justiça gratuita. Ao invés de serem óbvio encargo da União (art. 5º, LXXIV, CF; Súmula n. 457, TST, por analogia, se for o caso), respeitadas patamares monetários módicos previamente fixados por regra jurídica - tal como hoje acontece com os honorários periciais -, o beneficiário da justiça gratuita sucumbente em honorários advocatícios mantém-se, pela nova lei, como efetivo devedor (novo § 4º do art. 791 -A da CLT). Dessa maneira, responderão pelo seu encargo processual os seus créditos obtidos no respectivo processo ou em outro processo (art. 791 -A, § 4º, CLT). Mais do

que isso: não havendo tais créditos, a pessoa humana beneficiária da justiça gratuita poderá ser excutada nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que certificou a referida obrigação, se o advogado credor demonstrar “que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade” (novo § 4º do art. 791 -A da CLT). (DELGADO, 2017, p. 49,50).

A análise apresentada é que será indevido o pagamento, mesmo de honorários de sucumbência periciais. Se o juiz determinar a necessidade de perícia, o autor da ação não terá esse encargo, mas sim se ele assim quiser de forma facultativa um assistente pessoal para acompanhar o perito. Ademais, o encargo será indevido em caso de insucesso na ação ou em outra, mesmo que pelo prazo de dois anos for comprovado a mudança da condição financeira do autor da demanda.

b) O terceiro aspecto a ser destacado vincula-se à instigação, efetivada pela nova lei, à autoridade judicial no sentido de manejar práticas censórias crescentes no curso do processo, como meio de instituir ambiente fortemente adverso à busca da prestação jurisdicional no âmbito do Processo do Trabalho. A institucionalização, pela nova lei, de um novo grupo de regras censórias dentro do Processo do Trabalho (Seção IV-A do Capítulo II do Título X da CLT, composta pelos arts. 793- A até 793-D transforma o processo judicial trabalhista, para os litigantes menos abastados, em um cenário de elevado risco, apto a desestimular, evidentemente, a busca da prestação jurisdicional pelas pessoas humanas de baixa renda. (DELGADO, 2017, p.50,51)

A litigância de má - fé deve ser apurada conforme a situação no caso concreto, mas no âmbito das perdas e danos, merece maior ponderação, pois há diferenças entre determinadas formas de danos vejamos: o dano pecuniário causado pela movimentação da máquina pública judiciária, o dano pessoal moral e o dano patrimonial.

c) O quarto aspecto a ser destacado refere-se à transformação do processo judicial trabalhista em horizonte de profundo risco para a pessoa humana trabalhadora, como fórmula de desestímulo a seu acesso à justiça. A acentuação do risco processual foi concretizada mediante diversos mecanismos: de um lado, pela criação da figura do dano extrapatrimonial da pessoa jurídica do empregador, pleito a ser brandido contra o empregado ou equiparado no contexto de eventual ação trabalhista contra si proposta; de outro lado, as inúmeras restrições à concessão de justiça gratuita; adicionalmente, a criação dos honorários advocatícios nos casos de sucumbência e de sucumbência recíproca; mais ainda a instigação legal ao Magistrado para a prática de condutas censórias severas às partes e às testemunhas no processo judicial trabalhista; finalmente, os inúmeros documentos formais extrajudiciais criados pela lei como fórmulas de quitação genérica de direitos trabalhistas, aptas, em princípio, a conduzir o processo ao completo insucesso.(DELGADO, 2017, p.51).

Com as mudanças da Lei, além do desestímulo do acesso à Justiça Gratuita, o empregado pode ser responsabilizado por dano extrapatrimonial causado ao empregador em caso de dolo. No entanto, em determinadas situações pode haver um equívoco

comprovar se o empregado agiu com dolo ou não. No entanto, além das restrições à Justiça Gratuita, o trabalhador pode sofrer uma Ação de Reconvencção na defesa do Reclamado por suposto dano extrapatrimonial causado na empresa, sendo completa desigualdade entre empregado e empregador.

d) O quinto aspecto a ser destacado relaciona-se ao comprometimento do princípio constitucional da eficiência, celeridade e efetividade da prestação jurisdicional (art. 5º, LXXVIII, CF). A par das inúmeras restrições já explicitadas nos tópicos anteriores, o fato é que a nova lei gera diversos incidentes processuais novos que, em seu conjunto, comprometerão o princípio constitucional da eficiência, da celeridade e da efetividade da prestação jurisdicional. Citem-se ilustrativamente: incidente de descon sideração da personalidade jurídica, com efeito de suspensão total do processo de execução (nova Seção IV do Capítulo III do Título X da CLT: art. 855-A); processo de jurisdição voluntária para homologação de acordo extrajudicial (Capítulo III-A do Título X da CLT: novos arts. 855-B até 855-E da Consolidação); eliminação, como regra geral, da execução de ofício no processo do trabalho (art. 878, CLT, em sua nova redação. (DELGADO, 2017, p.51).

Conforme a explanação do ilustre autor Mauricio Godinho Delgado (2017), em caso de descon sideração da personalidade jurídica nos créditos trabalhistas o processo terá suspensão total. No entanto, créditos trabalhistas têm natureza alimentar. Na execução que antes da Reforma o Juiz agia de ofício, agora, depende de manifestação do advogado para que peça a execução, retirando à natureza do princípio da eficiência e celeridade da Prestação Jurisdicional.

e) O sexto aspecto a ser destacado se refere à grave restrição à atuação dos Tribunais do Trabalho, sejam os TRTs, seja o TST, mediante o manifesto contingenciamento ao seu papel construtor da jurisprudência trabalhista implementado pela nova lei. Essa grave restrição inicia-se pelos fortes limites à função interpretativa desempenhada pelos TRTs e pelo TST, estipulados nos novos §§ 2º e 3º do art. 8º da CLT. Esse preceitos, de fato - se lidos em sua literalidade -, buscam afastar o controle de constitucionalidade, de convencionalidade e de legalidade, pelos tribunais trabalhistas, no que tange ao conteúdo dos acordos coletivos de trabalho e das convenções coletivas de trabalho. Com esse intento, tais dispositivos apresentam manifesta afronta não apenas ao princípio constitucional da separação de poderes (art. 2º, CF) e à garantia constitucional de independência do Judiciário (arts. 2º e 92, CF), como também à estrutura, à lógica e às funções constitucionais conferidas ao Poder Judiciário, em conformidade com as regras de competência fixada na Constituição da República (por exemplo, art. 114, CF).

Ademais, esse inusitado contingenciamento também implica afronta à simetria e harmonização conferida aos órgãos do Poder Judiciário pela Constituição (art. 92, CF), respeitada a hierarquia interna que a Constituição estabelece entre eles. Toda essa grave restrição transparece igualmente no art. 702 da CLT, por intermédio de seus novos dispositivos, quais sejam, art. 702, t "f", §§ 3Q e 4Q, da Consolidação, que agregam limites adicionais ao estabelecimento e/ou reforma de súmulas e outros enunciados de jurisprudência uniforme. Além

de tudo, essa manifesta tentativa de restrição e enfraquecimento da Justiça do Trabalho constitui inequívoco obstáculo criado na ordem jurídica para a busca da efetivação dos direitos individuais e sociais fundamentais de caráter trabalhista. Em suma, todas essas restrições ao acesso à justiça por parte dos trabalhadores, individualmente ou coletivamente considerados, além de por parte dos próprios sindicatos, somadas à indissimulável descaracterização do processo do trabalho e da Justiça do Trabalho como instrumentos de efetivação da ordem jurídica trabalhista, aprofundam os retrocessos brandidos pela nova lei nos planos do Direito Individual do Trabalho e do Direito Coletivo do Trabalho. Ora, se o patamar civilizatório mínimo de direitos individuais e sociais trabalhistas assegurado pela Constituição da República e pelas normas internacionais imperativas, além de pela legislação heterônoma estatal até então vigente, foi radicalmente rebaixado pela nova Lei de Reforma Trabalhista, as suas mudanças de caráter processual buscam arquitetar um cenário de inviabilização de correção de perdas sociais, econômicas e jurídicas por intermédio da cidadania processual democrática.(DELGADO, 2017, 51,52).

De acordo com o entendimento do autor, Mauricio Godinho Delgado (2017), verifica-se limitação no que tange à interpretação da Lei no respectivo artigo 8º §2º, e §3º, da CLT, pois é fato que o direito está em constante mudança e sua aplicabilidade na Lei deve se dar conforme a circunstância que envolve a sociedade. Não criar obrigações que não estejam previstas em Lei pode caracterizar uma injustiça conforme o caso concreto. Na análise exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico artigo 104 da Lei 10.406/2002 (código Civil), na aplicação na Justiça do Trabalho pode caracterizar grande limitação, porque nas relações laborativas nem tudo é registrado, documentado, e em algumas situações é preciso ampla capacidade de adequar a situação conforme a situação de trabalho do empregado, vale ressaltar contudo, que nenhum direito é absoluto (DELGADO, 2017).

6 | IMPACTOS DA REFORMA

A Reforma Trabalhista implementada no ordenamento jurídico brasileiro em 2017 teve como escopo à redução do desemprego de modo a facilitar as modalidades de contratação conforme a necessidade do empregador.

A alteração do dispositivo artigo 8º, caput e §1º da CLT. (Consolidação Das Leis Do Trabalho) abrange os princípios constitucionais aplicados ao trabalhador que na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela Jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais do direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

À luz do referido artigo 8º, caput da CLT. (Consolidação Das Leis Do Trabalho) o empregado não ficará sem amparo da Lei e princípios, de forma que sejam tutela dos seus

direitos constitucionais. Com a ressalva do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o privado, que parte dos princípios da administração Pública, em que prevalecerá o interesse da coletividade em prol de um direito individual.

6.1 Direito fundamental do acesso à jurisdição

A repercussão da Reforma Trabalhista Lei n.13.467/2017 nas Reclamações Trabalhistas objeto da ADI 5766, (Ação Direta de Inconstitucionalidade) dispõem da nova redação dos artigos 790-B, 791- A §§ 3º, 4º e artigo 844, §2º todos da CLT. (Consolidação Das Leis Do Trabalho), que trata da gratuidade da justiça aos cidadãos que comprovarem insuficiência de recursos. E, entre as mudanças e alterações feitas na redação da Lei o direito à gratuidade do acesso à justiça foi suprimido, limitado ao ponto de confronto com o princípio constitucional da Gratuidade da Justiça e Prestação Judiciária ao cidadão previsto no artigo 5º, incisos LXXIV, e XXXV, da CF/1988, garantido como direito fundamental.

Das consequências trazidas pela Reforma Trabalhista de 2017 o momento vivenciado da pandemia do Novo Coronavírus (SAR-COV-2) em 2020, traz um impacto ainda maior nas relações de trabalho, em que muitos empresários estão com os estabelecimentos fechados por obrigatoriedade do Poder Público, na aplicabilidade do Fato do Príncipe conforme o artigo 486 da CLT. (Consolidação Das Leis Do Trabalho).

O motivo dessas restrições é evitar a propagação do vírus mencionado. Dessa forma, muitos contratos de trabalhos foram suspensos além de milhares de demissões sem pagamentos justos e devidos aos empregados, que nos termos do artigo 486 da CLT. (Consolidação Das Leis Do Trabalho), cabe ao Governo pagar as indenizações. Neste aspecto cumpre esclarecer que o empregador assume os riscos da atividade econômica conforme disciplina o artigo 2º da CLT.

6.2 Mudanças na relação empregador e empregado

Dentre tantas precariedades, estão os direitos de proteção dos entregadores em domicílio na forma de aplicativos que aumentou muito nesse período de pandemia e distanciamento social. E não considera modalidade de empregado por não preencher os requisitos e deste tipo não têm vínculo empregatício. Note – se que o trabalho em motocicleta ou similar é considerada uma atividade perigosa como determina o artigo 193 §4º da CLT. (Consolidação Das Leis Do Trabalho) que prevê o adicional de periculosidade. Diante dessas circunstâncias há muitas Reclamações na Justiça do Trabalho com pedido de vínculo empregatício e Gratuidade da Justiça.

Pelas razões explícitas e a necessidade do trabalhador, este sujeita - se a qualquer modalidade de trabalho e até mesmo em condições desumanas.

O fato é que, nesse período de calamidade pública mundial deverá haver uma ponderação nas relações de trabalhos com objetivo do empregador em manter as empresas e os empregos, e em caso de efetiva demissão que o empregado receba devidamente as

verbas rescisórias justas e devidas, de acordo com as condições das empresas e dos empregados em que passam por dificuldades em razão desse momento de pandemia mundial.

Assim, com a calamidade pública decretada em razão do Novo Coronavírus, e grande número de desempregados é evidente que o número de Reclamações Trabalhistas na Justiça do Trabalho deve aumentar, daí a necessidade da aplicação do princípio da eficiência e Prestação Jurisdicional integral e gratuita ao cidadão.

No entanto, devem ser observados os princípios constitucionais do trabalhador, a função social, a proteção dos direitos visto que, jamais deverá suprimi-los e sim ampliá-los.

7 I AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5766 DISTRITO FEDERAL

Conforme entendimento do Ministro do Supremo Tribunal Federal Edson Fachin no julgamento da ADI 5766 (Ação Direta de Inconstitucionalidade em face da reforma trabalhista no que tange a gratuidade da justiça ajuizada pela PGR.(Procuradoria Geral Da República) em 10 de maio de 2018, foi suspensa do julgamento em razão do pedido de vista do Ministro Luiz Fux, ainda sem decisão até o presente ano novembro de 2020.

No voto, reconhecendo a integral e completa inconstitucionalidade da nova lei, em face do direito fundamental do acesso à justiça, sua Exa. destacou que o direito do acesso à justiça está protegido em normas internacionais, nomeadamente o art.8º da convenção Interamericana de direitos humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, segundo o qual toda pessoa tem direito de ser ouvida pela justiça. As custas processuais são despesas devidas ao Estado em decorrência de sua atividade, ou seja, do serviço público prestado, onde o cidadão busca serem efetivados seus direitos e garantias individuais.

Garantias essas, decorrentes de lutas e conquistas aos Direitos Fundamentais e sociais conquistados ao longo de décadas garantindo condições mínimas de sobrevivência e vida digna.

7.1 O Voto do Senhor Ministro Edson Fachin Adi 5766

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade contra dispositivos da Consolidação das Leis Trabalhistas, inseridos pela Lei 13.467/2017, que mitigaram, em situações específicas que enumera, o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita (art. 5º, LXXIV, da CRFB) e, conseqüentemente, o direito fundamental de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB)(CONJUR.COM, 2020)

O Ordenamento Jurídico brasileiro permite hipóteses do controle de constitucionalidade de normas constitucionais contrária a constituição Federal 1988. Como ADI. (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e ADPF. (Arguição de Descumprimento de Preceito de Fundamental. O voto do Ministro Edson Fachin tem como objeto da presente

ADI. 5766 a inconstitucionalidade de custas processuais nas Ações da Justiça do Trabalho alterada com a Reforma Trabalhista Lei n. 13.467/2017.

As alterações em vigor com a nova lei prejudica o cidadão brasileiro na busca por uma sociedade justa de modo à satisfação dos direitos trabalhistas e recompensa da força de trabalho, empenho desempenhadas por determinados anos. Pois, na realidade, o ser humano quanto mais se tem, mais se quer, e muitas vezes não é observado o lado do trabalhador que sustenta sua família com o salário mínimo vigente.

7.2 Violação dos princípios constitucionais de proteção dos direitos trabalhistas e sociais

O próprio nome já diz, proteção dos Princípios Fundamentais Constitucionais dos trabalhadores, e que com as alterações feitas pela Lei n. 13.467/2017, ao invés de proteger esses princípios e direitos, reflete no sentido contrário da Gratuidade da Justiça antes concedida ao trabalhador.

O escopo principal do Voto do Referido Ministro é a violação dos princípios constitucionais proteção dos direitos trabalhistas e sociais. A ação submetida à análise desta Suprema Corte aduz a inconstitucionalidade de restrições impostas ao direito fundamental à gratuidade e, por consequência, ao acesso à Justiça, perante a jurisdição trabalhista. As situações em que as restrições foram impostas são as seguintes: a) pagamento de custas processuais, no caso em que, mesmo sendo beneficiário da gratuidade, não compareça à audiência sem motivo legalmente justificável; b) pagamento pela parte sucumbente no objeto da perícia de honorários periciais; c) pagamento pela parte sucumbente no feito de honorários de sucumbência (CONJUR.COM. BR, 2020).

Conforme demonstrado, os Princípios constitucionais constituem a gênese dos Direitos e Garantias Fundamentais positivados no ordenamento jurídico brasileiro e têm como base a aplicabilidade direta aos cidadãos entre Estado e sociedade.

8 | CONCLUSÃO

Tendo como o objeto estudo da lei n. 13.467/2017 inserida no ordenamento jurídico brasileiro e as alterações da gratuidade da justiça, é “mister” dizer que os princípios constitucionais e sociais do trabalhador foram violados. Pois, após a Reforma, houve restrições e penalidades que podem ser aplicadas ao cidadão. Contudo, inviabiliza o trabalhador pleitear seus direitos trabalhistas.

Estas ponderações feitas pela nova Lei não garante a igualdade nas relações de trabalho como determina os princípios constitucionais, em que o empregado deve estar em pé de igualdade em relação ao empregador, tendo em vista ser o trabalhador a parte mais fraca na relação de emprego. Portanto, para o empregado pagar custas processuais, periciais mesmo sendo beneficiário da gratuidade da justiça, não faz sentido a concessão da gratuidade.

Os primeiros direitos trabalhistas tiveram início desde o período da Segunda Guerra Mundial (1946) com a constitucionalização. Houve o começo de melhorias das condições de trabalho e dignidade dos Direitos Humanos. Dessa forma, essas conquistas entre outras, não têm que ser restringidas e sim, sempre buscar melhorias nas relações de emprego em prol do trabalhador.

Considerando os Princípios basilares garantidos a sociedade trabalhadora, essas garantias não poderiam ser violadas como foi à gratuidade da justiça com a Reforma Trabalhista. O acesso à justiça é um Direito Fundamental.

A Reforma Trabalhista de qualquer forma, fez-se necessária em razão da crise financeira econômica pela qual o Brasil apresenta, contudo, deve observar os princípios e direitos garantidos de forma que as alterações previstas na Lei não prejudica a classe trabalhadora sendo essa a construção de um país, porque sem a força de trabalho não há desenvolvimento. Deve Buscar outras fontes de arrecadações dos órgãos Públicos através de Políticas Públicas.

Tendo em vista que até a presente data novembro de 2020, a ADI 5766 imposta em razão da Lei da Reforma Trabalhista n. 13.467/2017 no que tange a gratuidade de Justiça não foi julgada pelo Supremo Tribunal Federal, o posicionamento do Ministro Edson Fachin está conforme com os princípios constitucionais da CF/1988, em função do trabalhador, dos direitos trabalhistas, Previdenciário e sociais do trabalho. Portanto, o dispositivo da gratuidade da justiça do acesso integral e gratuito disposto no artigo 5º inciso LXXIV da CF/1988 em tese suprimido deve ser declarado inconstitucional, caso contrário os princípios constitucionais vigentes no ordenamento Jurídico brasileiro serão violados em sua literalidade prejudicando o cidadão trabalhador.

REFERÊNCIAS

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.766 DISTRITO FEDERAL Voto Vogal. Disponível em: [HTTPS://WWW.CONJUR.COM.BR/DL/VOTO-FACHIN-REFORMA-TRABALHISTA.PDF](https://www.conjur.com.br/dl/voto-fachin-reforma-trabalhista.pdf)

[HTTPS://WWW.CONJUR.COM.BR/2018-MAI-11/LEIA-VOTO-MINISTRO-LUIZ-EDSON-FACHIN-REFORMA-TRABALHISTA](https://www.conjur.com.br/2018-mai-11/leia-voto-ministro-luiz-edson-fachin-reforma-trabalhista). Acesso em:

BEZE, L. C. H. **Direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: ATLAS, 2019.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Trad. Tupinambá Pinto de Azevedo. In Revista do Ministério Público Nova Fase, Porto Alegre, v. 1, n. 18, p. 8-26, 1985, p. 9)

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso De Direito Do Trabalho**. 3. ed. SÃO PAULO: LTR, 2004.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso De Direito Do Trabalho**. 3. ed. SÃO PAULO: LTR, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho. **DELGADO: A Reforma Trabalhista No Brasil**. 10. ed. São Paulo, SP - Brasil: EDITORA LTDA., 2017.

DOS, S. E. R. **Curso De Direito Processual Do Trabalho**. 3. ed. SÃO PAULO: ATLAS, 2019.

LEITE, Tratado de Paz foi assinado na Europa reconhecendo os Direitos Humanos no encerramento da Primeira Guerra Mundial.2019

MECUM, Vade. **VadeMecum** : CONSTITUIÇÃO FEDERAL 1988. 26. ed. SÃO PAULO: SARAIVA, 2018. p. 2-108.

MECUM, Vade. **VADE MECUM**. 26. ed. SÃO PAULO: SARAIVA, 2018. p. 818-912.

PLANALTO. **Consolidação Do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13420.htm. Acesso em: 11 jun. 2020.

PLANALTO. **Reforma Trabalhista**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 10 set. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta De Inconstitucionalidade**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=353910>. Acesso em: 11 jun. 2020.

TRATADO DE VERSAHLES. **Tratado De Versalhes**. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Tratado_de_Versalhes_\(1919\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Tratado_de_Versalhes_(1919)). Acesso em: 15 jun. 2020.

CAPÍTULO 11

A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Data de aceite: 04/01/2021

Data de submissão: 06/03/2020

Julia Picinato Medeiros de Araújo Rocha

Universidade do Estado de São Paulo
Ribeirão Preto/SP
<http://lattes.cnpq.br/6884716368191057>

Ana Paula Perpétua Ribeiro

Universidade do Estado de São Paulo
Catanduva/SP

Cinthia Carla Barroso Thomazini

Universidade do Estado de São Paulo
Batatais/SP

RESUMO: Rege no Direito do Trabalho o Princípio da Proteção, contudo diante da evolução histórica, o princípio vem sofrendo alterações no modo de aplicação e interpretação o qual prejudica aquele que é a parte hipossuficiente na relação de emprego. Por meio de pesquisa empírica, utilizando pesquisa bibliográfica, o objetivo será avaliar como o Princípio da Proteção está sendo mitigado nas relações de emprego, principalmente com o advento da reforma trabalhista. Ao concluir a pesquisa pretende demonstrar que as tentativas de mitigação do Princípio da Proteção com a reforma trabalhista é uma verdadeira inversão de função, acarretando maiores benefícios ao empregador.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios. Reforma Trabalhista. Relação de Emprego.

THE MITIGATION OF THE PROTECTION PRINCIPLE

ABSTRACT: Labor Law has the principle of protection. However, in the face of historical evolution, the principle has been undergoing changes in the mode of application and interpretation, which harms those who are disadvantaged party in the employment relationship. Through empirical research using bibliographic research, the objective will be to evaluate how the principle of protection is being mitigated in employment relations, especially with the advent of labor reform. In conclusion, the research objective to demonstrate that attempts to mitigate the principle of protection with labor reform is a true inversion of function, bringing greater benefits to the employer.

KEYWORDS: Principles. Labor Reform. Employment Relationship.

1 | INTRODUÇÃO

O direito do trabalho possui como princípio basilar o Princípio da Proteção ao Trabalhador, este princípio tem a finalidade de equilibrar a relação entre empregador e empregado, uma vez que, este é considerado a parte hipossuficiente da referida relação. Deste princípio decorrem três outros subprincípios, o princípio do in dubio pro operário, princípio da norma mais favorável, e, por fim, o princípio da condição mais benéfica.

Tal princípio rege toda relação de emprego, sempre buscando atingir sua

finalidade primordial qual seja a igualdade na relação de emprego.

Nosso ordenamento jurídico sofre constantes alterações, tanto é que, houve a promulgação da Lei 13.467/2017 trazendo inúmeras novidades legislativas. Em tais inovações editou-se o artigo 444, parágrafo único, da CLT.

Este artigo intitula a figura do empregado “hipersuficiente”. A descrição para o referido empregado traduz que, será considerado empregado hipersuficiente aquele que seja portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

O empregado hipersuficiente poderá negociar livremente os direitos previstos no art. 611-A, da CLT com o empregador, prevalecendo e tendo a mesma força legal que os instrumentos coletivos.

Essa inovação legislativa a qual será objeto de estudo no presente artigo, viola disposições constitucionais, legais e ainda, disposições internacionais ratificadas pelo Brasil, destacando-se a Convenção da OIT nº. 111. Isso se dá em razão de mitigar o princípio da proteção ao trabalhador.

21 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E A SUA RELAÇÃO À FIGURA DO TRABALHADOR HIPERSUFICIENTE

O princípio da proteção tem tamanha importância no Direito do Trabalho, sem ele alguns autores entendem que não haveria justificativa para o Direito do Trabalho existir. Seu papel principal consiste em dar uma maior proteção jurídica para aquele trabalhador considerado parte hipossuficiente, essa proteção visa equilibrar a relação jurídica entre empregado e empregador, já que este, portanto, é detentor do poder econômico, tornando-se o empregado dependente de tal.

Nas palavras dos autores Renato Saraiva e Rafael Tonassi Souto em sua obra, preceituam o Princípio da Proteção da seguinte forma:

O princípio da proteção, sem dúvidas o de maior amplitude e importância do direito do trabalho consiste em conferir ao polo mais fraco da relação laboral – o empregado – uma superioridade jurídica capaz de lhe garantir mecanismos destinados a tutelar os direitos mínimos estampados na legislação laboral vigente.

O intervencionismo básico do Estado, ao estabelecer normas imperativas de observância obrigatórias nos pactos laborais, nasceu em função do empregado ser o sujeito hipossuficiente na relação jurídica de emprego. (SARAIVA; SOUTO. 2018, pg. 30)

Esse princípio possui tamanha importância que dele decorrem três subprincípios, são eles, o princípio do in dúbio pro operário, o princípio da norma mais favorável, e, por fim, o princípio da condição mais benéfica, todos com a finalidade primordial de dar maior

proteção jurídica para aquele que necessita.

Feitas essas considerações do princípio que norteia o direito do trabalho, para que haja a relação de emprego, alguns requisitos devem estar presentes, sendo eles, que o trabalho seja realizado por pessoa física, que exista a personalidade, que seja não eventual, que seja oneroso, e que o empregado seja subordinado ao empregado. Destaca-se esse último requisito, a subordinação.

O empregado estará subordinado juridicamente ao empregador, ou seja, receberá ordens de como executar suas funções, e ainda, o ordenamento jurídico vai além, concede a prerrogativa de o empregador aplicar penalidade ao empregado caso este não esteja realizando suas atribuições de maneira correta.

Nota-se que, o empregado não está apenas subordinado juridicamente, este, na grande maioria, está dependente economicamente desta relação de emprego. Isso ocorre porque, a sua remuneração vem para garantir os direitos sociais básicos previstos na Constituição Federal de 1988, tais seja, a saúde, o direito a educação, ao lazer, dentre outros.

Logo, o empregado é facilmente subordinado economicamente ao seu empregador, conforme acima mencionado, depende da sua remuneração para garantir a sua subsistência.

A figura do “empregado hipersuficiente” o qual surgiu com a inovação legislativa da Lei 13.467/2017 – Reforma Trabalhista, previsto no art. 444, parágrafo único, da CLT.

Para a legislação é considerado empregado hipersuficiente, aquele que seja portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. O referido empregado poderá negociar livremente os direitos previstos no art. 611-A, com a mesma eficácia legal e prevalecendo ainda sobre os instrumentos coletivos.

A referida inovação legislativa não teria outra finalidade, senão, flexibilizar os direitos mínimos do trabalhador, deixando de lado, a história do direito do trabalho, e o princípio que rege a relação de emprego, conforme mencionado acima, o princípio da proteção.

A figura do empregador hipersuficiente mitiga e flexibiliza os direitos básicos do empregado, e não confere nenhum equilíbrio na relação de emprego, pois agora, esse não seria considerado parte hipossuficiente desta relação, seria equiparado ao empregado, tecnicamente, quanto economicamente, podendo negociar livremente seus direitos.

O legislador, no entanto, esqueceu-se de pensar e de refletir que esses empregados, por vezes, são ainda mais dependentes do empregador, e também considerado subordinado na relação jurídica, este requisito não deixou de existir na figura do empregado hipersuficiente.

Este empregado por ser mais dependente do empregador, e por depender economicamente deste para prover o seu sustento e o sustento da sua família garantindo suas subsistências, logo, por conseguinte negociará os direitos previstos no art. 611-A, da CLT, para garantir a sua manutenção na relação de emprego.

Seria uma utopia acreditar que isso não irá acontecer. Suponha-se que, o empregador proponha a este empregado “hipersuficiente” que eles negociem livremente sobre qualquer um dos direitos previstos no art. 611-A, da CLT, o empregado com toda certeza aceitará e irá reduzir os direitos básicos garantidos, com a intenção e preocupação que esta relação de emprego mantenha-se, por ser dependente economicamente e hipossuficiente desta relação.

Este empregado hipersuficiente perde toda a ideia de proteção jurídica conferida para equilibrar a relação de emprego por ser considerado hipossuficiente. Aqui ele não é a figura hipossuficiente da relação, e sim, a figura considerada suficiente economicamente e tecnicamente para discutir e reduzir direitos básicos garantidos.

A finalidade precípua do Princípio da Proteção que rege a relação de emprego é esquecida, e outra finalidade é prezada, autonomia da vontade ilimitada e plena, que na própria seara do direito civil está ultrapassada, violando categoricamente o princípio basilar da proteção ao trabalhador.

31 A SUBORDINAÇÃO MANTIDA COMO ELEMENTO DO CONTRATO DE TRABALHO

A figura do empregado hipersuficiente, assim compreendido como o trabalhador, que possui curso superior e recebe valor igual ou superior a dois tetos do Regime Geral da Previdência Social continua devidamente subordinado ao patrão.

As cláusulas do contrato de tal empregado poderão valer como convenção coletiva e ainda poderão prevalecer sobre a lei, segundo a redação dos artigos 444 e 611-A da CLT, dando maior autonomia nas negociações junto ao empregador, entretanto, ainda em posição de subordinação.

O elemento subordinação é extraído da leitura conjugada dos arts. 2º, *caput*, e 3º, da CLT. A subordinação é mencionada em duplicidade, no art. 2º com a referência ao empregador como o que “dirige” a prestação de serviços, e no art. 3º, com a identificação do empregado como sendo quem trabalha sob a “dependência” do tomador de serviço.

Em torno da subordinação é que se constrói, no fundo, o próprio Direito do Trabalho. É ele, quem delimita os principais alcances de aplicação da legislação trabalhista.

O conceito de subordinação é o mais complexo dos elementos do contrato de trabalho a identificar.

A subordinação própria do contrato de trabalho não é a simples dependência econômica do trabalhador, decorrente de sua menor capacidade financeira, a impor-lhe a necessidade de trabalhar, para prover sua subsistência.

Verdadeiramente, tanto pode prestar serviços de forma subordinada o trabalhador dotado de amplos meios econômicos¹, ou que conta pelo menos com outras fontes de

1 RUSSOMANO, moztart Victor. *Comentários à CLT*. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 15.

renda, como o que se acha deles desprovido, ainda que se deva admitir, do ponto de vista prático, ser menos frequente a primeira situação do que a última.

Por isso, a dependência a que alude o art. 3º, CLT, não é nem pode ser vista como dependência econômica, como já deixou expresso a jurisprudência².

Do mesmo modo, a subordinação presente no contrato de trabalho não se confunde, com a menor capacidade negocial do trabalhador, ainda que normalmente se encontre o empregado de fato em posição de inferioridade negocial, conceitualmente pode prestar serviço subordinado o trabalhador com ampla capacidade de negociação.

Na verdade, a subordinação própria do contrato de trabalho é mais do que a necessidade de o trabalhador seguir certas regras na prestação do serviço, ainda quando impostas pelo empregador. Abrange a prerrogativa, de que se investe o tomador de serviço, em decorrência da relação de emprego, de modular, a cada passo ou quando queira, segundo as conveniências do negócio observado, a atividade exercida pelo trabalhador, determinando o trabalho a ser feito, a forma, o local e o momento de sua realização, bem como fiscalizando, durante a prestação de serviço, o cumprimento das ordens dadas e, quando pertinente, sancionando o descumprimento delas.

Quando se encontra envolvido na relação jurídica, não trabalhador desprovido de informação e economicamente hipossuficiente, mas, ao contrário, pessoa de elevado nível intelectual e confortável condição econômica, as duas condições fazem com que seja mais difícil suportar imposições, pelo tomador de serviço.

No entanto, é preciso ter em conta que, a condição cultural e econômica estipulada não descaracteriza a subordinação, pois a subordinação jurídica admite graus e matizes.

Dentro dessa dinâmica, de um modo geral, o instituto do trabalhador hipersuficiente é um lesivo instrumento, que, por intermédio da concessão de uma roupagem jurídica, visam obstar, no todo ou em parte, a imputação da legislação trabalhista e a observância dos direitos sociais fundamentais dos trabalhadores

Ao elastecer as possibilidades de negociação, viabilizando que o acordado sobressaia-se sobre o legislado e permitindo que as negociações realizadas pelo empregado dito hipersuficiente passem a vigorar sem necessitar da intervenção dos membros coletivos de defesa do trabalhador, também viola um dos principais fundamentos do direito do trabalho, que é o princípio da proteção, o qual se implementou em razão de “historicamente, o Direito do Trabalho surgiu em consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzia a diferentes formas de exploração, inclusive, mais abusivas e iníquas.” (PLÁ RODRIGUEZ, 2015, p.85).

Ao entender que o empregado que possui graduação em nível superior e remuneração mensal maior ou igual a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime

Geral de Previdência Social, pode negociar em condições paritárias com o empregador, 2 Assim, acertadamente: “...o conceito de ‘dependência’ referido no art. 3º da CLT, há muito já restou definido pela jurisprudência de que não se trata de ‘dependência econômica’ mas sim ‘jurídica’, ou seja, subordinação.” (TRT – 4ª Reg., 4ª T., RO n. 0083700-12.2003.5.04.0201, Rel. Juíza Flávia Lorena Pacheco, julg. em 09.12.2004).

detentor do poder econômico, é considerar que este empregado hipersuficiente desfruta dos mesmos privilégios destinados aos alto executivos de empresas, que possuem ganhos anuais milionários e um poder diretivo gigantesco. A concepção de que este empregado hipersuficiente não estaria tão exposto à intensa subordinação encontrada nas relações laborais, carece de conclusões baseadas por análises técnicas empíricas, não havendo subsídio teórico ou científico para que essa diferenciação ocorra (DELGADO, 2017).

O empregado hipersuficiente, na verdade, mantém todas as características dos demais empregados, entretanto, o empregador, pode direcionar as negociações e impor suas necessidades à anuência do empregado hipersuficiente.

A subordinação jurídica estará mantida tanto no caso do “empregado comum” quanto no caso do empregado hipersuficiente, portanto, em que pese os demais empregados também estejam sujeitos a ter direitos subtraídos em decorrência de negociação coletiva, os empregados hipersuficientes não apresentam razões suficientes para serem diferenciados, fazendo com que se aplique um regramento que irá, essencialmente, prejudicá-lo.

Assim, o legislador retirou o resguardo negocial das entidades coletivas, afrontando o direito fundamental da igualdade, pois sua aplicação ocasionará verdadeira revogação da proteção jurídico-trabalhista para empregados com maiores salários, em clara afronta ao princípio da isonomia, vez que empregados com salários menores, ficarão em tese, protegidos pela CLT.

4 | A VIOLAÇÃO DA CONVENÇÃO Nº111 DA OIT NA CRIAÇÃO DA FIGURA DO HIPERSUFICIENTE

Avaliar a figura do empregado hipersuficiente criado pela reforma trabalhista, diante da Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho, demonstra um embate.

A convenção nº 111 da OIT dispõe sobre a discriminação no emprego e na profissão, fomentando promover a igualdade de oportunidades e de tratamento e formular uma política nacional que erradique toda e qualquer discriminação nas relações de trabalho, exigindo uma conduta ativa dos Estados signatários em prover a diminuição da discriminação.

A Constituição Federal de 1988, em seu §3 do artigo 5º, apresenta grande reverência aos regramentos ratificados internacionalmente, pois conferiu novo status a regras internacionais ratificadas sobre direitos humanos.

Ademais, a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho foi promulgada pelo Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968, antes da Emenda Constitucional nº 45, de 2004 ostentando, no Brasil, natureza supralegal, pelo que afastam a aplicação de toda a legislação ordinária ou complementar com ela conflitantes.

Assim, a Lei nº 13.467/2017, responsável pela reforma trabalhista, por se tratar de uma lei ordinária, é suscetível de incidência do controle de convencionalidade, no decorrer de sua análise e aplicação, caso alguma de suas disposições entrarem em conflito com as

disposições encontradas nos tratados internacionais que regulam os direitos humanos, sua aplicabilidade deverá ser afastada, dando prioridade à aplicação das diretrizes encontradas nos tratados internacionais.

Dessa forma, ao colocar o empregado hipersuficiente, (em razão de seu maior nível salarial e de sua formação no ensino superior), acaba por suportar a imposição de um ônus de maior intensidade em relação aos aplicados para os demais empregados, ou seja, o hipersuficiente passará a suportar a negociação, por um mero acordo individual, possibilitando modificações da aplicação de todos os direitos elencados no artigo 611-A da CLT.

Assim, o legislador não se atentou à discriminação indireta que a reforma trouxe. A conduta acaba por discriminar indiretamente o grupo de empregados intitulados de hipersuficientes, pois ao conceder uma maior autonomia negocial, sem nenhuma contrapartida para isso, acaba por contrapor-lo ao poder econômico do empregador, que poderá impor suas condições negociais diante do empregado hipersuficiente, gerando, assim, um dano ao hipersuficiente que não se aplica aos demais empregados.

Ao colocar em igualdade de condições negociais o hipersuficiente com o empregador, detentor do poder diretivo e econômico, afronta as condições de melhoria das relações laborais trazidas pelas diversas convenções da Organização Internacional do Trabalho, especialmente a Convenção n. 111, sendo evidente a colisão desta nova figura de empregado trazida pela reforma trabalhista e as propostas de diminuição da discriminação impostas pelo Direito Internacional do Trabalho e suas convenções.

Ressaltam-se insuficientes os critérios salariais e de formação utilizados pelo legislador para diferenciá-lo dos demais empregados, pois esta discriminação na incidência da legislação, não se enquadra nas discriminações permitidas pelo direito fundamental da igualdade.

5 | CONCLUSÃO

Nesse sentido, a lei ordinária não tem aptidão de afastar e revogar preceitos constitucionais, cabendo ao jurídico à continuidade do exercício de sua função judicial, aplicando, integrando e interpretando as normas jurídicas, inclusive as normas jurídicas ratificadas, haja vista que estas integram o ordenamento jurídico interno.

Portanto, não há que se falar em adequação do Direito do Trabalho pela doutrina, suprimindo princípios como o da proteção entre outros, bem como demais garantias, mas sim na manutenção das conquistas e princípios sedimentados no plano nacional e internacional, a fim de resguardar os direitos constitucionalmente garantidos aos trabalhadores.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >. Acesso em: 24 set. 2019

BRASIL. Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm > . Acesso em: 24 set. 2019

RUSSOMANO, mozart Victor. **Comentários à CLT**. Rio de Janeiro: Forense, 1985

SARAIVA, Renato; SOUTO, Rafael Tonassi. **Direito do Trabalho: Concursos Públicos**. 20 ed. Juspodivm, 2018.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de Direito do Trabalho: fac-similada. São Paulo: LTR, 2015. p. 85

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16 ed. São Paulo: LTR, 2017

MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO DE RIO BRANCO - ACRE

Data de aceite: 04/01/2021

Data de submissão: 26/10/2020

Danilo Scramin Alves

Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí/UNIVALI, em regime de cotutela, com dupla titulação (Dottore in Giurisprudenza) junto à Università degli Studi di Perugia, Itália
<http://lattes.cnpq.br/3250039364198652>

Eduarda Figueiredo Machado

Centro Universitário Uninorte
Rio Branco/AC
<http://lattes.cnpq.br/3907582218225628>

RESUMO: Trata-se de artigo que busca analisar as formas adequadas de solução de conflitos percebidas no âmbito da Justiça do Trabalho de Rio Branco – Acre, tendo por objetivo verificar como se dá, no caso concreto, a melhor resolução de um conflito, se por meio da auto ou heterocomposição. Para tanto, buscou-se estudar as formas adequadas de solução de litígios e abordar a implicação da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e o uso de técnicas de conciliação no âmbito dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos. Por meio de pesquisas bibliográficas e análise de dados verificou-se que a forma escolhida para solucionar a lide cabe somente às partes, não podendo o Poder Judiciário forçá-los ou induzi-los unicamente à autocomposição.

PALAVRAS - CHAVE: Justiça do Trabalho.

Centro Judiciário de Solução de Conflitos. Técnicas.

ABSTRACT: This is an article that seeks to analyze the appropriate forms of conflict resolution perceived within the scope of the Labor Court of Rio Branco - Acre, with the objective of verifying how, in the specific case, the best resolution of a conflict occurs, if through auto or heterocomposition. To this end, it was sought to study the appropriate forms of dispute resolution and to address the implications of Resolution No. 125/2010 of the National Council of Justice and the use of reconciliation techniques within the scope of the Judicial Conflict Resolution Centers. Through bibliographic research and data analysis it was found that the way chosen to resolve the dispute is only up to the parties, and the Judiciary Power cannot force or induce them to self-compose.

KEYWORDS: Labor justice. Resolution No. 125/2010 of the National Council of Justice. Techniques.

1 | INTRODUÇÃO

Com o crescimento em larga escala de inúmeros conflitos surge a necessidade de que seja verificado se a pacificação social efetivamente é alcançada. Em razão disso o judiciário busca pela modernização de solução dos litígios.

Para isso, busca-se entender, em cada caso concreto, qual seria o método mais adequado para resolver o conflito:

autocomposição ou heterocomposição.

Dessa forma, considerado que existem variadas formas de que uma lide atinja seu fim, o presente trabalho buscará analisar como se dá a solução de conflitos no âmbito da Justiça do Trabalho de Rio Branco - AC.

Num primeiro momento buscar-se-á estudar as formas de solução de conflito, bem como sua evolução histórica visando mostrar como ao longo dos anos passou-se de uma cultura de sentença para uma cultura de pacificação.

Em um segundo momento, será analisada a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça que instituiu os Centros Judiciários de Solução de Conflito - CEJUSC's, nos quais, conforme será visto, acontecem o primeiro contato das partes com o poder judiciário.

Posteriormente serão estudadas técnicas utilizadas no âmbito do CEJUSC de Rio Branco, as quais têm por finalidade auxiliar os conciliadores a identificar qual o caminho mais adequado para a solução do litígio, partindo-se do pressuposto que o Poder Judiciário dispõe de variadas opções para que as partes resolvam seu conflito.

Este artigo baseou-se em pesquisas bibliográficas de autores com diversos posicionamentos sobre o tema, onde buscou-se verificar quando a escolha pela autocomposição será a melhor opção e quando a heterocomposição será a melhor.

Também por meio de doutrinas, buscou-se analisar como deve ser o papel do conciliador e qual postura deve adotar para efetivamente ajudar as partes e orientá-la sobre os meios que têm para resolver o conflito.

21 MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E O SISTEMA MULTIPORTAS

Quando se fala sobre métodos adequados de solução de conflitos e sua evolução histórica encontra-se nas palavras de Mariana Faria (2018) em seu artigo “O que a tecnologia tem a ver com o acesso à justiça?” a percepção de que houve uma espécie de onda que encorajou que procedimentos fossem simplificados, de modo que foi entendido que cada tipo de conflito tem uma forma adequada de solução, assim, segundo a autora, a decisão de um litígio pode ser tomada por um árbitro, juiz ou pelas próprias partes com o auxílio de um mediador ou conciliador.

Essa percepção, no entanto, não se deu da noite para o dia em razão de se estar em um processo de desconstrução da visão da sociedade de que somente um juiz poderia dar uma solução que trouxesse paz às partes, mas que ela também pode ser obtida consensualmente.

Conforme afirmam Paulo Eduardo Alves da Silva (2019, p.13) desde o desenvolvimento dos Estados havia a crença de que somente o próprio Estado poderia oferecer a solução mais adequada e justa ao conflito.

Entretanto, segundo Zoraide Amaral de Souza (2004, p.39) essa crescente busca dos cidadãos ao poder judiciário leva à morosidade e insatisfação com a prestação jurisdicional.

Em 2004, quando publicou sua obra, a autora já apontava que o poder Judiciário não estava sendo capaz de acompanhar o volume crescente de demandas, necessitando, portanto, de reformas a fim de que o princípio do acesso à justiça fosse efetivado.

Assim como a autora, outros estudiosos do Direito à época, como o desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, professor Kazuo Watanabe (2005), já eram incentivadores de outros métodos de solução de conflitos, como se pode verificar em sua saudosa frase “a atual cultura da sentença será, com toda certeza, paulatinamente substituída pela cultura da pacificação”.

No ano de 2005, em seus estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini, Kazuo verificou que embora se falasse sobre conciliação e esse método de solução de conflitos estivesse previsto no artigo 331 do Código de Processo Civil da época, muito pouca credibilidade era dada aos métodos de solução de conflitos por meio da conciliação, cita o autor em sua obra uma observação feita por Ada Pellegrini, onde afirmava que durante um longo período, os métodos alternativos de solução de conflitos foram considerados como próprios das sociedades primitivas e tribais, ao passo que o processo jurisdicional representava uma conquista da civilização.

Ocorre que, embora quase não se desse a devida credibilidade à conciliação, esta já estava sendo falada por grandes visionários, os quais sabiam que a sentença fria, pautada no critério “preto no branco”, em muitos casos não trazia uma real solução para o conflito.

Nesse sentido, Watanabe (2005) previa que “essa área ganhará grande impulso no futuro próximo, pois há projetos de lei instituído a mediação”. Corroborando esta mudança de paradigma, observa-se que hodiernamente há o chamado sistema multiportas no judiciário, o qual é definido por Marco Antônio Lorencini (2019, p.44), como “o sistema multiportas é o nome que se dá ao complexo de opções, envolvendo diferentes métodos, que cada pessoa tem a sua disposição para tentar solucionar um conflito”.

Desta forma, percebe-se que a jurisdição não é mais a única opção dos litigantes, havendo outras formas de chegarem à solução do conflito, tendo, assim, para cada tipo de lide uma forma adequada de resolução.

O autor aduz que em muitos casos a solução dada pelo poder judiciário é a mais indicada e necessária, mas devido o dinamismo que a sociedade vive, é natural que, respeitando as peculiaridades, há casos em que a resposta para o conflito não se encontra apenas com a sentença de um juiz, mas também com a autocomposição do conflito.

Vale ressaltar aqui o exemplo do professor Leonardo Carneiro da Cunha, citado na obra de Marco Aurélio Ventura Peixoto (2018, p.118) que explica que “a expressão multiportas decorre de uma metáfora: seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta

da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal.”

Cabe aqui abrir um parêntese para explicar brevemente cada uma das “portas”, para Geisa Cadilhe de Oliveira (2013) a heterocomposição é o meio onde as partes delegam a um terceiro a função de decidir seu problema podendo ser por meio da jurisdição ou arbitragem.

Segundo Luiz Antonio Scavone Júnior (2018, p.9) a solução através de poder judiciário se dá pela heterocomposição, em razão de a solução do conflito ser dada por um terceiro que possui poder para impor à norma aplicável ao caso.

O autor também explica que a arbitragem é um meio privado de solução de conflitos que tenham natureza patrimonial e que sejam disponíveis, no qual a solução decorre de uma sentença arbitral.

Autocomposição, segundo Daniel Amorim Assunção Neves (2018, p.63), é o meio de solução de conflitos em que não há a intervenção do poder jurisdicional. Segundo o autor, esse método é, atualmente, um excelente meio de pacificação, visto que não há imposição de decisão, mas sim a valorização da autonomia das partes na solução dos conflitos, dividindo-se em duas espécies: conciliação e mediação.

A Conciliação para Fredie Didier Jr. (2018, p. 276) é indicada para casos que não havia vínculo anterior entre as partes, neste método o conciliador possui uma atuação mais ativa, podendo até mesmo sugerir soluções.

Já a mediação, conforme Guilherme Almeida Vale e Luiz Fernando Vale (2018, p.71) baseia-se na intervenção de um terceiro imparcial na qual busca-se reestabelecer o diálogo para que eles por si próprios cheguem a uma solução.

As sessões são regidas pelos princípios da independência, imparcialidade, autonomia de vontade, confidencialidade, oralidade e informalidade.

A Lei de Mediação, nº 13.140/2015, veio para melhor definir a mediação, de modo que as partes tenham segurança.

Ocorre que ao ajuizar uma ação, conforme previsto pelo Código de Processo Civil, deverá, sempre que possível, haver uma audiência conciliatória e é neste momento que se vê a resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ - na prática, visto que instituiu os Centros Judiciários de Solução de Conflitos (CEJUSC) e é neste lugar que as partes irão se deparar com a primeira fase do processo, oportunidade em que solucionarão o conflito por meio da conciliação ou mediação, ou podem, ainda, usar a outra porta do judiciário e levar sua demanda adiante.

No âmbito da Justiça do Trabalho, prevê o artigo 813 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT - que as audiências se realizarão na sede do Tribunal e dispõe o artigo 844 que reclamante e reclamado devem comparecer sob pena de sofrerem sanções, como arquivamento, no caso de ausência do reclamante, e revelia, no caso de ausência do reclamado

Para regulamentar o rito das audiências que ocorrem no Cejusc, o Conselho

Superior da Justiça do Trabalho publicou a Resolução nº 174/2016, dispondo em seu artigo 5º, V, que deveriam ser instalados Centros Judiciários nos quais se realizariam as sessões de conciliação e mediação.

3 | CONCILIAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO SOB A ÓTICA DA RESOLUÇÃO Nº 125/2010 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E RESOLUÇÃO Nº 174/2016 DO CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO

Em 2010, o Conselho Nacional de Justiça publicou a Resolução de número 125, que estabelecia que os órgãos judiciários deveriam, antes da sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias.

Segundo Diogo Assumpção Rezende de Almeida, Fernanda Medina Pantoja e Samantha Pelajo (2016, p.4) a resolução foi instituída em razão de se ter percebido que havia um obstáculo a ser superado para melhor efetividade da Justiça, visto que foi aferido que o processo tradicional não era a melhor solução para que se resolvesse alguns tipos de conflitos.

Os autores também trazem em sua obra tópicos importantes sobre a Resolução, apontando que ela se deu com base em premissas pautadas na necessidade de que fosse consolidada uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios. (ALMEIDA; PANTOJA; PELAJO, 2016, p.4)

Os autores, citando a Resolução, demonstram que a sua edição também se deu em razão de o Conselho Nacional de Justiça ter percebido que a conciliação e mediação são efetivos instrumentos de pacificação social e solução e prevenção de litígios, visto que a apropriada disciplina em programas havia reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses. (ALMEIDA; PANTOJA; PELAJO, 2016, p.5)

Segundo Carlos Alberto de Sales (2019, p.1) a Resolução nº 125/2010 atende “à necessidade de internalização e disseminação social de que todo sistema de resolução de conflitos depende. Mais do que a regulamentação de condutas e a fixação de procedimentos, seus dispositivos foram idealizados para exercerem um papel predominantemente educativo.” Nesse sentido, “o plano era, na terminologia de um de seus principais incentivadores a disseminação de uma ‘cultura da paz’ em comparação à ‘cultura da sentença’.”

Freddie Didier Jr. (2018, p. 274) afirma que até a edição do atual Código de Processo Civil, a Resolução nº 125/2010 era o instrumento mais importante sobre mediação e conciliação, visto que instituiu a Política Pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses.

Assim, a Resolução nº 125 do CNJ foi um marco para o sistema multiportas (LORENCINNI, 2019, p.66) visto que criou órgãos como o CEJUSC, que, neste momento, faz-se oportuno que seja explicado. O Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania

é uma unidade do Poder Judiciário especializada em atendimento ao público para a solução consensual de conflitos.

Cejusc's são a unidade básica de justiça consensual junto aos fóruns, responsáveis por realizar as sessões de conciliação e mediação dos juízos por ela atendidos, no qual atuarão conciliadores capacitados segundo as normas do Conselho Nacional de Justiça (SALLES; LORENCINI; SILVA, 2019, p.3). Ressalta o autor Francisco José Cahali (2015 p.67) que os Centros não atendem somente as demandas de Conciliação e Mediação, mas também são voltados ao atendimento pré-processual do conflito.

A criação do Centro é prevista tanto na Resolução nº 125/2010, art. 7º, IV, como no art. 165, caput, do Código de Processo Civil. De texto semelhante, infere-se dos artigos que é dever dos tribunais a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania. Também se depreende da redação dos artigos que os Centros ficarão responsáveis pela realização das sessões de mediação e conciliação, assim como o desenvolvimento de programas destinados ao auxílio, orientação e estimulação à autocomposição.

Daniel Amorim Assunção Neves (2018, p.66) afirma que a iniciativa de criação dos Centros é interessante tendo em vista duas perspectivas: a primeira, quando se verifica que a implementação dos Centros retira do magistrado a tarefa de fazer a tentativa de conciliação ou mediação, pois nem sempre é o juiz a pessoa mais indicada para fazê-la, em razão de não possuir, na maioria das vezes, a técnica necessária e para que evite que o juiz seja acusado de prejulgamento.

O autor aduz que sob a segunda perspectiva, verifica-se a implementação dos Centros é interessante em virtude de que o Cejusc atuará de forma pontual nos processos e também ficará responsável pelo desenvolvimento, publicação e adoção de políticas voltadas à conciliação e mediação, de forma que a atividade será essencial para que se mude a mentalidade litigiosa tanto das partes como dos advogados (NEVES, 2018, p.66).

No âmbito da Justiça do Trabalho, o Conselho Nacional de Justiça estabeleceu em seu art. 18 - B que seria editada resolução específica dispoendo sobre a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses da Justiça do Trabalho. Ocorre que no ano de 2016 o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT) aprovou a Resolução de nº 174 que objetivou regulamentar a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito da Justiça do Trabalho.

Na Justiça do Trabalho do Estado do Acre, o Centro Judiciário de Métodos Consensuais de Solução de Disputas - CEJUSC de Rio Branco, foi implementado no dia 27 de novembro de 2017, sendo composto, desde sua implementação, por 4 conciliadores e 1 Magistrado coordenador. O Cejusc de Rio Branco/AC vinculado ao Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região, foi implementado visando o cumprimento das Resoluções nº 125/2010 do CNJ e 174/2016 do CSJT. Situado no Fórum Trabalhista Oswaldo Moura, juntamente com as 4 Varas do Trabalho, o Cejusc atua em processos de conhecimento, liquidação e execução, sendo a sua atuação principal voltada à realização de audiências

de Conciliação. Os processos chegam ao CEJUSC por meio da distribuição, feita automaticamente pelo sistema PJe. Ao peticionar, o reclamante já tem definição do dia e hora da audiência que ocorrerá no CEJUSC, de modo que todo novo processo passa obrigatoriamente pelo CEJUSC.

Embora a atividade precípua do Centro seja a realização de audiências de Conciliação, o CEJUSC, em caso de não realização de acordo, a depender da matéria, de fato ou exclusivamente de Direito, encaminhará o processo para que seja realizada perícia, ou não havendo necessidade de produzir prova pericial, para audiência de Instrução ou sendo o caso, envia-o concluso ao Juiz responsável para prolação da sentença. Também há decisões que podem ser tomadas pelo Juiz supervisor, como deferimento da citação por edital, decisão de arquivamento em caso de ausência do reclamante, revelia em caso de ausência do reclamado e homologação da desistência.

Segundo dados do TRT, no ano de 2019 foram realizadas 2.457 audiências, das quais 959 resultaram em acordos homologados. Na semana nacional de conciliação, ocorrida nos dias 27 a 31 de Maio de 2019, de 117 audiências realizadas resultou-se em 49 acordos homologados. Verifica-se na ata de correição do ano de 2019 que o Corregedor Regional do TRT 14 viu os números como positivos, parabenizando à unidade pelo desempenho, tendo em vista o cenário econômico do país que desfavorece a possibilidade de conciliação.

Conforme estes dados, infere-se que tais números de acordo também se deram por conta do cumprimento à resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça que em seu art. 12º aduz que nos Centros somente serão admitidos conciliadores e mediadores que sejam capacitados segundo as normas do CNJ e serão submetidos a aperfeiçoamento permanente. (SALLES; LORENCINNI; SILVA, 2019, p.3)

Carlos Eduardo de Vasconcelos (2019, p.819) afirma que a mediação de conflitos “não é apenas uma técnica, pois engloba valores e habilidades; engenho e arte; história e vida; aqui e agora.” Deste modo, não há uma “receita pronta”, mas uma combinação de vários fatores.

Deve-se não somente considerar os indivíduos na relação, mas também sua natureza e dimensões, observando qual método é mais conveniente para a situação concreta, atendo-se também a possíveis fatores de risco. (ZAPAROLLI, 2019, p.93)

No item 1.1 do conteúdo programático previsto na Resolução nº 125/2010 do CNJ verifica-se que como módulo dos cursos de capacitação tem-se o estudo de técnicas de negociação, mediação e conciliação. Uma importante técnica de negociação citada pela Resolução é o chamado *Rapport*, que deve ser usado pelo fato de que, durante as audiências, as partes se sentem mais expostas e conseqüentemente mais exaltadas, gerando um clima de tensão, o qual não é o melhor para obtenção de uma solução consensual. (SOUZA NETO, 2012, p.35)

Eugenio do Carvalhal, Gerssem Martins de Andrade, João Vieira de Araújo e Marcelo

Knust (2017, p. 90) definem o *rapport* como “a capacidade de estimular o outro a sentir que há uma sintonia entre ambos.”, sendo que parte da ideia de “ao espelhar a comunicação verbal e não verbal, assemelhando sua postura, velocidade dos gestos, tom, volume e velocidade da voz, quantidade de contato visual, o negociador aumenta as chances de se estabelecer o *rapport*, que ajusta a sintonia emocional, harmoniza, facilita o diálogo, a cooperação e aproxima as partes.”

O *rapport* abre a porta para outra ferramenta, citada pela Resolução nº 125/2010, chamada de escuta ativa, que nas palavras de Alliny Burich (2018), é uma ferramenta complexa, em razão de que escutar é muito mais do que ficar calado, é se esvaziar, para que as palavras do outro penetrem, como bem define é se fazer pequeno diante daquele que se coloca a falar e escutar de forma atenta e respeitosa.

A escuta ativa é uma capacidade, uma aptidão esta que faz o indivíduo fazer silêncio para que o outro fale, é parafraseá-lo, recontextualizando o que foi dito. Essa é uma característica de negociadores hábeis que dedicam 38,5% do seu tempo para obter e entender as informações que está recebendo. (CARVALHAL; ANDRADE; ARAÚJO; KNUST, 2017, p.55)

Ocorre que, em muitas situações, mesmo fazendo o uso dessas técnicas, o conciliador se depara com situações em que as partes chegam a se exaltar, principalmente na esfera trabalhista, na qual havia uma relação de hierarquia anterior e uma das partes encontra-se em posição de menor chance de defesa em relação à outra. Assim, quando no CEJUSC de Rio Branco verifica-se esse tipo de situação, os conciliadores optam por fazer uso da técnica denominada *caucus*.

De maneira sucinta Luiz Fernando do Vale e Guilherme Almeida Vale (2018, p.89) define a técnica *caucus* como reuniões realizadas entre o mediador e um dos envolvidos, sem que o outro esteja presente.

Citada por Almeida, Jonathan e Pelajo (2019, p.181) a técnica *caucus* é útil quando se percebe na audiência um clima de muita tensão e emoção, pois a separação das partes, para que somente uma converse com o mediador, possibilita que falem abertamente com ele, de modo que os ânimos possam ser acalmados e o mediador possa, inclusive, rever sua contribuição para o conflito.

Em uma audiência, no momento que as partes estão negociando, é fundamental, conforme Zapparolli (2019, p.110) que se trabalhe o problema e a expressão contida nas emoções, possibilitando que elas ampliem sua percepção.

Infere-se então a importância das técnicas, Fernanda Tartuce (2019, p.217) critica a postura do conciliador que somente tem a conduta de perguntar as partes se há ou não acordo. Segundo afirma, se a tentativa de conciliação não for realizada com técnicas apropriadas pode-se perder uma oportunidade importante de que se obtenha o consenso e que o processo seja encerrado ali mesmo, e, no momento da conciliação o conciliador não pode intimidar as partes, causando-lhes temor caso optem por prosseguir com a demanda.

Conclui-se, desse modo, que o uso das técnicas é essencialmente importante, pois essas auxiliam no momento da conciliação, entretanto, conforme o §2º do art.165 do CPC percebe-se que há vedação legal à utilização, pelo conciliador, de qualquer constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

Nas palavras de Homero Batista Mateus da Silva (2014) a ideia do uso de técnicas é buscar não somente a paz momentânea, mas a duradoura, que surge dos próprios envolvidos. Assim, em determinadas situações a solução consensual não será a mais adequada ao conflito, pois as partes ainda não estão prontas para conciliar ou somente uma sentença lhe trará o a certeza de que a “justiça” foi feita.

4 | PACIFICAÇÃO SOCIAL DE CONFLITOS NA JUSTIÇA DO TRABALHO PELO MEIO MAIS ADEQUADO

Dispõe o artigo 846 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT - que ao iniciar a audiência de Instrução e Julgamento, deverá o juiz propor a conciliação, entretanto, caso não haja acordo a audiência prosseguirá normalmente.

Em seguida o texto da lei traz em seu artigo 850 que terminada a instrução o juiz renovará a proposta de conciliação, sendo inclusive causa de nulidade caso não ocorra este ato.

Vale chamar atenção também ao artigo 852-E da CLT, que trata da audiência de conciliação no procedimento sumaríssimo, que ordena ao juiz que explique para as partes as vantagens da conciliação e que use de meios adequados para persuadi-las a conciliar o litígio.

Percebe-se, desta forma, o quanto o legislador e o poder judiciário prezam pela conciliação, especialmente na área trabalhista, entretanto, deve-se chamar atenção ao fato de que a conciliação é somente uma das portas do imenso sistema multiportas, de modo que não se pode forçar a todas partes e em todos os litígios que se tenha uma solução autocompositiva.

Daniel Amorim Assunção Neves (2018, p.652) chega a dizer que se criou um fanatismo pelos operadores do direito em favor da conciliação como forma preferencial de resolução de conflitos e que vale o questionamento de que não há sentido em obrigar as partes a participarem de uma audiência de conciliação.

Pontua Souza Neto (2012, p. 45) em sua obra a inadequação do ditado “mais vale um mau acordo do que uma boa demanda”, uma vez que deve ser deixado claro para as partes desde o início da sessão que o acordo que se busca é aquele que seja justo, pois esse verdadeiramente valerá mais do que qualquer demanda.

Em razão disso, Daniela Monteiro Gabbay (2019, p.140) afirma que muitos casos não devem ser levados à tentativa de autocomposição pois seriam melhor resolvidos pelo Poder Judiciário.

Fernanda Tartuce (2019, p.217) cita, inclusive, a argumentação que muitas vezes é usada nas audiências para convencer as partes a fazerem um acordo, a qual se trata de falar das desvantagens de estar em juízo como custos e demora do processo.

Segundo ela esse tipo de argumentação deve ser repudiada em razão de passar uma mensagem negativa de que a prestação jurisdicional possa produzir resultados eficientes. (TARTUCE, 2019, p.218).

Assim, infere-se que os meios autocompositivos não devem ser impostos às partes de modo que se sintam obrigadas a conciliar só por se sentirem pressionadas, visto que apesar da tendência do Poder Judiciário em impulsionar a resolução por meios consensuais, ainda há muitos casos que só serão resolvidos por outras portas como arbitragem e jurisdição.

Entretanto, deve levar-se em consideração que muitas partes usam o processo apenas como instrumento de vingança, especialmente na esfera trabalhista, na qual se ouve constantemente a palavra “ingratidão”, em casos assim observa-se que muitas vezes nem uma sentença lhe trará satisfação em razão de que há outros sentimentos envolvidos.

Assim, João Mello Baptista de Souza Neto (2012, p. 61) afirma que em muitos processos a mágoa acompanha os litigantes, de modo que o processo não é o meio mais adequado para solucionar a questão emocional do litígio.

Por fim, Souza Neto (2012, p.76) afirma que “o espírito de conciliação deve nortear os envolvidos nas disputas judiciais, uma vez que, por melhores que sejam as leis e a prestação da atividade jurisdicional, ninguém decide os conflitos mais adequadamente aos respectivos interesses do que os próprios litigantes.”

Dessa forma, a sessão é considerada um sucesso quando ajuda as partes a aclararem suas metas e as suas necessidades. (WARAT, 2018, p.101)

O consenso obtido, no entanto, deve ser verdadeiro, pois não adianta que o Poder Judiciário se contente com “pseudoautocomposições” que foram obtidas com pressão e intimidação, visto que conciliação deve ser usada para colaborar e aproximar. (TARTUCE, 2019, p.223)

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente trabalho buscou-se estudar sobre a evolução do paradigma do litígio e sua resolução, de modo que se passou a entender que nem sempre a judicialização da demanda garantirá que se alcance a pacificação social.

O Poder judiciário para alavancar o sistema multiportas criou resoluções como a de nº 125/2010 criada pelo Conselho Nacional de Justiça e a Resolução nº 174/2016 criada pelo Conselho Superior da Justiça do Trabalho, a fim de que os próprios tribunais incentivem as partes a conciliar.

No âmbito da Justiça do Trabalho, verificou-se que as conciliações ocorrem nos

Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, que devem ser integrados por servidores que tenham estudo técnico e capacitação para lidar com as partes e com os conflitos.

Abordou-se a técnica *rapport* muito importante em razão de que o processo das partes não deve ser pautado no critério preto no branco, mas de forma empática por todos.

Outra técnica abordada que está atrelada ao *rapport* é a escuta ativa, visto que em audiências percebe-se que as partes chegam cheias das próprias razões, sem sequer prestar atenção no que o outro fala e quando param para ouvir, inconscientemente já estão preparado a resposta, de modo que esse bloqueio muitas vezes dificulta o acordo.

Ainda, viu-se a técnica *caucus*, conforme se abordou é bastante utilizada no Cejusc de Rio Branco, em razão de conflitos trabalhistas exaltarem os ânimos das partes e perceber-se que ambas se sentem injustiçadas, com o uso da técnica viu-se que ao separá-las e conversar individualmente, os ânimos se acalmam e o diálogo é retomado.

Por fim, apesar da tendência conciliatória que se tem visto, não cabe nunca ao poder judiciário forçar as partes a conciliar, em razão de que um acordo forçado também não trará pacificação social, visto que o sistema multiportas não se trata só de conciliação e métodos autocompositivos, mas tal qual eles, a arbitragem e jurisdição também são de cunho importantíssimo, pois para muitos conflitos é o que traz satisfação aos litigantes.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA Fernanda Medina; PELAJO Samantha. **A mediação no novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. **Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes**. 2 ed. Bahia: Juspodvim, 2019.

BRASIL. **Ata da correição ordinária realizada no Centro Judiciário de Métodos Consensuais de Solução de Disputas de Rio Branco - CEJUSC - JT no dia 09 de outubro de 2019**. Disponível em: <http://www.trt14.jus.br/documents/10157/e608ee6a-8e66-4302-9e57-8aee9e50603>. Acesso em 24 de outubro de 2019.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**, de 01 de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 12 de outubro de 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 14 de outubro de 2019.

BRASIL. **Resolução nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>. Acesso em 25 de maio de 2019.

BRASIL. **Resolução nº 174 de 2016 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho**. Disponível em http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=235e3400-9476-47a0-8bbb-bccac94fab4&groupId=955023. Acesso em 24 de outubro de 2019.

BRAVO, Rafael. **Você sabe o que significa justiça multiportas?**. Disponível em: <http://www.eduardorgoncalves.com.br/2019/11/voce-sabe-o-que-significa-justica.html>. Acesso em 13 de novembro de 2019.

BURICH, Alliny. **Ouvir e escutar - Você sabe a diferença e seus benefícios na advocacia.** Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/ouvir-escutar/#comment-10956>. Acesso em 27 de junho de 2019.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CARVALHAL, Eugenio do; ANDRADE, Gerson Martins de; ARAÚJO, João Vieira de; KNUST, Marcelo. **Negociação e administração de conflitos.** 5 ed. Rio de Janeiro: FGV, 2017.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** 17 ed. Salvador: Juspodvim, 2015.

FARIA, Mariana. **O que a tecnologia tem a ver com o acesso à justiça?**. Disponível em: <http://dacordo.com.br/artigo/o-que-tecnologia-tem-a-ver-com-acesso-a-justica>. Acesso em 14 de outubro de 2019.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Negociação.** In: SALLES, Carlos Alberto; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; LORENCINI, Marco Antônio. *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem, curso de métodos adequados de solução de controvérsias.* 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

JÚNIOR, Luiz Antonio Scavone. **Manual de arbitragem mediação e conciliação.** 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil.** 10 ed. Salvador: Juspodvim, 2018.

OLIVEIRA, Geisa Cadilhe de. **Técnicas de Solução de Conflitos: autocomposição e heterocomposição.** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,tecnicas-de-solucao-de-conflitos-autocomposicao-e-heterocomposicao,46327.html>. Acesso em 25 de outubro de 2019.

PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura. **Fazenda Pública e Execução.** Fazenda Pública e Execução. 1 ed. Salvador: Editora Juspodvim, 2018.

PELLIZZOLI, Marcelo. **Cultura de paz: a alteridade em jogo.** 1 ed. Recife: Universitária da UFPE, 2009.

SALLES, Carlos Alberto; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; LORENCINI, Marco Antônio. **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem, curso de métodos adequados de solução de controvérsias.** 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SCHRODER, Letícia de Mattos; PAGLIONE, Gabriela Bonini. **Resolução 125 do cnj e os novos rumos da conciliação e mediação: Será, enfim, a vez da efetividade da prestação jurisdicional?** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?%20cod=18a411989b47ed75>. Acesso em 10 de agosto de 2019.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Técnicas de mediação para o aprimoramento do processo do trabalho**. Disponível em: <https://revistauniversitas.inf.br/index.php/UNIVERSITAS/article/view/127/103>. Acesso em 29 de outubro de 2019.

SOUZA NETO, João Baptista de Mello e. **Mediação em juízo: abordagem prática para obtenção de um acordo justo**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SOUZA, Zoraide Amaral de. **Arbitragem - Conciliação - Mediação nos Conflitos Trabalhistas**. 1 ed. São Paulo: Ltr, 2004.

TARTUCE, Fernanda. **Conciliação em Juízo: O que (não) é conciliar?**. In: SALLES, Carlos Alberto; SILVA, Paulo Eduardo Alves da; LORENCINI, Marco Antônio. *Negociação, mediação, conciliação e arbitragem, curso de métodos adequados de solução de controvérsias*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

VALE, Guilherme Almeida; ALMEIDA, Luiz Fernando do Vale de. **Manual de arbitragem e mediação**. 4 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Um programa para a capacitação de mediadores de conflitos no Brasil**. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. *Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes*. 2 ed. Bahia: Juspodvim, 2019.

WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*. In: YARSHEEL, ZANOIDE (coord.) **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005, p.684-861.

WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo: a mediação no Direito**. Florianópolis: Emodara, 2018.

ZAPAROLLI, Célia Regina. **Negociação, Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Método, 2012.

CAPÍTULO 13

JORNADA DE TRABALHO 12 POR 36: A LEGISLAÇÃO ATUAL APLICADA A TRABALHADORES DA ÁREA DA SAÚDE, REGIÃO DE RIBEIRÃO PRETO

Data de aceite: 04/01/2021

Data de submissão: 06/10/2020

Alexandre Montagna Rossini

Instituto Federal de Educação, Ciência e
Tecnologia de São Paulo
Sertãozinho – São Paulo
<http://lattes.cnpq.br/9722429361008858>

Maria Eduarda Henrique Vieira

Instituto Federal de Educação, Ciência e
Tecnologia de São Paulo
Sertãozinho – São Paulo
<http://lattes.cnpq.br/4805540254408948>

RESUMO: O trabalho dignifica o homem, mas também pode levá-lo ao esgotamento físico e emocional, por exemplo, quando exerce uma jornada de trabalho que permite a coexistência de mais de um emprego ou serviço. A oportunidade de aumentar a renda pode fazê-lo esquecer-se da própria saúde, mesmo que seu objeto de trabalho seja a saúde. É o caso da jornada especial 12 por 36, frequentemente realizada por trabalhadores desta área do conhecimento humano. A Reforma Trabalhista trazida pela Lei nº 13.647/2017, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, especificando em seu artigo 59-A a possibilidade de se indenizar os intervalos para descanso e refeição neste tipo de jornada. Para alcançar o objetivo geral de entender a realidade desses trabalhadores, que realizam esse tipo de jornada, na Região de Ribeirão Preto, estudou-se o trabalho para

Karl Marx, o mercado de trabalho e a legislação vigente; formulou-se questionário, o qual foi aplicado de forma presencial e pela Internet. A partir das respostas obtidas pelos entrevistados, concluímos que apesar do desgaste ocasionado por essa jornada de trabalho, os trabalhadores se sentem satisfeitos e não notaram mudança em seu ambiente de trabalho após a reforma trabalhista.

PALAVRAS-CHAVE: Jornada de trabalho especial; reforma trabalhista; área da saúde.

WORKING DAY 12 BY 36: THE CURRENT LEGISLATION APPLIED TO HEALTH FIELD-WORKERS, IN RIBEIRÃO PRETO REGION

ABSTRACT: Work dignifies man, but it can also lead him to physical and emotional exhaustion, for example, when he has a working day that allows more than one job or service to coexist. The opportunity to increase your income can make you forget your own health, even if your object of work is health. This is the case of the special 12-by-36 day, often performed by workers in this area of human knowledge. The Labor Reform brought by Law 13.647 / 2017, which amended the Consolidation of Labor Laws - CLT, specifying in its article 59-A the possibility of indemnifying the rest and meal intervals in this type of journey. In order to achieve the general objective of understanding the reality of these workers, who carry out this type of journey, in the Ribeirão Preto Region, work was studied for Karl Marx, the labor market and the current legislation; a questionnaire was formulated, which was applied in person and over the Internet. From the

responses obtained by the interviewees, we concluded that despite the wear and tear caused by this workday, workers feel satisfied and did not notice a change in their work environment after the labor reform.

KEYWORDS: Special workday; labor reform; health area.

1 | INTRODUÇÃO

Para Karl Marx (1975), o salário pago ao trabalhador é o mínimo para que subsista esta classe e sua família; ainda explica que enquanto o capitalista sofre o dano sobre seu lucro, o trabalhador em sua existência. Complementa dizendo que quanto mais o trabalhador quer ganhar, mais tem de sacrificar seu tempo e realizar um trabalho onde sua liberdade está alienada ao serviço da avaréza.

Na área da saúde é comum que os empregados laborem sob o regime de plantão, normalmente contendo 12 horas de trabalho contínuo. Assim, adota-se o sistema de jornada de trabalho especial 12x36, no qual o empregado trabalha doze horas e descansa trinta e seis.

A pesquisa teve como objetivos, dentre outros, apurar se os empregados do setor da saúde que trabalham sob esse regime 12x36, descansam as 36 horas ou utilizam dessa folga para trabalhar em outros empregos ou serviços e se observaram alguma diferença após a última Reforma Trabalhista, pois a lei nº 13.647/2017, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, trouxe uma nova perspectiva sobre esse tipo de jornada, possibilitando a indenização dos horários reservados para descanso e/ou alimentação.

2 | MATERIAL E MÉTODOS

A pesquisa enquadra-se nas Ciências Sociais Aplicadas, mais especificamente em Direito do Trabalho. Para sua realização, utilizou-se pesquisa bibliográfica - livros, artigos, revistas e legislações - e aplicação de questionário. É uma pesquisa de natureza descritiva, com análises quantitativas e qualitativas, já que os entrevistados responderam a perguntas fechadas e abertas.

Primeiramente, buscou-se compreender o “trabalho”, estudando-se a teoria clássica marxista; na sequência, ter noções acerca do mercado de trabalho da área da saúde; ato contínuo, pesquisou-se a legislação em vigor para os trabalhadores que atuam no setor da saúde por meio da jornada de trabalho especial 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso.

Com base nesses estudos e nos objetivos geral e específicos da pesquisa, elaborou-se questionário, que foi enviado via e-mail, aplicativo WhatsApp e aplicado pelo Google Forms ou pessoalmente a trabalhadores que se enquadram nessa situação profissional, durante os meses de julho de 2019 a outubro de 2019. Foram obtidas respostas de 37 voluntários anônimos.

O questionário está constituído de dezessete perguntas fechadas de múltipla escolha e três abertas, de modo a permitir análises quantitativas e qualitativas que atendam aos objetivos propostos

3 I CONCEPÇÃO E TRAJETÓRIA DO TRABALHO

A palavra “trabalho” é originária de “tripalium”, do latim vulgar, e significa instrumento de tortura composto de três paus. Nas primeiras civilizações, como na Grécia Clássica, o trabalho braçal era visto como desonroso e por esse motivo pertencia aos escravos, geralmente prisioneiros de guerra, estrangeiros, e mesmo os homens livres que obtinham sua renda de atividades lucrativas eram tratados com desprezo. (FÜHRER; FÜHRER, 2015, p. 17)

Aos poucos a escravidão deixou seu viés político e trouxe à tona seu lado econômico. Nota-se que a escravidão sempre esteve presente nas sociedades. No Feudalismo, ocorrido na Europa, haviam os senhores feudais e seus servos; estes viviam uma liberdade contida, recebiam um pedaço de terra do senhor feudal para se sustentar e em troca ofereciam sua lealdade e eram obrigados a pagar tributos, muitas vezes abusivos, como a talha em que tudo que produzisse, metade era do senhor feudal e a corveia em que o servo era obrigado a prestar serviços nas terras ou instalações do senhor feudal de três dias a quatro dias; os serviços iam desde manutenção do castelo ao plantio e cultivo das terras do senhor. (FRANCO JR, 1983, p. 32-33)

A partir do século XVI o sistema de servidão entra em crise, surgem as vilas e cidades e, assim, os artesãos eram agrupados em corporações de ofícios. Nessas corporações havia o mestre, dono da oficina e único autorizado a lucrar sobre determinada atividade profissional, subordinado ao mestre havia o companheiro ou oficial, o trabalhador remunerado da oficina. Existia a possibilidade, embora remota, de o companheiro se tornar mestre, através de uma prova da “obra-mestra”, na qual desenvolvia uma obra de alto grau de dificuldade e o resultado era julgado pelos mestres integrantes das corporações de ofícios. As corporações eram responsáveis pelo mundo do trabalho, impunham regras muito rígidas sobre salários e métodos de produção. Essa rigidez inviabilizou as corporações quando as cidades cresceram e surgiram as ideias capitalistas mercantilistas. (FÜHRER; FÜHRER, 2015, p. 19)

Com o avanço tecnológico e o êxodo rural, nos séculos XVIII e XIX, se instala a Revolução Industrial na Inglaterra, transformando as oficinas de artesãos em fábricas, surgindo a produção em grande escala. Havendo uma grande oferta de mão de obra e não tendo controle estatal, e devido às ideias liberais de Adam Smith resumidas em “deixar fazer, deixar passar”, na qual o Estado se afasta totalmente dos assuntos da vida econômica, os salários foram fixados a níveis baixos enquanto a jornada de trabalho era ampliada para além dos limites físicos humanos. Por uma questão econômica, na Revolução Industrial,

utilizava-se da força de trabalho de crianças, com até 6 anos. A jornada de trabalho era de 14 ou 15 horas, conhecida como “jornada de sol a sol”, haveria trabalho enquanto houvesse luz. Com a chegada da iluminação, as jornadas passaram a durar até 18 horas. Havia ainda relatos de o empregador aplicar castigo físico ao trabalhador por erros ou atrasos, como se fazia com os escravos. E os salários não eram suficientes nem para a moradia ou para uma alimentação adequadas. O ganho era apenas o suficiente para não morrer imediatamente de fome. (FÜHRER; FÜHRER, 2015, p. 20-21)

No Brasil, segundo Dante Henrique Moura, o modelo de desenvolvimento socioeconômico é baseado nas exportações agroindustrial, agropecuária e de matérias primas e na importação das tecnologias produzidas nos países de capitalismo avançado. Essa dependência histórica da economia externa faz com que o país não tenha desenvolvido um modelo que atenda às suas necessidades e melhorias sociais e econômicas. (MOURA, 2008, p. 194-195)

Em a Ideologia Alemã, Marx e Engels discorrem sobre os dois aspectos distintos do indivíduo: o pessoal e o profissional, exemplificando como este condiciona a personalidade daquele. Portanto, o homem não é a sua ideologia, “compêndio das ilusões através das quais os homens pensavam sua própria realidade de maneira enviesada deformada, fantasmagórica” (2001, p XXI e XXII), e sim sua atividade real, sendo parte fundamental desta o trabalho.

A atividade real, a qual é citada por Marx como processo de desenvolvimento, é consequência da produção e do modo de circulação desses produtos, estes resultados da necessidade dos homens; como beber, dormir, comer, vestir e dentre outros.

No mesmo livro, Marx observa que enquanto o capitalista sofre o dano sobre o seu lucro, o trabalhador sofre em sua existência. Em seguida, complementa dizendo que quanto mais o trabalhador quer ganhar, mais tem de sacrificar seu tempo e realizar um trabalho onde sua liberdade está alienada ao serviço da avareza.

4 | TRABALHO NA ÁREA DA SAÚDE

O mercado de trabalho na área da saúde abrange uma diversificada mão de obra, isso faz com que esse setor absorva as transformações do mercado de trabalho em geral, com muita rapidez. Os motivos dessa diversificação, segundo Machado, Oliveira e Moyses (2011, p. 104) é a falta de consenso sobre as definições das atividades exercidas pelas diferentes categorias profissionais e ainda a própria evolução tecnológica no ramo da saúde, que recria um novo perfil profissional, caracterizado pela ampliação de competências específicas. Existe ainda as modalidades de tratamento, que interferem no perfil do profissional, que vão desde as clínicas, hospitais, ao serviço a domicílio, chamado de *homecare*.

O regime de trabalho do profissional da saúde, especialmente auxiliares, técnicos

de enfermagem e enfermeiros, costuma ser por plantões e a maior parte tem jornada de trabalho de 31 horas semanais até 60 horas semanais. (Machado, Oliveira, Lemos, Lacerda, Aguiar Filho, Wermelinger, Vieira, Santos, Souza Junior, Justino, Barbosa, 2015, p. 42) Na esfera municipal observa-se que a maior parte encontra-se empregado na rede pública, seguido dos celetistas, prestadores de serviços e por último os contratados temporariamente. (Machado, Oliveira, Lemos, Lacerda, Aguiar Filho, Wermelinger, Vieira, Santos, Souza Junior, Justino, Barbosa, 2015, p. 40)

5 I A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

A legislação trabalhista surgiu como uma forma de impulsionar e manter a exploração capitalista sobre o trabalho alheio, mas é certo que o Direito do Trabalho tenta fornecer um patrimônio jurídico sólido ao empregado, para que este possa estabelecer uma base moral e econômica para o desenvolvimento da sociedade capitalista. (SOUTO MAIOR, 2017, p. 152)

Assim, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 determina que um dos direitos dos trabalhadores urbanos e rurais é o do salário mínimo, fixado por lei, e que este deve satisfazer as necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família.

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

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

Ainda segundo a Constituição, no artigo 7º, XIII, a jornada de trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, sendo permitida a compensação de horários e a redução de jornada por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho. E logo após no mesmo artigo, no inciso XVI define que o excesso do horário de trabalho deverá ser remunerado, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal.

A jornada de trabalho especial 12x36, anterior a Reforma Trabalhista, só era válida por meio das Convenções Coletivas, porém o horário de intervalo intrajornada de uma hora era obrigatório e estava contido nas doze horas de trabalho. Logo o trabalhador devia trabalhar onze horas e usufruir de uma para sua alimentação e/ou descanso.

A Lei 13.467/2017, acrescentou o artigo 59-A a Consolidação das Leis do Trabalho, regulamento por fim esse tipo de jornada, conforme transcrita abaixo:

Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas

por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

Parágrafo único. A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no caput deste artigo abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73 desta Consolidação.

Além disso, trouxe a possibilidade, através do referido artigo, que os intervalos para repouso e alimentação poderão ser indenizados. E o valor desta indenização estará inclusa já na remuneração mensal acordada.

6 | RESULTADOS

Ao analisar os dados coletados através dos questionários aplicados, há uma quebra do senso comum de que trabalhadores da área da saúde trabalham em mais de um emprego, visto que 31 dos 37 entrevistados responderam que trabalham em apenas um emprego/serviço. E ao contrário do que se imaginava, segundo as informações obtidas, a jornada semanal máxima de 44 horas é respeitada.

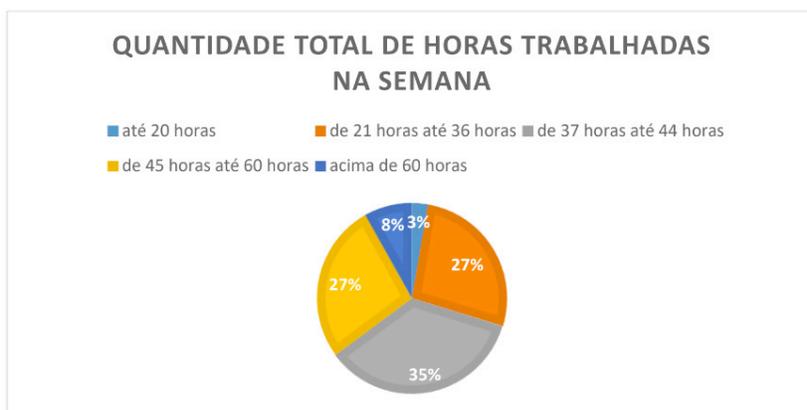


Gráfico 1 – Total de horas semanais laboradas pelos dos trabalhadores na área da saúde na Região de Ribeirão Preto

Fonte: Pesquisa realizada com trabalhadores da área da saúde da Região de Ribeirão Preto que realizam a jornada de trabalho especial 12x 36 (Rossini; Vieira, 2019)

Com relação às horas ininterruptas de trabalho, 22 (vinte e duas) pessoas responderam que fazem apenas 12 horas, porém 15 (quinze) dizem que fazem mais de 12 horas. E conforme respostas coletadas através do questionário, o excesso de labor, traz efeitos negativos à saúde desses trabalhadores. Além disso, essas pessoas lidam

diariamente com a saúde de terceiros, e o cansaço físico e emocional pode acarretar erros.

Desgaste Físico	Desgaste Emocional
Dores de cabeça	Desmotivação
Dores na coluna	Cansaço mental
Dores nas pernas	-
Viroses	-
Insônia	-

Quadro 1 – Problemas de saúde enfrentados pelos trabalhadores da área de saúde da Região de Ribeirão Preto, por uma jornada de 12 horas de trabalho e 36 horas de descanso

Além de praticarem uma jornada extensa de trabalho, a pesquisa traz dados de que o intervalo intrajornada não é realizado corretamente. De acordo com 49% dos respondentes, os intervalos são de até 15 minutos, ou seja, não possuem um intervalo condizente com sua jornada de trabalho. Já que o Art. 71 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, determina que quando a duração do trabalho é menor que seis horas, mas excedentes a quatro horas, o trabalhador terá direito a um intervalo de 15 minutos, e seis horas de trabalho ou mais o intervalo deve ser de 1 hora a 2 horas. Entretanto devemos esclarecer que a Reforma Trabalhista trouxe uma peculiaridade para a jornada 12x36 com a inclusão do Art.59-A na CLT, regularizando a supressão do intervalo intrajornada desde que seja indenizado.

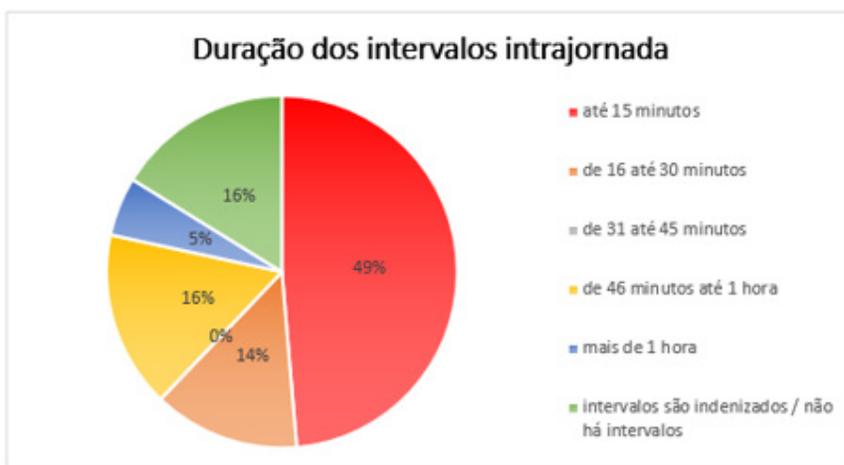


Gráfico 2 – Duração dos intervalos intrajornada

Fonte: Pesquisa realizada com trabalhadores da área da saúde da Região de Ribeirão Preto que realizam a jornada de trabalho especial 12x 36 (Rossini; Vieira, 2019)

Ao serem questionados se conseguem descansar 24 horas semanais, 41% respondeu às vezes e 5% não. No entanto o Descanso Semanal Remunerado é um direito do empregado previsto na Lei nº 605/1949 e no Art. 67 da CLT. Esse resultado mostra uma infração ao direito do trabalhador. E, por conta disso, não conseguem ter muitos momentos de lazer com amigos e família, já que ao serem questionados sobre isso, a maioria respondeu que estes momentos acontecem até duas vezes ao mês.

Quando questionados sobre a satisfação com a remuneração recebida, 27 (vinte e sete) pessoas respondem entre excelente e razoável; quanto ao valor que recebem, 54% respondem entre R\$ 1.001,00 e R\$ 2.000,00. Considerando que a maior parte dos entrevistados são técnicos de enfermagem, condiz com o piso salarial estabelecido pelo Sindicato da Categoria, pois na convenção coletiva de 2018-2020 prevê que o salário base dos técnicos de enfermagem seja de R\$ 1.550,87, com jornada mensal de 180h.

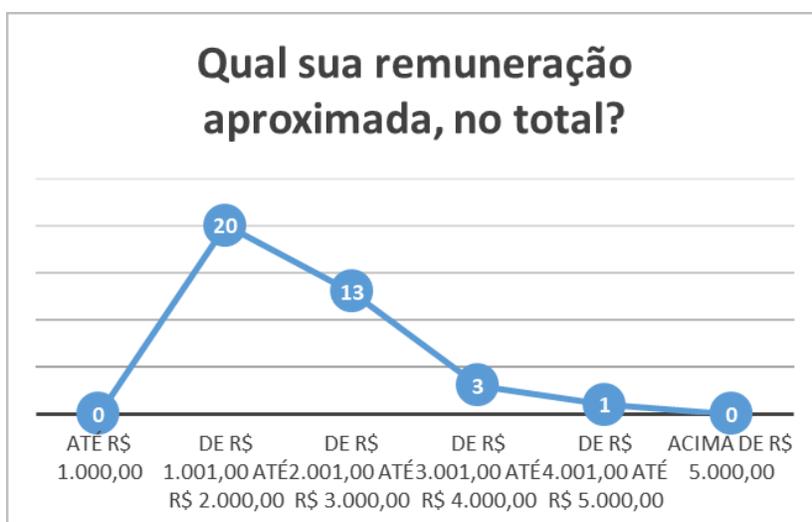


Gráfico 3 – Remuneração dos trabalhadores na área da saúde na Região de Ribeirão Preto-SP.

Fonte: Pesquisa realizada com trabalhadores da área da saúde da Região de Ribeirão Preto que realizam a jornada de trabalho especial 12x 36 (Rossini; Vieira, 2019)

Embora os números quanto à remuneração mostrem contentamento com os valores recebidos, os entrevistados quando questionados sobre a satisfação de realizar a jornada 12x36, em questão aberta, se dividiram entre gostarem de trabalharem desse modo, e outros questionaram os salários, contrariando dados anteriores sobre a remuneração, e ainda demonstraram o esgotamento físico e mental por trabalharem tanto.

Trabalhador A	É bom, pois você consegue trabalhar e resolver problemas pessoais durante a semana.
Trabalhador B	Exaustiva, porém bem remunerada.
Trabalhador C	Se fosse apenas 12x36 estaria bom, mas por pagarem mal, fazemos até 12 horas todos os dias e sem folga.
Trabalhador D	Realizei essa jornada de trabalho em meu serviço anterior, foi a pior experiência que tive em 18 anos de profissão. Além do cansaço, os cuidados ficam a desejar. É impossível ter a mesma energia o dia todo.
Trabalhador E	É preferível para nós, optarmos por dois empregos, porém deveríamos ser mais valorizados com relação ao salário. Dessa forma não seria necessário trabalhar em dois empregos para ganhar o que outras pessoas ganham em apenas um.

Quadro 2 – Opinião e nível de satisfação com a Jornada de Trabalho 12x36

71 CONCLUSÃO

Em “Manuscritos Econômicos – Filosóficos”, Karl Marx afirma que o salário é determinado pela luta entre o capitalista e o trabalhador, logo analisando os dados coletados sobre a remuneração dos trabalhadores e sua satisfação, conclui-se que o conformismo com os valores pagos deverá influenciar para que esse valor permaneça o mesmo.

Conclui-se também, que, contrariando o senso comum de que trabalhadores da área da saúde labutam em mais de um emprego, 31 pessoas das 37 entrevistadas trabalham em apenas um emprego e, embora apontem alguns problemas de saúde como dores de cabeça e nas costas, desgaste físico e emocional, a maior parte se sente satisfeito em trabalhar com essa jornada.

Sobre as mudanças percebidas em seu ambiente de trabalho após a Reforma Trabalhista de 2017, 94% dos respondentes afirmam não terem notado nenhuma mudança, alguns justificam a resposta por não terem trabalhado em período anterior, enquanto os demais simplesmente apontam a resposta negativa. Nesse ponto, parece que a legislação foi alterada para “legalizar” a situação corriqueira de não serem respeitados os intervalos intrajornadas, já que 49 % dos pesquisados só têm 15 minutos de descanso entre as 12 horas de trabalho e 63 % têm até meia hora. E o trabalhador, mais uma vez, aceita.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei nº 5.442, de 1º de maio de 1943. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo; FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Resumo de Direito do Trabalho**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2015. 200 p. v. 9.

MACHADO, et al. **Mercado de trabalho da enfermagem**: aspectos gerais. Revista Enfermagem em Foco, Brasília/DF, v. 7, p. 35-53, 2016. DOI <https://doi.org/10.21675/2357-707X.2016.v7.nESP>. Disponível em: <http://revista.cofen.gov.br/index.php/enfermagem/issue/view/21>. Acesso em: 19 jun. 2019.

MARX, K. **Manuscritos Econômicos** - Filosóficos. Tradução de Artur Mourão. 70. ed. Lisboa Portugal, 1975.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **A Ideologia Alemã**. 2. ed. Martins Fontes. São Paulo: 2001. Tradução de Luis Claudio de Castro e Costa.

MOURA, Dante Henrique et al. **A formação docente para uma educação profissional e tecnológica socialmente produtiva**. Educação Superior em Debate: Formação de Professores para Educação Profissional e Tecnológica, Brasília-DF, v. 8, p. 193-223, 2008.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **A “CLT de Temer” & CIA. LTDA**. Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da Bahia, Salvador, BA, v. 6, n. 9, p. 122-144, out. 2017.

JUDICIÁRIO E TRABALHO ESCRAVO ILEGAL NO BRASIL: DA LEI FEIJÓ AO ART. 149 DO CÓDIGO PENAL

Data de aceite: 04/01/2021

Data de submissão: 06/10/2020

Daniela Valle da Rocha Muller

NEPP-DH/ UFRJ

Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região/RJ
<http://lattes.cnpq.br/6991815335122427>

RESUMO: Buscar, conhecer e preservar a memória da escravidão ilegal no Brasil é fundamental para superar, hoje, a exploração também ilegal do trabalho forçado, realizado em condições análogas a de escravo. Através da comparação entre a reação do Judiciário Brasileiro perante a denúncia de escravização ilegal de seres humanos, no séc. XIX com base nas Leis Feijó (1831) e Eusébio de Queirós (1850) e no séc. XXI com base na Lei 10.803/2003, que alterou o art. 149 do CPB, busca-se identificar os pontos de contato e semelhanças que permitam compreender a perpetuação do trabalho prestado em condições análogas a de escravo no Brasil.

PALAVRAS - CHAVE: Trabalho forçado; escravidão ilegal; direito à memória; jurisprudência.

JUDICIARY AND ILLEGAL SLAVE LABOR IN BRAZIL: FROM FEIJÓ LAW TO ART. 149 OF THE PENAL CODE

ABSTRACT: Seeking, knowing and preserving the memory of illegal slavery in Brazil is fundamental to overcome, today, the illegal exploitation of

forced labor, carried out under conditions similar to those of slavery. By comparing the reaction of de Brazilian Judiciary to the complaint os illegal enslavement of human beings in the 19th century based on the Feijó (1831) and Eusébio de Queirós (1850) Laws and in the 21th century based on Lew 10803/2003 that amended art 149 of de Brazilian Penal Code, it seeks to identify the contact points and similarities that allow us to understand the perpetuation of the work performed under slave-like conditions in Brazil.

KEYWORDS: Forced labor; illegal slave labor; right to memory; Jurisprudence.

1 | INTRODUÇÃO

A busca e a preservação da memória são necessárias para ampliar os saberes sobre nossas origens e dinâmicas sociais e, assim, agregar pontos de vista ordinariamente desconsiderados para tentar compreender melhor os fenômenos sociais atuais. Nesse intuito, o presente texto se propõe a relacionar a postura do Judiciário brasileiro diante das denúncias de escravidão ilegal no séc. XIX, com o seu posicionamento nesse início de séc. XXI frente às denúncias de trabalho em condições análogas à de escravo.

O direito à memória consiste em garantir à coletividade acesso aos acontecimentos do passado que ficaram ao largo dos registros e da história oficial, mas que são fundamentais para compreender as relações de opressão vivenciadas na atualidade. Consta na história

“oficial” do Direito do Trabalho que “o escravo brasileiro, salvo raras exceções, não trouxe ao progresso do nosso país senão trabalho braçal na forma mais primitiva”, logo, não teria “anseio de uma igualdade jurídica, de obtenção de direitos e regalias” por eles desconhecidos (VIANNA, 2000, pp. 29; 51). Seriam, portanto, pessoas inaptas ao trabalho livre e subordinado, próprio do atual modo de produção e, por isso, essa história oficial nos conta que “apenas a contar da extinção da escravatura (1888) é que se pode iniciar uma pesquisa consistente sobre a formação e consolidação histórica do Direito do Trabalho no Brasil.” (DELGADO, 2012, p.105). Será?

Nesse aspecto, a doutrina justralhista hegemônica no Brasil está alinhada com a visão do historiador Caio Prado Júnior, segundo o qual “a contribuição do escravo preto ou índio para a formação brasileira é, além daquela energia motriz, quase nula” (*apud* VIANNA, 2000, p.29) o que denota o apagamento da história de milhares de pessoas que constituíram a sociedade brasileira, trabalhadores e trabalhadoras que não se resumiam a mera “energia motriz”.

Parece ser necessário acrescentar outras narrativas a essa história, que falem da luta de mulheres e homens ilegalmente escravizados e demonstraram anseio por igualdade jurídica a ponto de demandar judicialmente o direito de se tornarem pessoa e, desse modo, um trabalhador livre, isso décadas antes de 1888. Resgatar essa memória é fundamental para enfrentar, hoje, a persistência do trabalho realizado em condições análogas a de escravo. Quando não buscamos esse passado renegado, continuamos repetindo as injustiças. O sociólogo Jessé Souza (2017, p.169) alerta sobre a necessidade de identificar e compreender os efeitos sociais da “herança intocada da escravidão e nunca verdadeiramente compreendida e criticada entre nós”.

Através do resgate dessa memória é possível identificar elementos que nos ajudem a detectar as semelhanças e diferenças, os pontos de contato e de distanciamento entre o trabalho escravo ilegal de ontem e de hoje para, desse modo, romper o histórico de hiper-exploração de certos grupos sociais, em especial os descendentes dos antigos escravos, cujo trabalho farto e barato ainda hoje é explorado pelas classes sociais privilegiadas.

2 | JUSTIÇA E ESCRAVIDÃO ILEGAL NO BRASIL DO SÉC. XIX

A escravidão é um fenômeno marcante na constituição da América Portuguesa, presente desde o início da ocupação e dominação do território onde posteriormente se instalou o Brasil enquanto Estado-nação. A justificação inicial para escravizar era moral: a salvação de milhões de almas negras através do “resgate”¹. A América Portuguesa começa a importar africanos no período compreendido entre 1551-1575, quando também há autorização para escravização dos povos originários, então chamados de “negros da

1 Em linhas gerais acreditava-se que o africano e o ameríndio eram duplamente resgatados pelo europeu cristão: com o salvamento das suas almas imortais através do batismo e com a preservação de suas vidas, pois na qualidade de prisioneiros de guerra, deixariam de ser mortos e até mesmo devorados por seus captores ao serem trocados por mercadoria ou dinheiro, por isso, considerava-se justo que eles retribuíssem com trabalho o “resgate” consumado pelo senhor.

terra”².

O comércio e a exploração da mão de obra escrava se ampliaram amparados em bulas papais e normas onde se regulava desde o limite da punição a ser aplicada aos escravos até o recolhimento de impostos sobre o comércio dessas pessoas.

A partir das revoltas burguesas do final do séc. XVIII e do pensamento liberal que se estabelece a partir de então, as premissas da escravidão colonial são questionadas e abaladas em razão da reforma protestante na Inglaterra e dos princípios liberais como o da liberdade e da igualdade, entre outros fatores. Em decorrência, “desde o século XIX a Europa debate sobre a escravidão, sua legitimidade e sua legalidade” (FERRERAS, 2017, p. 85).

No caso do Brasil, o processo através do qual foram incorporados os ideais liberais, que forjaram o sistema de livre comércio e o Estado constitucional, não representou o declínio da exploração de trabalho escravo, ao contrário, entre 1822 e 1888 vigorou no país uma “segunda escravidão”³, quando o comércio de escravos aumentou por conta da demanda gerada pela mercancia externa de produtos agrícolas como cana-de-açúcar⁴ e café⁵.

Durante todo o séc. XIX essa demanda por mão-de-obra escrava confrontou a pressão contra o tráfico. Em 1810 Portugal e Inglaterra assinaram um Tratado de Aliança e Amizade, com base no qual “já em 1812 os ingleses capturavam navios portugueses na África, para desespero dos comerciantes e agricultores ‘de bem’” (SILVA, 2018, p. 224). Apesar das imposições britânicas contra o tráfico⁶, o processo de abolição da escravatura

2 O Alvará Régio de 1559, por exemplo, “autorizava aos senhores de engenho a importação de 120 africanos por apenas um terço das taxas normais” e o Alvará de 20.03.1570 do rei de Portugal permite a escravização de indígenas – negros da terra - mediante “resgate” (PEDROSO, 2011, p.43).

3 “A teoria da segunda escravidão dialoga com uma vasta gama de autores e correntes, dentre os quais é possível mencionar três influências principais: os fundamentos econômicos de O Capital e dos Grundrisse de Marx, a concepção de “moderno sistema-mundo” de Immanuel Wallerstein e os dados historiográficos e econométricos inventariados pela New Economic History, de matiz liberal./ Dale Tomich, lançando um olhar mais incisivo à escravidão em sua especificidade histórica, foi capaz de enxergar distinções marcantes entre as relações sociais escravistas dos séculos XVI a XVIII, e posteriormente aquele modelo que se consolidou no século XIX em total interação com a economia capitalista industrial que se consolidou na Inglaterra pós-Revolução Industrial, malgrado o discurso liberal antiescravista que ali subsistia./ Segundo a investigação levada a cabo pelo autor, a hegemonia econômica alcançada pela Grã-Bretanha britânica após a Revolução Industrial redundou numa tal transformação no moderno sistema-mundo que, se em determinadas regiões ensejou o declínio da forma de trabalho escrava, em outras regiões foi a responsável pela sua ressignificação no cenário internacional, o que levou, no decorrer do século XIX, o tráfico negreiro a proporções nunca antes atingidas.” (GONÇALVES, 2018).

4 “o Brasil escravista produziu principalmente açúcar branco, já pronto para o consumo individual. Uma proporção menor era de açúcar mascavo” (GORENDER, 1978, p.104) assim, o açúcar já era refinado nos engenhos que funcionavam como uma indústria rudimentar no Brasil, o que não acontecia em outros fornecedores de cana-de-açúcar, como, por exemplo, as colônias francesas nas Antilhas.

5 De acordo com Lélia Gonzales (2018, 66) “foi a partir da cultura cafeeira que se desenvolveria o processo de acumulação primitiva necessário à estruturação do capitalismo”.

6 Inglaterra combatia o tráfico, mas não exatamente a escravização de africanos com o fito de produzir em larga escala. Em que pese a existência de movimentos abolicionistas na Inglaterra, nos séculos XVIII e XIX a indústria inglesa nada seria sem os baratíssimos insumos produzidas por mãos escravas, essencialmente o algodão que alimentava os teares, o café e o açúcar que literalmente estimulavam os operários a trabalharem no limite de suas forças; o açúcar é fundamental, ainda, na indústria alimentícia.

dentro do Brasil se arrastou por praticamente todo o século XIX. Com isso, também se manteve o comércio de pessoas escravizadas tanto legal quanto ilegalmente.

Em termos legislativos, o processo da abolição da escravidão no Brasil iniciou em 1823, com o projeto de lei apresentado por José Bonifácio, e finalmente se concluiu em 13 de maio de 1888, quando foi promulgada a Lei Áurea. Nota-se, pois, que esse processo foi marcado pelo gradualismo, com leis para “inglês ver” e projetos que levavam o escravo a sonhar com o fim do cativeiro. Os escravocratas emplacaram um lentíssimo processo rumo à abolição total da escravidão, constituído:

Principalmente de leis aprovadas e não cumpridas, o que exigiu novas regulamentações. [...] Por gradualismo, podem ser entendidos três elementos: a abolição não se deu, obviamente, em todos os lugares ao mesmo tempo; houve um intenso vaivém no processo legal de extinção da escravidão em muitos países; procedimentos similares foram adotados em muitas nações: proibição do tráfico, interdição do comércio interno, intensificação das alforrias, libertação dos nascituros, emancipação dos idosos e abolição total. (SILVA, 2018, p. 166)

É no bojo desse processo lento, gradual e seguro para os escravocratas, que são editadas as Leis Feijó, de 07.11.1831, e a Eusébio de Queirós, de 04.09.1850. A primeira garantia em seu art. 1º que “Todos os escravos, que entrarem no território ou portos do Brazil, vindos de fóra, ficam livres”. O art. 2º previa punição penal e pecuniária aos “importadores de escravos” assim considerados o comandante, mestre e contramestre do navio, comerciantes e compradores das pessoas ilicitamente traficadas e o art. 5º previa que a Fazenda Pública pagaria aos delatores desse crime a quantia “de trinta mil réis por pessoa apprehendida”.

Mesmo com o incentivo financeiro, a Lei Feijó não conseguiu “pegar”. O jornalista e historiador Juremir Machado da Silva (2017, p.232) observa que a concretização dessa norma:

dependia da Justiça. Na verdade, dependia de uma cadeia de atores brancos para resultar em benefício aos escravos negros. A ponta final da cadeia era a Justiça, composta, em geral, por homens brancos ricos ligados aos interesses escravistas mais ferrenhos. [...] A justiça foi um dos maiores sustentáculos da escravidão no Brasil, mesmo quando dispunha de instrumentos legais para agir em defesa do princípio da liberdade e da dignidade humana. [...] Pode-se afirmar que a Justiça boicotou a lei que proibia o tráfico, o parlamento fez que não viu, a sociedade mostrou-se indiferente e os traficantes agiram como se nada houvesse. Contra a Lei Feijó, prevaleceram a lei da oferta e da procura, a lei da ganância, do lucro pelo risco e a lei dos interesses articulados por baixo do pano. [...] A Justiça era dos fazendeiros por representação de classe ou pela existência de juizes fazendeiros e fazendeiros juizes. Todo tipo de trapaça foi usada para burlar a incomoda lei de 1831.

A par das estratégias domésticas para burlar a aplicação de Lei Feijó, recrudescia a pressão britânica para que o Brasil cumprisse os tratados assinados e a própria Lei Feijó,

em vigor, mas quase sem efetividade, gerando uma tensão que levou à edição de uma nova Lei que reafirmava a proibição da importação de “resgatados” para serem comercializados como escravos e prevendo a liberdade dos africanos ilegalmente traficados.

Eusébio de Queirós, formado em Direito em Olinda, deputado provincial pelo Rio de Janeiro e integrante do Partido Conservador elaborou a lei 581 de 04 de setembro de 1850 que novamente proibia o tráfico de escravos e que também não “pegou” inteiramente de imediato. “Juizes de primeira instancia, habituados a julgar em favor dos escravistas, tentariam encontrar brechas na lei para favorecer seus protegidos ou seus protetores” (SILVA, 2017, p.244).

Ao contrário do que acreditava Segadas Vianna, quanto à falta de anseio dos escravizados por igualdade jurídica e garantias legais, nota-se que ao longo de todo o período escravocrata houve resistência e questionamento desse sistema, especialmente pelas próprias vítimas que desenvolveram diversas estratégias para se libertar do cativeiro, desde revoltas e quilombos⁷, até a constituição de sociedades e caixas de assistência mútua para compra de alforria e/ou amparo em momento de incapacidade laborativa por doença ou velhice, passando por tantas outras.

Com a afirmação dos valores liberais e a construção de um Estado Constitucional correspondente a esses valores, ao menos formalmente, abre-se uma nova frente de batalha contra os arbítrios e abusos dos escravocratas: a via judicial. Um campo social e político tradicionalmente dominado pelos senhores de escravo, a Justiça passa a ser provocada por pessoas como o ex-escravo, jornalista, ex-soldado da milícia e jurista:

Luiz Gama (1830-1882) [que] usou a lei de 1831 para libertar escravos. Lutou nos tribunais. [...] Gama operou no contrapé da estrutura jurídica edificada para dar garantia aos proprietários de escravos. [...] Explorou a contradição entre o texto da lei e sua aplicação. Cobrou do Judiciário um compromisso com as legislações aprovadas pelos parlamentares. Esticou o fio até fazer estremecer a incoerente estrutura jurídica vigente no império. (SILVA, 2017, p.336-337)

De fato, o jurista expunha em seus artigos jornalísticos as manobras do Judiciário para proferir decisões que acabavam por negar a vigência das leis que previam a imediata libertação dos africanos ilegalmente traficados a partir de novembro de 1831. Seus registros dão notícia de uma intensa disputa jurídica quanto à interpretação das Leis favoráveis aos que estavam escravizados ilegalmente e já apontava questionamento da postura institucional pretensamente neutra, mas que na prática era amplamente favorável aos interesses de senhores de escravos, mesmo quando estes contrariavam o expresso texto de lei.

7 Atenta à preservação da memória, Lélia Gonzalez (2018, p.36-37) registra que “já em 1559 se tem notícia da formação dos primeiros quilombos, essa forma alternativa de sociedade, na região de plantações de cana do nordeste. [...] Também não é ressaltado pela história oficial o fato de que o primeiro Estado livre de todo continente americano existiu no Brasil colonial [...] Estamos falando da República Negra de Palmares que, durante um século (1595-1695), floresceu na antiga Capitania de Pernambuco”.

Como exemplo, no editorial publicado em 13.11.1869 no jornal Radical Paulistano o advogado⁸ conta a história do “preto⁹ Jacinto, congo de nação, importado do Rio de Janeiro, no ano de 1848 e levado para a cidade de Jaguari, província de Minas Gerais, no ano de 1849” e de sua esposa a “preta Ana, de nação cabinda, importada no Brasil, no ano de 1850” conforme denúncia dirigida ao juiz municipal, onde informa a ausência de registro do batismo de ambos na paróquia de Jaguari, “certamente para evitar-se o conhecimento da fraude, com que procedera o referido padre, batizando como escravos africanos livres” (GAMA, 2018, p.119). Nesse editorial ele denuncia uma manobra comum na época para dificultar a comprovação da ilegalidade, que era a ausência da data do batismo, fruto da colaboração de padres católicos com a escravização ilegal de africanos.

Diante das provas apresentadas, dentre elas o testemunho de cinco pessoas honradas, quatro homens e uma mulher, comprovando serem ambos “ainda completamente boçais¹⁰ nos anos de 1849 e 1850”, Gama (2018, p.120) requereu que se declarassem livres os dois africanos “nos termos da lei de 07 de novembro de 1831, regulamento de 12 de abril de 1832, e mais disposições em vigor”. Todavia, a denúncia sequer foi apreciada mediante argumentos formais, relacionados a uma pretensa incompetência territorial¹¹.

Diante da profunda distancia entre a previsão legal e a realidade vivida pelos escravizados ilegalmente, Luiz Gama (2018, p.121) não poupava críticas ao descaso dos juízes e suas decisões, baseadas em “sofismas fúteis que bem revelam a intenção de frustrar o direito de um miserável africano, que não possui brasões nem títulos honoríficos para despertar a simpatia e a veia jurídica do eminente e amestrado jurisconsulto”.

O jurista denunciava uma magistratura que “sem fé no direito, sem segurança na sociedade, e esquivando-se ao seu dever, declara-se impossibilitada de administrar a justiça a um milhão de desgraçados!” (GAMA, 2018, p.158-168), argumentando que o intuito desde o tratado de 1815 era a extinção do tráfico e que os sucessivos instrumentos legais não revogaram, mas sim complementaram os anteriores, o que era deliberadamente ignorado na interpretação judicial dessas normas:

8 A Ordem dos Advogados do Brasil concedeu o título póstumo de “advogado” a Luiz Gonzaga Pinto da Gama em 03.11.2015.

9 Termo “preto” usado como referência à origem africana e não exatamente ao tom da pele; os negros nascidos no Brasil eram denominados “crioulos” (REIS, 2019, p.24).

10 Africanos que ainda não falavam português.

11 Gama (2018, p.120) nos informa da decisão: “que o senhor escravo Jacinto é morador no termo do Amparo, não estando, por isso, debaixo da jurisdição deste juízo, *requera ao juízo competente*. São Paulo, 25 de outubro de 1869, Rego Freitas”. A revolta do jurista com tal decisão decorre da previsão legal expressa de que o requerimento de liberdade com base na Lei Feijó poderia ser encaminhado ao juiz de paz, constando no Art. 5º da Lei de 7 de novembro de 1931 que: “Todo aquelle, que der noticia, fornecer os meios de se apprehender qualquer numero de pessoas importadas como escravos, ou sem ter precedido denuncia ou mandado judicial, fizer qualquer apprehensão desta natureza, ou que perante o Juiz de Paz, ou qualquer autoridade local, der noticia do desembarque de pessoas livres, como escravos, por tal maneira que sejam apprehendidos, receberá da Fazenda Publica a quantia de trinta mil réis por pessoa apprehendida”. O Art. 10 do Decreto de 12 de abril de 1832 por sua vez assim previa: “– Em qualquer tempo, em que o preto requerer a qualquer Juiz de Paz, ou Criminal, que veio para o Brazil depois da extinção do tráfico, Juiz interrogará sobre todas as circunstâncias, que possam esclarecer o facto, e officialmente procederá a todas as diligências necessária para certificar-se d'elle: obrigando o senhor a desfazer as dúvidas, que suscitarem-se a tal respeito. Havendo pressumpções vehementes de ser o preto livre, o mandará depositar, de procederá nos mais termos da Lei.”

A lei de 1831 é complementar da de 1818; a de 1850, pela mesma razão, prende-se intimamente às anteriores; sem exclusão da primeira, refere-se expressamente à segunda, é a causa imediata da sua existência; é, para dizê-lo em uma só expressão técnica, relativamente às duas anteriores – uma lei regulamentar [...] Para essas hipóteses especiais rege a lei de 1850; para as gerais, quanto aos princípios, as leis de 1818 e 1831; e quanto às competências e forma de processo, o decreto de 12 de abril de 1832”.

Uma vez mais, denunciou a convivência dos vigários que passaram a batizar os escravizados ilegalmente, traficados após 1831, sem fazer o respectivo assentamento que poderia servir como prova da chegada dos pretos após a vedação legal. A prática de adulteração de documentos para impedir, fraudar ou desvirtuar os direitos dos trabalhadores, é prática que atravessa os tempos. Essas notas sobre as decisões judiciais do sec. XIX indicam que os argumentos usados para afastar a aplicação das leis Feijó e Eusébio de Queirós estavam relacionados a questões formais, “salvando” os juízes de analisar a questão de fundo da demanda, onde seria difícil negar a ilegalidade da escravidão, outra prática ainda presente na jurisdição nacional.

Importante incluir na memória que aqui se pretende resgatar que mesmo no séc. XIX havia decisões favoráveis aos denunciantes, como dá notícia o próprio Luiz Gama que no prazo de um ano conseguiu libertar 30 pessoas do cativo indébito, por meio de demandas administrativas e judiciais. Embora essas decisões sejam importantes para compreender a batalha interpretativa em torno das Leis que limitavam o direito-poder de escravizar, “[n]ão foram muitos os magistrados que, como o dr. Domingos Rodrigues Guimarães, juiz da pequena Pouso Alto, em Minas Gerais, citado por Silveira da Motta, ousaram interpretar a lei em favor dos escravos” (SILVA, 2018, p.232).

Na década de 1880 aumenta o número de juízes que concederiam a alforria legal a escravos cujos donos não conseguiam provar o nascimento do cativo em terra brasileira, através de uma interpretação do conceito de filiação desconhecida. Diante disso “o governo conservador reagiu modificando a lei de 1887 e contendo os excessos desses juízes abolicionistas” (SILVA, 2018, p.232), isso poucos meses antes de abolida a escravidão.

Esse quadro mostra que já existia desde então disputa na interpretação das normas legais relacionadas ao trabalho escravo ilegal e que, nessa disputa, se experimentou no Brasil uma justiça assumia o papel de contrabalancear as Leis que contrariavam os interesses dos escravistas.

O judiciário respondia com inação aos “arroubos parlamentares praticados sob o chicote dos ingleses”. Para quem ainda precisar de um exemplo da justiça como instrumento de classe, “a história da escravidão está aí para servir de material ilustrativo” (SILVA, 2018, p.421).

3 I JUSTIÇA E ESCRAVIDÃO ILEGAL NO BRASIL DO SÉC. XXI

Logo após a abolição da escravidão, em 1888, não foi adotada norma legal proibindo a escravidão ou suas formas análogas, pois se acreditava que a revogação do arcabouço jurídico que amparava a escravidão era suficiente para resolver e superar a “questão servil”. Nesse período, a tipificação do que era escravidão ilegal ou trabalho forçado se deu nos foros internacionais dos quais participava o Brasil: Sociedade das Nações (SdN), na Convenção de Genebra de 1926, e Organização Internacional do Trabalho, na sua Convenção 29 de 1930 (FERRERAS, 2017).

Em 1940 o atual Código Penal Brasileiro - CPB entra em vigor e passa a prever o crime de reduzir alguém à condição análoga à de escravo, no art.149. Embora a definição legal adotasse terminologia compatível com a Convenção de Genebra de 1926, não possuía recursos para ser ligada à sujeição ao trabalho por dívida e a outros modos de coação física e moral do trabalhador, pois “da forma como foi redigido, nos informava de uma situação sem profunda-la” (FERRERAS, 2017, p. 91). A medida seguinte adotada pelo Brasil contra o trabalho forçado foi ratificar, em 1957, a antiga Convenção 29 da OIT.

Ainda assim, o Brasil só passaria a enfrentar institucionalmente as formas contemporâneas de trabalho forçado e análogo ao de escravo¹², a partir do final do século XX. Entre 1995 e 2002 o tema passa a ser percebido como um problema social relevante, especialmente por auditores e procuradores do trabalho, entretanto, só se tornou uma política pública consistente a partir de 2003¹³. Em boa medida, essa mudança respondia à pressão internacional decorrente do acordo firmado pelo Estado Brasileiro perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso José Pereira¹⁴.

Uma primeira aproximação que se percebe entre o movimento legislativo recente e

12 O trabalho forçado, segundo conceito adotado pela OIT, pressupõe algum tipo de coação, ainda que moral, do trabalhador, para se engajar e/ou permanecer em determinado trabalho; já o trabalho análogo ao de escravo, de acordo com a legislação brasileira atual, se configura tanto pelo trabalho forçado quanto pelo trabalho em condições degradantes e/ou em jornadas exaustivas. (MESQUITA, 2016).

13 “Uma análise da trajetória de construção e de implementação da política de combate ao trabalho escravo no Brasil dificilmente deixaria de reconhecer que tal política adquiriu alguma relevância na agenda política brasileira somente no início do século atual, mais precisamente a partir de 2003. Antes disso, sobretudo anteriormente à década de 1990, os avanços experimentados por esta política praticamente se restringiram a iniciativas no campo jurídico-normativo, com desdobramentos muito limitados em termos de criação e de consolidação de uma capacidade estatal efetiva de combate ao trabalho escravo. De qualquer forma, é importante reconhecê-los e pontuá-los, na medida em que explicitam como se conformaram o conceito contemporâneo de trabalho análogo à escravidão e o aparato legal e institucional para combatê-lo.” (ARBEX *et al.*, 2018).

14 Em 16 de dezembro de 1994, as organizações não governamentais Américas Watch e Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) apresentaram uma petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos [...], contra a República Federativa do Brasil [...], na qual alegaram fatos relacionados com uma situação de trabalho “escravo”, e violação do direito à vida e direito à justiça na zona sul do Estado de Pará. [...] Em 24 de fevereiro de 1999, a Comissão aprovou um relatório tanto sobre a admissibilidade como sobre o mérito do presente caso. Nessa oportunidade, a Comissão declarou o caso admissível e, quanto ao mérito, concluiu que o Estado brasileiro era responsável por violações à Declaração Americana sobre os Deveres e Direitos do Homem, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Neste relatório, a Comissão efetuou as recomendações pertinentes ao Estado. [...] Em 14 de outubro de 2003, foi celebrada uma nova reunião de trabalho, durante o 118º período ordinário de sessões da Comissão, na qual as partes apresentaram formalmente à Comissão o acordo de solução amistosa que haviam assinado em Brasília, no dia 18 de setembro de 2003. Disponível em <https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/Brasil.11289.htm> acesso em 11.11.2019.

aquele o do séc. XIX, é que o processo para adequação da norma legal interna, com intuito de torná-la mais efetiva, em certa medida decorreu de pressão internacional. Todavia, uma diferença importante é que a pressão, no tempo presente, é contra o tráfico de pessoas e a exploração de trabalho escravo em si, e não apenas em relação ao tráfico, como era a tônica da pressão internacional exercida pela Inglaterra sobre o Brasil no transcorrer do séc. XIX.

Nesse contexto, a Lei 10.203/2003 alterou o art.149 do Código Penal no intuito de tornar mais claras as condutas que configuram essa prática, incluindo expressamente condutas que as fiscalizações do Ministério do Trabalho e algumas decisões judiciais já configuravam como crime de redução à condição análoga a de escravo, antes mesmo dessa nova redação (MESQUITA, 2016, p.89).

Disso resultou uma legislação arrojada, que ampliou o tipo penal: em nosso ordenamento jurídico o trabalho em condições análogas à de escravo passou a constituir gênero que tem como espécies o trabalho forçado, o trabalho em condições degradantes e o trabalho realizado em jornada exaustiva. Havia a expectativa de que a mudança da redação da norma legal alterasse um considerável seguimento jurisprudencial, segundo o qual só se configura o ilícito em questão se houver, simultaneamente, o cerceamento da locomoção do trabalhador. A expectativa foi parcialmente atendida, contudo uma expressiva parte da jurisprudência manteve a mesma concepção anterior, ainda que a redação do art. 149 CPB tenha sofrido uma profunda alteração semântica.

O Poder Judiciário brasileiro deste início de séc. XXI é bem diferente daquele estruturado no séc. XIX, durante o regime monarquista, especialmente quanto à sua estrutura, a separação dos poderes e o modo de escolha dos magistrados. Uma diferença notável entre os dois períodos é que atualmente as denúncias de escravidão ilegal, ou seja, de exploração de trabalhadores em condições análogas a de escravo, têm repercussão jurídica tanto na esfera penal quanto na trabalhista. Por isso, as denúncias são apreciadas tanto pela Justiça Federal Comum quanto pela Justiça do Trabalho, sendo inclusive:

comum encontrarmos divergências entre as decisões proferidas pela Justiça do Trabalho e pela Justiça Comum Federal no tocante a caracterização desse delito, ou seja, na grande maioria dos casos o fazendeiro [...] é condenado, tanto na esfera administrativa quanto na Justiça do Trabalho nas ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho, porém é absolvido na esfera criminal. (MESQUITA, 2016, p.22)

A jurisdição criminal é a que demonstra mais resistência à alteração da jurisprudência que considera essencial a presença de coação física e/ou moral para a configuração do delito, deixando de reconhecer a conduta ilícita nos casos onde há “apenas” trabalho em condições degradantes e jornadas exaustivas, hipóteses expressamente previstas após a vigência da Lei 10.803 de 2003. Na prática, “esse entendimento relega as condições degradantes de trabalho e a jornada exaustiva a simples infrações de natureza trabalhista,

por não afrontarem a liberdade individual” (MESQUITA, 2016, p. 96).

A pesquisadora e jurista Valena Mesquita (2016) analisou na jurisprudência do TRF1 as principais teses dos 38 acórdãos proferidos sobre o tema de até 2014. Desse conjunto, cinco acórdãos decidiam pela condenação, dois pela extinção da punibilidade em razão da prescrição, treze pela redução da pena dos réus e dezoito pela absolvição dos acusados.

Nenhum dos réus condenados pela prática de exploração de trabalho em condições análogas a de escravo, nesse conjunto de decisões, cumpriu efetivamente pena de restrição de liberdade em regime fechado, sendo que a ampla maioria cumpriu duas penas de restrição de direito, com pagamento de multa e prestação de serviço à sociedade, ao invés de pena privativa de liberdade (MESQUITA, 2016), o que também foi constatado pela Clínica de Trabalho Escravo e Tráfico de Pessoas da Faculdade de Direito da UFMG, que acompanhou a resposta judicial às autuações da fiscalização relativas a trabalho em condições análogas a de escravo entre janeiro de 2004 e dezembro de 2017, em Minas Gerais (HADDAD; MIRAGLIA, 2018).

Em várias decisões não há qualquer critério ou justificativa com relação à dosimetria das penas aplicadas no TRF-1, que diminuem o quantum estabelecido pela primeira instância, sem levar em consideração a quantidade de vítimas envolvidas no delito, ou as condições extremas de degradância e violência a que são submetidos os trabalhadores. A redução das penas em grau de recurso possibilitou a substituição da restrição de liberdade por medidas menos drásticas, como penas restritivas ou a fixação do regime inicial semi-aberto para o cumprimento da pena ao invés do regime fechado.

No que concerne à diminuição das penas, o principal argumento utilizado na maioria dos acórdãos foi a fixação da pena-base em patamar muito elevado pelo juízo *a quo*, diante da análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal. [...] Os principais argumentos utilizados nos mencionados acórdãos para justificar a diminuição das penas bases, fixadas em 1ª instância, entretanto, foi o fato de que as circunstâncias judiciais “primariedade”, “antecedentes criminais”, “conduta social” e “personalidade” eram favoráveis aos réus (MESQUITA, 2016, pp.170-172).

Uma postura bem diferente da adotada em relação a outros delitos, como o tráfico de entorpecentes, roubo e furto, por exemplo. As condenações e absolvições são aqui avaliadas apenas em termos comparativos, sem entrar no relevante questionamento suscitado pelo abolicionismo penal quanto à aplicação de penas restritivas de liberdade e punitivismo estatal, diante dos limites deste trabalho, apesar da extrema importância dessa reflexão.

As decisões absolutórias partem do pressuposto de que, “sem privação da liberdade, subentende-se que os trabalhadores quiseram permanecer trabalhando naquelas condições subumanas” (MESQUITA, 2016, p. 180). Com isso, o trabalho em condição degradante e exaustiva passa a ser permitido por uma parcela considerável do judiciário. Aqui se percebe outra semelhança com a postura do Judiciário no séc. XIX, de adotar interpretações legais

que acabam por mitigar ou até mesmo revogar avanços legislativos, como se coubesse ao Judiciário moderar a “extravagância” da nova Lei.

A Essência da escravidão, que é a exploração excessiva e inaceitável da força de trabalho humano, fica em segundo plano, por conta de questões pretensamente técnicas e “neutras” como a fixação da competência, topografia da norma, questionamento quanto ao bem jurídico tutelado, etc. aliadas a argumentos extrajurídicos como “costume local” e “impossibilidade de dar conforto aos trabalhadores”, usados por juízes para negar a aplicação da norma que configura como trabalho análogo ao de escravo tanto o trabalho forçado como aquele prestado em condições degradantes ou mediante jornada exaustiva¹⁵.

Na esfera trabalhista, um número considerável de casos flagrados pela fiscalização é resolvido na própria esfera administrativa, através da adequação das condições de trabalho exigida pela fiscalização ou de Termo de Ajustamento de Conduta firmado no Ministério Público do Trabalho, casos em que não há necessidade de atuação judicial. Aqui nota-se uma maior eficácia da atuação administrativa, a dispensar a jurisdição trabalhista na maior parte das denúncias de trabalho escravo ilegal.

Embora se conheçam as falhas e limitações dessa atuação administrativa, aqui se percebe um distanciamento em relação ao séc. XIX, onde o dispositivo institucional se voltava, na maior parte dos casos, para encobrir a ilegalidade, como era o caso da já mencionada omissão da data de batismo dos escravizados traficados após 1931.

Especificamente na Justiça do Trabalho, a jurisprudência expressiva adota o critério de violação à dignidade humana do trabalhador para a configuração do trabalho em condições análogas a de escravo, como indica o estudo da Clínica de Trabalho Escravo e Tráfico de Pessoas da UFMG (HADDAD e MIRAGLIA, 2018, p. 97-109) e a súmula n. 36 do TRT¹⁶, entre outros. Ainda assim, algumas decisões trabalhistas também adotam o entendimento de que é necessário o cerceamento da liberdade para configurar o delito. Essas decisões, que adotam essa concepção restritiva: e que estão presentes tanto na esfera criminal quanto na trabalhista:

15 Nesse sentido o acórdão do processo n. 0002430-77.2007.4.01.3600 (JF) “Para que se configure o tipo penal do art. 149 do CP, é imprescindível a supressão da liberdade da vítima.” e o acórdão do processo 0000450-57.2017.5.23.0041 (JT) “para a caracterização da figura do trabalho em condições análogas a de escravo, além da violação do bem jurídico “dignidade”, é imprescindível ofensa à “liberdade”, consubstanciada na restrição da autonomia dos trabalhadores”, por exemplo.

16 TRABALHO FORÇADO, DEGRADANTE OU EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À DE ESCRAVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL IN RE IPSA./ I – Entende-se por trabalho forçado aquele executado por uma pessoa sob ameaça de punição de qualquer natureza e para a qual essa pessoa não se ofereça voluntariamente (art. 2º, 1, da Convenção n. 29 da OIT). O trabalho degradante é aquele executado em condições inteiramente inadequadas ao trabalho, sem observância de quaisquer normas de segurança, medicina, saúde e higiene do trabalho. Considera-se trabalho em condições análogas à de escravo o que submete o trabalhador a trabalho forçado, jornada extenuante, condições degradantes, restrições de locomoção, privação de seus documentos (art. 149 do Código Penal)./ II – Em ficando demonstrada a ocorrência de qualquer das três hipóteses, considera-se caracterizada a violação ao princípio da dignidade humana e a ofensa aos direitos mínimos dos trabalhadores, cabendo a responsabilização do empregador por danos morais, independentemente de outras provas, porque ocorrem in re ipsa./ III – Para fixação do valor da indenização devem ser levados em conta, dentre outros, os seguintes fatores: gravidade e extensão do dano, condição financeira do ofensor e do ofendido, e finalidade pedagógica da punição para evitar a reincidência na prática delituosa.

revelam que há uma verdadeira barreira cultural nos julgamentos dos processo e recursos envolvendo a prática do crime de redução a condição análoga à de escravo, traduzida pela forma de como esses julgadores tratam e qual o valor que eles dão ao trabalhador rural, em razão da sua baixa qualificação e posição na sociedade; a figura do fazendeiro é de pessoa bem aceita na sociedade e com bons antecedentes. Essa barreira cultural impede a luta contra a correta punição dos escravocratas contemporâneos (MESQUITA, 2016, p. 202).

Constata-se, pois, que ainda existe uma considerável resistência em se admitir que a alteração do art. 149 do CPB, em 2003, foi impulsionada pela necessidade de se tutelar a dignidade da pessoa humana do trabalhador, em razão das estratégias utilizadas pelo capital que, com intuito de obter lucros abusivos, desrespeita não só a liberdade física, mas, sobretudo, a dignidade do trabalhador submetido a condições subumanas em nome de livre contratualidade para a venda da força de trabalho.

4 I SENSO COMUM TEÓRICO DO JURISTA

Nota-se que tanto em relação às Leis Feijó e Eusébio de Queiros, quanto à Lei 10.803/03 que alterou o art.149 do CPB, a intenção legislativa era expressa no sentido de dar efetividade à proibição do tráfico e comércio de africanos escravizados, em relação às duas primeiras, e de exploração predatória do fazer humano, em relação à última.

A formulação das normas legais, mesmo quando buscaram uma redação descritiva e clara, por si só, não foi suficiente para dar maior eficácia a elas. A interpretação judicial majoritária dessas normas, tanto no séc. XIX quanto neste início de séc. XXI, acarretou o efeito contrário ao pretendido, uma vez que parte significativa das decisões acabava por respaldar exatamente as situações que deveria combater.

Uma análise dos argumentos lançados pelos magistrados para afastar a vedação legal indica que o discurso jurídico foi usado, nesses casos, para ocultar o autoritarismo de respaldar uma determinada forma de organização do trabalho humano percebida como anti-jurídica, ou seja, a exploração de mão-de-obra em desconformidade com as garantias legais de cada época. Ao acarretarem efeitos contrários aos pretendidos pela norma, se revela que essas decisões estão baseadas em um “saber vulgar que os juristas identificam como ‘sua ciência’” [...] e que diante de “evidencias difíceis de suportar [como é o caso da escravidão ilegal] precisamos, então, das aparências, dos argumentos da ciência do Direito” para reforçar os mecanismos simbólicos que naturalizam exatamente as situações que a Lei pretendia combater, (WARAT, 2004, p.83/84), ao menos formalmente.

Trata-se do “senso comum teórico dos juristas”, que floresce no “vazio repleto de retórica, um nível popular de conotações, uma caricatura de certezas” (WARAT, 2004, p.121). Apesar dos termos e da argumentação pretensamente jurídicos, são decisões que se restringem aos sofismas com a intenção de frustrar o direito de miseráveis “sem braços e títulos honoríficos”, como já percebera Luiz Gama em 1869. No processo de interpretação

da norma, especialmente a o realizado por juízas e juizes, nota-se que:

A dogmática jurídica cumpre a importante função de reformular o direito positivo, sem provocar uma inquietude suspeita de que esteja realizando esta tarefa. [...] O jurista consegue retoricamente a significação jurídica dos textos legais como requisitos indispensáveis para a vigência e legitimação das instancias extra-legislativas que introduzem o direito positivo. (WARAT, 2002, p.25).

Com isso se pretende dizer que na conformação dessa jurisprudência, resistente à incorporação da alteração legislativa introduzida pela Lei 10.803/03 pesam muito mais fatores extra legislativos, ou seja, não relacionados aos motivos que levaram à adoção da norma legal, do que as ferramentas interpretativas disponibilizadas pela Hermenêutica Jurídica. É a “barreira cultural” apontada por Mesquita, pouco considerada no ambiente judicial.

O “senso comum teórico do jurista” acaba sendo a ferramenta pela qual tais elementos extra-legislativos são introduzidos no direito positivo e na nossa rotina social, por meio da interpretação judicial dos textos legais. Essa operação se dá na própria linguagem, na formação discursiva das decisões, logo, numa esfera pré-reflexiva fortemente ancorada nas referências sociais, culturais e simbólicas do intérprete.

Percebe-se, pois, que a consolidação da jurisprudência que dificulta o enfrentamento da escravidão legalmente proibida segue um mecanismo semelhante ao constatado por Luis Warat, uma vez que em todos os casos o direito positivo acaba sendo ressignificado para deixar de ter o efeito pretendido pelo legislador e também pelos grupos sociais que se mobilizaram para a aprovação de normas legais através do processo legislativo.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Segundo o relatório *Índice Global de Escravidão 2018*, publicado pela fundação *Walk Free Foundation* e apresentado na ONU em 19.07.2018, cerca de 40,3 milhões de pessoas em todo o mundo foram submetidas a atividades análogas à escravidão em 2016, desse total, quase 370 mil pessoas estariam trabalhando no Brasil¹⁷.

A utilização até os dias atuais e em larga escala do trabalho escravo ilegal, forçado, exaustivo, degradante, com baixíssima ou nenhuma remuneração, demonstra a persistência de um problema que não será resolvido com o simples aperfeiçoamento formal das normas legais, na medida em que isso não é suficiente para mudar a tradição de uma sociedade forjada por um longo passado escravista, onde as pessoas eram comercializadas como mercadoria. Não basta tratar como um problema semântico o que, na realidade, é uma questão teleológica. Afinal:

¹⁷ Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/com-370-mil-escravos-modernos-brasil-lidera-ranking-na-america-latina/> acesso em 09.03.2019.

somos nós brasileiros filhos de um ambiente escravocrata, que cria um tipo de família específico, uma Justiça específica, uma economia específica. Aqui valia tomar a terra dos outros à força para acumular capital, como acontece até hoje, e condenar os mais frágeis ao abandono e à humilhação cotidiana. Isso é herança escravocrata e não portuguesa. [...] Por conta disso, até hoje, reproduzimos padrões de sociabilidade escravagistas, como exclusão social massiva, violência indiscriminada contra os pobres, chacina contra pobres indefesos que são comemoradas pela população, etc. (SOUZA, 2017, p. 208).

A comparação da postura do Judiciário nos dois momentos históricos aqui abordados indica que, em ambos, a interpretação legal com base em questões pretensamente “técnicas” e “neutras”, possui forte carga cultural relacionada ao fenômeno da escravidão e sua aceitação por determinadas classes sociais. Também se constata que a existência da Justiça do Trabalho no séc. XXI possibilita uma outra interpretação judicial desse tipo de delito, uma vez que na Justiça Comum Federal ainda são minoritárias as decisões que dão efetividade às alterações introduzidas pela Lei 10.803/03.

Sendo a exploração do trabalhador em condições análogas a de escravo uma das mais graves violações aos Direitos Humanos, já é hora de incluir na história do Direito do Trabalho contada no Brasil as relações de trabalho e disputas travadas pela classe trabalhadora, ocorridas antes de 1888, e que envolvem a luta dos escravizados pela sua própria libertação, de modo que elementos do passado auxiliem na compreensão e, principalmente, na superação da realidade contemporânea.

REFERÊNCIAS

ARBEX, Alexandre; **GALIZA**, Marcelo e **OLIVEIRA**, Tiago. **A política de Combate ao Trabalho Escravo no Período Recente**. *Revista IPEA*, n. 64, p. 111-137, abr. 2018. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8385/1/bmt_64_pol%C3%ADtica.pdf Acesso em: 01.08.2018.

BRASIL, Lei de 7 de novembro de 1931, publicada e registrada em 15 de novembro de 1931 - Coleção de Leis do Império do Brasil - 1831, Página 182 Vol. 1 pt I.

_____, Decreto de 12 de abril de 1832, que regulamenta Lei de 7 de novembro de 1931. disponível em: https://www.camara.leg.br/Internet/InfDoc/conteudo/colecoes/Legislacao/Legimp-15/Legimp-15_33.pdf#page=6 acesso em 20.11.2019.

_____, Lei 581 de 4 de setembro de 1850. disponível em www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM581.htm acesso em 02.09.2019.

DELGADO, Maurício G. **Curso de Direito do Trabalho**. 11. edição. São Paulo: LTr, 2012.

FERRERAS, *Norberto Osvaldo*. **Trabalho Análogo a de Escravo: Debates em Torno de um Conceito Transnacional**. In: *Trabalho Escravo Contemporâneo: Estudos Sobre Ações e Atores*. FIGUEIRA, Ricardo R. et al. (org.). Rio de Janeiro: Mauad X, 2017.

FIGUEIRA, Ricardo R. A persistência da Escravidão ilegal no Brasil. In Revista Lugar Comum n.º 33-34, 2011, p. 105-121.

GAMA, Luiz. Com a palavra Luiz Gama: poemas, artigos, cartas, máximas/ organização, apresentação, notas Ligia Fonseca Ferreira. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2018, 1ª reimpressão revista.

GONÇALVES, Ricardo Gonçalves e Sousa. A teoria da segunda escravidão e sua contribuição para a renovação da historiografia brasileira. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5311, 15 jan. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61664>>. Acesso em: 7 maio 2019.

GONZALEZ, Lélia. Lélia Gonzales: primavera para as rosas negras. Diáspora Negra: Editora Filhos da África, 2018.

GORENDER, Jacob. O Escravidismo Colonial. Rio de Janeiro: Editora Ática, 1978.

HADDAD, Carlos H. B. MIRAGLIA, Livia M. M. (coord.) TRABALHO ESCRAVO: Entre os achados da fiscalização e as respostas judiciais. Florianópolis: Tribo da Ilha, 2018.

MESQUITA, Valena Jacob Chaves. Trabalho análogo ao de escravo: uma análise jurisprudencial do crime no TRF da 1ª Região. Belo Horizonte: Editora RTM, 2016.

PEDROSO, Eliane. Da Negação ao Reconhecimento da Escravidão Contemporânea. In: *Trabalho Escravo Contemporâneo: O desafio de Superar a Negação.* NOCCHI, Andréa S. P. et al. (coord.) 2. edição. São Paulo: LTr. Editora, 2011. p. 13-59.

REIS, João J. Ganhadores: a greve negra de 1857 na Bahia. São Paulo, Companhia das Letras, 2019.

SILVA, Juremir M. Raízes do conservadorismo brasileiro: A abolição na imprensa e no imaginário social. 3. edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

SOUZA, Jessé. A Elite do Atraso: da escravidão à lava jato. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

VIANNA, Segadas. Evolução do Direito do Trabalho no Brasil. In: *Instituições de Direito do Trabalho.* SUSSEKIND, Arnaldo et al. 19. edição. São Paulo: LTr, 2000. pp. 50-59.

WALLERSTEIN, Immanuel. O universalismo europeu: a retórica do poder. São Paulo: Boitempo, 2007.

WARAT, Luis A. Introdução Geral ao Direito II: a epistemologia jurídica da modernidade. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

_____. **A ciência jurídica e seus dois maridos.** In: *Territórios Desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade.* Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

A RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA COMO POLUIDOR INDIRETO

Data de aceite: 04/01/2021

Data de submissão: 16/11/2020

Marília Coletti Scarafiz

Universidade Estadual de Londrina (UEL)

Pesquisadora no projeto de pesquisa n. 11.040 da PROPPG da UEL “A proteção ao meio ambiente e o Direito Privado – Novos Paradigmas”

<http://lattes.cnpq.br/0821557918245962>

Daniela Braga Paiano

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP)

Universidade Estadual de Londrina (UEL)

Pesquisadora no projeto de pesquisa n. 11.040 da PROPPG da UEL “A proteção ao meio ambiente e o Direito Privado – Novos Paradigmas” e n. 12.475 “Contratualização das relações familiares e sucessórias”

<http://lattes.cnpq.br/0598909153586648>

RESUMO: Com o advento da responsabilidade civil ambiental, dividiu-se os causadores dos prejuízos ao meio ambiente em duas figuras distintas, quais sejam, poluidores diretos e indiretos, passando-se a exigir destes a reparação integral do dano decorrente de suas atividades. Nesse vértice, o objetivo deste trabalho reside na análise da responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras enquanto poluidores indiretos, tal qual vem sendo compreendida e aplicada pela doutrina e jurisprudência brasileiras. O tema foi exposto a partir da revisão bibliográfica da legislação

vigente, em especial a Política Nacional do Meio Ambiente e de teses doutrinárias. Observou-se a extensão da interpretação da responsabilidade civil ambiental objetiva e solidária também aos poluidores indiretos, a partir da aplicação da teoria do risco integral. Utilizou-se o método dedutivo de análise e, ao final, concluiu-se que a responsabilização civil ambiental do poluidor indireto se pauta adequada através da aplicação da teoria do risco criado, e sua obrigação de reparar o dano deve ser compreendida como de execução subsidiária.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil Ambiental. Instituições Financeiras. Poluidor Indireto. Teorias do Risco. Execução Subsidiária.

THE ENVIRONMENTAL LIABILITY OF THE FINANCIAL INSTITUTIONS AS INDIRECT POLLUTOR

ABSTRACT: With the advent of environmental civil liability, the causes of damage to the environment were divided into two distinct figures, namely, direct and indirect polluters, as well as the requirement to fully repair the damage resulting from their activities. In this context, the objective of this work lies in the analysis of the environmental liability of the financial institutions as indirect polluter, as it has been understood and applied by Brazilian doctrine and jurisprudence. The theme was exposed from the bibliographic review of the current legislation, in particular the National Environment Policy, the doctrinal theses, as well as the decisions that set precedents on the subject. The extension of the interpretation of objective and solidary environmental liability was also observed to indirect polluters, based on the

application of the integral risk theory. The deductive method of analysis was used and, in the end, it was concluded that the environmental liability of the indirect polluter is appropriate through the application of the theory of risk created and its obligation to repair the damage must be understood as of subsidiary execution.

KEYWORDS: Environmental Civil Liability. Financial Institutions. Indirect Polluter. Risk Theories. Subsidiary Execution.

1 | INTRODUÇÃO

A Lei nº 6.938/1981, que instituiu a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, ao definir o agente causador do dano ambiental - o chamado “poluidor” - como responsável, direta ou indiretamente por atividade causadora de degradação ambiental, subdividiu-o em duas categorias distintas: poluidor direto e poluidor indireto, ambos responsáveis solidariamente pela reparação do dano à luz da responsabilidade civil objetiva e dos princípios regentes do Direito Ambiental, desde que verificado o nexo de causalidade entre a conduta e a atividade poluidora.

Assim, é dispensável a presença da culpa para fins de responsabilização do poluidor, uma vez que o Direito Ambiental brasileiro adota a teoria do risco integral, não se admitindo, em regra, as excludentes de responsabilidade. Entretanto, é imprescindível a presença do nexo causal entre o dano e a conduta que o ensejou.

Nesse contexto, os tribunais pátrios passaram a responsabilizar, de maneira objetiva e solidária, as instituições de crédito financiadoras de atividades econômicas que possam vir a ocasionar um evento poluidor, aplicando a literalidade do referido dispositivo legal, medida esta que vem sendo contestada e que se acredita merecer ressalvas.

Nesta linha, acredita-se que o judiciário deve avaliar, no caso concreto, todos os aspectos relativos ao evento dano, tais quais nexo de causalidade e suas particularidades, teorias do risco aplicáveis e conduta específica dos poluidores indiretos, de modo a afastar a aplicação direta e automática da responsabilidade solidária a estes agentes.

Deste modo, sugere-se, por meio deste trabalho, uma análise acerca dos aspectos jurídicos de responsabilidade das instituições financeiras como poluidores indiretos, bem como se ressalta a necessidade do estabelecimento de critérios adequados para as eventuais hipóteses de responsabilização objetiva, apresentando a perspectiva de aplicação da responsabilidade objetiva de execução subsidiária.

2 | DO POLUIDOR INDIRETO

Para definir poluidor indireto e os parâmetros para sua responsabilização no Direito Ambiental, importante delinear uma comparação do significado do conceito de responsável indireto no Direito das Obrigações (Direito Civil).

Nesta concepção, uma das vertentes interpretativas atribuídas ao significado

de indireto é a daquele responsável por fato de outrem, mas desde que juridicamente relacionado ao autor propriamente dito do dano, de modo que lhe compete determinado dever de cuidado, como se vê:

(...) Para que a responsabilidade desborde do autor material do dano, alcançando alguém que não concorreu diretamente para ele, é preciso que esse alguém esteja ligado por algum vínculo jurídico ao autor do ato ilícito, de sorte a resultar-lhe, daí um dever de guarda, vigilância ou custódia¹.

Além da constatação de que os dois elementos essenciais para a imputação de responsabilidade ao indireto são a necessidade da relação ou vínculo jurídico entre ele e o direto e o dever de cuidado frente aos possíveis riscos, o autor redefine a responsabilidade do indireto como “responsabilidade por fato próprio decorrente da violação do dever de vigilância”², e não como responsabilidade por fato de outrem.

Na seara ambiental, atribuem-se os mesmos critérios ao poluidor indireto, sendo este chamado a responder solidariamente quando, diante de um dever de cuidado, deixa de agir ou age tardiamente³, incorrendo em omissão no dever de evitar o dano ambiental.

É que ocorre com as instituições financeiras quando responsabilizadas por danos ambientais provenientes de atividades por elas financiadas. Contudo, estas possuem peculiaridades relativas ao procedimento de análise e concessão de crédito, suscitando divergências acerca, inclusive, do próprio dever de cuidado.

2.1 Dever de segurança

Em se tratando de poluidor indireto de forma geral, considera-se na doutrina pátria que, ausente um dos elementos – relação jurídica para com o poluidor direto e dever de cuidado – rompe-se o nexo de causalidade, imprescindível para a configuração da responsabilidade, entendendo-se, portanto, que o causador indireto não concorreu com a criação do risco que ensejou o dano.

Isto ocorre porque, quando o agente indireto cumpre com seus deveres legais de cuidado internalizando devidamente a cautela, por exemplo, não há nexo entre sua ação e o dano ocorrido e, conseqüentemente, não há possibilidade jurídica de responsabilização, ainda que se esteja dentro do campo da responsabilidade objetiva⁴, vez que esta modalidade afasta a culpa, mas nunca o nexo de causalidade.

Assim, a necessidade da presença dos dois elementos também encontra respaldo normativo, posto que o artigo 403 do Código Civil exige expressamente que o dano seja “direto e imediato” da inexecução, e que o artigo 3º da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente prevê a figura do responsável indireto. Ambos os dispositivos afastam a teoria da equivalência dos antecedentes – ou condição *sine qua non* – segundo a qual, para

1 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 235.

2 Idem, *Ibidem*, p. 41.

3 SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. **Responsabilidade Civil Ambiental das Instituições financeiras**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 21.

4 Idem, *ibidem*, *op. cit.*, p. 22

a definição do nexo de causalidade, todas as condições de um dano se equivalem, de modo que todos os antecedentes que concorreram em alguma medida para o prejuízo são considerados causas.

A teoria que traz sentido à divisão entre poluidor direto e indireto, e que é recepcionada pela lei civil e pelo Supremo Tribunal Federal, é a teoria da causalidade direta e imediata, que “considera como causa jurídica apenas o evento que se vincula diretamente ao dano, sem a interferência de outra condição sucessiva”⁵, e, conseqüentemente, restringe a responsabilização aos acontecimentos mais próximos da configuração do prejuízo.

No entanto, a aplicação desta teoria, por estar mais relacionada ao aferimento da culpa, só é aplicável ao responsável direto na modalidade subjetiva, uma vez que a responsabilidade objetiva pressupõe o risco, como se vê:

(...) esta teoria é aplicável somente para o caso do responsável direto, na esfera da responsabilidade civil subjetiva. Quando há a objetivação da responsabilidade, passa-se do campo da culpa para o risco (...) a causalidade direta ou eficiente como teoria do nexo causal na responsabilidade subjetiva passa para o risco criado na modalidade objetiva da responsabilização⁶.

Em relação ao poluidor indireto, o intuito é justamente identificar a violação de um dever jurídico de cuidado, uma vez que, embora o ordenamento tenha previsto a responsabilidade objetiva, esta se dá de forma a responsabilizá-lo pelo risco criado, ou pela imposição de um dever de cuidado que, quando violado, cria um risco passível de causar um dano⁷.

2.2 A instituição financeira como poluidor indireto e a responsabilidade civil objetiva de execução subsidiária

A regra do artigo 225 da Constituição Federal, que garante a todos o direito ao meio ambiente e equilibrado, bem como impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo, evidencia o dever constitucional de que cada um – indivíduos, associações e empresas – adote práticas cabíveis para o alcance do objetivo da preservação ambiental. Nesse sentido:

Não basta dirigir a norma constitucional apenas contra o Estado, como fazem certos países, pois a defesa do meio ambiente há de ser dever de todos, como bem disposto no art. 225, tônica acertada, pois se afasta ao modelo político do liberalismo, fundado na cisão Estado-sociedade civil⁸.

Em que pese a amplitude de sentido da regra constitucional que pretende impor esforços à preservação do meio ambiente, esta, por si só, não é capaz de ensejar

5 CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. *op. cit., loc. cit.*, p. 60.

6 SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. *op. cit.*, p. 26

7 Idem, *ibidem*, p. 27

8 CANOTILHO, José Joaquim G.; LEITE, José Rubens M. **Direito Constitucional Ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 113.

responsabilidade civil aos agentes da coletividade por danos ambientais⁹, acreditando-se ser necessária a definição de obrigações legais específicas decorrentes de previsão legislativa.

As instituições financeiras estão sujeitas a diferentes modalidades de risco ambiental: ao *risco direto*, que está associado com suas instalações e funcionamento próprios (papéis, equipamentos e energia), situação em que são consideradas poluidores diretos e responsabilizadas a partir do princípio do poluidor-pagador, devendo internalizar os custos da prevenção; ao *risco indireto*, hipótese em que o risco ambiental é relativo às empresas as quais tais instituições são intermediadoras financeiras (via operação de crédito, por exemplo); e ao *risco de imputação*, que diz respeito à pressão da opinião pública para que estas instituições adotem políticas de financiamento e investimento ambientalmente corretas¹⁰.

A hipótese controversa é justamente o caso de risco indireto, em que há divergência de entendimento quanto a possibilidade de responsabilização da instituição financeira na condição de poluidora indireta em razão da concessão de operação de crédito.

Quanto à necessidade de definição de deveres legais específicos, tem-se que a Lei 6.938/81, em seu artigo 12, menciona a importância da conduta preventiva de danos ambientais a ser praticada pelos estabelecimentos de créditos oficiais, como se vê:

As entidades e órgãos de financiamento e incentivos governamentais condicionarão a aprovação de projetos habilitados a esses benefícios ao licenciamento ambiental, na forma desta lei, e ao cumprimento das normas, dos critérios e dos padrões exigidos pelo CONAMA¹¹.

A mesma lei definiu o licenciamento ambiental como uma das ferramentas da política e estabeleceu a obrigação de sua realização para as obras e atividades potencialmente poluidoras. Assim, a regra do artigo 12 deveria ter sido uma forma de garantir a eficácia da aludida ferramenta – o licenciamento ambiental – de modo a ser “implementado e aperfeiçoado pelos órgãos administrativos dos Estados e pelo IBAMA”¹².

No entanto, o efeito desejado com o cumprimento da referida regra estaria condicionado à qualidade e eficácia dos licenciamentos concedidos, vez que somente a contribuição dos estabelecimentos de crédito seriam insuficientes para conferir eficácia à norma, pautando-se indispensável poder-dever da Administração nesse sentido.¹³

Em contrapartida, observa-se que o artigo 12 se refere tão somente às entidades

9 NUSDEO, Ana Maria Oliveira. Instituições financeiras e danos ambientais causados por atividades financiadas. In: YOSHIDA, Consuelo Y.M *et al.* (Coords.). **Finanças sustentáveis e a responsabilidade socioambiental das instituições financeiras**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 35.

10 YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **Responsabilidade das instituições financeiras**: da atuação reativa à atuação proativa. *op. cit.*, p. 211.

11 BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação**. Brasília, 1981. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 10 set. 2019.

12 NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *op. cit.*, p. 36.

13 Idem, *ibidem*, *loc. cit.*

governamentais, condicionando a concessão de financiamentos e incentivos oficiais ao cumprimento das normas legais pelos beneficiários, de modo que, para contratar com o Poder Público, as empresas devem cumprir seus deveres legais.

Referida regra não faz qualquer menção às instituições privadas, o que permite a constatação de que estas não estariam obrigadas a cumprir os deveres legais em questão, “não obstante adotem, com frequência, a análise das licenças ambientais como parte de políticas socioambientais voluntárias”.¹⁴

Outra conclusão decorrente da leitura do aludido artigo é a limitação de seu objeto ao financiamento, uma vez que menciona expressamente “órgãos de financiamento e incentivos governamentais”. Partindo-se do pressuposto de que a concessão de crédito pelas instituições financeiras se dá por diversos meios, em especial, pela concessão de empréstimo e pelo financiamento, faz-se necessária a distinção entre os dois institutos. Assim:

A primeira consiste na disponibilização de crédito para clientes, pessoas físicas ou jurídicas sem definição, junto ao banco, de uma destinação específica. A exemplo do cheque especial para as pessoas físicas, também as jurídicas dispõem de um montante pré-aprovado a ser contratado com grande simplicidade, como o uso do cheque ou a internet e que, com frequência, são utilizados para capital de giro ou pequenos investimentos. Não existe nessas operações conhecimento da instituição financeira quanto ao emprego dos recursos.

O financiamento, por sua vez, tem a destinação a uma finalidade específica, sendo disponibilizado pelo banco para a sua realização. Trata-se de construção, implantação, expansão de unidades de produção ou infraestrutura¹⁵.

Observa-se que ao passo em que o artigo menciona expressamente o termo “financiamento”, também relaciona o cumprimento das condições ao “licenciamento ambiental”, isto é, operações relacionadas à construção, instalação e funcionamento dos estabelecimentos e atividades, o que permite indagar quais deveres legais devem recair sobre as instituições financeiras privadas relativamente à análise do cumprimento da legislação ambiental.

Para as instituições financeiras privadas, observa-se que há apenas duas regras legais que condicionam a concessão de crédito ao cumprimento de deveres legais específicos, quais sejam, a do parágrafo 4º do artigo 2º da Lei 11.105/2005 (Lei da Política Nacional de Biossegurança) e da Resolução do Conselho Monetário Nacional (CMN) 3598/2008, com redação alterada pela Resolução 4.422/2015, relativa ao crédito rural¹⁶. Assim dispõe o citado parágrafo do artigo 4º da Lei 11.105/2005:

¹⁴ Idem, *ibidem*, *op. cit.*, p. 36.

¹⁵ Idem, *ibidem*, p. 37.

¹⁶ NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *op. cit.*, p. 38.

§ 4º As organizações públicas e privadas, nacionais, estrangeiras ou internacionais, financiadoras ou patrocinadoras de atividades ou de projetos referidos no caput deste artigo devem exigir a apresentação de Certificado de Qualidade em Biossegurança, emitido pela CTNBio, sob pena de se tornarem co-responsáveis pelos eventuais efeitos decorrentes do descumprimento desta Lei ou de sua regulamentação¹⁷.

O Manual de Crédito Rural estabelecido pelo Banco Central do Brasil, por sua vez, exige para a concessão de crédito rural a apresentação de determinados documentos referentes a comprovação da regularização ambiental do imóvel, bem como a verificação, pela instituição financeira, de: I) inexistência de embargos vigentes de uso econômico de áreas desmatadas ilegalmente no imóvel, conforme divulgado pelo Ibama; II) inexistência de restrições ao beneficiário assentado, por prática de desmatamento ilegal, conforme divulgado pelo Incra; e III) veracidade e vigência dos documentos referidos, mediante conferência por meio eletrônico junto ao órgão emissor, dispensando-se essa verificação quando se tratar de documento não disponibilizado em meio eletrônico¹⁸.

O Manual ainda trata sobre a inclusão de cláusula nos contratos de novas operações de investimento, prevendo, em caso de embargo do uso econômico de áreas desmatadas ilegalmente no imóvel, posteriormente à contratação da operação, a suspensão de liberação de parcelas até a regularização ambiental do imóvel. E, ainda, caso a regularização não seja realizada no prazo de doze meses, o contrato será considerado vencido antecipadamente pela instituição financeira.

O que se observa é que em ambos os casos os agentes financeiros devem exigir dos clientes, para fins de financiamento, documentos públicos comprobatórios de que o empreendimento está de acordo com a legislação ambiental. Com efeito, cabe ao Poder Público o exercício do poder-dever de fiscalização e imposição de penalidades, decorrentes do poder de polícia.

Assim, a mera exigência desses documentos pelas instituições financeiras não tem o condão de evitar o prejuízo ambiental, uma vez que eles podem conter vícios, o que os faz pouco rigorosos, bem como ser concedidos em momento em que não se vislumbra os possíveis danos:

Com efeito, podem ocorrer danos no exercício de atividades por entidades que disponham de Certificado de Qualidade de Biossegurança, emitido pelo CTNBio, seja porque essa eventualmente os conceda sem o rigor necessário, por alguma espécie de negligenciada entidade ou, mesmo, em razão de riscos não vislumbrados quando do início da atividade¹⁹.

No entanto, entendeu-se necessária a criação, por lei, do nexo presumido entre o

17 BRASIL. Lei nº 611.105, de 24 de março de 2005. **Dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 de março de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm. Acesso em: mar. 2020.

18 BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Manual de Crédito Rural (MCR)**. Disponível em: <https://www3.bcb.gov.br/mcr/completo>. Acesso em: mar. 2020.

19 NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *op. cit., loc. cit.*, p. 39.

dano ambiental e a não exigência do certificado. Além disso, por se considerar relevante que as instituições financeiras conhecessem os riscos ambientais dos projetos financiados, o Conselho Monetário Nacional, em 2014, publicou a Resolução 4327, que estabelece as condutas a serem observadas pelas instituições financeiras na implementação da Política de Responsabilidade Socioambiental (PRSA).

Como objetivo principal, a aludida resolução traz a exigência de criação de uma estrutura de governança para enfrentar e gerenciar os riscos socioambientais, bem como para delinear as regras de conduta da instituição sobre o assunto. A definição de riscos socioambientais está no artigo 4º da Resolução como sendo “a possibilidade de ocorrência de perdas das instituições (...) decorrentes de danos socioambientais”²⁰.

De acordo com a Resolução, há dois princípios que devem ser levados em conta, expressos em seu artigo 1º, incisos I e II, quais sejam, o da relevância e o da proporcionalidade, que têm uma redação autoexplicativa quanto à interpretação:

Art. 1º Parágrafo único. Para fins do estabelecimento e da implementação da PRSA, as instituições referidas no caput devem observar os seguintes princípios:

I - relevância: o grau de exposição ao risco socioambiental das atividades e das operações da instituição; e

II - proporcionalidade: a compatibilidade da PRSA com a natureza da instituição e com a complexidade de suas atividades e de seus serviços e produtos financeiros²¹.

Ou seja, ambos os princípios devem ser compreendidos no contexto dos tipos de atividades financiadas e o potencial de impacto socioambiental delas decorrentes.

Embora a definição e peculiaridades da estrutura de governança seja livre, a Resolução prevê alguns parâmetros obrigatórios a serem seguidos pelas instituições financeiras, dentre eles a designação de um diretor responsável pelo cumprimento da política; a sua divulgação interna e externa; a manutenção de documentação disponível ao Banco Central do Brasil e a avaliação quinquenal pela instituição, conforme dispõe o artigo 12.

Importante ressaltar que o Conselho Monetário Nacional não tem legitimidade para regular questões relativas ao meio ambiente, mas tão somente aspectos relacionados à atividade financeira, como é o caso dos riscos a que se sujeitam.

Apesar de todo o exposto, pairam sobre o tema dúvidas jurídicas quanto ao tipo de ação omissiva das instituições financeiras que acarretaria sua responsabilização.

20 BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução nº 4.327, de 25 de abril de 2014. **Dispõe sobre as diretrizes que devem ser observadas no estabelecimento e na implementação da Política de Responsabilidade Socioambiental pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil.** Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2014/pdf/res_4327_v1_O.pdf. Acesso em: mar. 2020.

21 Idem.

Para Annelise Monteiro Steigleder, em caso de descumprimento do artigo 12 da Lei 6.938/81 configura-se a responsabilização solidária da instituição financeira, que deve responder em “cooperação” com o financiado em suas condutas lesivas ao meio ambiente²². Paulo Affonso Machado compartilha da mesma posição, ao comentar sobre a norma que exige a apresentação de Certificado de Qualidade em Biossegurança, emitido pela CTNBio, afirmando que “o nexos causal entre o ato que provocou ou possa provocar o dano ambiental, no caso dos bancos, é presumido”²³.

Assim, a teoria que constata se a conduta do agente pode ser considerada causa para o dano e se houve de fato violação de uma norma jurídica é a teoria do escopo da norma violada. Cumpre reiterar que a responsabilização de terceiros sem a realização dessa análise culminaria na responsabilidade de qualquer agente que possui algum tipo de relação jurídica com o poluidor direto, como fornecedores, funcionários, prestadores de serviço, o banco financiador, entre outros. Como consequência, o desvirtuamento da responsabilização baseada no princípio do poluidor-pagador construído com a edição da Lei 6.938/81.

Desse modo, em que pese haver imposição de deveres legais específicos aos financiadores, sob pena de responsabilização em caso de não descumprimento, tal exigência não se estende às instituições financeiras privadas. Trata-se de lacuna que pode ser solucionada através de uma alteração legislativa na redação do artigo 12 da Lei 6.938/81, “de modo a obrigar também as instituições privadas a exigirem a licença ambiental do empreendimento antes da concessão de financiamento ou ao menos de certas formas de financiamento”²⁴.

Do mesmo modo, entende-se válida a Resolução 4.327/2014 do Bacen que determina a adoção de controles e procedimentos atinentes à política de responsabilidade socioambiental das instituições para o fim de padronizar procedimentos tais quais informações e documentos a serem exigidos antes do financiamento de atividades potencialmente causadoras de degradação ambiental. Para Ana Maria de Oliveira Nusdeo, essa padronização de política e controle de riscos “traria maior segurança jurídica às instituições financeiras e permitiria maior efetividade das normas ambientais”²⁵.

A partir deste ponto, inicia-se uma análise sobre outro possível equívoco, qual seja, o fato de a teoria do risco integral flexibilizar ou até mesmo eliminar o nexos de causalidade, bastando apenas o dano, de modo que “ao sustentar que a responsabilidade ambiental é na modalidade risco integral, não há espaço para se exigir o nexos de causalidade”.²⁶

No campo da responsabilidade objetiva, portanto, tem-se a teoria do risco integral.

Contudo, acredita-se que essa teoria é (ou deveria ser) restrita ao poluidor direto, caso

22 STEIGLEDER, Annelise. Responsabilidade civil das instituições financeiras por danos ambientais. *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Mato Grosso*, n. 2, jan./jul. 2007, p. 112.

23 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 394.

24 NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *op. cit., loc. cit.*, p. 43.

25 NUSDEO, Ana Maria de Oliveira. *op. cit.*, p. 43.

26 SAMPAIO, Rômulo Silveira da. *op. cit., loc. cit.*, p. 157.

contrário, da mesma maneira como ocorreria com a adoção da teoria da equivalência dos antecedentes, não haveria razão de existir a figura do poluidor indireto, já que o motivo da existência é, justamente, “fazer com que quem participe criando riscos internalize um custo de prevenção que, na ausência da previsão de responsabilidade do indireto, não estaria presente”²⁷.

Logo, é incompatível com a própria existência da figura do poluidor indireto, a imposição de obrigações não previstas em lei à instituição financeira, antes, durante e após o contrato de financiamento, mantendo-a responsável de forma integral pelo eventual dano, “sem qualquer limitação ou possibilidade de exclusão de responsabilidade, pelo tempo em que a atividade durar e, pior, mesmo após o encerramento da atividade”²⁸.

Ao adotar-se a teoria do risco integral para o poluidor indireto, observa-se que sua responsabilização invariavelmente se torna eterna e irrestrita, indo na contramão do efeito que se pretende, que é a maior proteção ambiental possível. Isso porque, nesse caso, o poluidor direto não teria qualquer incentivo para adotar medidas de precaução, bastaria contar com a possibilidade do Estado ou do financiador – ou qualquer outro poluidor indireto – serem chamados a responder por eventual dano, enquanto este último restringiria as atividades ou ajustaria o preço desprezando medidas de prevenção do dano:

O indireto, por sua vez, ou limitaria sobremaneira qualquer atividade, prejudicando as externalidades positivas, no caso do Estado, ou, no caso da instituição financeira, promoveria um ajuste no preço e menosprezaria qualquer medida de controle do risco ambiental. O resultado: menor proteção e controle do risco ambiental²⁹.

Para o poluidor indireto, portanto, a teoria aceita e consagrada por grande parte dos civilistas e ambientalistas nacionais é a teoria do risco criado. Isso porque a tentativa de alargar ao extremo a responsabilidade civil ambiental, sem compromisso com as suas regras gerais, gera efeitos contrários e indesejados, relacionados a distorções jurídicas e econômicas que fazem com que instituições financeiras – e poluidores indiretos privados no geral - não tenham o correto incentivo para internalizar os custos de prevenção, tampouco de investir em medidas de controle do risco ambiental (contando que terão o responsável indireto na relação para cobrir eventuais custos da reparação ambiental).

Além disso, não diferencia as instituições financeiras que internalizam a prevenção daquelas que não internalizam, gerando um problema concorrencial, bem como viola o artigo 225, § 1º, inciso V da Constituição Federal, uma vez que incentiva a diminuição do dever de controle de risco.

Assim, a responsabilização da instituição financeira enquanto indireta não é presumível pelo magistrado, devendo estar prevista em lei ou regulamento. O magistrado deve, portanto, realizar o “exame objetivo, imparcial e independente sobre se houve ou não

27 Idem, ibidem, loc. cit.

28 Idem, ibidem, loc. cit.

29 SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. *op. cit.*, p. 159.

violação de exigência legal ou regulamentar dos deveres de cuidado (do *standart* legal de precaução) que recai sobre a instituição financeira.”³⁰

Havendo adequação da conduta do banco com a exigência legal ou regulamentar, não há juízo subjetivo de probabilidade específico que possa culminar em sua responsabilização, uma vez que não existe, nesse caso, o nexo de causalidade. Assim, a questão a ser enfrentada não é de probabilidade, mas sim se houve violação a dever jurídico responsável pela criação de um risco que acarretou um dano ao ambiente.

O reconhecimento de que a teoria do risco criado é a que foi recepcionada pelo Código Civil e, portanto, pelo regime jurídico brasileiro, não reduz a sua rigidez, tampouco prejudica ações de reparação do dano ambiental. Ao contrário, otimiza a racionalidade do sistema o adequando melhor ao regime de responsabilidade civil, além de criar um ambiente de maior segurança jurídica, vez que a consequência prática é acolher as clássicas excludentes de responsabilidade, mesmo em se tratando da objetivação inerente à área ambiental.

Cumprido ressaltar que, no caso da responsabilização da instituição financeira, o nexo de causalidade é entre o ato omissivo em violação ao dever legal, a criação do risco e a ocorrência do dano, uma vez que o financiamento, por si só, não é uma atividade potencialmente danosa ao ambiente, como se vê:

O financiamento, em si, não é uma atividade que, por sua natureza, cria risco ao meio ambiente, sendo relevante, em termos causais e para fins de responsabilização civil, apenas se o aporte de recursos financeiros desconsiderar o cumprimento, pelo financiado, das normas ambientais aplicáveis à sua atividade, especialmente as relativas ao financiamento ambiental³¹.

Desta maneira, se a instituição financeira será responsabilizada não importando o dever de cuidado, ela deixa de ter o custo dessa internalização para, então, ajustar o preço. Isso leva a consequências sistêmicas prejudiciais ao meio ambiente, bem como sustenta a tese de que a responsabilidade integral da instituição financeira, poluidora indireta, viola o artigo 225, § 1º, inciso V da Constituição Federal, que prevê a incumbência ao poder público de “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.”³²

Em suma, com a redução da internalização do controle de risco, impõe-se ao Poder Público o dever de adotar tais medidas. Se adotadas pelo Poder Judiciário, o incentivo é para que o poluidor direto reduza o seu dever de controle dos riscos, já que ele paga mais pelo crédito (para suportar o risco ambiental), não restando razão para se preocupar

30 SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. *op. cit.*, p. 145.

31 LEAL, Guilherme. Risco, Causalidade e Poluidores Indiretos. In: SAMPAIO, Rômulo S. R; LEAL, Guilherme J.S; REIS, Antônio Augusto (orgs.). **Tópicos de Direito Ambiental – 30 Anos da Política Nacional do Meio Ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 525.

32 BRASIL. **Constituição Federal de 1988, promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 abr. 2020.

com medidas de prevenção, até porque, caso o dano se concretize, contará com a responsabilização do financiador indireto.

3 | CONCLUSÃO

As instituições financeiras oficiais, consideradas poluidoras indiretas quando há dano ambiental decorrente de atividades por elas financiadas, possuem deveres legais específicos para a concessão do financiamento, devendo exigir da empresa a que se destina o crédito documentos comprobatórios de cumprimento de normas ambientais, de modo que o entendimento doutrinário e jurisprudencial é uníssono quanto à sua corresponsabilidade em caso de inobservância de tais obrigações.

A dúvida jurídica que permeia o tema reside na possibilidade de extensão da obrigação dos deveres legais também às instituições financeiras privadas - vez que, inicialmente, fora atribuída por lei somente aos bancos oficiais -, bem como na escolha da teoria do risco aplicável ao nexo de causalidade.

Em que pese ser comum no Direito Ambiental a adoção da teoria do risco integral, bastando a existência do dano e do nexo de causalidade, compreende-se que esta acaba por igualar o tratamento jurídico entre poluidor direto e indireto, não havendo razão para a existência do último. Ainda, corre-se o risco de se invocar a teoria da equivalência dos antecedentes, rechaçada pelo ordenamento pátrio.

Além disso, o alargamento da responsabilização do poluidor indireto somente pelo dano traz consequências práticas e jurídicas indesejadas, quais sejam, faz com que as instituições financeiras não tenham incentivo suficiente para internalizar os custos de prevenção, bem como faz com que os poluidores diretos não tenham incentivo para investir em medidas de controle do risco ambiental, contando que terão a figura do indireto na relação para suportar eventuais custos de reparação ambiental, em responsabilidade solidária.

Com relação ao cenário econômico, a não diferenciação entre instituições financeiras que internalizam a prevenção daquelas que não internalizam gera um problema concorrencial. Ademais, a imposição de ajustes no preço do financiamento pode prejudicar tal atividade com relação às suas externalidades positivas, criando riscos sistêmicos prejudiciais à sociedade como um todo e às demandas econômicas.

Assim, para fins de responsabilização do poluidor indireto entende-se como adequada a teoria do risco criado, levando-se em conta o nexo de causalidade entre ato omissivo decorrente de inobservância de obrigação legal e a criação do risco que gerou um dano ambiental, bem como a execução subsidiária da responsabilidade objetiva, se aplicada como regra geral.

REFERÊNCIAS

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Manual de Crédito Rural (MCR)**. Disponível em: <https://www3.bcb.gov.br/mcr/completo>. Acesso em: mar. 2020.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução nº 4.327, de 25 de abril de 2014. **Dispõe sobre as diretrizes que devem ser observadas no estabelecimento e na implementação da Política de Responsabilidade Socioambiental pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil**. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2014/pdf/res_4327_v1_O.pdf. Acesso em: mar. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação**. Brasília, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 10 set. 2019.

BRASIL. Lei nº 611.105, de 24 de março de 2005. **Dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 de março de 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm. Acesso em: mar. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim G.; LEITE, José Rubens M. **Direito Constitucional Ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LEAL, Guilherme J.S.; REIS, Antônio Augusto; SAMPAIO, Romulo S. R. (Orgs.). **Tópicos de Direito Ambiental: 30 anos da Política Nacional do Meio Ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. 5. ed. rev. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

NUSDEO, Ana Maria Oliveira. Instituições financeiras e danos ambientais causados por atividades financiadas. In: YOSHIDA, Consuelo Y.M *et al.* (Coords.). **Finanças sustentáveis e a responsabilidade socioambiental das instituições financeiras**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013

SAMPAIO, Romulo Silveira da Rocha. **Responsabilidade Civil Ambiental das Instituições financeiras**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

STEIGLEDER, Annelise. Responsabilidade civil das instituições financeiras por danos ambientais. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Mato Grosso**, n. 2, jan./jul. 2007.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. **Responsabilidade das instituições financeiras: da atuação reativa à atuação proativa**. In: OLIVEIRA, Carina; SAMPAIO, Rômulo S. da R. (orgs.). **Instrumentos Jurídicos para a Implementação do Desenvolvimento Sustentável**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2012.

PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL: ANÁLISE DAS FISCALIZAÇÕES AMBIENTAIS REALIZADAS PELA SECRETARIA DO DESENVOLVIMENTO AMBIENTAL DO ESTADO DE RONDÔNIA NO PERÍODO DE 2014 ATÉ 2019

Data de aceite: 04/01/2021

Arthur Bartolomeu Lima Alves

Faculdade de Rondônia (FARO)
Porto Velho, Rondônia

<http://lattes.cnpq.br/6208776044554619>

Alisson Barbalho Marangôni Correia

Centro Universitário São Lucas (UNISL)
Escola Brasileira de Direito (EBRADI)
Centro Universitário UNA
Porto Velho, Rondônia

<http://lattes.cnpq.br/0411777620648548>

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar as fiscalizações ambientais realizadas pela Secretaria de Estado do Desenvolvimento Ambiental do Estado de Rondônia (SEDAM/RO) no período de 2014 até 2019, porquanto o regular exercício do poder de polícia ambiental tem a finalidade de assegurar aos administrados um meio ambiente ecologicamente equilibrado, evidenciando assim a sua relevância jurídica e social. Para tanto, foi necessário verificar a legislação que norteia o exercício de poder de polícia ambiental e levantar as ações fiscalizatórias realizadas nesse período. Ademais, destaca-se a existência de um microsistema normativo em cada esfera da federação, versando sobre as infrações ambientais, as penalidades, o procedimento, mas sempre observando a simetria com a legislação federal. Por sua vez, a pesquisa desenvolvida pode ser classificada da seguinte forma: trata-se de um estudo exploratório, com a abordagem do tema de modo qualitativo e quantitativo, por meio do

delineamento de um estudo de caso. Por fim, um dos principais resultados constatados é que houve um decréscimo da atividade fiscalizatória em 2018 e 2019, em contrapartida ao aumento de infrações ambientais nesse período.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Ambiental; Responsabilidade Administrativa; Poder de Polícia Ambiental; SEDAM RO.

ENVIRONMENTAL POLICE POWER: ANALYSIS OF ENVIRONMENTAL INSPECTIONS CARRIED OUT BY THE RONDONIA STATE'S SECRETARIAT FOR ENVIRONMENTAL DEVELOPMENT FROM 2014 TO 2019

ABSTRACT: This paper aims to analyze the environmental inspections carried out by the Secretary of Environmental Development of Rondonia State from 2014 to 2019, because its regular exercise is essential to secure the balanced environment to this state's population, showing its legal and social relevance. Therefore, it was needed to verify the legislation that involves the exercise of police power and the inspection actions made in this period. In addition, it stands out that there is a normative micro-system in which member of federation, approaching the environmental infractions, penalties, procedure, but always respecting the federal law in symmetry. On the other hand, the developed research can be classified in the following way: it is an exploratory study, with a qualitative and quantitative approach, through a study of case. Ultimately, one of the main results is that there was a decrease in the inspections actions in 2018 and 2019, in contrast to the increase of

environmental infractions at the same time.

KEYWORDS: Environmental Law; Administrative Accountability; Environmental Police Power; SEDAM –RO.

1 | INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo 225, estabelece o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo a todos um dever intergeracional de sustentabilidade sobre o desenvolvimento econômico, com o escopo de garantir a disponibilidade de recursos naturais às futuras gerações, ao tempo em que são satisfeitas às necessidades da atual.

Por esse motivo, cabe ao Estado desenvolver atividades administrativas e legislativas de modo a assegurar esse direito fundamental bem como promover a tríplice responsabilização das condutas lesivas ao meio ambiente. Nessa senda, o poder de polícia ambiental se mostra relevante ao possibilitar uma ação preventiva do Estado por meio do licenciamento e repressiva através da imposição de multas e embargos.

Todavia, por mais que a Constituição Cidadã apresente todos estes dispositivos para proteção do meio ambiente, os fatos que ocorreram na história recente do Brasil mostram a não efetividade da lei à proteção do bem jurídico apresentado. Isso se apresenta pelo aumento do desmatamento no ano de 2019 e, conseqüente, poluição atmosférica, pelos desastres ambientais em Minas Gerais, tanto o de Mariana quanto o de Brumadinho.

Já sob a ótica jurídica, verifica-se que o direito ambiental, por muitos é tido como um mal necessário, um contraponto ao desenvolvimento econômico. Ocorre que o Direito Ambiental, embora seja um ramo autônomo do Direito, não pode ser dissociado do Direito Constitucional e do Administrativo no que se refere à conduta do Estado em assegurar a observância de suas normas cogentes, sob pena de inviabilizar o mínimo existencial aos administrados. Todos esses aspectos só vêm demonstrar a relevância social e jurídica da presente pesquisa.

Por todo o exposto, levantou-se a seguinte problemática: Quais são as fiscalizações ambientais realizadas pela Secretaria do Desenvolvimento Ambiental do Estado de Rondônia no período de 2014 até 2019?

Em resposta a esse questionamento foram levantadas as seguintes hipóteses: o Estado de Rondônia possui grande volume de processos administrativos de responsabilidade ambiental e, mesmo assim, houve um aumento nos ilícitos ambientais.

Igualmente, foi definido o objetivo geral de analisar as fiscalizações ambientais realizadas pela Secretaria do Desenvolvimento Ambiental do Estado de Rondônia (SEDAM/RO) no período de 2014 até 2019. Para tanto, objetivos específicos foram: verificar a legislação ambiental atinente ao exercício do poder de polícia; levantar e analisar as ações fiscalizatórias da SEDAM/RO no período de 2014 até 2019.

Em relação aos métodos e técnicas empregados nessa pesquisa, vale ressaltar que se trata de uma pesquisa exploratória, com o objetivo de estabelecer uma primeira compreensão do que tem sido feito na fiscalização ambiental. Para tanto, o delineamento se deu por meio de um estudo de caso, analisando somente um dos órgãos ambientais que atuam em Rondônia. Ainda, destaca-se que se trata de uma pesquisa qualitativa e quantitativa.

Portanto, um dos principais resultados que foi possível constatar é que o Estado de Rondônia escolheu aplicar o Decreto Federal n. 6.514/08, que versa sobre as infrações administrativas, no que tange as infrações, penalidades e, em linhas gerais, ao procedimento, pois há alterações pontuais como a forma de pagamento.

Além disso, há uma estrutura de julgamento diferente dos órgãos federais, pois há um departamento responsável pela custódia dos processos e assessoria jurídica ao secretário e ao seu adjunto, responsáveis pelo julgamento monocrático.

Dessa forma, o desenvolvimento do presente artigo está organizado da seguinte forma: inicialmente foi abordado o paradigma teórico normativo que norteia o exercício do poder de polícia ambiental, notadamente pela abordagem dos aspectos gerais do licenciamento e da fiscalização ambiental. Na seção seguinte, foi estabelecido os aspectos metodológicos que norteiam a premissa menor, qual seja o levantamento das informações junto ao portal da SEDAM/RO. Na seção dos resultados e discussão foi apresentado o levantamento feito e, em ato contínuo, foi realizado uma análise comparativa com trabalhos científicos pertinente ao objeto da pesquisa.

2 I ABORDAGEM GERAL SOBRE O PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL

O poder de polícia ambiental é a prerrogativa que a Administração Pública possui para disciplinar o desenvolvimento de atividades potencialmente poluidoras, restringindo condutas que causem ou possam causar dano ambiental. Essa prerrogativa encontra fundamento no inciso VI do artigo 170 e no artigo 225 da Constituição Federal de 1988 (CARVALHO FILHO, 2017).

Inicialmente, importa esclarecer que o exercício do poder de polícia não se confunde com a polícia judiciária, tendo em vista que a primeira incide sobre bens e direitos, condicionando-os ao interesse público. O segundo, por seu turno, incide sobre pessoas, com fundamento no direito penal e processo penal, exercendo o poder punitivo do Estado (SABBAG, 2017).

Nesse diapasão, importa conceituar esse poder administrativo, em seu sentido amplo e estrito, da seguinte forma:

O primeiro corresponde a toda e qualquer atuação restritiva do Estado, abrangendo tanto os atos do Poder Executivo, como também do Legislativo onde se condiciona a liberdade e propriedade em prol dos cidadãos; e o

segundo seria o que denominamos Polícia Administrativa. Em sentido estrito, somente se admite a atuação concreta da Administração Pública que condiciona direitos. (CARVALHO, 2017, p.133)

Em outras palavras, trata-se de “prerrogativa de direito público que, calcada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e o gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse da coletividade” (CARVALHO FILHO, 2017, p. 84), cujo conceito legal se encontra no artigo 78 do Código Tributário Nacional (CTN), que, *in verbis* dispõe:

Art. 78. Considera-se **poder de polícia** atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. Parágrafo único. Considera-se **regular o exercício do poder de polícia** quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder. (BRASIL, 1966) [grifos nosso].

Em decorrência disso, a Constituição Federal, em seu artigo 145, inciso II, autorizou os membros da Federação a instituírem taxas para custearem a atuação do Estado as quais observarão o que aduz, *in verbis*, o artigo 77 do CTN:

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. (BRASIL, 1966)

Para tanto, o Estado criou diversos órgãos ambientais que possuem competência fiscalizatória e reguladora das atividades econômica no que concerne a adequação de atividades potencialmente poluidoras as normas ambientais. Nesse sentido, ressalta-se que esses órgãos constituem o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), de acordo com o artigo 6º da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), e sua atuação integrada é essencial para a melhoria da qualidade do meio ambiente (SILVA, 2017).

Em relação a competência do agente responsável pelo exercício do poder de polícia ambiental, o parágrafo 1º do artigo 70 da Lei n. 9.605/98 estabelece o seguinte:

Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente. § 1º São autoridades competentes para lavrar auto de infração ambiental e instaurar processo administrativo os funcionários de órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, designados para as atividades de fiscalização, bem como os agentes das Capitânicas dos Portos, do Ministério da Marinha. (BRASIL, 1998)

Da interpretação dessa norma é possível inferir que não se faz necessária a

existência de um cargo específico para o desempenho dessa função nos quadros desses órgãos, bastando o curso de capacitação e a designação do gestor do órgão (SILVA, 2017). Nesse sentido, verifica-se que “o STJ vem admitindo que a lavratura dos autos de infração pelo IBAMA não é atividade exclusiva dos analistas ambientais, desde que haja designação para atuar na fiscalização ambiental” (AMADO, 2015, p. 622), e a sua ausência enseja a nulidade do ato.

Lado outro, importa pontuar que há membros da federação que estabeleceram a exigência de que o agente competente para fiscalizar fosse servidor público estatutário, em tese, qualificado para exercer essa atividade. Essa exigência vai além do que prevê a norma federal, que sustenta que o curso de formação e a designação em portaria são suficientes para dar competência ao agente (ARAGÃO; MARQUES; LIMA, 2016).

Em síntese, o exercício do poder de polícia ambiental traduz num serviço público específico e divisível, em que o Estado busca a adequação das atividades dos particulares aos parâmetros fixados nas normas ambientais e a constatação de inexistência de danos ambientais (HARADA, 2017).

Por fim, é possível afirmar que as “ações do poder de polícia de se externalizam tanto em ações repressivas as condutas lesivas ao meio ambiente, quanto em ações preventivas, como a necessidade de licenciamento ambiental” (SILVA, 2017, p. 17).

2.1 O licenciamento ambiental

O licenciamento ambiental, segundo o artigo 9º, IV, do PNMA, é um importante instrumento de controle das atividades potencialmente poluidoras, com vistas a assegurar o mínimo existencial de proteção ao meio ambiente equilibrado. Para tanto, essa medida administrativa se baseia nas normas gerais de Direito Administrativo e nas de Direito Ambiental (ANTUNES, 2017).

Nesse sentido, impende salientar que o processo de licenciamento ambiental tem “a finalidade de avaliar os possíveis impactos e riscos de uma atividade ou empreendimento potencialmente causador de degradação ambiental ou poluição” (OLIVEIRA, 2017, p. 220), observando nos princípios vetores da prevenção, diante da certeza científica a respeito do risco daquela atividade, ou da precaução, se houver incerteza científica a respeito do risco.

No âmbito da competência para realização desse procedimento administrativo obrigatório, a Resolução do CONAMA n. 237/1997 estabeleceu que o IBAMA, como órgão federal, emitirá as licenças de alta complexidade nos termos do artigo 4º dessa resolução.

Por sua vez, os Estados e o Distrito Federal emitirão licença de atividades que impliquem em impacto regional de média complexidade ou alta, por meio de instrumento de cooperação com o órgão federal, consoante estabelece o artigo 5º dessa resolução.

Os municípios, por seu turno, emitirão licenças atinentes às atividades locais de baixa ou média complexidade, de acordo com o instrumento de cooperação, nos termos do artigo 6º dessa Resolução do CONAMA. Dessa forma, o Poder Público emitirá uma

única licença a ser apresentada perante os órgãos ambientais competentes para exercer a fiscalização.

Ademais, a Resolução CONAMA n. 237/1997, estabeleceu, em seu artigo 8º, que o órgão ambiental emitirá no processo de licenciamento a licença prévia, a de instalação e a de operação, todas elas precedidas de estudos de impactos ambientais e outorgadas em etapas. Em que pese essas sejam as principais licenças emitidas e conhecidas, há outras previstas no ordenamento jurídico, de igual importância, mas menos conhecidas (TRENNEPOHL, 2018).

Por fim, importa ressaltar que o processo de licenciamento ambiental é duramente criticado pelo empresariado brasileiro. Em decorrência disso, o Tribunal de Contas da União realizou uma série de estudos sobre a qualidade dos processos de licenciamento e suas fragilidades os quais implicam a necessidade de uma mudança na forma de administração pública a ser adotada pelos órgãos ambientais (HOFMANN, 2015).

2.2 A fiscalização ambiental e o processo administrativo de responsabilidade ambiental

A fiscalização ambiental, diferentemente do licenciamento que tem um caráter antecedente do dano ao meio ambiente, tem o condão de reprimir e inibir a prática de condutas lesivas ao meio ambiente, razão pela qual, é uma das atividades mais relevantes do exercício do poder de polícia ambiental (ANTUNES, 2017).

Inicialmente, importa consignar que no ordenamento jurídico brasileiro as infrações administrativas ambientais são sancionadas com fundamento na lei de crimes ambientais (Lei Nacional n. 9.605/98) que, em seu artigo 70, estabelece o seguinte:

Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

Para tanto, o Poder Executivo, no exercício de seu poder regulamentar promulgou o Decreto n. 6.514, de 22 de julho de 2008, com a finalidade conferir aplicabilidade do direito administrativo sancionador. Nesse sentido, ressalta-se que a infração administrava, em sua maioria, mantém um paralelo com os tipos penais dessa lei (DE BRITO; MASTRODI NETO, 2016).

Em decorrência disso, parte da minoritária da literatura sustenta que essa norma viola o princípio da legalidade, porquanto a previsão de tipos sancionadores deveria ser apenas objeto de lei em sentido estrito. Todavia, esse entendimento não prosperou dentre a literatura nem entre o posicionamento dos tribunais que ratificaram a legalidade da norma (LOPES, 2016).

Outrossim, o procedimento de responsabilização administrativa necessariamente precisa observar os princípios processuais constitucionais bem como os infraconstitucionais estabelecidos no artigo 95 do Decreto n. 6.514/08, de modo que a não observância desses

pode implicar em nulidades do processo e a posterior inscrição em dívida ativa (ANTUNES, 2017).

Já o artigo 98 do Decreto Federal 6.514/08 estabelece o prazo de cinco dias úteis para a instauração do processo após o seu recebimento no setor competente. Momento em que o órgão ambiental, eventualmente, produzirá documentos complementares, tais como o relatório de primariedade do investigado, relatório dos fiscais esclarecendo os fatos e circunstâncias de sua atuação como forma de subsidiar a ratificação a sanção inicialmente imposta no auto de infração (SILVA, 2017).

Nesse diapasão, a responsabilidade administrativa por dano ao meio ambiente, tem por ato inicial a imposição de sanção por parte do agente de fiscalização ao lavrar do auto de infração ambiental, que necessita observar os requisitos do artigo 97 do Decreto Federal n. 6.514/08, vejamos:

Art. 97. O auto de infração deverá ser lavrado em impresso próprio, com a identificação do autuado, a descrição clara e objetiva das infrações administrativas constatadas e a indicação dos respectivos dispositivos legais e regulamentares infringidos, não devendo conter emendas ou rasuras que comprometam sua validade.

Da leitura e interpretação do dispositivo, é possível inferir que não observância desses requisitos enseja a anulação desse ato administrativo. Ainda, registra-se que “o Auto de Infração, lavrado por agente capaz, com o formalismo da lei, [...], goza de presunção de veracidade. Para infirmar seu conteúdo não bastam alegações vagas e sem consistência probante” (TRENNEPOHL, 2013, p.53).

Nesse contexto, a manifestação defensiva tem a finalidade de afastar a presunção relativa de veracidade do ato administrativo, caso o interessado permaneça inerte será aplicável os efeitos da revelia, de acordo com o que estabelece o art. 344 do CPC (SANTOS, 2017; ALEXANDRE; DE DEUS, 2017). Sendo, para tanto, oferecida no prazo de vinte dias, consoante estabelece o artigo 113 do Decreto Federal n.6.514/08, a saber:

Art. 113. O autuado poderá, no prazo de vinte dias, contados da data da ciência da autuação, **oferecer defesa** contra o auto de infração. [grifos nosso].

No que concerne à aplicação dessa norma, verifica-se dois posicionamentos distintos. O primeiro sustenta que é aplicável a regra de contagem de prazo em dias úteis conforme o Código de Processo Civil, lado outro, há autores que sustentam que o prazo deva ser contado em dias corridos, porquanto a lei regulamentada pelo decreto é penal, porquanto o prazo seria contado consoante prevê o Código de Processo Penal (TRENNEPOHL, 2013; QUADRI, 2003).

No que se refere à defesa administrativa, importa salientar que incumbe ao defendente, no ato de oferecimento da defesa, acostar os documentos que entende indispensáveis para infirmar a presunção de veracidade do auto de infração, conforme

aduz o artigo 118 do Decreto Federal n.6.514/08. Isso se faz necessário porque recai sobre o interessado o ônus de demonstrar inexistência de dano ambiental ou existência de vícios na atuação dos agentes de fiscalização, sendo primado pela produção de prova documental, tendo em vista a impossibilidade de muitos órgãos tem em realizarem a colheita de provas orais (NEVES, 2017).

Nesse contexto, o pedido de produção de prova, no âmbito desse processo administrativo, requerer a sua motivação por parte do interessado, sob pena de indeferimento com base no artigo 120 do Decreto Federal 6.514/08. Igualmente, a autoridade julgadora de primeira instância pode, com a finalidade de formar seu juízo de convencimento, requisitar do seu corpo técnico e jurídico a emissão de pareceres independente da manifestação do defendente, com fundamento nos artigos 119 e 121 dessa norma (TRENNEPOHL, 2013; TRENNEPOHL, 2018).

Além disso, destaca-se que, com fulcro no artigo 122 desse decreto, o autuado pode manifestar-se em alegações finais no prazo de dez dias. Todavia, tal oportunidade, geralmente, só é concedida caso haja a produção de prova nova que implique em alteração no enquadramento da infração e agravamento da penalidade sob fundamento de celeridade processual e da regra prevista no artigo 123 desse decreto (LOPES, 2016).

Após a instrução processual, a autoridade competente julgará subsistente o auto de infração, ratificando a decisão do agente de fiscalização ou decidindo de forma diversa com fulcro nas provas carreadas nos autos (TRENNEPOHL, 2013). Essa decisão pode ser fundamentada pela própria autoridade ou inclusive ao se acolher os pareceres elaborados pelo corpo técnico do órgão ambiental.

Ademais, registra-se que compete a cada membro da federação legislar concorrentemente no que tange as normas processuais e as infrações a serem impostas aos jurisdicionados, de modo que é possível constatar verdadeiros microssistemas dentro dos setores responsáveis pelo julgamento desses processos (HOLZ, 2016).

Nessa senda, no organograma da Secretaria de Estado do Desenvolvimento Ambiental (SEDAM) a autoridade competente para realizar esse julgamento é o secretário responsável por essa pasta e o seu adjunto, na ausência daquele ou no seu impedimento. (SILVA, 2017).

O artigo 127 do Decreto Federal n. 6.514/2008 estabelece a possibilidade de recurso hierárquico, com vista analisar a ratificar ou reformar a decisão de primeiro grau, no caso desse ente federativo houve o prestígio ao princípio da decisão colegiada. Isto é, o recurso contra a decisão do secretário da SEDAM será apreciado pelo Conselho Estadual de Política Ambiental – CONSEPA, de acordo com o inciso IV do artigo 2º do Decreto do Estado de Rondônia n. 8030/97.

O Estado de Rondônia, por exemplo, prevê, dentro do passo de vinte dias corridos, a possibilidade do pagamento integral da multa com trinta e cinco por cento de desconto, nos termos do artigo 1º da Lei Estadual n. 3.744/2015. Caso contrário, pode ser concedido

desconto de trinta por cento, se o pagamento integral ocorrer antes da decisão de primeira instância. E, se houver a decisão de primeira instância, o desconto será reduzido a vinte e cinco por cento do valor integral no prazo de recurso ao CONSEPA (SILVA, 2017).

Lado outro, esse ente também prevê a possibilidade de parcelamento desse débito observando-se as condições de pagamento elencadas no artigo 8º da Lei Ordinária do Estado de Rondônia n.3744/2015, que dispõe, *ipsis litteris*:

Art. 8º Os débitos oriundos de multas ambientais aplicadas pelo órgão ambiental estadual poderão ser parcelados em até 60 (sessenta) prestações mensais. § 1º Na hipótese de parcelamento do débito, não serão concedidos os descontos de que trata o Capítulo I desta Lei. § 2º O débito objeto de parcelamento será consolidado na data do pedido. § 3º O valor mínimo de cada prestação mensal não poderá ser inferior a: I - R\$ 50,00 (cinquenta reais), quando o devedor for pessoa natural; e II - R\$ 200,00 (duzentos reais), quando o devedor for pessoa jurídica. § 4º O valor de cada parcela será obtido mediante a divisão do valor do débito consolidado pelo número de parcelas, observados os limites do § 3º deste artigo.

Da interpretação sistemática das regras de desconto e parcelamento é possível inferir que tais benefícios não são cumulativos, porquanto tais normas são interpretadas restritivamente sob pena de danos ao erário pela ampliação irregular de benefícios (FIORILLO, 2018).

Com o trânsito em julgado do processo administrativo, ele será inscrito em dívida ativa para que haja a respectiva execução fiscal, a qual deve ser proposta pelo fisco dentro do prazo prescricional de cinco anos, consoante estabelece a Súmula n. 467 do STJ/2010.

No que concerne o Estado de Rondônia, destaca-se que a Procuradoria da Dívida Ativa é competente para efetuar a inscrição desse crédito após o seu trânsito em julgado, atualização monetária e controle de juridicidade por essa setorial (CORREIA, 2016). Após isso, os processos são distribuídos dentre as setoriais da procuradoria para que estas efetuem as medidas de cobrança judicial e extrajudicial.

Por fim, vale ressaltar que o pagamento das taxas e o pagamento das multas ambientais são fontes de receitas para o Fundo Especial de Proteção Ambiental (FEPRAM), criado pela Lei ordinária do Estado de Rondônia n.547/93. Por esse motivo, essas fontes de receitas são cruciais para o custeio das atividades dessa secretaria (CORREIA, 2016; ARAGÃO; MARQUES; LIMA, 2016).

3 | MATERIAL E MÉTODO

O presente artigo tem por objetivo geral analisar as fiscalizações ambientais realizadas pela Secretaria de Estado do Desenvolvimento Ambiental do Estado de Rondônia (SEDAM/RO) no período de 2014 até 2019. Para tanto, foi imprescindível o levantamento da quantidade de autuações e respectivos processos junto a Diretoria de Autos de Infração,

o qual foi feito por meio do portal da transparência desse órgão.

No tocante as técnicas de pesquisa e os métodos empregados, por se tratar de um estudo de caso, a pesquisa sofreu um corte metodológico com o objetivo de realizar uma análise profunda e exaustiva sobre o tema, levando em consideração fatores capazes influenciar natureza ou o desenvolvimento da pesquisa, seja de forma direta ou indireta.

Igualmente, por se tratar de um estudo exploratório, foi necessário o levantamento bibliográfico e documental sobre a legislação ambiental, com ênfase na responsabilidade ambiental, sobre o poder de polícia e, posteriormente sobre as ações da SEDAM. Evidenciando, assim, o caráter qualitativo e quantitativo da pesquisa realizada. Assim, a partir das premissas gerais aduzidas nesse marco teórico foi aplicado o método hipotético-dedutivo na análise desse objetivo geral.

4 | RESULTADOS E DISCUSSÃO

A SEDAM/RO é o órgão da administração direta competente para exercer a fiscalização ambiental, conforme prevê o artigo 88 da Lei Complementar do Estado de Rondônia n. 42/91. Nesse sentido, destaca-se a existência de um convênio entre essa secretaria e o Batalhão de Polícia Ambiental de Rondônia, o qual além de prestar apoio às ações de fiscalização desse órgão, também permite que o policial ali lotado exerça o poder de polícia ambiental (SILVA, 2017).

Noutro giro, os processos administrativos de apuração da responsabilidade ambiental ficam sob a responsabilidade da Diretoria de Autos de Infração (DAI), o qual é, em síntese, responsável pela instrução processual e assessoria jurídica das autoridades competentes, bem como responsável pela notificação dos interessados, segundo no artigo 12 da Lei ordinária do Estado de Rondônia n. 3744/2015.

A SEDAM/RO, aplicando as disposições da Lei. Federal n. 12.527, de 18 de novembro de 2011, disponibilizou a relação de processos sob a responsabilidade da Diretoria de Autos de Infração, bem como a relação dos processos pagos antes da inscrição em dívida ativa.

Por conseguinte, foi possível levantar as ações fiscalizatórias da SEDAM/RO no período de 2014 até 2019 em seu domínio na internet (RONDÔNIA, online, 2020). Posteriormente, os dados foram organizados em municípios e distritos com vista a aferir a quantidade de fiscalizações nesse período.

Quantidade de autos de infração lavrados pela SEDAM/RO por municípios							
Posição	Município/Distritos	2014	2015	2016	2017	2018	2019
1	Porto Velho	290	329	531	372	398	165
1.1	Abunã	0	2	0	0	0	0
1.2	Calama	0	0	0	0	0	0

1.3	Demarcação	0	0	0	0	0	0
1.4	Extrema	3	16	9	6	4	1
1.5	Fortaleza do Abunã	0	0	0	0	0	0
1.6	Jaci-Paraná	25	43	43	46	36	10
1.7	Mutum-Paraná	0	1	0	0	0	0
1.8	Nazaré	0	0	0	0	0	0
1.9	Nova Califórnia	0	0	0	0	0	0
1.10	São Carlos	0	0	1	0	0	0
1.11	Vista Alegre do Abunã	6	24	12	11	13	8
2	Ji-Paraná	87	52	99	123	78	31
2.1	Nova Colina	0	0	0	0	0	0
2.2	Nova Londrina	0	0	0	0	2	0
3	Ariquemes	15	37	66	93	47	62
3.1	Bom Futuro (Garimpo)	0	0	0	0	1	0
3.2	Joelândia	0	0	0	0	0	0
4	Vilhena	14	31	101	161	146	39
5	Cacoal	22	42	20	68	27	21
5.1	Riozinho	0	0	0	0	0	0
6	Rolim de Moura	14	6	17	15	31	18
6.1	Nova Estrela de Rondônia	0	0	0	0	0	0
7	Jaru	12	17	17	49	22	19
7.1	Bom Jesus	0	0	0	0	0	19
7.2	Santana Cruz da Serra	0	0	0	0	0	19
7.3	Tarilândia	0	0	0	0	3	0
8	Guajará-Mirim	7	7	35	47	2	7
8.1	lata	0	0	0	0	0	0
8.2	Surpresa	0	0	0	0	0	0
9	Machadinho D'Oeste	82	150	131	156	174	58
9.1	Oriente Novo	0	0	0	0	0	0
9.2	Quinto Bec	0	0	0	0	0	0
9.3	Tabajara	0	0	0	0	0	0
10	Buritis	82	179	96	130	31	19
11	Pimenta Bueno	13	35	48	60	54	21
11.1	Marco Rondon	0	0	0	0	0	0
12	Ouro Preto do Oeste	38	30	36	37	19	17
12.1	Rondoninas	0	0	0	0	0	0
13	Espigão D'Oeste	24	31	37	35	22	22
13.1	Boa Vista do Pacarana	0	0	0	0	0	0

13.2	Flor da Serra	0	0	0	0	0	0
13.3	Nova Esperança	0	0	0	0	0	0
13.4	Novo Paraíso	0	0	0	0	0	0
14	Nova Mamoré	77	36	73	89	79	13
14.1	Araras	0	0	0	0	0	0
14.2	Jacynópolis	15	16	6	1	3	4
14.3	Nova Dimensão	0	2	0	1	0	2
14.4	Palmeiras	0	0	0	0	0	0
15	Candeias do Jamari	122	124	145	224	206	12
15.1	Rio Preto do Candeias	0	0	0	0	0	0
16	Cujubim	31	71	54	104	61	49
17	Presidente Médici	9	20	16	15	13	17
17.1	Estrela de Rondônia	0	0	0	0	0	0
17.2	Novo Riachuelo	0	0	0	0	0	0
17.3	Vila Bandeira Branca	0	0	0	0	0	0
17.4	Vila Camargo	0	0	0	0	0	0
18	São Miguel do Guaporé	8	2	7	5	18	4
18.1	Santana do Guaporé	0	0	0	0	0	0
19	Alta Floresta D'Oeste	40	27	56	41	95	11
19.1	Filadélfia d'Oeste	0	0	0	0	0	0
19.2	Izidolândia	0	0	0	0	0	0
19.3	Nova Gease d'Oeste	0	0	0	0	0	0
19.4	Rolim de Moura do Guaporé	0	0	0	0	0	0
19.5	Santo Antônio d'Oeste	0	0	0	0	0	0
20	Alto Paraíso	9	4	12	54	56	15
21	Nova Brasilândia D'Oeste	6	5	9	5	5	11
22	São Francisco do Guaporé	11	7	32	38	22	20
23	Costa Marques	17	31	40	53	27	9
23.1	Príncipe da Beira	0	0	0	0	0	0
24	Cerejeiras	7	13	20	58	29	6
25	Colorado do Oeste	2	9	5	33	16	7
26	Monte Negro	8	4	10	7	16	3
27	Alvorada D'Oeste	8	9	10	6	3	2
27.1	Tancredópolis	0	0	0	0	0	0
27.2	Terra Boa	0	0	0	0	0	0
28	Campo Novo de Rondônia	17	23	4	11	14	7
28.1	Rio Branco	1	0	0	0	0	0
28.2	3 Coqueiros	0	0	0	0	0	0

29	Alto Alegre dos Parecis	4	0	0	9	8	2
30	Seringueiras	3	2	5	2	9	0
31	Urupá	3	9	4	6	1	8
32	Vale do Anari	1	4	8	49	8	11
33	Chupinguaia	5	1	3	29	18	9
34	Mirante da Serra	1	8	13	4	7	9
35	Itapuã do Oeste	4	1	1	0	11	4
36	Theobroma	0	9	2	5	4	2
37	Ministro Andreazza	0	5	0	0	0	6
38	Novo Horizonte do Oeste	1	1	0	1	1	2
38.1	Migrantinópolis	0	0	0	0	0	0
39	Governador Jorge Teixeira	0	0	2	9	0	1
39.1	Colina Verde	0	0	0	2	0	0
40	Corumbiara	2	5	22	10	5	3
41	Nova União	5	12	11	9	3	18
42	Vale do Paraíso	1	11	1	3	1	0
43	Santa Luzia D'Oeste	1	0	1	1	2	0
43.1	Barra de Camaratuba	0	0	0	0	0	0
44	Cacaulândia	1	0	3	1	0	0
45	Parecis	2	2	4	6	8	1
46	Cabixi	4	3	2	10	7	1
47	São Felipe D'Oeste	3	0	1	0	6	1
48	Teixeirópolis	1	4	4	0	0	0
49	Rio Crespo	0	0	1	7	0	3
50	Castanheiras	0	1	1	0	1	0
51	Primavera de Rondônia	0	0	1	0	2	0
52	Pimenteiras do Oeste	11	7	19	21	12	0
53	Municípios limítrofes a Rondônia	194	256	121	169	223	193
	TOTAL DE PROCESSOS	1175	1520	1.907	2338	1887	829

Nota: Quadro baseado nas informações levantadas no portal da transparência da SEDAM/RO (RONDÔNIA, online, 2020).

Quadro 1. Quantidade de autos de infração lavrados pela SEDAM/RO por municípios

Fonte: Próprio Autor

Ao se analisar esse quadro verifica-se que há distritos do estado de Rondônia em que não foram lavrados autos de infração. Em contrapartida, houve mais de cem atuações em locais limítrofes ao território rondoniense a cada ano do período pesquisado.

Outrossim, verificou-se que a Porto Velho é o município em que há maior concentração de autos de infração lavrados, sem precisar considerar os seus distritos. É possível inferir que um dos motivos é o fato de boa parte da estrutura logística desse órgão está situada nesse município, que é a capital desse estado (RONDÔNIA, online, 2020?).

Em relação ao interior do estado verifica-se que há uma atuação maior em cidades onde estão localizados os Escritórios Regionais de Gestão Ambiental (ERGA). Dentre esses escritórios, destacam-se os situados em Machadinho, Buritis, Vilhena e Ji-Paraná por terem uma média superior a cinquenta autos de infração por ano (RONDÔNIA, online, 2019?).

Da análise e interpretação do quadro, também se verifica que de 2014 até 2018 essa secretaria atuou de modo intenso, com mais de mil autos de infração lavrados a cada ano. Já no ano de 2019, houve um decréscimo significativo, não sendo atingida a metade de autos lavrados no ano anterior.

Por sua vez, para se analisar a atividade fiscalizatória é imprescindível levar em consideração o prisma da eficiência, da eficácia, e da efetividade. Nessa linha de ideias, importa conceituar os significados de eficiência, eficácia e efetividade da administração pública, segundo CARVALHO FILHO, o qual aduz que:

A eficiência não se confunde com a eficácia nem com a efetividade. A eficiência transmite sentido relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa; a ideia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes. Por outro lado, eficácia tem relação com os meios e instrumentos empregados pelos agentes no exercício de seus misteres na administração; o sentido aqui é tipicamente instrumental. Finalmente, a efetividade é voltada para os resultados obtidos com as ações administrativas; sobreleva nesse aspecto a positividade dos objetivos (2017, p. 54).

Sob esse prisma conceitual, não se vislumbrou nos registros desse órgão as anotações das infrações administrativas ambientais de cada auto de infração, o que prejudicou o levantamento estatístico de infrações ambientais por município e distrito.

Esse fato influencia o planejamento dessa instituição, pois de pronto não é possível precisar quais infrações são mais comuns por localidade, nem a sazonalidade das infrações. Conseqüentemente, é possível inferir que a falta de planejamento ou o mau planejamento influencia diretamente na qualidade das ações fiscalizatórias (MARIA, 2019).

Igualmente, ARAGÃO; MARQUES; LIMA (2016) sustenta que a análise dos fatores sociais é essencial ao planejamento das ações de fiscalização, sobretudo se houver a identificação de quais são as infrações mais comuns. O exame dessas questões pode propiciar a adoção de medidas preventivas de educação ambiental ou de regularização de atividades econômicas, um *compliance* em matéria ambiental.

Nessa senda, verifica-se também que a falta de estrutura para realização de ações de fiscalização com qualidade compromete a eficiência destas, porquanto a defasagem de pessoal pode implicar também em um risco a vida aos agentes de fiscalização. Ainda há

um risco de perecimento dos bens apreendidos ou da impossibilidade de fazê-los em caso de falta de espaço (RIBEIRO, 2017).

Por seu turno, DO NASCIMENTO et al (2019) aponta, em seu estudo, que o desmatamento no período de 1998 até 2018 cresceu movido pela expansão agrícola, sendo as cidades de Porto Velho e Nova Mamoré, os locais com maior índice de desmatamento. Igualmente, foi apontado nesse estudo um incremento no desmatamento e 2014 até 2018, mesmo assim, verifica-se um decréscimo de fiscalização no ano de 2019.

Nessa linha de ideais, o estudo de DA SILVA; SILVA; DE AGUIAR CAVALCANTE (2019) descreve o desmatamento no Parque Estadual Guajará Mirim com um padrão de alternante de crescimento acentuado no desmatamento seguido de um decréscimo anual. Cotejando esse padrão com a atividade fiscalizatória no município de mesmo nome, é possível inferir uma baixa efetividade nas ações se estas foram realizadas exclusivamente pelo órgão estadual.

Assim sendo, COSTA (2018) sustenta que imposição de multas ambientais, por si só, possui efeito nulo quanto à dissuasão de infrações ambientais. Para tanto, apontou que o não pagamento de multas ambientais e a morosidade do procedimento são os principais fatores que tornam o procedimento desprovido de efetividade e eficiência.

5 | CONCLUSÃO

O presente artigo tem por escopo analisar as fiscalizações ambientais realizadas pela Secretaria de Estado do Desenvolvimento Ambiental do Estado de Rondônia (SEDAM/RO) no período de 2014 até 2019. Para tanto, se fez necessário estabelecer as premissas gerais do poder de polícia ambiental e, posteriormente, proceder ao levantamento dos dados a serem analisados.

É sabido que o poder de polícia ambiental é uma prerrogativa do Estado em normatizar o desenvolvimento de atividades potencialmente poluidoras, com vista a estabelecer como elas serão desenvolvidas ou vedar a sua prática.

Dito de outro modo, o poder de polícia pode ter um condão preventivo ou repressivo. O primeiro é realizado por meio dos processos de licenciamento, em que estudos de impacto ambiental são realizados com vista a dimensionar eventual dano ambiental. Já o segundo consiste numa sanção pela prática de um ato ilícito, em que os agentes do Estado arbitram uma multa ao suposto infrator e oferecem a ele a oportunidade ao contraditório.

No caso da secretaria ambiental de Rondônia (SEDAM/RO), o seu secretário é o agente competente para ratificar, monocraticamente, os autos de infração lavrados. A decisão colegiada, por sua vez, é incumbida ao CONSEP – Conselho composto por representantes de diversos órgãos da administração federal e estadual.

Outrossim, constatou-se um microsistema normativo quanto a responsabilidade administrativa ambiental no Estado de Rondônia, notadamente pela aplicação do Decreto

Federal n. 6.514/2008 quanto as hipóteses de infração e penalidade, mas a existência de normas estaduais quanto ao parcelamento e pagamento a vista, bem como quanto aos requisitos para a recuperação ambiental, que diverge dos órgãos federais.

Dito isso, destaca-se a Diretoria de Autos de Infração disponibilizou a relação de processos administrativos ambientais de 2005 até 2020, assim como a relação dos que foram pagos a vista e os parcelados. Como a presente pesquisa tem o escopo de analisar as ações fiscalizatórias de 2014 até 2019, houve um corte metodológico no objeto da pesquisa.

Lado outro, importa ressaltar que não foi possível levantar quais são as infrações ambientais mais comuns, pois nas relações de processos administrativos ambientais não havia identificações de quais infrações foram praticadas, tão somente o valor da multa arbitrada em cada um. Ademais, não foi possível verificar a duração da tramitação desses processos, nem se as multas foram mantidas em seus termos.

Em relação às hipóteses levantadas, observou-se no último ano do período pesquisado houve um decréscimo significativo da atividade fiscalizatória, o que pode ter refletido num acréscimo das infrações ambientais. Por conseguinte, foi possível constatar uma baixa efetividade e eficiência nas ações de órgão.

Por fim, considerando que a competência para defesa do meio ambiente é concorrente com a União e os municípios, importa questionar a atuação desses órgãos individualmente e em conjunto com o órgão estadual para verificar a atuação do Estado em proteger o meio ambiente.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo; DE DEUS, João. **Direito administrativo**. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

ANTUNES, Paulo de Bessa **Direito ambiental** [livro eletrônico]. – 19. ed. rev. e atual. – São Paulo: Atlas, 2017.

AMADO, Frederico Augusto di Trindade. **AMBIENTAL**: legislação comentada para concursos, artigo por artigo. – Rio de Janeiro, Forense; São Paulo, Método, 2015

ARAGÃO, Tiago Bessa; MARQUES, Eliê Regina Fedel; LIMA, Patrícia Verônica Pinheiro Sales. AUTO DE INFRAÇÃO AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO TERRITORIAL: FATORES INTERVENIENTES. **REVISTA EQUADOR**, [S.l.], v. 5, n. 4, p. 23 - 42, ago. 2016. ISSN 2317-3491. Disponível em: <<http://www.revistas.ufpi.br/index.php/equador/article/view/5212>>. Acesso em: 14 de novembro de 2017.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em 25 de julho de 2019.

BRASIL, **Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal (CPP). DOU de 13.10.1941 e retificado em 24.10.1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 16 de agosto de 2019.

BRASIL, **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional (CTN). Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Publicado no DOU de 27.10.1966, e retificado em 31.10.1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em 30 de outubro 2018.

BRASIL, **Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Publicado no DOU de 13.2.1998 e retificado em 17.2.1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em 31 de outubro 2018.

BRASIL, **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 11 de novembro 2019.

BRASIL, **Decreto Federal n. 6.514, de 22 de julho de 2008**. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. Publicado no DOU de 23.7.2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm>. Acesso em: 12 de novembro de 2019.

BRASIL, **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil (CPC). DOU 17.03.2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 16 de novembro de 2019.

BRASIL, **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 05 de maio de 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 467, de 13 de outubro de 2010**. Publicada em 25.10.2010. Órgão Julgador: primeira seção. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=MULTA+AMBIENTAL&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 16 de março de 2020.

BRASIL, Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), **Resolução n. 237, de 19 de dezembro de 1997**. Disponível em: <<http://www2.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>. Acesso em: 20 de fevereiro 2020.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. - 4. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2017.

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

CORREIA, Álisson Barbalho Marangôni. **Eficiência do protesto realizado pela Procuradoria da Dívida Ativa do Estado de Rondônia na Comarca de Porto Velho**. – Porto Velho, 2016. 27p. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/123456789/1840>>. Acesso em 13 nov. 2017.

COSTA, Danielle Gonçalves. **Efetividade da fiscalização ambiental e do programa bolsa floresta na redução do desmatamento nas reservas de desenvolvimento sustentável do Juma e do Rio Negro**. – Manaus, 2018. 127f. Dissertação (Mestrado) – INPA. Orientador: Virgílio Maurício Viana. Disponível em: <<https://bdtd.inpa.gov.br/handle/tede/2856>>. Acesso em: 19 de maio de 2020.

DA SILVA, Helen Rose Oliveira; SILVA, Siane Cristhina Pedrosa Guimarães; DE AGUIAR CAVALCANTE, Maria Madalena. Unidade de Conservação e Desmatamento na Amazônia: Análise do Parque Estadual de Guajará Mirim em Rondônia/Brasil. **Acta Geográfica**, v. 13, n. 32, p. 156-170, 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.5654/acta.v13i32.5489>. Disponível em: <<https://revista.ufrfr.br/actageo/article/view/5489>>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

DE BRITO, Beatriz Duarte Correa; MASTRODI NETO, Josué. As esferas de responsabilidade pelo dano ambiental: aplicação ao caso Samarco. In: **Desenvolvimento e Meio Ambiente**, v. 39, 2016. ISSN: 1518-952X, eISSN: 2176-9109. Disponível em: <<https://revistas.ufrfr.br/made/article/view/47182/30126>>. Acesso em: 03 de janeiro de 2020.

DO NASCIMENTO, Juliana Silva, et al. Monitoramento ambiental Impactos ambientais movidos pelo desmatamento sucessivo da Amazônia legal/Environmental monitoring Environmental impacts moved by successive deforestation of legal amazon. **Brazilian Journal of Development**, v. 5, n. 12, p. 33157-33167, 2019. DOI:10.34117/bjdv5n12-368. Disponível em: <<http://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/5765>>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro** [livro eletrônico] – 18. ed. – São Paulo : Saraiva, 2018.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. – 26. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

HOFMANN, Rose Mirian. Gargalos do licenciamento ambiental federal no Brasil. **Consultoria Legislativa**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <http://www.comunita.com.br/assets/52_gargalos_la_no_brasil_cons_legis_camara_deputados.pdf>. Acesso em: 20 de junho de 2019.

HOLZ, Patricia Schreiner. **Poder de polícia administrativa em matéria ambiental**. Monografia (bacharelado em Direito). Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Santa Rosa, 2016. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/3509/TCC%20PODER%20DE%20POLICIA%20ADMINISTRATIVA%20EM%20MAT%20c3%29RIA%20AMBIENTAL.pdf?sequence=1>>. Acesso em 16 de julho de 2019.

LOPES, João Gabriel Dan. **Responsabilidade ambiental administrativa decorrente de dano ambiental**. Monografia (especialização em Direito Ambiental); Orientador: Dra. Carla Vladiane Alves Leite; Co-orientador: Msc. Saulo Karvat. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: <<https://www.acervodigital.ufrpr.br/bitstream/handle/1884/52446/R%20-%20E%20-%20JOAO%20GABRIEL%20DAN%20LOPES.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 16 de julho de 2019.

MARIA, José Luís. **Diagnóstico da fiscalização ambiental de agrotóxicos ilegais no Rio Grande do Sul**. – Pelotas, 2019.93f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Ambientais, Centro de Engenharias, Universidade Federal de Pelotas. Orientador: Érico Kunde Corrêa. Coorientadora: Luciara Biihalva Corrêa. Disponível em: <<http://guaiaca.ufpel.edu.br:8080/handle/prefix/4862>>. Acesso em: 19 de maio de 2020.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. – 7. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros 26~ ed. 2009.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. Prefácio a 5. ed. Ada Pellegrini Ginover. 5. ed. ref. atual. E ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. – Volume único. 9. Ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Direito ambiental** [livro eletrônico]– 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017

QUADRI, Karolyne. **Poder de Polícia Ambiental**. Publicado desde 30/4/2003. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26758-26760-1-PB.PDF>>. Acesso em: 30 de outubro de 2017.

RIBEIRO, Matheus Borges. Levantamentos de crimes ambientais da região do sul do Piauí. -2017. 17 f.: il. color. Trabalho de Conclusão de Curso (Tecnologia em Gestão Ambiental) - Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Piauí, Campus Corrente, 2017. Orientador: Prof. Me. Fernanda de Lima Camilo. In: **Repositório IFPI**. Disponível em:< <http://bia.ifpi.edu.br:8080/jspui/handle/prefix/544>>. Acesso em: 19 de maio de 2020.

RONDÔNIA, **Secretaria de Estado do Desenvolvimento Ambiental**. Site oficial, 2020? Disponível em: < <http://www.sedam.ro.gov.br/index.php/institucional/comandante-geral.html>>. Acesso em 1 de novembro de 2019.

_____. Endereço das Regionais. In: **SEDAM, 2019?** Disponível em: < <http://www.sedam.ro.gov.br/enderecos-regionais/>>. Acesso em 19 de maio de 2020.

_____. Consulta de Autuações e Áreas Embargadas. In: **Diretoria de Auto de Infrações/COPAF/ Divisão de arrecadação**. Última Atualização 01.02.2020. Disponível em: < http://transparencia.sedam.ro.gov.br/?page_id=28>. Acesso em 10 de março de 2020.

RONDÔNIA, **Lei n. 3.744 de 23 de dezembro de 2015**. Dispõe sobre as hipóteses de redução e parcelamento de débitos decorrentes de multas por infração à legislação ambiental e dá outras providências. Publicado no DOE em 23 dez 2015. Disponível em: < <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=314504>>. Acesso em 10 de novembro de 2017.

RONDÔNIA, **Decreto n.8030, de 11 de outubro de 1997**. Aprova o Regimento Interno do Conselho Estadual de Política Ambiental (CONSEPA). Disponível em: <<http://ditel.casacivil.ro.gov.br/cotel/Livros/Files/D8030.pdf>>. Acesso em: 14 de novembro de 2017.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. – 9. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017

SANTOS, Messias Araújo dos. Análise da responsabilidade administrativa pelo dano ambiental por extração de minério de aluvião em localidade especialmente protegida. In: **Repositório São Lucas**. 26.06.2017. Artigo Científico (Bacharelado). – Centro Universitário São Lucas, 2017. Orientação Prof. Mário Jonas Freitas Guterres, Coordenação de Direito. Disponível em: < <http://hdl.handle.net/123456789/2150>>. Acesso em 31 de outubro de 2017.

SILVA, Alef Heron Monteiro da. Análise da legislação atinente ao exercício do poder de polícia no âmbito da Secretaria de Estado do Desenvolvimento Ambiental do Estado de Rondônia. Artigo Científico (Bacharelado) – Centro Universitário São Lucas, 2017. Orientação: Prof. Ângelo Luiz Santos de Carvalho, Coordenação de Direito. In: **Repositório Institucional**. Disponível em: < <http://hdl.handle.net/123456789/2363>>. Acesso em: 19 de março de 2019.

SILVA, Romeu Faria Thomé da. **Manual de direito ambiental**. – 7. Ed. rev. Atual. e amp.. – Salvador: Editora, JusPODIVM, 2017.

TRENNEPOHL, Curt. **Infrações contra o meio ambiente**: multas, sanções e processo administrativo: comentários ao Decreto n. 6.514, de 22 de julho de 2008. – 1. Ed. Andreas J Krell. 2. Ed. 1. Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

TRENNEPOHL, Terence Dorneles. **Manual de direito ambiental** [livro eletrônico]. – 6. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

Data de aceite: 04/01/2021

Data de submissão: 28/09/2020

Katia Ragnini Scherer

Universidade Regional de Blumenau – FURB
Blumenau – Santa Catarina
<http://lattes.cnpq.br/0781440124150027>

Sabrina Lehnen Stoll

Universidade Regional de Blumenau – FURB
Blumenau – Santa Catarina
<http://lattes.cnpq.br/1360235338654144>

RESUMO: O presente trabalho de pesquisa tem por horizonte a reflexividade sobre a função do Direito no enfrentamento à tragédia em Brumadinho, considerando as experiências passadas e o panorama futuro, com relação à potencialização de riscos ulteriores e sua prevenção. O rompimento da barragem de rejeitos B1 da Mina do Feijão, ocorrido na data de 25 de janeiro de 2019, cuja administração e propriedade são da empresa Vale S.A, produziu um impacto e gerou a necessária discussão jurídica sobre os danos imensuráveis, atingindo o Direito em suas várias áreas de estudo, sendo este evento considerado o maior desastre ambiental brasileiro com impactos nas áreas ambiental, trabalhista, penal e cível. A problemática apresentada centra-se em saber sob quais condições o desastre de Brumadinho representou para o Direito uma possibilidade de aprendizagem e avaliação da gestão de risco até então existente na legislação e, simultaneamente,

como pode ensinar para o enfrentamento de catástrofes no que diz respeito à prevenção e/ou mitigação de danos.

PALAVRAS-CHAVE: Desastres; Política Nacional de Segurança de Barragens; Sociedade de Risco; Aprendizagem; Prevenção.

BRUMADINHO: WHAT THE LAW HAS NOT LEARNED

ABSTRACT: The present research work aims at reflecting on the role of Law in facing the tragedy in Brumadinho, considering past experiences and the future horizon, in relation to the enhancement of future risks and their prevention. The rupture of the B1 tailings dam at Mina do Feijão on January 25, 2019, whose management and ownership are owned by Vale SA, produced an impact and generated the necessary legal discussion on immeasurable damage, reaching the law in its several areas of study of what is already considered the biggest Brazilian environmental disaster with impacts in the environmental, labor, criminal and civil areas. The problem presented is centered on knowing under what conditions the Brumadinho disaster represented for the Law a possibility of learning and assessing risk management hitherto existing in the legislation and, simultaneously, how it can learn to face disasters with regard to prevention and or damage mitigation.

KEYWORDS: Disasters; National Dam Safety Policy; Risk Society; Learning; Prevention.

1 | INTRODUÇÃO

O avanço tecnológico e econômico alavancou a globalização, potencializando os riscos em contextos de controle estatal precários. Assim, a transformação na natureza gerada pela atividade humana recursivamente atinge o próprio homem acrescentando riscos e benefícios, desmistificando a dicotomia das relações entre homem e natureza. A sociedade de risco antecipou a materialização dos riscos causados pela interação homem, tecnologia, ciência e meio ambiente. Uma das externalidades dos riscos são os desastres, como o ocorrido com o rompimento da barragem de rejeitos de ferro em Brumadinho-MG no final de janeiro de 2019. Este desastre fez emergir a necessária reflexão sobre a construção de um Direito com a função de efetiva gestão de catástrofes. Neste contexto, o estudo tem por objetivo analisar reflexivamente a função do Direito no enfrentamento à tragédia em Brumadinho, considerando as experiências passadas e o horizonte futuro, com relação à potencialização de riscos em eventos ulteriores. A problemática, por sua vez, consiste em saber em que condições o desastre de Brumadinho representou para o Direito uma possibilidade de avaliação da gestão de risco até então existente na legislação e, simultaneamente, o que se pode aprender para o enfrentamento deste tipo de evento no que diz respeito à prevenção e/ou mitigação de danos.

2 | O IMPACTO DOS DESASTRES NAS BARRAGENS DE MARIANA E BRUMADINHO

O final do século XX apresentou um cenário de transformação na forma da relação entre natureza e indústria, em que esta última absorveu a primeira, trazendo a percepção de total inaptidão para tratar com os riscos daí advindos e os danos que ainda virão. Isto pode ser explicado pela reflexão de que:

A oposição entre natureza e sociedade é uma construção do século XIX, que serve ao duplo propósito de controlar e ignorar a natureza. A natureza foi subjugada e explorada no final do século XX e, assim, transformada de fenômeno externo em interno, de fenômeno predeterminado em fabricado. Ao longo de sua transformação tecnológico-industrial e de sua comercialização global, a natureza foi absorvida pelo sistema industrial. Dessa forma, ela se converteu, ao mesmo tempo, em pré-requisito indispensável do modo de vida no sistema industrial. Dependência do consumo e do mercado agora também significam um novo tipo de dependência da "natureza", e essa dependência imanente da "natureza" em relação ao sistema mercantil se converte, no e com o sistema mercantil, em lei do modo de vida na civilização industrial (BECK, 2011, p. 9).

O resultado dessa transformação da natureza são os desastres industriais de grandes proporções, potencializados por diversos fatores, como, por exemplo, o crescimento demográfico, o aumento e a forma insustentável de consumo que caracterizam esta era.

Portanto "na modernidade tardia a produção social de riqueza é acompanhada

sistematicamente pela produção social do risco” (BECK, 2011, p. 23). Por decorrência, nota-se um efeito reflexo que acompanha esta produção de riqueza, ou seja, na proporção que a indústria constrói a economia, produz também o risco e paradoxalmente é atingida por este, sem conseguir prospectar a possibilidade de prevenção de eventos futuros, com a aprendizagem dos acontecimentos passados como anteriormente se fazia.

As profundas transformações vivenciadas no comportamento humano, bem como na natureza, denominaram esta era como a era geológica do Antropoceno (CRUTZEN, 2006, p. 13-18), ou uma era dos riscos climáticos que em a indústria precisa despertar para os efeitos das mudanças climáticas e seus custos reais; uma industrialização em que os seres humanos são a força ecológica definidora e entram no domínio do negócio e da economia (BECK, 2018, p. 62).

Este processo de sensibilização sobre o antropoceno é o contexto em que empresas de extração de minério de ferro, como é o caso da Vale S/A, deveriam estar inseridas, e não em uma matriz desenvolvimentista centrada na operacionalização do trabalho e da produção para o lucro, olvidando o risco produzido pelo exercício da atividade. Assim, para sua manutenção ou reconfiguração, torna-se necessário incluir o meio ambiente como condição de prevenção e gestão de um futuro ambiental minimamente resiliente.

Contudo, dois desastres paradigmáticos ocorridos em barragens de rejeitos de minérios escancararam o quão utópico é este processo e o nível alarmante do despreparo para a gestão do risco, a saber:

1. Barragem do Fundão da mineradora Samarco, controlada pela Vale S/A e pela BHP Billiton, localizada, à época, na cidade de Mariana- MG. A barragem rompeu em 05 de novembro de 2015, com a morte de 19 pessoas, dentre elas funcionários da própria mineradora e moradores da região. Além da perda de vidas humanas, o desastre provocou danos ambientais imensuráveis, desertificando o local até a presente data (SANTOS, 2020).
2. Em 25 de janeiro de 2019 a Barragem de rejeitos de minério de ferro B1, construída em 1976 pela empresa Ferteco Mineração S/A e adquirida pela Vale S/A em 27 de abril de 2001, localizada no ribeirão Ferro-Carvão, região do Córrego do Feijão, em Brumadinho-MG, aproximadamente 65 km de Belo Horizonte, capital do estado (VALE, 2019), também se rompe, e, a partir do rompimento, a velocidade que a lama se alastrou foi intensa, não sendo possível acionar as sirenes de evacuação. O número de resgatados na tragédia é de 394 pessoas, 249 mortos e 21 desaparecidos.

Após ambos eventos catastróficos, a empresa Vale S/A apresentou esclarecimentos prévios informando o cumprimento da legislação vigente, comprometendo-se a averiguar as causas do rompimento da barragem. Observa-se, contudo, que esta resposta emergencial da empresa convergiu para uma preponderante intenção de exclusão de responsabilidade.

Ficou evidenciado que ambos os eventos contaram com inúmeras falhas técnicas como a ineficácia das sirenes de aviso à população, imperícia e negligência dos testes de

estabilidade da barragem que foram apresentados à ANM, ou seja, infelizmente o desastre comprovou que o risco era iminente, mesmo com atestados e laudos científicos afirmando o contrário.

Percebe-se ainda que a barragem de Brumadinho recebeu classificação legislativa de baixo risco potencial, ou seja, para o corpo técnico e legislativo, o risco de rompimento da barragem era mínimo.

A catástrofe ocorrida em Brumadinho envolvendo uma estrutura da empresa Vale não está isolado, mas intimamente vinculada àquela ocorrida em Mariana, em 2015, e fez emergir aspectos para uma análise reflexiva da função do Direito, seja na interpretação da legislação, construída a partir da política, seja para a constituição de medidas efetivas que possam traçar caminhos de operacionalização jurídica para a prevenção de desastres, utilizando os eventos passados como aprendizado.

31 A REFLEXIVIDADE DO DESASTRE E A POLÍTICA NACIONAL DE SEGURANÇA DE BARRAGENS - PNSB

A PNSB tem seu marco regulatório fixado pela Lei nº 12.334/2010, definindo, em seu artigo 2º, inciso I, barragem como “qualquer estrutura em um curso permanente ou temporário de água para fins de contenção ou acumulação de substâncias líquidas ou de misturas de líquidos e sólidos, compreendendo o barramento e as estruturas associadas”. (BRASIL, 2010).

De acordo com as características da barragem objeto de estudo é possível enquadrá-la como barragem de mineração, nos termos dos artigos 1º e 2º da lei que instituiu a PNSB.

Há que se esclarecer que existem barragens no sentido amplo (gênero), sendo as barragens de rejeitos de mineração uma das espécies existentes. Contudo, tal impropriedade acarreta tratamento jurídico diferenciado em termos de competência e fiscalização.

Pela PNSB as barragens são fiscalizadas e classificadas por categoria de risco, por dano potencial associado e pelo seu volume, com base em critérios gerais estabelecidos pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos.

O texto legal também dispõe que a classificação por categoria de dano potencial alto, médio ou baixo, leva em consideração o potencial de perdas de vidas humanas e dos impactos econômicos, sociais e ambientais decorrentes da ruptura de uma estrutura considerada como barragem (BRASIL, 2010).

No caso das barragens de rejeitos, estas existem com o propósito de armazenar o material inutilizado no processo de extração do minério de ferro. Na PNSB não existem requisitos ou condições específicas de modelos mais adequados para a construção de barragem de rejeitos, ficando a critério do empreendedor a escolha, desde que cumpridos os requisitos de licenciamentos e existentes planos de segurança. Neste caso, o Direito permite a autorregulação do empreendedor, negligenciando a perspectiva preventiva do desastre que prospecta um Estado de Direito Ambiental em que a informação precisa ser

confiável, segura e de livre acesso à sociedade, especialmente a que está vulnerável. (BRASIL, 2010).

A construção de barragens de rejeitos pode seguir três métodos, quais sejam: alteamento a montante, alteamento a jusante e alteamento de centro (ANM, 2019).

Segundo dados do Sistema Integrado de Gestão de Segurança de Barragens de Mineração - SIGBM, a barragem B1 era caracterizada como barragem de Minério de Ferro 1, modelo de Alteamento a Montante ou desconhecido, com altura de 86,00 metros, e volume de 11.741.325,34 milhões de m³ de rejeitos de minério de ferro, considerada de categoria de risco baixo e dano potencial alto, enquadrando-se na classe B, e estava inserida na classificação de barragens de mineração brasileiras, estando atualmente inativa, ou seja, não recebia mais rejeitos (ANM, 2019).

Este método de construção de barragem tem sido até então o mais utilizado no Brasil. Até o acidente de Brumadinho não havia legislação nacional que coibisse este tipo de construção, nem mesmo o desastre de Mariana foi suficiente para alterar a legislação sobre o tema. Após a tragédia de Brumadinho, foram apresentados, até janeiro de 2020, nada menos do que 13 projetos de lei com o fim de regulamentar o disposto na Lei nº 12.334/2010 (SENADO, 2020).

O que se percebe é que após vários desastres industriais no ramo da mineração, ocasionados especialmente pela utilização do método de construção por alteamento, a tragédia de Brumadinho aponta para uma percepção do risco como catarse social, ou choques antropológicos que:

[...] ocorrem quando muitas populações sentem que foram submetidas a eventos horrendos, que deixam marcas indelévels em suas consciências, que marcarão suas memórias para sempre e mudarão seu futuro de maneira fundamental e irrevogável. Choques antropológicos fornecem uma nova maneira de estar no mundo, ver o mundo e fazer política (BECK, 2018, p.161).

São os impactos que se tornam possibilidades de fazer emergir o início de um processo de aprendizagem que assimila o reflexo, a reflexividade e a reflexão.

O reflexo é o espelhamento das nossas ações e omissões, ou seja, cada ação ou omissão produz um efeito na sociedade de risco (BECK, 2018, p.69-70). A reflexividade, por seu turno, pode ser compreendida e entendida como assunção involuntária aos efeitos colaterais negativos do processo de modernização, ou seja, os perigos e males da produção de bens (autoconfrontação). A reflexão pode ser individual, coletiva ou institucional, é o conhecimento, racionalidade (BECK, 2018, p.69-70).

A reflexividade e a reflexão se diferem, pois o fato de se ter o conhecimento científico não significa dizer que será feita a reflexão sobre a reflexividade das ações práticas, ou seja, não garante que se irá refletir sobre as consequências, danos e riscos gerados pelos nossos atos (BECK, 2018, p.69-70).

Um dos primeiros reflexos do rompimento da Barragem de Brumadinho foi o de

que o Direito, apesar de o texto da PNSB objetivar a necessária prevenção de acidentes, destacou apenas a regulamentação das estruturas de barragens já existentes, dando ênfase às fases de preparação (fiscalização da estabilidade e da estrutura da barragem) e resposta na perspectiva de ocorrência de um desastre.

No caso em debate, o risco ficou delimitado à adoção de medidas posteriores, e não à prevenção, tanto no sentido de evitar o evento, como de mitigar os danos, o que demonstra a total ausência da reflexividade, elemento essencial para um processo de aprendizagem. Por decorrência, constitui-se em uma forma linear de gestão, sem a necessária dinamicidade nas ações preventivas ou mitigadoras da catástrofe, estas, assim compreendidas:

Medidas de proteção e de prevenção adequadas são todas aquelas que, em termos de precaução, limitam ou neutralizam a causação de danos ao ambiente, cuja irreversibilidade total ou parcial gera efeitos, danos e desequilíbrios negativamente perturbadores da sobrevivência condigna da vida humana (responsabilidade antropocêntrica) e de todas as formas de vida centradas no equilíbrio e estabilidade dos ecossistemas naturais ou transformados (responsabilidade ecocêntrica) (CANOTILHO; LEITE, 2010, pp. 26 e 271).

Outro aspecto que merece destaque neste processo de reflexividade do Direito após o evento do rompimento da barragem em Brumadinho diz respeito à necessária atuação integrada da Ciência, do Direito e da Política para percepções multidimensionais do risco, o que pode ser compreendida como “constatação de risco”, ou seja, uma:

[...] simbiose de ciências naturais e humanas, de racionalidade cotidiana e especializada, de interesse e fato. Ao mesmo tempo, não são nem apenas uma e nem apenas a outra coisa. São ambas e sob uma nova forma. Já não se podem mais especializar, isolar uma da outra, desenvolvendo e fixando seus próprios padrões de racionalidade (BECK, 2011, p.34).

No evento Brumadinho, inexistindo medidas preventivas para constatar os riscos e mitigar eventuais danos, o impulso automático foi no sentido de atribuir a responsabilidade pelos danos catastróficos ocorridos, sendo que uma das primeiras análises reflexivas buscou as competências nos âmbitos administrativos e legislativos, principalmente por força do impacto social do evento e suas consequências para o Direito.

A existência de uma complexa gama de responsabilidades no caso do acidente de Brumadinho, suas possibilidades, limites e desafios, requer uma imersão no que se pode denominar de competências para gestão e fiscalização, sendo este o objeto da reflexão que segue.

4 | O MODELO DE NORMATIVIDADE: O QUE SE APRENDEU COM A GESTÃO E A FISCALIZAÇÃO

Nos momentos de maior desestabilização após o evento, como foi o do rompimento da barragem de Brumadinho, o Direito exerce um papel de protagonismo na orientação das medidas a serem adotadas e na imposição de deveres de proteção e cuidado às instituições competentes, a fim de que tais instituições estejam efetivamente preparadas para o exercício das respostas emergenciais, com delimitação precisa de competências, interações e atuação compartilhada (CARVALHO, 2017, p. 256).

Primeiramente há que se fazer uma divisão das competências encontradas na Constituição Federal (administrativas e legislativas), pois o meio ambiente está inserido em ambas.

Sob o prisma da dogmática ambiental, as competências constitucionais excluem os municípios de legislar sobre o tema, e atribuem à União, Estados, e Distrito Federal a capacidade para tal. (Brasil, 1988). Já as competências administrativas previstas na Constituição Federal se referem à administração do Estado como um todo, envolvendo ações como guarda, proteção, defesa, zelo e prestação de serviços. Esse poder de administração é creditado a todos os entes da federação - União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Assim, na perspectiva delimitativa das competências legislativas federais e estaduais é possível realizar uma abordagem integrada de ambas a respeito da segurança, gestão e fiscalização das barragens de rejeitos de minério de ferro.

No que se refere à gestão e fiscalização de barragens de rejeitos de minério de ferro, a Lei nº 12.334/2010 estruturou uma política denominada Política Nacional de Segurança de Barragens, de âmbito federal, que traçou as bases estruturantes sobre segurança e fiscalização das referidas estruturas, e, na condição de política pública, criou o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragem - (SNISB).

O ponto inicial de observação diz respeito ao *status* de política pública que, conforme a Lei nº 12.334/2010, nos artigos 3º e 4º que dispõem sobre objetivos e fundamentos da fiscalização, já a caracterizam enquanto tal pela coexistência de quatro imperativos intelectuais que assim podem ser elencados: a) interesse na integralidade das organizações governamentais e de seus processos; b) crença na importância das decisões governamentais; c) luta para produção de um conhecimento que possa ser utilizado e que simultaneamente seja aceito teórica e empiricamente e; d) convicção da importância da democracia como pressuposto do processo de sua implementação. Esses imperativos são frequentemente contraditórios, ambíguos e inatingíveis, mas surgiram de um ambiente da história política e intelectual particular desse campo (NELSON, 1996, p. 559-594).

As políticas públicas são, nesta perspectiva, um tipo específico de ação política que, em termos ideais, se constituem em manifestações avançadas da racionalidade dialógica e

democrática que caracteriza o mundo moderno. E, neste particular, se distinguem de outras formas e estruturas, que muito podem coexistir e até mesmo combinarem-se com elas, mas é algo particular, dotado de lógica própria (GIOVANNI; NOGUEIRA, 2018, p.32).

Assim, a PNSB traz um rol de objetivos voltados à prevenção e mitigação, dispostos no artigo 3º da Lei nº 12.334/2010, que vão desde à observância de padrões de segurança das estruturas até o fomento da cultura de segurança de barragens e gestão de riscos (BRASIL, 2010).

O órgão fiscalizador das barragens de rejeitos, segundo a PNSB, é o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), vinculado à Agência Nacional de Mineração e ao Ministério de Minas e Energia, e que atuará em conjunto com os demais órgãos ambientais das demais esferas do governo, integrando o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA (BRASIL, 2010).

No Brasil, a Lei Complementar nº 140/2011 conferiu aos Estados e Municípios a prerrogativa de concessão do Licenciamento ambiental (competência administrativa), e, nesse sentido, como a barragem encontrava-se localizada no ribeirão Ferro-Carvão, na região do Córrego do Feijão, no município de Brumadinho-MG, e não fazia intersecção com nenhum outro estado, a licença ambiental para a construção é concedida pelo órgão estadual Fundação Estadual do Meio Ambiente (FEAM/MG).

Portanto, a licença para construção e o controle ambiental são de competência do órgão estadual (FEAM/MG) e a fiscalização e segurança das barragens são de competência do órgão federal (DNPM) em primeiro plano, com a colaboração dos demais órgãos integrantes no SISNAMA.

Especificamente no que tange à prevenção de desastres está estabelecida nos artigos 9º, 10 e 16 da Lei 12.334/2010, a determinação para que o responsável pelas estruturas realize inspeções regulares, apresentando a qualificação da equipe técnica responsável ao órgão fiscalizador (BRASIL, 2010). Nota-se que a legislação permite a autorregulação no sentido de deixar ao encargo do responsável a contratação de equipe técnica para elaboração de laudos de segurança/estabilidade para apresentá-los ao órgão fiscalizador, e este, por sua vez, tem a responsabilidade de incluir os dados fornecidos pela empresa no sistema nacional de informação e segurança de barragens - SNISB (BRASIL, 2010).

Em âmbito estadual, Minas Gerais editou o Decreto nº 46.993, de 2 de maio de 2016, que se constituiu numa clara resposta ao evento anterior ocorrido em Mariana, no sentido de instituir outro instrumento fiscalizador que é a Auditoria Técnica Extraordinária de Segurança de Barragem de rejeitos que utiliza o método de alteamento a montante, realizada por profissionais legalmente habilitados, especialistas em segurança de barragens, externos ao quadro de funcionários da empresa responsável pelo empreendimento, com as respectivas Anotações de Responsabilidade Técnica – ART. Contudo, tal resposta não refletiu uma aprendizagem preventiva, uma vez que não se trata de um processo sistêmico

de prevenção, mas extraordinário em que o empreendedor, segundo prevê o artigo 2º, deve, ao final da auditoria, apresentar a declaração extraordinária (MINAS GERAIS, 2016).

Os artigos 8º e 10 do Decreto acima referido enumeram os requisitos necessários para a concessão do licenciamento ambiental destinados à operação das barragens de alteamento a montante, bem como a necessidade de existência de procedimentos de segurança nas fases de projeto, construção e operação.

Já os artigos 29 e 30 da Lei 21.972/2016 do estado de Minas Gerais, trazem a necessidade das empresas de implementar um plano de ação em casos de emergência, incumbindo ao Poder Executivo a tarefa de fomentar alternativas à construção de barragens, com o objetivo de redução dos impactos em caso de eventual desastre.

Outro ponto crítico da norma (federal e estadual) é a ambiguidade do texto, uma vez que, mesmo se tratando de um risco concreto de uma infraestrutura construída, não delimita e é genérica quanto à responsabilização sobre as estruturas aos empreendedores privados e ao poder público, este, por sua vez, que tem o dever de fiscalização, mormente quando se tratam de questões de ordem ambiental e com efetivo potencial de causar desastres.

Por fim, após o acidente da Barragem B1, a ANM publicou, no dia 15 de fevereiro de 2019, a Resolução N° 4, com a finalidade de tornar proibido o método de construção por alteamento em todo o território nacional, bem como determinando a desativação dos existentes até o ano de 2021. Ainda, a mesma resolução proíbe os empreendedores responsáveis de construir na Zona de Autossalvamento (instalações com presença humana destinadas a saúde, alimentação, convivência (BRASIL, 2019).

Nesse sentido, o que se observa é que mais uma vez um processo de efetiva aprendizagem reflexiva não ocorreu.

5 | CONCLUSÕES REFLEXIVAS DO PROCESSO DE APRENDIZAGEM PELO DIREITO

Sobre o impacto do desastre da barragem de Brumadinho constatou-se que o risco era concreto, previsível e mensurável por parte da Empresa Vale S/A e dos órgãos públicos, e, em que pese a barragem ser classificada como de baixo risco, não foram adotadas medidas de prevenção e fiscalização eficazes. Ressalta-se a irresponsabilidade legislativa pela falta de competência e de fiscalização estatal na Política Nacional de Segurança de Barragens, e, na perspectiva das competências, a interpretação sobre esferas de poder tornou-se genérica, diluída e ineficaz a responsabilidade administrativa. A legislação, por sua vez, permitiu que as mineradoras se autorregulassem e elaborassem laudos técnicos sem interferência estatal.

Esta fragilidade que permeou o Direito potencializou sobremaneira o risco da tragédia. Organizações funcionalmente criadas para controlar os riscos não o fizeram, deixando de adotar ações preventivas e omitindo-se das responsabilidades em casos de

desastres ocorridos.

O que se observa do desastre de Brumadinho é de que a narrativa de controle no mundo é fictícia, pois não é possível controlar efetivamente os riscos advindos das atividades tecnológicas e científicas.

Por fim, destaca-se que o processo de aprendizagem do Direito precisa se apropriar da reflexão com os eventos já ocorridos e de práticas bem-sucedidas de prevenção e resposta, registrando-as a fim de formar um conhecimento institucional e operacional. Trata-se de uma intrínseca articulação entre lei, regulamentação administrativa e boas práticas para construção de resiliência de uma comunidade.

Denota-se, de igual forma, que o poder público e a sociedade não podem pensar na natureza de forma autônoma, e sim pensá-la de forma ecologicamente equilibrada, ou seja, a natureza se insere em toda a rede sistêmica de organização da sociedade.

Nesta toada, um horizonte normativo, com bases estruturantes à crise do Antropoceno se dará no contexto de um Estado Ecológico de Direito, fundamentalmente capaz de apoiar e gerir os riscos no enfrentamento dos desastres na sociedade de Risco.

Assim, as medidas de responsabilidade e prevenção estariam pautadas no equilíbrio ecológico e a norma constitucional, bem como as infraconstitucionais, teriam como base estruturante a responsabilidade ecocêntrica.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO. **Classificação das barragens de mineração brasileira- Data base janeiro-2019**. Disponível em: <http://www.anm.gov.br/assuntos/barragens/extracao-sigbm-para-classificacao-site-atualizada-31jan2019>. Acesso em: 04 fev.2019.

AGÊNCIA NACIONAL DE MINERAÇÃO. **Perguntas e Respostas sobre Barragens de Mineração e o caso de Brumadinho**. Disponível em: <http://www.anm.gov.br/assuntos/barragens/perguntas-e-respostas-sobre-barragens-de-mineracao-e-o-caso-de-brumadinho>. Acesso em 20 de fevereiro de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2019.

BRASIL. **Lei Nº 12.334, de 20 de Setembro de 2010**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12334.htm>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2019.

BRASIL. **Lei Complementar Nº 140, de 08 de dezembro de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp140.htm>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2019.

BRASIL. **Resolução Nº 4 de 15 de Fevereiro de 2019**. Disponível em: <http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/63799094/do1-2019-02-18-resolucao-n-4-de-15-de-fevereiro-de-2019-63799056>. Acesso em: 11 de março de 2019.

BRASIL. **Classificação das Barragens de Mineração Brasileiras – Jan/2019**. In: Agência Nacional de Mineração – ANM, 2019. Disponível em: <http://www.anm.gov.br/assuntos/barragens/extracao-sigbm-para-classificacao-site-atualizada>. Acesso em: 31 de jan.2019.

BRASIL. **Governança ambiental** – Jan/2019. In: Ministério Meio Ambiente – MMA, 2019. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/governanca-ambiental/licenciamento-e-avaliacao-ambiental.html](http://www.mma.gov.br/governanca-ambiental/licenciamento-e-avaliacao-ambiental/itemlist/category/100-licenciamento-e-avaliacao-ambiental.html) Acesso em: 31 de jan.2019.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2011.

BECK, Ulrich. **A metamorfose do mundo**: novos conceitos para uma nova realidade. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

BOFF, Leonardo. **Saber cuidar**: ética do humano, compaixão pela terra. 17. ed. Petrópolis : Vozes, 2011.

CARVALHO, Déltion Winter de. **Gestão jurídica ambiental**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

CRUTZEN, Paul J. The “anthropocene”. In: **Earth system science in the anthropocene**. Springer, Berlin, Heidelberg, 2006.

ESCLARECIMENTOS SOBRE A BARRAGEM I DA MINA DE CÓRREGO DO FEIJÃO. Disponível em: <http://www.vale.com/brasil/PT/aboutvale/news/Paginas/Esclarecimentos-sobre-a-barragem-I-da-Mina-de-Corrego-do-feijao.aspx>. Acesso em: 19 jan. 2020.

GIOVANNI, Geraldo Di; NOGUEIRA, Marco Aurélio (Orgs.). **Dicionário de Políticas Públicas**. 3 ed. São Paulo: UNESP, 2018.

LEITE, José Rubens Morato; CANOTILHO, J. J. Gomes (José Joaquim Gomes). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 3. ed. rev. São Paulo : Saraiva, 2010.

LEITE, José Rubens Morato; FERREIRA, Helene Sivini; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. **Dano Ambiental Na Sociedade de Risco**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MINAS GERAIS. **Lei Nº 21.972 de 21 de Janeiro de 2016**. Disponível em: < <http://www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=40095> >. Acesso em: 18 de fevereiro de 2019.

MINAS GERAIS. **Decreto Nº 46.993, de 2 de Maio de 2016**. Disponível em: < <http://www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=41216> >. Acesso em: 18 de fevereiro de 2019.

NELSON, Barbara J. Public policy and administration: an overview. In: **A new handbook of political science**, 1996. p. 559-594. Disponível em: <https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&q=NELSON%2C+Barbara+J.+Public+policy+and+administration%3A+An+overview.+A+new+handbook+of+political+science%2C&btnG=&lr=>. Acesso em: 12 jan. 2017.

SANTOS, DAM dos; CURTI, A.; SILVA, JM da. Técnicas para a disposição de rejeitos de minério de ferro. In: **VI Congresso Brasileiro de Mina a Céu Aberto (CBMina)**, Belo Horizonte. 2010.

SANTOS, Vanessa Sardinha dos. “Impactos ambientais do acidente em Mariana (MG)” in **Brasil Escola**. Disponível em: <https://brasilescuela.uol.com.br/biologia/impactos-ambientais-acidente-mariana-mg.htm>. Acesso em 28 de janeiro de 2020.

SENADO FEDERAL DO BRASIL. Disponível em https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias?p_p_id=materia_WAR_atividadeportlet&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-1&p_p_col_count=1&_materia_WAR_atividadeportlet_ordem=1&_materia_WAR_atividadeportlet_tipo=PL&_materia_WAR_atividadeportlet_palavraChave=barragens&_materia_WAR_atividadeportlet_p=1. Acesso em 30/01/2019.

VALE. Esclarecimentos sobre a Barragem I da Mina de Córrego do Feijão. 2019.

Disponível em: <http://www.vale.com/brasil/PT/aboutvale/news/Paginas/Esclarecimentos-sobre-a-barragem-I-da-Mina-de-Corrego-do-feijao.aspx>. Acesso em: 26 jan. 2019

O PROCESSO DE ENVELHECIMENTO NO BRASIL E SUA APLICABILIDADE

Data de aceite: 04/01/2021

Jozadake Petry Fausto Vitorino

Pós-Graduanda pela Universidade EducaMais
São Paulo
<http://lattes.cnpq.br/3339996527225371>

RESUMO: No Brasil, embora as projeções estatísticas referentes às mudanças etárias tenham sido divulgadas a partir do crescimento da população idosa no país, isso não foi suficiente para levar os governantes a contemplar, no conjunto das ações e das políticas sociais, o ato de envelhecer. Assim, a velhice passou a ser vista como problema tanto econômico quanto social. Além disso, a população idosa no Brasil sofreu várias mudanças ao longo da história, embora tardiamente as próprias conquistas sociais, por meio do processo de lutas das entidades envolvidas com a causa do envelhecimento e das pessoas com idade avançada, exigiram dos governantes novas políticas públicas e sociais para a nova velhice. O método utilizado nesta pesquisa foi bibliográfico de base de estudos qualitativo. Os resultados apontam que o tema sobre o envelhecimento é amplo, e por isso se torna muito complexo, pois não existe apenas uma velhice, mas diversos modelos de velhice, em especial se considerarmos que vivemos em uma sociedade capitalista e desigual. O grande desafio entretanto, está em proporcionar a inclusão e a proteção social de todos, incluindo os idosos(as) e ainda o de estimular o idoso a vencer o preconceito e participar efetivamente

da vida “política” e assim, garantir os seus direitos nesse novo cenário demográfico, no que diz respeito aos impactos sociais, políticos, culturais e econômicos que influenciam a vida de todos os brasileiros.

PALAVRAS-CHAVE: Velhice. Direitos. Políticas Públicas. Estado e Sociedade.

ABSTRACT: In Brazil, although the statistical projections regarding age changes have been released based on the growth of the elderly population in the country, this has not been enough to lead government officials to contemplate, in the set of social actions and policies, the act of aging. Thus, old age came to be seen as an economic as well as a social problem. In addition, the elderly population in Brazil has undergone several changes throughout history, although belatedly the social conquests themselves, through the process of struggles of the entities involved with the cause of aging and of the elderly, demanded new public policies from the government. and social for the new old age. The method used in this research was a bibliographic based on qualitative studies. The results show that the theme about aging is broad, and therefore it becomes very complex, as there is not only old age, but several old age models, especially if we consider that we live in a capitalist and unequal society. The great challenge, however, is to provide inclusion and social protection for all, including the elderly, and to encourage the elderly to overcome prejudice and effectively participate in “political” life and thus guarantee their rights in this new demographic scenario, with regard to the social,

political, cultural and economic impacts that influence the lives of all Brazilians.

KEYWORDS: Old age. Rights. Public policy. State and Society.

1 | INTRODUÇÃO

No Brasil, o aumento da expectativa de vida está relacionado com a diminuição da taxa de fecundidade e mortalidade. Em 1996, estatísticas do IBGE, já apontavam para uma população adulta, porém em fase de transição, tendo como projeção para 2050 uma população brasileira considerada idosa, confirmando assim a mudança de perfil etário e, conseqüentemente, a inversão da pirâmide populacional no país (IBGE, 1996). A conquista do “longe viver”, aponta que em 2025, portanto, em um futuro bem próximo, teremos 64 milhões de brasileiros já idosos.

Logo, em 2050, a cada três pessoas, um deles será idoso, por essa razão necessário se fez construir políticas públicas que contemplem a população mais empobrecida, e assim evitar que muitos deles possam, em um futuro bem próximo, estar em situação de extrema pobreza, ou até mesmo em situação de rua, uma vez que a grande maioria já não reside com seus familiares.

Todavia, em 1988, com a promulgação da Constituição Federal (BRASIL, 1988), visando atender as demandas da população idosa no Brasil, foram inseridas questões sobre o processo de envelhecimento na esteira constitucional. Com efeito, a partir da aprovação da Lei Federal 8.842/94, de 4 de janeiro de 1994, é que foram disponibilizados assuntos sobre a Política Nacional do Idoso, regulamentada pelo Decreto 1948/1994 (Lei 8.842/1994) (BRASIL, 1996). Sendo assim, torna-se imprescindível lembrarmos que, na CF/88 (BRASIL, 1988), foram garantidos alguns direitos idosos(as).

Com o propósito de implantar as diretrizes da Política Nacional do Idoso, em 13 de maio de 2002 foi criado o Conselho Nacional do Idoso (CNI) e, em 1º de outubro de 2003, pela Lei 10.741, institui-se o Estatuto do Idoso, com o propósito de assegurar direitos e, por meio de programas específicos, promover a qualidade de vida da população idosa (BRASIL, 2003).

A Organização Mundial da Saúde (OMS, 2015) considera idosos, nos países em desenvolvimento, toda pessoa acima de 60 anos e, para os residentes em países desenvolvidos, é considerado idoso aquele que tiver mais 65 anos. Já, no Brasil, a Lei Federal 8.842/94 considera idosa a pessoa com idade acima de 60 anos.

Nessa linha, sabe-se que envelhecer é inevitável, pois todos nós passamos por essa etapa que envolve questões sociais, história de vida, bem como o contexto socioeconômico em que se está inserido. Contudo, a maioria dos sujeitos que chegam à velhice não encontram garantidos os seus direitos, de maneira que possam deles usufruir com qualidade. Diante disso, faz-se cada vez mais necessário criar novas políticas públicas para atender as necessidades da população idosa, as quais promovam a sua proteção

e ainda, a ampliação de seus direitos, entre eles: a saúde, a segurança, a autonomia, o acesso à informação e a mobilidade.

Cabe ressaltar que, ao longo da existência da vida economicamente ativa (voltada ao mercado de trabalho), temos no modo de produção capitalista nossa força de trabalho apropriada pelo capital - tornando-a uma mercadoria -, levando-se em conta que pelo trabalho garantimos nossa sobrevivência. Além disso, é por meio do trabalho que criamos vínculos e interagimos com os demais seres humanos dentro da sociedade em que vivemos (NETTO; BRAZ, 2012).

Nesse contexto, a perspectiva de vida longa é objeto de estudo e tem provocado pesquisas e debates junto à comunidade científica, já que trata do estilo dessa vida longa e suas implicações no processo de envelhecer na era contemporânea. Nesse cenário, Netto comenta que [...] “não restam dúvidas de que os problemas sociais que atingem os idosos são de tal magnitude que estão a exigir posturas mais dignas, mais humanas, como também mais realistas para aqueles que deram muito de si para as futuras gerações” (NETTO; YUASO; KITADAI, 2005, p. 597).

Em relação à metodologia, optamos pela pesquisa de caráter bibliográfico, baseado em estudos qualitativos, tendo como alicerce autores que discutem as temáticas propostas neste estudo, envelhecimento, trabalho e aposentadoria. (DESLANDES; GOMES; MINAYO, 2002).

A questão norteadora desta pesquisa é: Quais os desafios do envelhecer e do longe viver quando se vive em uma sociedade capitalista e classista?

Envelhecimento – Significado e novas oportunidades

Muito embora a velhice signifique um período da vida para ainda se adquirir novos conhecimentos e desfrutar os prazeres da vida, existe no entanto, a preocupação com as limitações que acontecem no corpo e com os sinais de envelhecimento, bem como com a finitude da vida e com a proximidade da “morte”.

É preciso dizer, que quando a pessoa idosa vê a velhice de forma negativa ou como um momento da vida de frustração diante do fato de estar velho, como: “*sensação de descarte... de coisa inutilizada*”, esse é um sentimento de nulidade nada incomum e evidencia bem a dificuldade em construir a nova identidade, a da pessoa idosa, e aceitar-se como velho.

Segundo Blesmann (2004), com o passar do tempo, o corpo vai se transformando, e essas mudanças são consideradas normais no ciclo da vida, ainda que sejam mais perceptíveis com o avançar da idade. Para alguns, a aceitação da velhice é complicada, quando considerada do ponto de vista das mudanças aparentes do corpo físico, pois podem ser sentidas e vivenciadas de diferentes formas: o corpo envelhece; todavia, a mente se mantém jovem.

Schneider e Irigaray (2008) afirmam que para muitos, a longevidade se apresenta

como uma fase a ser vivida com intensidade, entretanto, viver muito significa exibir em seu corpo os inevitáveis sinais do envelhecimento, os quais muitos idosos têm dificuldades em ver ou aceitá-los.

Maia (2008) sinaliza que uma sociedade preocupada com o culto ao corpo, muitas vezes diz respeito ao fato de que os sinais de envelhecimento se constituem em um corpo “fisicamente antiestético”, certamente isso não se manifesta claramente, porém, segundo a autora, “no entanto, subentende-se a elevação do status do corpo como elemento constituinte da identidade na esfera pública”.

De acordo com Pitanga (2006 *apud* MAIA, 2008, p. 708), vivemos em uma sociedade que supervaloriza o novo, e isso possibilita uma relação direta com a ideia de que “o corpo do idoso, é aquele que está velho, ultrapassado e precisa, portanto, ser descartado, escamoteado. O que desagrada, por ser ameaçador, é recusado, rechaçado”.

Nessa linha, Elias (2001) complementa dizendo:

Não é fácil imaginar que nosso próprio corpo, tão cheio de frescor e muitas vezes de sensações agradáveis, pode ficar vagaroso, cansado e desajeitado. Não podemos imaginá-lo, e, no fundo, não o queremos. Dito de outra maneira, a identificação com os velhos e com os moribundos compreensivelmente coloca dificuldades especiais para as pessoas de outras faixas etárias. Consciente ou inconscientemente, elas resistem à ideia de seu próprio envelhecimento e morte tanto quanto possível (ELIAS, 2001, p. 80).

Na era contemporânea, porém, muitos velhos são vistos mediante novo olhar, e muitos deles estão associados à produtividade. Com efeito, as pessoas com idade avançada permitem-se buscar novos estilos de vida e, nessa caminhada, constroem também um conceito para a velhice, pois a percepção que têm de si é que só aparenta a idade “velhice” quem assim o desejar. Por conseguinte, ditam regras em uma sociedade cujos elementos mais importantes para algumas pessoas passam a ser fundamentalmente a juventude e o vigor e, para elas, o “ideal de velhice”, ou seja, as rugas, são vistas como uma falha que precisa ser corrigida.

Nessa perspectiva, a estética é entendida como forma de se expressar e de construir a nova identidade para a velhice, que pode ser verificada pela sociedade como o velho novo, ou um jovem senhor ou uma jovem senhora. É um novo jeito de ser “velho”, pelo qual a estética é usada como artifício que recodifica a vivência e a proximidade da velhice na sociedade contemporânea (MAIA, 2008).

É certo que a velhice tem ligação direta com a memória, e partindo desse pressuposto, é comum a negação da velhice quando as pessoas fazem menção à própria imagem; a ideia de que “eu não sou velho” se mantém, e não está presa ao passado e nem ao presente, mas à memória de cada um, dentro de um contexto histórico, o que é natural.

Entre os vários dizeres sobre a velhice encontramos, circulando no meio social, processos discursivos claramente marcados pela negação em que se

destacam os sujeitos históricos posicionados discursivamente para recusar tal denominação quando fazem referência a si próprios (SILVA SOBRINHO, 2005, p. 242).

Logo, em meio a uma sociedade capitalista e classista, a fonte da juventude se mantém no prazer de se sentir belo, e assim, estimula-se o consumo de bens e serviços voltados para a manutenção da beleza. Por essa razão, esse nicho de mercado cresce exacerbadamente, transformando tudo e todos em meras mercadorias (SILVA SOBRINHO, 2005).

Andrews (1999 *apud* SCHNEIDER; IRIGARAY, 2008) afirma:

Embora a velhice seja nada além do que um construto social, o preconceito continua florescendo. A idade é uma categoria embutida dentro dela mesma, é discutível e obsoleta. Enquanto todos os outros estágios da vida são planejados e construídos social e culturalmente e não existem conflitos para eliminar a infância, a adolescência e a idade adulta do panorama do desenvolvimento humano, a velhice é colocada à margem (ANDREWS, 1999 *apud* SCHNEIDER; IRIGARAY, 2008, p. 587).

Sobre o processo de envelhecimento no Brasil, Debert (2016, p. 248) argumenta que “O Brasil teve um papel ativo na criação de propostas, leis, decretos e medidas voltados para esse segmento da população. A Carta Constitucional e o Estatuto do Idoso são, certamente, dos mais avançados do mundo[...]”.

Segundo Haddad (1986), o entendimento da área da medicina em relação ao envelhecimento e à velhice tem sido pronunciado em diversos ângulos, seja pelos meios de intercomunicação (televisão, rádio, internet, inclusive o “discurso do Estado”), ou ainda por meio de publicações.

Argumenta ainda, que a medicina dedica-se aos estudos de caráter biológico e patológico relacionados ao envelhecimento e à velhice, e considera os aspectos “socioculturais” dos indivíduos. O “[...] aumento da duração da vida humana, evitando que a velhice, fenômeno fisiológico, transforme-se em velhice-enfermidade. Com isso, constata-se que a Gerontologia e a Geriatria caminham juntas, visando a um mesmo objeto formal de estudo: os velhos” (Haddad, 1986, p. 23).

Sobre o envelhecimento, Haddad (1986) afirma:

Embora na idade avançada a massa encefálica diminua de peso, pelo desaparecimento de células em todas as camadas do córtex (a perda dos neurônios começa aos 25 anos), é um fato atualmente bem estabelecido que o envelhecimento não leva a um declínio das faculdades intelectuais. Na realidade, certas faculdades intelectuais nada sofrem com o envelhecimento e podem, mesmo se desenvolver com o passar do tempo, como por exemplo, o conjunto dos conhecimentos, o julgamento prático, a aptidão para dominar situações difíceis e o desenrolamento verbal (HADDAD, 1986, p. 28).

Como bem nos assegura Barros (2004),

É com os olhos da juventude que se percebe a velhice. Ela é vista como um declínio e, sobretudo, com a impossibilidade de ser positivamente valorizada na medida em que já ultrapassou o ponto máximo do ciclo da vida, seja do ponto de vista da capacidade produtiva do trabalhador, seja do ponto de vista da capacidade física e psíquica, com a perda gradual do corpo e da mente. A aparição da velhice como um estigma e como exclusão social se dá paralelamente ao advento da aposentadoria para a população trabalhadora, associando-se à ideia de pobreza. Esta noção parece contaminar a representação da velhice como uma etapa específica da vida [...] (BARROS, 2004, p. 17).

Nesse sentido, Veras (2009, p. 549) ressalta: “O Brasil hoje é um ‘jovem país de cabelos brancos’”. “A cada ano, 650 mil novos idosos são incorporados à população brasileira” [...]. É preciso dizer que, no Brasil, muitos idosos, além de estarem vivendo cada vez mais, encontram-se saudáveis e com muita disposição para viver a vida, todavia alguns necessitam de autocuidado.

Os desafios do envelhecer com saúde no século XXI

O Relatório Mundial de Envelhecimento e Saúde (OMS, 2015) aponta novos desafios sobre o envelhecimento e saúde no século XXI, e recomenda novas políticas públicas com reformulações profundas, a fim de prestar serviços de qualidade que abranjam toda população que está envelhecendo, principalmente no Brasil. Tal documento está embasado nas apreciações de evidências recentes sobre as características peculiares acerca do envelhecer na era contemporânea, com o propósito de garantir maior qualidade de vida e autonomia, incluindo todos os idosos e as diferentes classes sociais.

Segundo o Relatório, existe grande diversidade nas populações mais idosas: algumas pessoas com idade acima de 80 anos, na era contemporânea, apresentam idade “física e mental comparável” à de um jovem com 20 anos, ou um jovem de 20 anos que pode necessitar de maiores cuidados que um idoso de 80 anos.

Dessa forma, as políticas públicas devem ser pensadas de forma a atender as demandas, não só das pessoas com idades avançadas, mas atender um maior número de pessoas, possibilitando que todas as populações venham a alcançar o envelhecimento com saúde.

Diante disso, devemos considerar que vários fatores podem influenciar a conquista da qualidade de vida, entretanto, é necessário que haja o compromisso da pessoa idosa, ou por grupos de convivência ou por orientação nutricional, porém com especial ênfase, nos grupos de atividades físicas. Assim, a combinação desses fatores pode contribuir para que o idoso alcance uma vida saudável e também a longevidade.

Debert (2016) argumenta que o aumento da expectativa de vida poderá ocasionar circunstâncias críticas no meio social, caso não sejam tomadas iniciativas de real importância pelas autoridades, tanto na área social quanto na área política. E destaca ainda, que conforme os indivíduos vão envelhecendo, é natural que ocorram consecutivas

perdas e danos em suas vidas.

Assim sendo, na ausência de novas políticas e medidas urgentes que beneficiem a população idosa, indubitável é aumentar, ainda mais, as perdas dos papéis sociais, o desprezo, o abandono e a situação de rua em que muitos já se encontram.

É importante dizer, que foi diante dessa cruel realidade, da imagem dos velhos abandonados, que surgiu a Gerontologia, e a conquista dos direitos sociais, os quais consequentemente induziram à universalização da aposentadoria, dando início às leis, às conferências e aos projetos de ações internacionais para a velhice.

O convívio diário entre os indivíduos influencia fortemente na construção das diversas identidades. Nesse caso, levamos em consideração a argumentação de Gomes (2008,

p. 57) quando afirma que as trocas de informações contínuas se tornam um ponto “[...] de grande importância, pois atribuem ao sujeito um sentimento de pertencimento a grupos (de pertença ou de referência), que leva o indivíduo a assumir pessoalmente as atitudes desse grupo que, mesmo sem perceber, guia suas condutas”. Lidar com todas essas questões, certamente poderá influenciá-lo a decidir-se se vai ter condições de continuar ativo.

França e Soares (2009) esclarecem:

Qualquer que seja a situação, no Brasil, ainda há um agravante cultural, já que muitas pessoas não foram acostumadas a pensar sobre o futuro ou no que gostariam de realizar, seja uma atividade de caráter laborativo, educacional, espiritual, social, de lazer, relacionada à família, com amigos ou com a comunidade. Mesmo que conheçamos trabalhadores mais velhos que argumentam que irão realizar diversos projetos, muitos não são capazes de informar como tais projetos serão realizados (FRANÇA; SOARES, 2009, p. 735).

Nesse liame há que se pensar na proximidade da velhice, e com ela nas doenças que podem surgir caso não haja os cuidados necessários para se manter saudável. Sabemos que somos autores de uma grande parte de nossas escolhas e, consequentemente, de nossas omissões, mas principalmente devemos definir como empregamos e com que prazer vivemos o nosso tempo, que é afinal sempre tempo presente.

A centralidade do trabalho e o depois - Aposentadoria - Novos projetos

A respeito do trabalho, é importante dizer que somos educados e ensinados para trabalhar, e muito... para assim podermos adquirir autonomia financeira e nos manter.

De acordo com Bulla e Kaefer (2003),

O ser humano cresce se preparando para o trabalho e necessita dele, não só por uma questão de sustentabilidade, como de crescimento pessoal. Para o homem, o trabalho representa a própria vida, ainda mais em uma sociedade capitalista em que o homem sem o trabalho é considerado improdutivo, sendo

excluído socialmente. Os estudos comprovam que o trabalho representa um valor muito importante para as pessoas, o que dificulta o afastamento, para o gozo da aposentadoria (...). Sendo assim, o esclarecimento e o debate sobre questões ligadas ao trabalho e à aposentadoria podem contribuir para se viver melhor o processo de envelhecimento e de aposentadoria, pois a longevidade é possível para um número cada vez maior de pessoas (BULLA; KAEFER, 2003, p. 5).

Diversos pensadores têm pesquisado sobre a importância do sentido e do significado do trabalho na vida dos sujeitos. Acerca disso, Kilimnik (2015) dá a sua contribuição, dizendo:

Então, a centralidade do trabalho pode ser entendida como nível de importância que o indivíduo atribuiu ao trabalho em sua vida, sendo este nível influenciado por valores próprios de cada pessoa e ao longo do tempo podem sofrer alterações (KILIMNIK *et al.* 2015, p. 11).

Conforme Netto e Braz (2012) e Lessa e Tonet (2011) para compreendermos melhor a ideia de trabalho, é mister esclarecer que, desde os primatas, o trabalho era realizado em grupo. Contudo, ao longo da história, o seu significado foi assumindo diferentes compreensões.

Para Ricardo Antunes (2010), na sociedade capitalista, o trabalho parte de pressupostos de produção, alienação e de “relações de poder” e é visto conforme a sua divisão de classes entre proletariado e a mão de obra barata, e os trabalhadores não passam de meras mercadorias e fontes de valor de uso e de troca do capital. É nesse momento que a aparência física se torna mais evidente, quando compreendida pela beleza e pela boa representação social.

Diante disso, é considerável a procura dos sujeitos para consumir produtos que estimulam o uso e a melhoria da estética facial, com alimentos saudáveis, pela moda (roupas e acessórios), entre outros - todos com a finalidade de se manter bem jovem e atender as demandas e exigências frente ao mercado de trabalho.

Com relação a novos projetos e oportunidade de trabalho, para Soares e Costa (2011), o homem sempre será capaz de desenvolver alguma atividade, podendo ela estar relacionada a habilidades artísticas, à consultoria (no trabalho que já estava acostumado a fazer), entre outros afazeres, às relações de amizade e voluntariado, ou optar, como comentam Soares e Costa (2011, p. 13), por “uma nova carreira, pois está previsto que vivemos ainda uns 20 a 30 anos após a aposentadoria. Então, por que não escolher uma nova profissão?”

Envelhecimento: Direitos e políticas públicas

O envelhecimento é uma vitória do desenvolvimento, uma das maiores conquistas da humanidade. Todavia, o que se constata é um país heterogêneo, abarrotado de contrastes, pois ao lado de um Brasil rico, existe outro muito pobre. Nesse último, encontra-se a população de poucas posses, a maioria residindo nos grandes centros urbanos, em

favelas e cortiços, e lá também habitando idosos em situação de miséria extrema ou em situação de rua. Também não podemos nos esquecer daqueles que vivem em áreas rurais e que possuem demandas e necessidades importantes para que lhes seja assegurada uma velhice digna.

O Fundo de População das Nações Unidas (2012) assevera também:

Um ambiente físico, amigo da pessoa idosa, que promova desenvolvimento e uso de tecnologias inovadoras as quais estimulem o envelhecimento ativo, é especialmente importante quando as pessoas envelhecem e vivenciam a diminuição da mobilidade, da capacidade visual e auditiva. Moradias de baixo custo e transporte facilmente acessível, que estimulam o envelhecimento adequado, são essenciais para a manutenção da independência, com o intuito de facilitar os contatos sociais e permitir que as pessoas idosas se mantenham como membros ativos da sociedade (UNFPA, 2012, p. 5).

A Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, Capítulo II, em seu art. 10 (BRASIL, 2003) que, entre outros direitos, define o seguinte:

Art. 10 – É obrigação do Estado e da sociedade assegurar à pessoa idosa a liberdade e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis. § 1º O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos: I – Faculdade de ir e vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários ressalvadas as restrições legais; II – opinião e expressão; III – crença e culto religioso; IV – prática de esportes e de diversões (BRASIL, 2003, p. 19).

Sennet (2006), ao abordar o envelhecimento e a velhice da população brasileira argumenta que, em algum momento de nossas vidas, todos nós vamos envelhecer e deixar de ser produtivos. Apesar de todas as conquistas, o grande desafio na era contemporânea será o de reduzir o preconceito, haja vista que as pessoas mais velhas tendem a ser consideradas como fracas, inúteis ou cansadas. Nesse sentido, poderemos refletir sobre a velhice como um paradoxo?

A justificativa para esta inadequação reside no fato de que apesar de que todo indivíduo que chega à terceira idade ser, cronologicamente, **velho**, esse sujeito, individual e subjetivamente, é impelido, estimulado, incitado, induzido, instigado socialmente a não se sentir como tal. Se os concebemos como termos aproximados (diríamos, até sinônimos próximos, porque pertencem a um campo semântico comum), há um paradoxo, neste caso, inserido na natureza ideológica do signo linguístico, determinado pelo uso social (PALACIOS, 2004, p. 14 - 15).

Para melhor compreensão do conceito que compõe a velhice e as etapas do envelhecimento, reportamo-nos a Papalia, Olds e Feldman (2006 *apud* SCHNEIDER; IRIGARAY, 2008, p. 586), que classificam o idoso em três grupos de idade. Vejamos:

O termo *idoso jovem* geralmente se refere a pessoas de 65 a 74 anos, que costumam estar ativos, cheios de vida e vigorosos. Os *idosos velhos*, de

75 a 84 anos, e *os idosos mais velhos*, de 85 anos ou mais, são aqueles que têm maior tendência para a fraqueza e para a enfermidade, e podem ter dificuldade para desempenhar algumas atividades da vida diária (SCHNEIDER; IRIGARAY, 2008, p. 586).

É importante lembrarmos que o processo de envelhecimento não está somente atrelado a questões cronológicas na vida dos sujeitos, pois fatores como cultura, contexto social em que vivem, aspectos biológicos, sociais e psicológicos precisam ser considerados no decorrer da vida de cada um e de todos (SCHNEIDER; IRIGARAY, 2008, p. 586).

Por isso,

Ao se falar em velhice, é preciso olhar a sua complexidade desse campo e suas múltiplas determinações nas relações com a demografia, com as perdas biológicas de funcionalidade e sociais no processo de trabalho, de trocas em diversos âmbitos (família, amigos, gerações, cultura), e de estilos de vida (FALEIROS, 2014, p. 6).

Concordamos com o autor acima citado quando diz que, ao se falar da velhice, é preciso olhar a sua complexidade, pois essa fase da vida implica um momento de perdas e de redução das atividades, isso quando inseridos no âmbito do trabalho com vistas para a aposentadoria. Ao perceber que estão envelhecidos, percebem também que estão próximos a se aposentar, e é nessas circunstâncias que os indivíduos passam a ter uma noção diferenciada de suas vidas e das vidas dos que o cercam (FALEIROS, 2014).

Nesse cenário, evidências baseadas em estudos e experiências permitem assegurar que os riscos sociais emanados pelas novas transformações da sociedade, sobretudo, pelo crescente aumento do envelhecimento populacional – considerando as desigualdades sociais e a pobreza –, causadas pelo desemprego, ocasionam mudanças na estrutura e nas funções da família.

Todavia, em relação ao idoso, é indispensável que a sociedade brasileira, mesmo diante de todos os problemas econômicos, sociais e políticos que vem enfrentado na atualidade, cunhe ferramentas adequadas para mantê-lo conectado ao seu meio, aproveitando as suas potencialidades de “energia e criatividade”. Entretanto, infelizmente observamos que, apesar de termos na atualidade marcos normativos e regulatórios que contribuíram para avanços nos diferentes campos das demandas e necessidades da população idosa, existe ainda uma disposição preconceituosa para discriminá-lo e confiná-lo sem a menor consideração devida ao ser humano (SALGADO, 1989).

Segundo Lopes *et al.* (2007), as pessoas estabelecem mitos a respeito do envelhecimento, às vezes por falta de convívio com “pessoas acima de 60 anos, ou até por medo de ficar velho”, mas, principalmente, pela ausência de cultura em relação à temática. Logo, percebe-se a existência de preconceito e de intolerância entre os velhos e as gerações mais novas por não interagirem entre si, e isso favorece para que os mitos se mantenham até hoje, principalmente com a chegada da terceira idade.

Segundo Mercadante (1997 *apud* Lopes *et al.* 2007), a visão ainda estereotipada sobre o envelhecimento e, sobretudo, como denominamos os pós-60, pode colaborar e mesmo ampliar a manutenção de mitos e preconceitos a respeito desse fenômeno da vida humana:

1) os idosos não são capazes de aprender coisas novas; 2) os idosos dificilmente mudam o comportamento após certa idade, mesmo que essa mudança traga benefícios à saúde e bem-estar geral; 3) o fator genético seria uma garantia de envelhecimento com qualidade de vida, sua importância seria grande o suficiente para deixar de lado os fatores sociais e comportamentais sobre o estado geral de saúde e funcionamento do idoso; 4) não se devem administrar tratamentos médicos mais agressivos aos idosos, com base somente na idade cronológica, independentemente dos benefícios que poderia ter ou das condições gerais favoráveis ao tratamento; 5) os idosos são geralmente não produtivos e não servem para nada (MARCADANTE 1997 *apud* LOPES *et al.* 2007, p. 51).

Com vistas a esse assunto e para melhor compreendermos as lutas contra a discriminação e o preconceito que atinge as pessoas idosas, Faleiros (2014) contribui dizendo:

Idosos têm direitos enunciados e definidos, mas a violação desses direitos é um dos principais obstáculos à inserção social da pessoa idosa, com destaque para a discriminação e o preconceito. A luta contra a discriminação é fundamental num processo de educação para o envelhecimento e sobre o envelhecimento e velhice. É preciso romper o silêncio sobre a velhice e abrir espaços na escola, na família, nas pesquisas e na sociedade para se falar abertamente dessa questão (FALEIROS, 2014, p. 18).

Já falamos ao longo do texto, todavia é pertinente lembrar que existe sim, tanto o abandono quanto o preconceito em relação aos idosos. São temas que com frequência aparecem em noticiários e são visíveis no cotidiano das relações humanas. Portanto, é importante e necessário que se discuta, problematize sobre essa temática nas escolas e no ambiente familiar, no sentido de rompermos com uma cultura que estigmatiza a pessoa idosa.

“Não há sociedade sem que estejam em interação os seus membros singulares, assim como não há seres sociais singulares (homens e mulheres) isolados, fora do sistema de relação ao que é a sociedade” (NETTO; BRAZ, 2012, p. 49).

O Estatuto do Idoso, Lei 10.741 de outubro de 2003, Capítulo I, Art. 8º, assegura o direito de todas as pessoas envelhecerem com dignidade e respeito. O art. 9º dispõe sobre a responsabilidade do Estado na garantia de segurança, saúde e a obrigação de formulação de novas políticas públicas (BRASIL, 2003):

Art. 8º O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta Lei e da legislação vigente. Art. 9º É obrigação do Estado garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante

efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade (BRASIL, 2003, p. 2).

Diante disso, é pertinente dizer que

As políticas públicas e os programas de atenção voltados para os idosos possuem papel importante na visibilidade adquirida por esse segmento, retirando o idoso do esquecimento e do silêncio, possibilitando a eles uma condição social mais justa. Para atender essa realidade e os desafios que acompanham são necessários instrumentos legais que garantam proteção social e ampliação de direitos às pessoas idosas (ESCOBAR; MOURA, 2016, p. 50).

Seguindo esse pensamento, é preciso dizer que o contexto da aposentadoria está em constante mudança, uma vez que as pessoas estão vivendo cada vez mais e com saúde. É, de fato, o início de uma nova era, a era da contemporaneidade. Diante desse novo cenário, é necessário criar condições para que os idosos sejam inseridos na sociedade e possam viver com dignidade e respeito.

Portanto, entendemos que a competência de exercer liberdades fundamentais se faz pela plena efetivação de todos os direitos humanos, e de as pessoas idosas poderem manter suas habilidades físicas e mentais, aproveitando também as suas habilidades para o trabalho, promovendo dessa forma a sua inclusão social.

2 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em relação ao significado de “envelhecer”, ou do envelhecimento, estudos apontam que é complexo, e está diretamente ligado ao modo particular de vida de cada um, desde a infância até a idade adulta, entretanto, com muitas incertezas quanto ao envelhecimento e à chegada da velhice. Para muitos idosos(as) envelhecer significa o momento para aproveitar a vida, e ainda, revela acúmulo de experiências, maturidade e nova fase de oportunidades.

Logo, envelhecer é amplo, e não existe fórmula perfeita para conquistar vida longa, podendo variar dependendo das condições do modo de vida de cada um, uma vez que existem muitas formas de construir e de viver a beleza da própria velhice.

Entretanto, para que se possa ter uma velhice digna, dependerá também, de como as políticas públicas, sobretudo as sociais, serão ofertadas para as pessoas de todas as faixas etárias, pois só assim as pessoas poderão chegar à idade avançada.

Pela pesquisa documental (marcos normativos e regulatórios), adotada como contraponto da análise que foi desenvolvida, concluímos que esses documentos constituem um avanço em relação à questão da velhice em nossa sociedade, pois oferecem algumas garantias e proteção às pessoas idosas, buscando promover a qualidade de vida dos idosos.

Os estudos apontam que o Brasil ainda não está totalmente organizado para enfrentar

essa realidade, necessitando de mais atenção no que tange à criação e aperfeiçoamento de leis, de políticas públicas, de ações e programas sociais voltados para atender aos idosos, mas que sejam de fato colocados em prática. No entanto, o grande desafio ainda é especialmente o de estimular o idoso a vencer o preconceito e participar efetivamente na vida “política” e assim, garantir os seus direitos nesse novo cenário demográfico, principalmente, no que diz respeito aos impactos sociais, políticos, culturais e econômicos e que impactam a vida de todos os brasileiros.

O desafio está também, em proporcionar a inclusão e a proteção social de todos, incluindo os idosos(as), evitando-se, dessa maneira, a redução da extrema pobreza na velhice, resguardando com isso, os direitos humanos. Lembrando que as demandas tendem a crescer incessantemente, pois o envelhecimento apenas começou, já a estabilidade econômica e de postos de trabalho é uma realidade de difícil reversão.

Por fim dizer, que a existência de preconceitos como também as diferentes violações de direitos de idosos são resultados de políticas públicas que ainda precisam avançar em muito, a fim de garantir efetividade nos direitos da população idosa, principalmente para fazer frente a tantas mudanças e impactos causados pelo fenômeno do longe viver.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. **Revista Pegada**. São Paulo, v. 2, n. 11, p. 190-193, 2010. Disponível em: <https://revista.fct.unesp.br/index.php/pegada/article/viewFile/1312/1308>. Acesso em: 10 nov. 2020.

BARROS, Myriam Morais Lins de (org.). Velhice na contemporaneidade. In: PEIXOTO, Clarice Ehlers. **Família e envelhecimento**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**.

Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Decreto nº 1.948 de 3 de julho de 1996**. Regulamenta a Lei 8.842, de janeiro de 1994, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso e dá outras providências. Brasília, 03 jul. 1996.

BRASIL. **Lei nº 8.842, de 4 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, 5 jan. 1994.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]. Brasília, 03 out. 2003.

BULLA, Leonia Capaverde; KAEFER, Carin Otilia. Trabalho e aposentadoria: as repercussões sociais na vida do idoso aposentado. **Revista Virtual Textos & Contextos**, Porto Alegre, n. 2, p. 1-8, 2003. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/view/957/737>. Acesso em: 10 nov. 2020.

DEBERT, Guita Grin. A antropologia e o estudo dos grupos e das categorias de idade. In: BARROS, Myriam M. L. de (org.). **Velhice ou terceira idade?** Estudos antropológicos sobre identidade, memória e política. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 49-67.

DEBERT, Guita Grin. Políticas Públicas diante do Envelhecimento no Brasil. In: ABREU, Alice Rangel de Paiva; HIRATA, Helena; LOMBARDI, Maria Rosa (org.). **Gênero e trabalho no Brasil e na França.** Perspectivas interseccionais. São Paulo: Boitempo, 2016. p. 247-256.

DESLANDES, Suely Ferreira; GOMES, Romeu Gomes; MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). **Pesquisa Social:** Teoria, método e criatividade. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2002.

ELIAS, Norbert. **A solidão dos moribundos:** seguido de “Envelhecer e morrer”. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. 105 p.

ESCOBAR, Karin Alves do Amaral; SOUZA, Flávia Aparecida. Análise de políticas sociais para idosos no BRASIL: um estudo bibliográfico. **Cadernos UniFOA.** Volta Redonda. n. 30, p. 47-55, abr. 2016.

FALEIROS, Vicente de Paula. **Envelhecimento no Brasil do Século XXI:** transições e desafios. Argumentum, Vitória (ES), v. 6, n. 1, p. 6–21, 1º jun. 2014. Semestral. Disponível em: <http://periodicos.ufes.br/argumentum/article/view/7952/5738>. Acesso em: 12 nov. 2020.

FLORIANÓPOLIS. **Lei Municipal 7.694 de 25 de outubro de 2008.** Dispõe sobre a Política Municipal do Idoso, cria o Conselho Municipal do Idoso e dá outras providências. Diário Oficial de Florianópolis, SC, 11 nov. 2020.

FRANCA, Lúcia Helena de Freitas Pinho; SOARES, Dulce Helena Penna. Preparação para a Aposentadoria como parte da Educação ao Longo da Vida. **Psicol. cienc. prof.** 2009, v. 29, n. 4, p. 738-751. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1414-98932009000400007>. Acesso em: 12 nov. 2020.

GOLDENBERG, Mirian. **A bela velhice.** 5. ed. Rio de Janeiro: São Paulo: Record, 2014. 127 p.

GOMES, Adriana. **Mudança de Carreira e Transformação da Identidade.** São Paulo: Lcte, 2008. 126p.

HADDAD, Eneida G. de M. O saber sobre a velhice: a “ciência” está com a palavra. In: **A ideologia da velhice.** São Paulo: Cortez, 1986. p. 23-54.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **População:** Distribuição da população por sexo – 1996. Distribuição percentual da População por Sexo - Brasil - 1980 a 2010. Disponível em: <http://brasilensintese.ibge.gov.br/populacao/distribuicao-da-populacao-por-sexo.html>. Acesso em: 12 nov. 2020.

KILIMNIK, Zélia Miranda *et al.* O significado do trabalho: um estudo com professores de administração em uma universidade. **Revista Lugares de Educação [RLE],** Bananeira-PB, v. 5, n. 11, p. 3-27, 2015. Disponível em: <http://periodicos.ufpb.br/index.php/rle/article/view/17910/17910-49605-1-PB>. Acesso em: 12 nov. 2020.

LESSA, Sérgio; TONET, Ivo. **Introdução à filosofia de Marx.** 2 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2011. 128 p.

LOPES, Marilda Silveira; ARANTES, Rodrigo Caetano; LOPES, Ruth Gelebrter da Costa. Um breve ensaio sobre a aceitação da beleza na enfermidade dos corpos. **Kairós Gerontológica: Núcleo de Estudo e Pesquisa do Envelhecimento**, São Paulo, v. 10, no 2, p. 45-61, 1o dez. 2007. Anual. Disponível em: <http://www.portaldoenvelhecimento.com/publicacoes/artigo3295.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2020.

MAIA, Gabriela Felten de. Corpo e velhice na contemporaneidade. **Estudos e pesquisas em velhice**, UERJ, ano 8, n. 3, p. 704-711, 2º semestre de 2008.

NETTO, José Paulo; BRAZ, Marcelo. **Economia Política: Uma introdução crítica**. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2012. 271 p.

NETTO, Matheus Papaléo; YUASO, Denise Rodrigues; KITADAI, Fábio Takashi. Longevidade: desafio no terceiro milênio. Longevity: a challenge from the twentieth century. Longevidad: desafío en el tercer milenio. **O Mundo da Saúde**, São Paulo, v. 29, no 4, p. 594- 607, 2005. Disponível em: http://longevidade.ind.br/wp-content/uploads/2017/04/13_Longevidad._desafios3mil.pdf. Acesso em: 12 nov. 2020.

OMS – ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Relatório Mundial de Envelhecimento e Saúde**. Suíça: OMS, 2015. 30 p. Disponível em: <http://sbgg.org.br/wp-content/uploads/2015/10/OMS-ENVELHECIMENTO-2015-port.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2020.

PALACIOS, Annamaria da Rocha de. Velhice, palavra quase proibida; terceira idade, expressão quase hegemônica: apontamentos sobre o conceito de mudança discursiva na publicidade contemporânea. In: **XX Encontro da Associação Portuguesa de Linguística (APL)**, 2004, Lisboa, outubro de 2004. p. 1-22. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/palacios-annamaria-velhice-palavra-proibida.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2020.

SALGADO, Marcelo Antônio. Aposentadoria e ética social. **A Terceira Idade**, São Paulo, p 4-8, 1989. Disponível em: [file:///D:/Revista terceira Idade Marcelo Salgado.pdf](file:///D:/Revista%20terceira%20Idade%20Marcelo%20Salgado.pdf). Acesso em: 10 nov. 2020.

SCHNEIDER, Rodolfo Herberto; IRIGARAY, Tatiana Quarti. O envelhecimento na atualidade: aspectos cronológicos, biológicos, psicológicos e sociais. **Estudos de Psicologia**, Campinas, out./dez. 2008, p. 585-593.

SENNETT, Richard. O talento e o fantasma da inutilidade. In: SENNETT, Richard. **A Cultura do Novo Capitalismo**. Rio de Janeiro: Record, 2006. p. 84-98. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-40602010000200019. Acesso em: 12 nov. 2020.

SILVA SOBRINHO, Helson Flávio da. A negação da velhice: uma discursividade ancorada na memória. **Estudos Linguísticos XXXIV**, p. 241-246, 2005. Disponível em: <http://www.gel.org.br/estudoslinguisticos/edicoesanteriores/4publica-estudos-2005/4publica-estudos-2005-pdfs/a-negacao-da-velhice-874.pdf>. Acesso em: nov. 2020.

SOARES, Dulce Helena Pereira; COSTA, Aline Bogoni. **Aposenta-Ação: aposentadoria para ação**. São Paulo: Vetor, 2011. 262 p.

UNFPA – Fundo de População das Nações Unidas. **Envelhecimento no Século XXI: Celebração e Desafio**. Tradução de Eleny Corina Heller. Nova York: Londres:: UNFPA: HelpAge International, 2012. 8 p. Disponível em: https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Portuguese-Exec-Summary_0.pdf. Acesso em: 11 nov. 2020.

VERAS, Renato. Envelhecimento populacional contemporâneo: demandas, desafios e inovações. **Rev Saúde Pública**, v. 43, n. 3, p. 548-554, 2009. Disponível em: <http://www.scielosp.org/pdf/rsp/v43n3/224.pdf?>. Acesso em: 12 nov. 2020.

WALTER, Maria Inez Machado Telles. A dualidade na inserção política, social e familiar do idoso: estudo comparado dos casos de Brasil, Espanha e Estados Unidos. **Opin. Pública**, v. 16, n. 1, p. 186-219, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/op/v16n1/a08v16n1.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2020.

CAPÍTULO 19

GENEALOGIA DA ESCRAVIZAÇÃO NO BRASIL E SUAS CONSEQUÊNCIAS NA CONDIÇÃO ATUAL DO NEGRO COMO FUNDAMENTO NA POLÍTICA PÚBLICA DAS COTAS RACIAIS

Data de aceite: 04/01/2021

Data de submissão: 26/10/2020

Vanessa Cristina Ramos Fonsêca da Silva

Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Maranhão-Campus Maracanã
São Luís-Maranhão
<http://lattes.cnpq.br/6559774970028908>

RESUMO: O histórico da condição do negro no Brasil se torna relevante para o entendimento da necessidade da existência da política pública das cotas raciais. Nessa esteira, tendo como norte a vulnerabilidade econômica e social dos afrodescendentes na contemporaneidade, e levando-se em consideração os aspectos atinentes à origem dessa realidade, verifica-se a importância das ações afirmativas. O estudo se fundamentou nas pesquisas bibliográfica e documental. Nessa esteira, considerando as propostas definidas nos objetivos da presente pesquisa, escolheu-se o método de abordagem indutivo, ou raciocínio indutivo já que pretende-se desenvolver uma pesquisa de natureza descritiva, mediante a coleta, observação e análise de dados particulares para a obtenção de conclusões gerais.

PALAVRAS-CHAVE: Escravização do negro; vulnerabilidade econômica e social dos afrodescendentes; ações afirmativas.

GENEALOGY OF SLAVERY IN BRAZIL AND ITS CONSEQUENCES IN THE CURRENT CONDITION OF THE BLACK PEOPLE AS A FOUNDATION IN THE PUBLIC POLICY OF RACIAL QUOTAS

ABSTRACT: The history of the condition of blacks in Brazil becomes relevant to the understanding of the need for the existence of public policy on racial quotas. In this context, considering the economic and social vulnerability of Afro-descendants in contemporary times, and taking into account the aspects related to the origin of this reality, the importance of affirmative actions is verified. The study was based on bibliographic and documentary research. In this context, considering the proposals defined in the objectives of the present research, the method of inductive approach, or inductive reasoning, was chosen since it is intended to develop a research of a descriptive nature, through the collection, observation and analysis of particular data to obtain general conclusions.

KEYWORDS: Enslavement of black people; economic and social vulnerability of African descent; affirmative actions.

1 | INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar historicamente a situação do negro no Brasil, perpassando do período da escravização até a contemporaneidade.

A pesquisa bibliográfica será realizada a partir de obras de referência e artigos científicos especializados, bem como, por meio

de pesquisas produzidas por instituições científicas de âmbito nacional sobre o assunto, procedendo-se a análise e interpretação dos dados estatísticos apurados, mediante a descrição e a avaliação das generalizações obtidas a partir dessas informações coletadas.

Já a pesquisa documental consistirá no levantamento de dispositivos constitucionais, tratados internacionais, leis, resoluções, portarias e outros atos normativos relacionados à temática.

Nessa esteira, considerando as propostas definidas nos objetivos da presente pesquisa, escolheu-se o método de abordagem indutivo, já que pretende-se desenvolver uma pesquisa de natureza descritiva, mediante a coleta, observação e análise de dados particulares para a obtenção de conclusões gerais.

Nessa linha, o método de abordagem indutivo viabiliza a realização de estudos de fenômenos complexos e institucionalizados, especialmente investigações de natureza descritiva e exploratória que tenham por objetivo analisar um fenômeno a partir de suas particularidades, para identificação de suas características e regularidades, passíveis de generalizações.

21 HISTÓRICO DA ESCRAVIZAÇÃO NO BRASIL E SEUS EFEITOS NA CONDIÇÃO ATUAL DO NEGRO

Os colonizadores portugueses não tinham a intenção de povoar as terras brasileiras inicialmente. Prado Júnior (2004, p. 31) afirma que o clima tão diverso da metrópole, o baixo contingente populacional de Portugal¹ e o trabalho braçal necessário para a realização do povoamento foram primordiais para o referido desinteresse². Contudo, à medida que franceses e espanhóis foram realizando investidas em terras descobertas pelos portugueses, o povoamento fez-se necessário.

Logo, diante dessas circunstâncias, a solução para a questão se deu por meio do arrendamento das terras a particulares, através do sistema de capitânicas hereditárias. Contudo, devido aos grandes custos necessários para o empreendimento, tal sistema não prosperou, com exceção das Capitânicas de São Vicente e a de Pernambuco.

No ano de 1549, foi instituído um Governo geral e centralizado, tendo como base o sistema colonial de exploração, por meio do denominado pacto colonial, no qual a colônia fornecia gêneros tropicais e minerais somente à metrópole, e apenas dela poderia comprar manufaturados. Além disso, a colonização de exploração tinha como fundamentos o latifúndio, a monocultura e a escravidão, que correspondiam ao sistema de *“plantation”*.

1 Para Prado Jr. (2011, p. 27): “em Portugal, a população era tão insuficiente que a maior parte do território se achava ainda, em meados do século XVI, inculta e abandonada; faltavam braços por toda parte, e empregava-se em escala crescente mão de obra escrava, primeiro dos mouros, tanto dos que tinham sobrado da antiga dominação árabe como dos aprisionados nas guerras que Portugal levou desde princípios do século XV para seus domínios do norte da África; como depois, de negros africanos, que começam a afluir para o reino desde meados daquele séculos. Lá por volta de 1550, cerca de 10% da população de Lisboa era constituída de escravos negros”.

2 Para Holanda (2014, p. 43): “essa exploração dos trópicos não se processou, em verdade, por um empreendimento metódico e racional, não emanou de uma vontade construtora e enérgica: fez-se antes com desleixo e certo abandono”.

Em um primeiro momento, foi-se utilizada a mão-de-obra escravizada dos indígenas. Contudo, Prado Júnior (2004, p. 34-35) assinala que o indígena possuía um comportamento displicente, à medida que: “aos poucos foi-se tornando necessário forçá-lo ao trabalho, manter vigilância estreita sobre ele e impedir sua fuga e abandono da tarefa em que estava ocupado”.

Logo, deu-se vazão ao trabalho do escravizado africano. Jensen (2015, p. 70-71) relata que os escravizados africanos eram reduzidos à condição de mercadorias ou objetos para os traficantes. Eram transportados em condições sub-humanas no oceano Atlântico, com pés e mãos acorrentados, sofrendo com o ambiente insalubre dos navios negreiros. Muitos morriam nesse percurso, seja pela desnutrição, desidratação ou por doenças contagiosas que eram propagadas nas péssimas condições sanitárias as quais eram submetidos. A autora (2015, p. 71-72) narra que:

Por ocasião dos motins e rebeliões, violentamente reprimidos, eram por vezes presos em pedras e lançados ao mar como punição e exemplo aos demais. Não obstante o número de escravos que não sobreviviam à árdua travessia, ainda assim adquirir e revender escravos constituía uma atividade lucrativa, sobretudo pelos altos preços que tais “mercadorias” atingiam. Ao desembarcarem nos destinos, os escravos eram vistoriados como animais pelos compradores. Posteriormente, ao serem escolhidos por seu futuro senhor, seus corpos eram marcados com um símbolo, que lhes servia de identificação. Em seguida eram transportados para os engenhos, sendo utilizados para os mais diversos tipos de trabalho, sofrendo castigos severos e variados, dormindo nas senzalas no chão, ao lado de animais, vestindo-se com pedaços de pano presos ao corpo, e alimentando-se da agricultura de subsistência praticada aos sábados.

A escravização não se resumia a uma relação de força de um indivíduo sobre outro, mas era legitimada pelo próprio ordenamento jurídico, representando um fundamento jurídico brasileiro, se expandindo por todas as relações sociais.

Nessa esteira, Campello (2018, p. 33) faz um estudo histórico da presença da escravização no ordenamento jurídico brasileiro, como se pode exemplificar por meio das Ordenações Filipinas de 1603³, que reduzia o escravizado à condição de mera mercadoria e, inclusive, regulamentava eventuais vícios redibitórios em seu título XVII, Livro IV:

Qualquer pessoa, que comprar algum escravo doente de tal enfermidade, que lhe tolha servir-se dele, o poderá enjeitar a quem lho vendeu, provando que já era doente em seu poder de tal enfermidade, com tanto que cite ao vendedor dentro de seis meses o dia, que o escravo lhe for entregue. [...]

Se o escravo tiver cometido algum delito, pelo qual, sendo-lhe provado, mereça pena de morte, e ainda não for livre por sentença, e o vendedor ao tempo da venda e não declarar, poderá o comprador enjeitá-lo dentro de seis meses, contados da maneira, que acima dissemos. E o mesmo será, se o

³ Segundo Campello (2018, p. 34): “o Império não herdou apenas a estrutura econômico-social vigente durante a colônia, mas também a legislação metropolitana portuguesa, recepcionada pela Lei de 20 de outubro de 1823”.

escravo tivesse tentado matar-se por si mesmo com aborrecimento da vida, e sabendo-o o vendedor, o não declarasse.

Com a assinatura do decreto de Abertura dos Portos às Nações Amigas por Dom João, os portos brasileiros foram autorizados a receberem embarcações dos mais diversos países. Nesse diapasão, vem à tona a Revolução Industrial e a pressão da Inglaterra para que se procedesse a abolição da escravatura no Brasil, devido à incompatibilidade entre o sistema capitalista insurgente e a escravização, já que, caso os trabalhadores fossem assalariados, poderiam consumir os produtos oriundos da industrialização. Com a pressão dos ingleses, foi promulgada a Lei de 07.11.1831, que proibia o tráfico de escravizados, entretanto a referida lei não chegou a ser cumprida.

Nesse sistema, a elite intelectual almejava a abolição da escravatura, para conciliar os interesses econômicos sobrejacentes. Logo, houve uma concessão aos abolicionistas, por meio da promulgação da “Lei do Ventre Livre”, de 1871, que previa que os filhos de escravos que se encontrassem no ventre materno até o dia 28 de setembro daquele ano seriam considerados libertos da escravização. Ademais, em 1885 foi promulgada a “Lei dos Sexagenários”, que libertava os escravizados com mais de sessenta anos.

Nesse diapasão, Jensen (2015, p. 79) destaca que esses dispositivos jurídicos, para alguns, seriam apenas instrumentos paliativos e simbólicos, e fariam parte da estratégia política da elite latifundiária para postergar o processo de abolição total e imediata. Outrossim, com a promulgação de Lei 601/1850 (Lei de Terras), a terra passava a ser considerada uma mercadoria, sendo passível de compra e venda.

Ademais, houve a promulgação da Lei Eusébio de Queirós, em 1852, que, segundo Nabuco (2000, p. 65), o tráfico de escravos acabou por conta do “interesse dos agricultores, cujas propriedades estavam passando para as mãos dos especuladores e dos traficantes, por causa das dívidas contraídas pelo fornecimento de escravos”.

Campello (2018, p. 247) assevera que o sistema escravagista brasileiro ficou ainda mais combatido na década de 1880. Para ele:

A população escrava no Brasil já havia diminuído significativamente e o ‘elemento servil’ representava apenas uma fatia muito ínfima da população nacional. Principalmente porque muitas regiões econômicas do Brasil já prescindiam da mão de obra escrava para o desempenho das suas principais atividades produtivas. [...] por sua vez, as teses favoráveis à ilegalidade⁴ da escravidão haviam conquistado a opinião pública na década de 1880.

Dessa forma, em 13 de maio de 1888 foi promulgada a “Lei Áurea”, que tratava da abolição da escravatura. Contudo, Jensen (2015, p. 85) ressalta que: “após ser concedida a “liberdade” ao escravo, não foi lhe concedido qualquer tipo de indenização, compensação

⁴ Segundo Campello (2018, p. 249-250): “surgiu um clima de verdadeira desobediência civil, no qual as Sociedades Abolicionistas agiam não apenas arrecadando valores para obter cartas de liberdade – alforrias -, mas também incentivando e auxiliando o roubo e a fuga de escravos para Províncias em que a abolição já houvesse ocorrido. Muitos escravos, principalmente nos redutos escravistas, estavam simplesmente abandonando os engenhos e formando quilombos”.

ou incentivo governamental”. Logo, a abolição foi apenas formal “passando os escravos libertos à condição de homens livres abandonados à própria sorte”. Sem recursos, instrução educacional e acesso legal à terra, bem como estigmatizados pela discriminação, tiveram dificuldades em viabilizar o seu pleno desenvolvimento, sendo considerados em uma condição de marginalização.

Conforme Ianni (2004, p. 44) “[...] os negros e mulatos ficaram à margem ou se viram excluídos da prosperidade geral, bem como de seus proventos políticos [...]”.

Destarte, evidencia-se que tais práticas excludentes e discriminatórias tem repercussões até hoje na inserção social e econômica dos negros, especialmente nos espaços de Poder.

Os reflexos dessa exclusão podem ser mensurados a partir de pesquisas censitárias. O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) desenvolveu um estudo em parceria com a ONU Mulheres denominado “Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça”, que disponibilizou dados sobre diferentes temáticas, com indicadores da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

De acordo com a pesquisa, em 2015, entre as mulheres brancas com 15 anos ou mais de idade, 4,9% eram analfabetas; já o analfabetismo entre mulheres negras nessa faixa etária, era mais que o dobro: 10,2%. Os parâmetros são semelhantes entre os homens.

Conforme os dados da pesquisa (INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA, 2020, p. 2):

Se examinarmos a escolaridade das pessoas adultas, salta aos olhos também o diferencial de *cor/raça*. Apesar dos avanços nos últimos anos, com mais brasileiros e brasileiras chegando ao nível superior, as distâncias entre os grupos perpetuam-se. Entre 1995 e 2015, duplica-se a população adulta branca com 12 anos ou mais de estudo, de 12,5% para 25,9%. No mesmo período, a população negra com 12 anos ou mais de estudo passa de inacreditáveis 3,3% para 12%, um aumento de quase 4 vezes, mas que não esconde que a população negra chega somente agora ao patamar de vinte anos atrás da população branca.

Tal cenário negativo contextualiza sucintamente a vulnerabilidade dos afrodescendentes em uma estrutura racista, pelo que se faz mister a adoção de ações afirmativas como medida de reparação a essa dívida histórica.

Nessa linha, o atual cenário dos debates sobre questões raciais deve ser pautado a partir da perspectiva estrutural, e como as instituições públicas e privadas podem contribuir efetivamente para a minimização desse distanciamento entre o discurso jurídico e a prática das políticas públicas.

3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Durante o período colonial, os escravizados africanos eram reduzidos à condição de

mercadorias ou objetos para os traficantes, em um total desrespeito à dignidade humana. Mesmo com a abolição da escravidão em 1888, o negro continuou a ser marginalizado e tal fato produz reflexos que podem ser verificados a partir de dados que demonstram a sua vulnerabilidade social e econômica até a atualidade.

Nessa esteira, tendo como norte a vulnerabilidade econômica e social dos afrodescendentes na contemporaneidade, e levando-se em consideração os aspectos atinentes ao postulado do princípio da igualdade, colocar-se-á em voga o que denomina ação afirmativa, gênero das políticas ou sistemas de cotas.

REFERÊNCIAS

CAMPELLO, André Barreto. **Manual jurídico da escravidão**: Império do Brasil. 1 ed. Jundiaí-SP: Paco Editora, 2018.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

IANNI, O. **Raças e classes sociais no Brasil**. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Brasiliense, 2004.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil**. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf. Acesso em: 31 jul. 2020a.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Trimestral**: 1º trimestre 2020. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/tabela/6403#resultado>. Acesso em: 31 jul. 2020b.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Retrato das Desigualdades de Gênero e Raça**. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/170306_retrato_das_desigualdades_de_genero_raca.pdf. Acesso em: 31 jul. 2020.

JENSEN, Geziela. **Política de cotas raciais em universidades brasileiras**: entre a legitimidade e a eficácia. 2 ed., rev., e atual. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

NABUCO, Joaquim. **O abolicionismo**. São Paulo: Publifolha, 2000.

PRADO JÚNIOR, Caio. **Formação do Brasil contemporâneo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

PRADO JÚNIOR, Caio. **História Econômica do Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 2004.

SOBRE OS ORGANIZADORES

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS - Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNJPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocrítica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista *ad hoc* de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Organizador de obras coletivas pela Atena Editora. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Orcid: orcid.org/0000-0002-5472-8879. E-mail: <awsvasconcelos@gmail.com>.

THAMIRES NAYARA SOUSA DE VASCONCELOS - Mestra em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Licenciada em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2018). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNJPÊ, 2016). Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direitos humanos, direitos sociais, direitos das minorias), Literatura (literatura e sociedade, literatura e cultura, literatura e história, estudos pós-coloniais, guerra de independência, literatura portuguesa, literaturas africanas de língua portuguesa), Linguística (ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Vinculada a grupo de pesquisa devidamente cadastrado no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Orcid: orcid.org/0000-0003-1179-999X. E-mail: <thamiresvasconcelos.adv@gmail.com>.

ÍNDICE REMISSIVO

B

Brumadinho 162, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190

C

Condomínio 48, 71, 72, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82

Constitucionalidade 17, 24, 25, 35, 95, 98

Cotas raciais 209, 214

D

Democracia 3, 4, 5, 6, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 18, 19, 22, 187

Direito 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 31, 32, 33, 37, 38, 42, 45, 46, 50, 51, 52, 54, 55, 56, 58, 59, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 68, 69, 72, 73, 74, 75, 77, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 88, 89, 90, 91, 92, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 112, 116, 118, 121, 122, 124, 127, 129, 130, 131, 133, 134, 138, 139, 140, 142, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 151, 156, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 184, 186, 187, 189, 190, 191, 201, 203, 215

Direito do trabalho 83, 84, 86, 88, 90, 96, 100, 102, 103, 104, 105, 106, 108, 109, 124, 127, 131, 134, 146, 147

Distanásia 51, 55

E

Economia 23, 24, 25, 28, 34, 35, 36, 38, 42, 43, 86, 126, 135, 146, 183, 207

Envelhecimento 193, 194, 195, 196, 197, 198, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208

Escravidão 133, 134, 135, 138, 209, 210, 211, 212

Estado 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 13, 14, 21, 22, 38, 41, 51, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 62, 63, 66, 73, 74, 77, 83, 84, 85, 86, 90, 98, 99, 102, 103, 111, 112, 115, 125, 134, 135, 137, 140, 147, 151, 156, 157, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 168, 169, 170, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 183, 184, 187, 188, 189, 190, 193, 197, 201, 203, 215

F

Função social 33, 40, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 74, 84, 98

I

Igualdade 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 63, 86, 87, 90, 91, 93, 99, 103, 107, 108, 134, 135, 137, 214

J

Jornada de trabalho 88, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131

Justiça 1, 2, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 20, 41, 44, 45, 47, 48, 49, 50, 54, 55, 57, 58, 59, 66, 71, 74, 79, 81, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 118, 119, 120, 121, 134, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 143, 146, 177

M

Morte 51, 53, 55, 56, 57, 59, 87, 183, 195, 196, 211

N

Negócio jurídico 67, 69, 70, 75, 96

O

Ortotanásia 51, 53, 55, 56, 58, 59

P

Políticas públicas 8, 10, 100, 187, 191, 193, 194, 198, 200, 203, 204, 205, 206, 213, 215

Posse 33, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66

Prequestionamento 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50

Princípios 5, 7, 15, 19, 33, 35, 45, 60, 63, 64, 69, 81, 83, 84, 85, 86, 88, 89, 90, 91, 96, 97, 98, 99, 100, 102, 108, 109, 113, 135, 139, 149, 155, 165, 166, 210

R

Recall 12, 13, 17, 18, 19, 21, 22, 23

Recurso especial 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50

Responsabilidade civil ambiental 148, 150, 157, 160

S

Sociedade 1, 2, 6, 7, 8, 9, 10, 13, 38, 39, 41, 42, 63, 65, 71, 74, 84, 85, 89, 96, 99, 100, 111, 112, 127, 134, 136, 137, 138, 140, 142, 144, 145, 151, 159, 181, 182, 185, 190, 191, 193, 195, 196, 197, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 215

T

Testamento vital 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58

Trabalho escravo 133, 134, 135, 139, 140, 141, 142, 143, 145, 146, 147

V

Vida 1, 2, 3, 7, 8, 9, 14, 27, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 59, 60, 61, 63, 65, 73, 85, 86, 91, 98, 116, 125, 140, 158, 174, 182, 186, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 212

DIREITO:

JUSTIÇA, POLÍTICAS
PÚBLICAS E AS
RELAÇÕES ENTRE
ESTADO E SOCIEDADE

2

-  www.atenaeditora.com.br
-  contato@atenaeditora.com.br
-  [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)
-  www.facebook.com/atenaeditora.com.br

DIREITO:

JUSTIÇA, POLÍTICAS
PÚBLICAS E AS
RELAÇÕES ENTRE
ESTADO E SOCIEDADE

2

-  www.atenaeditora.com.br
-  contato@atenaeditora.com.br
-  [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)
-  www.facebook.com/atenaeditora.com.br